

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22356> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Janssen, Sander Leon Jan

Title: De kroongetuige in het Nederlandse strafproces : vertrouwen is goed, controle is beter

Issue Date: 2013-11-11

De kroongetuige in het Nederlandse strafproces

DE KROONGETUIGE IN HET NEDERLANDSE STRAFPROCES

VERTROUWEN IS GOED, CONTROLE IS BETER

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN

de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op maandag 11 november 2013
klokke 16.15 uur

DOOR

SANDER LEON JAN JANSSEN

GEBOREN TE VENRAY

IN 1976

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2013

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. C.P.M. Cleiren

Overige leden: prof. mr. J.H. Crijns
prof. mr. E.R. Muller
prof. dr. W.J.M. Voermans
prof. mr. A.A. Franken (Universiteit Utrecht)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2013 S.L.J. Janssen | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-853-9

ISBN 978-94-6094-924-1 (e-book)

NUR 824

www.bju.nl

Een verstandig heerser kan noch mag zijn woord houden wanneer dit hem schade berokkent en wanneer de redenen, die hem tot zijn belofte gebracht hebben, zijn weggevallen.

Niccolo Machiavelli, Il Principe, XVIII, 3

VOORWOORD

De totstandkoming van dit proefschrift is anders geweest dan bij veel andere promotieonderzoeken. Het is voortgekomen uit de rechtsbijstand in een individuele strafzaak bekend als Passage, die onder meer draait rond een kroongetuige en diens getuigenbescherming. Min of meer toevallig stuitte ik op de complexe en uitvoerige wet- en regelgeving die bij deze rechtsfiguur hoort, om vervolgens de nog veel complexere en uitvoerigere wetsgeschiedenis, jurisprudentie en bijbehorende literatuur te ontdekken. De zaak is nog niet afgerond maar staat aan de vooravond van zijn behandeling in hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam. Vanuit dat perspectief kan dit onderzoek zowel als ‘napleiten’ na de behandeling bij de rechtbank als een voorschot op de behandeling bij het Hof worden bestempeld. Allebei is tot op zekere hoogte waar, maar het dient vooral een veel breder doel: een verdieping van en onderzoek naar de kroongetuigen- en de getuigenbeschermingsproblematiek in hun onderlinge verwevenheid. De rechtspraktijk geeft alle aanleiding tot een wetenschappelijke bestudering van deze thematiek, terwijl daaraan vanuit de wetenschap tot op heden nauwelijks aandacht is besteed. Hopelijk zal het op zijn inhoud worden beoordeeld en niet vooral of uitsluitend in de context van Passage of vanuit het perspectief van één bepaalde procespartij worden beschouwd.

Deze bijzondere totstandkoming maakt dat een aantal mensen een kort woord van dank toekomt. Allereerst en het voorgaande ten spijt betreft dat mijn cliënt Jessy R, die onmiddellijk en zonder voorbehoud instemde met het gebruik van alle stukken en verweren uit zijn zaak voor dit onderzoek, ook wanneer dat tot andere bevindingen zou leiden dan die in de diverse pleidooien waren verwoord, die ineens geconfronteerd werd met een raadsman die op zijn best afgeleid en op zijn slechtst volledig onbereikbaar was, en die daar nooit een onvertogen woord over heeft laten klinken. Verder denk ik aan mijn confrère Stijn Franken, die in één weekend de (zeer) uitgebreide pleitnotities over de kroongetuigenproblematiek doorploegde en in een uitvoerige reactie het laatste zetje gaf om de weg van een promotieonderzoek in te slaan. Mijn promotor Tineke Cleiren, die het aandurfde die weg te gaan bewandelen met een ongeduldige en eigenwijze advocaat met weinig ervaring of voeling met de onvermijdelijke academische conventies en die met zachte maar besliste hand telkens precies die verdieping, structurering en rust wist aan te brengen die nodig was. Mijn partners en kantoorgenoten bij Cleerdin & Hamer Advocaten die mij in een bedrijfseconomisch uitdagende periode de tijd en gelegenheid gaven dit onderzoek te doen. Mijn secretaresse, Chloé Hopman, die eerst de uitvoerige pleitnotities uittipte, en vervolgens het hele verhaal en nog veel meer nog eens helemaal opnieuw moest doen, bijna zonder morren. En natuurlijk vele anderen, binnen en buiten kantoor, de rechtswetenschap en het strafbedrijf, die deelden in mijn enthousiasme en bleven meepraten en meedenken over de verschillende onderwerpen die hieronder aan bod komen.

Tot slot en vooral, degenen die het dichtst bij me staan, mijn ouders, mijn vrouw en mijn kinderen. De beslissing om in het spitsuur van ons leven dit project erbij te nemen was redelijk snel genomen, maar zonder hun steun, flexibiliteit en geduld (de laatste in mindere mate van toepassing op genoemde kinderen) zou het nooit op deze manier tot stand hebben kunnen komen. Dit proefschrift draag ik op aan hen: mijn verleden, mijn heden en mijn toekomst.

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	15
<i>Het fenomeen kroongetuige</i>	15
<i>Gehanteerde definities</i>	16
<i>Probleemstelling en indeling hoofdstukken</i>	18
<i>Heroriëntatie</i>	21
 1 Rechtsstaat, rechtsorde en rechtsbetrekkingen	 23
1.1 De rechtsstaat	23
<i>Inleiding</i>	23
1.1.1 Machtsevenwicht en legaliteit	25
1.1.2 Crisis in de rechtsstaat	27
1.2 De strafrechtelijke rechtsorde	29
1.2.1 Reorganisatie van het Openbaar Ministerie	29
1.2.2 Strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde	32
1.2.3 Staande magistratuur	34
1.3 Rechtsbetrekkingen	38
1.3.1 De kapstok van Crijns	38
1.3.2 Strafrechtelijke rechtsbetrekkingen	39
1.3.3 Vermenging van rechtsbetrekkingen	41
1.3.4 Conclusie: positie Openbaar Ministerie bepaalt de rechtsbetrekking	44
 2 De overeenkomst te zullen getuigen	 45
2.1 De kroongetuige in het Nederlandse strafproces: voors en tegens	45
<i>Inleiding</i>	45
<i>Argumenten voor en tegen</i>	46
<i>Het pleit beslecht</i>	49
2.2 De stand van het recht voorafgaand aan de wettelijke regeling	50
<i>Inleiding</i>	50
2.2.1 De zaak Lorse	51
2.2.2 De Octopus-zaken	54
<i>Gerechtshof Amsterdam</i>	54
<i>Karman</i>	57
2.2.3 De Juliët-zaken	61
<i>Karman: zelfstandige betekenis?</i>	62
<i>Nabranden van het Europees Hof</i>	63
<i>Conclusie</i>	64
2.3 De behandeling in de Tweede Kamer van wetsvoorstel 26294	65
2.3.1 Het voorstel van wet	65

	<i>Inleiding</i>	65
	<i>De Raad van State</i>	67
	<i>Reactie Minister</i>	68
2.3.2	De Memorie van Toelichting en de Nota van Antwoord	71
	<i>Opportuniteit als rode draad</i>	71
	<i>Toeleggingsmogelijkheden Openbaar Ministerie</i>	73
2.3.3	Beraadslaging in 2000: toenemende problemen	75
	<i>De zaak Mink K.</i>	75
	<i>De brief van 30 maart 2000</i>	77
2.3.4	Beraadslaging in 2001: langzaam naar een afronding	79
	<i>Het amendement Rouvoet – Van der Staij</i>	79
	<i>Enkele andere amendementen</i>	81
	<i>De zaak Mink K. revisited en een kritische Procureur-Generaal</i>	84
	<i>Het stemfoutje van de VVD</i>	85
2.4	Verzet bij het Openbaar Ministerie en behandeling van wetsvoorstel 28017	86
2.4.1	Onrust bij het Openbaar Ministerie	86
	<i>Plooi I: het rapport van de werkgroep</i>	86
	<i>Plooi II: de bedreiging</i>	89
	<i>Plooi III: het conflict met De Wijkerslooth en het standpunt van het College</i>	90
2.4.2	Behandeling reparatiewet 28017: toch geen hamerstuk	92
	<i>Nieuwe Kamerleden</i>	92
	<i>En een nieuwe Minister</i>	94
2.5	De Eerste Kamer	96
2.5.1	Voorbereiding: Verslag en memorie van antwoord	96
	<i>De vinger op de zere plek</i>	96
	<i>Reactie Minister: MvA van 24 januari 2005</i>	97
2.5.2	Verwarring in de Eerste Kamer	104
	<i>Verhouding wet en Aanwijzing</i>	104
	<i>Het primaat bij het opportuniteitsbeginsel</i>	107
2.5.3	De brieven van de Minister	109
	<i>De brief van 18 maart 2005: verder op de nieuwe weg</i>	109
	<i>Opportuniteit en beleid</i>	110
	<i>Herschrijven van de parlementaire geschiedenis?</i>	111
2.5.4	Afronding	114
3	De overeenkomst te zullen beschermen	119
3.1	Het Stelsel bewaken en beveiligen	119
	<i>Inleiding</i>	119
3.1.1	De moord op Fortuyn en de Commissie Van den Haak	120
	<i>Alles verandert</i>	120
	<i>De Circulaire 1999</i>	122
	<i>Versnippering</i>	123

	<i>Harde kritiek</i>	127
3.1.2	Naar een nieuw Stelsel bewaken en beveiligen	129
	<i>Brief van de Ministers van 17 december 2002</i>	129
	<i>De Nota van 20 juni 2003: centraal en decentraal</i>	131
	<i>Risicoanalyse versus dreigingsanalyse</i>	134
	<i>Uitvoering: in beginsel door regiopolitie</i>	136
3.1.3	Barre tijden	138
	<i>Terroristische dreiging</i>	138
	<i>Onstuimige groei</i>	141
3.1.4	De Circulaire bewaking en beveiliging 2008	143
	<i>Verdere invulling taken en bevoegdheden</i>	143
	<i>Relatie tot getuigenbescherming</i>	144
3.2	Historische context getuigenbescherming	146
	<i>Inleiding</i>	146
3.2.1	Het rapport van de werkgroep Craemer	148
	<i>Kinderschoenen</i>	148
	<i>Inhoudelijke en procedurele aspecten</i>	150
3.2.2	De Commissie Getuigenbescherming	152
	<i>Eerste parlementaire verkenningen</i>	152
	<i>Het rapport Craemer II</i>	155
3.3	Getuigenbescherming in de context van de Wet Toezeggingen aan getuigen	157
3.3.1	Toetsing door de rechter-commissaris?	157
	<i>Standpunt wetgever</i>	157
	<i>Overeenkomstige regeling als bij anonieme bedreigde getuige</i>	159
	<i>Conflicterende wetgeving</i>	160
3.3.2	Hernieuwde interesse in getuigenbescherming	163
	<i>Opnieuw: de werkgroep Plooi</i>	163
	<i>Oorverdovende stilte</i>	164
3.3.3	Het Besluit Getuigenbescherming	165
	<i>Opnieuw: de Raad van State</i>	165
	<i>Getuigenbescherming in zeer grote lijnen</i>	167
3.3.4	De nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming	168
	<i>Enkele piketpaaltjes</i>	168
	<i>Een blinde vlek bij de wetgever</i>	169
	<i>De getuigenbeschermingsovereenkomst</i>	170
	<i>Eerste contouren van kroongetuigenproblematiek</i>	173
4	Wetgeving en het beleid van het Openbaar Ministerie	175
4.1	Wetgeving en beleid	175
	<i>Inleiding</i>	175
4.1.1	Verhouding wet- en regelgeving	176
	<i>Verschillende soorten regelgeving</i>	176
	<i>Beleid van het College van Procureurs-Generaal</i>	178

4.1.2	De wil van de wetgever	181
	<i>Interpretatiemethoden</i>	181
	<i>Verhouding tussen de bij wetgeving betrokken personen en partijen</i>	184
4.1.3	Legaliteit en opportuniteit	187
	<i>Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel</i>	187
	<i>Het opportuniteitsbeginsel</i>	189
4.2	Aanwijzing en Instructie	193
	<i>Inleiding</i>	193
4.2.1	De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken	193
	<i>Toezeggingen</i>	193
	<i>Procedure</i>	195
	<i>Het begrip 'toezegging'</i>	197
	<i>Conclusie: verhouding tussen wet en Aanwijzing</i>	199
4.2.2	De Instructie Getuigenbescherming.	201
	<i>Procedure volgens de Instructie</i>	201
	<i>Beschermingsafspraken: de eerste barsten in de systematiek</i>	202
	<i>Verhouding tot het Stelsel bewaken en beveiligen</i>	202
	<i>Reikwijdte van de zorgplicht: verdergaand bij getuigenbescherming?</i>	205
	<i>Getuigenbescherming in internationale context</i>	207
	<i>Afwezige normering en de spagaat van het Openbaar Ministerie</i>	209
	<i>Rechtsbescherming</i>	212
	<i>Uitsluitend getuigenbescherming</i>	214
	<i>Conclusie: verhouding tussen wet, Besluit en Instructie</i>	215
5	Het oordeel van de rechter	219
5.1	De verklaringsovereenkomst en vormverzuimen	219
	<i>Inleiding</i>	219
5.1.1	Beslissingen op onderdelen	219
	<i>HR 13 maart 2012</i>	219
	<i>Overige jurisprudentie</i>	223
5.1.2	Vormverzuimen: het bereik van art. 359a Sv	226
	<i>Het voorbereidend onderzoek</i>	227
	<i>De Schutznorm</i>	230
	<i>Conclusie: toetsingskader vormverzuimen</i>	234
5.2	Passage: where it all comes together	234
	<i>Inleiding</i>	234
5.2.1	De met La Serpe gesloten overeenkomsten	236
	<i>Onderhandelingen 2006-2007</i>	236
	<i>Verdere onderhandelingen: 2008-2010</i>	238
	<i>Naar een afronding: 2011-2012</i>	240
5.2.2	Het oordeel over de verklaringsovereenkomst: de ontnemingstoezegging	242

	<i>Het verschil in wetssystematiek 2001-2004/2005: verschuivende panelen?</i>	242
	<i>Opportuniteit en de algemene bevoegdheden</i>	247
	<i>De conclusie van de rechtbank: voldoende juridische grondslag</i>	250
	<i>De ontnemingstoezegging aan La Serpe</i>	253
5.2.3	Het oordeel over de getuigenbeschermingsovereenkomst:	
	<i>De afspraken op het gebied van getuigenbescherming</i>	255
	<i>De toezegging dat beschermingsmaatregelen zullen worden getroffen</i>	255
	<i>Verkapte financiële beloning</i>	257
	<i>Toetsingskader rechtbank: de tussenbeslissing van 27 april 2010</i>	258
	<i>Conclusie: geen onrechtmatige toezeggingen</i>	260
5.2.4	Rechterlijke toetsing	261
	<i>Toetsing door rechter-commissaris niet vereist</i>	261
	<i>Rechterlijke toetsing wel gewenst</i>	262
5.2.5	De ‘Holleederweglatingen’	264
	<i>De weglatingsafpraak</i>	264
	<i>Kluisverklaringen</i>	265
	<i>Vormverzuimen: schending concrete verdedigingsbelangen</i>	267
5.3	Voorlopige conclusie: toetsing kroongetuigenregeling door de rechter	268
6	Conclusies en aanbevelingen	273
	<i>Gebrekkige fundamente</i>	273
	<i>Bevindingen onderzoek</i>	274
	<i>Stap 1: Integratie overeenkomsten</i>	277
	<i>Stap 2: Primaire verantwoordelijkheid bij de wetgever</i>	279
	<i>Stap 3: Rechterlijke toetsing</i>	281
	<i>Stap 4: Reorganisatie beschermingsdiensten en uiteindelijke sfeerovergang</i>	284
	<i>Concrete wijzigingen</i>	285
	<i>Het magistratelijke Openbaar Ministerie</i>	286
	Nawoord: De burger in de bijzondere opsporing	289
	Samenvatting	291
	Summary	295
	Literatuurlijst	299
	Bijlagen	309
	Curriculum Vitae	337

INLEIDING

Het fenomeen kroongetuige

“Vertrouwen is goed, maar controle is beter.” Zo kenschetste kroongetuige Peter la Serpe de wijze waarop hij het onderhandelingsproces met het Openbaar Ministerie was aangegaan. Hij beoogde daarmee duidelijk te maken dat er geen twijfel zou moeten bestaan over de hardheid van de door hem bedongen voorwaarden waaronder hij bereid was geweest kroongetuige te worden: alle door hem gestelde eisen waren uit onderhandeld én vastgelegd voordat hij zijn handtekening onder de ‘deal’ met het Openbaar Ministerie zette. Het was het zoveelste moment in het Passage-proces dat hij de behandeling van de strafzaak gebruikte om zijn conflict met het Openbaar Ministerie over getuigenbescherming uit te vechten. Onbedoeld verwees de ontegenzeggelijk welbespraakte La Serpe met zijn zelfverklaarde levensmotto echter ook naar één van de grondbeginselen van de rechtsstaat, te weten dat de wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht elkaar in evenwicht houden en dat ongecontroleerde machtsuitoefening door één van hen als (zeer) onwenselijk wordt beschouwd. De veelomvattende problematiek van de kroongetuige werd daarmee treffend in niet meer dan zeven woorden gevangen.

Het fenomeen kroongetuige mag zich de laatste jaren in toenemende mate in de belangstelling verheugen, niet alleen bij de opsporing en vervolging van grote strafzaken maar ook in de media en in de maatschappij. De berichtgeving is meestal niet positief van toon. Met name doordat kroongetuigen met enige regelmaat overhoop liggen met het Openbaar Ministerie, wordt getwijfeld aan de betrouwbaarheid van die kroongetuigen én aan de rechtmatigheid van de al dan niet door het Openbaar Ministerie beloofde tegenprestaties. De manier waarop getuigen worden beschermd in een zogenoemd getuigenbeschermingsprogramma lijkt in het bijzonder een bron van meningsverschillen, ergernissen of zelf openlijke ruzie te zijn, maar ook over andere gemaakte afspraken liepen de gemoederen de afgelopen jaren hoog op.

Jaren geleden waren er al kroongetuigen als Angelo Diaz, Otto Bender en Bert Schilder, die allen uit de school klapten over hun onvrede met het getuigenbeschermingsprogramma in het algemeen en de Dienst Getuigenbescherming in het bijzonder.¹ Tezamen met de bevindingen van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden waren de ervaringen van deze getuigen mede redengevend om te komen tot een nieuw wettelijk regime voor het maken van afspraken met (kroon)getuigen. Dat nieuwe wettelijke regime is in 2006 in werking getreden, maar de controverse is zeker niet minder geworden, al is het maar nu de eerste ervaringen niet zijn wat er van gehoopt werd. Hoewel van de zijde van justitie in het algemeen te kennen wordt gegeven dat sprake is van een vertekend beeld, nu uitsluitend de probleemgevallen in de openbaarheid komen en de vele getuigen die wél in goed overleg met justitie en naar wederzijdse

1 Husken 2009, p. 397-402.

tevredenheid hun rol als getuige kunnen vervullen zich niet laten horen, is het op zijn minst opvallend dat in strafzaken waarin daadwerkelijk sprake is van een getuige die het belangrijkste deel van het bewijs levert en die in een getuigenbeschermingsprogramma is opgenomen, vaker wel dan niet sprake lijkt te zijn van (hoog) oplopende onenigheid tussen de getuige en justitie.

Het meest recente en prominente voorbeeld is genoemde La Serpe in het Amsterdamse liquidatieonderzoek Passage, die in de vele jaren dat het onderzoek ter zitting duurde regelmatig en op luide toon zijn grieven jegens justitie in de rechtszaal kenbaar maakte. Daarnaast is er de getuige Edgar van L., die in een grote afpersingszaak tegen onder andere Hell's Angel Harry S. en Donald G. bij de Rechtbank Rotterdam zijn medewerking met justitie lange tijd geheel opschortte uit onvrede over de manier waarop justitie met hem zou zijn omgesprongen, met grote problemen voor justitie tot gevolg. Beide getuigen hebben bovendien diverse (civiele) procedures tegen het Openbaar Ministerie gevoerd, nu zij menen dat het Openbaar Ministerie diens verplichtingen en toezeggingen niet nakwam, en hen zelfs onheus en onrechtmatig zou hebben bejegend. Anderzijds is tussen het Landelijk Parket en een zekere Richard T. een overeenkomst gesloten dat deze verklaringen zal afleggen over onder andere de moordplannen van Rob Z. en Edwin T., maar in die zaak zijn problemen tussen de kroongetuige en het Openbaar Ministerie – voor zo ver bekend – uitgebleven.²

Gehanteerde definities

De term kroongetuige is beladen. Met deze uit het buitenland (met name Italië en de Verenigde Staten) overgewaaid term werd oorspronkelijk bedoeld op een verdachte uit het criminele milieu, die in ruil voor volledige straffeloosheid voor de door hem zelf gepleegde strafbare feiten, ook wel immuniteit genoemd, belastende verklaringen over zijn voormalige criminele partners aflegt. Zo is de term door de hierna nog uitvoerig te bespreken Commissie Van Traa ook steeds gebruikt, waarbij onderscheid werd gemaakt tussen kroongetuigen enerzijds en deals met criminelen anderzijds.³ De definitie is overgenomen in de Richtlijn afspraken met criminelen uit 1997 van het College van Procureurs-Generaal, en wordt op dezelfde wijze in de diverse Kamerstukken gebruikt.⁴

2 Hetgeen in de media als zodanig uitzonderlijk werd beschouwd dat het als nieuws op zich werd gepresenteerd: zie onder andere Paul Vugts, 'Eindelijk een kroongetuige die het oorlogspad mijdt' in het Parool, 7 september 2012.

3 Inzake Opsporing, Eindrapport Parlementaire Enquête opsporingsmethoden, Kamerstukken II 1995-1996, 24072, nr. 11, p. 462.

4 Zie onder andere het rapport van de Commissie Kalsbeek *Opsporing in uitvoering*, Kamerstukken II 1998-1999, 26269 nr. 5, p. 245 en 407. Ook Minister van Justitie Sorgdrager hanteerde het door de Commissie Van Traa gemaakte onderscheid, zie de brief van 13 maart 1997 aan de vaste Commissie voor Justitie: "De parlementaire enquêtecommissie had een onderscheid gemaakt tussen de 'kroongetuige' en een 'deal met een crimineel'. Als hét kenmerkende verschil tussen beide werd door de enquêtecommissie aangemerkt dat de kroongetuige als tegenprestatie voor het leveren van een getuigenverklaring volledige of nagenoeg volledige strafrechtelijke immuniteit wordt toegezegd, terwijl bij het sluiten van een deal met een crimineel weliswaar sprake is van een beloning voor het leveren van een getuigenverklaring, maar die beloning geen strafrechtelijke immuniteit mag inhouden." Kamerstukken II 1996-1997, 25296 nr. 1, p. 3.

Het strenge onderscheid werd in de praktijk echter al snel als gekunsteld ervaren, en niet lang na het rapport van de Commissie Van Traa werden de grenzen van de definitie al opgezocht. Zo oordeelde de Amsterdamse rechtbank in het Octopus-proces op 7 februari 1997 dat van een kroongetuige moet worden gesproken “indien een verdachte, een medeverdachte daaronder begrepen, in ruil voor informatie aan politie en justitie een zo vergaande beloning wordt toegezegd dat hij de facto en de jure volledig of nagenoeg volledig van strafvervolgning wordt gevrijwaard”.⁵ In het maatschappelijk debat, zowel in de media als daarbuiten, kreeg de term kroongetuige een veel ruimere betekenis, en wordt in het algemeen van een kroongetuige gesproken op het moment dat een getuige in ruil voor enige tegenprestatie van het Openbaar Ministerie belastende verklaringen tegen verdachten in strafzaken aflegt, welke verklaringen als van groot belang voor een succesvolle vervolging worden beschouwd. Daarbij zal het vaak gaan om een medeverdachte die tegen zijn voormalige kompanen verklaart, maar dat lijkt geen vereiste: ook de hierboven genoemde Remco van L. wordt stevast als kroongetuige aangemerkt, terwijl hij zelf geen verdachte is in de zaken waarover hij verklaart.

In dit proefschrift zal met de term kroongetuige worden bedoeld op een getuige die tevens verdachte dan wel veroordeelde is, en die met het Openbaar Ministerie overeenkomt om in ruil voor enige wederprestatie belastende verklaringen tegen één of meer andere verdachten te zullen afleggen.⁶ Het later gemaakte (nogal cosmetische) onderscheid tussen kroongetuigenovereenkomsten en deals met criminelen laat ik daarmee grotendeels los, nu het onderscheid zeker in het geval van een medeverdachte juridisch noch maatschappelijk nog enig belang dient. Daarmee wordt gekozen voor een middenweg tussen het zeer enge criterium van de Commissie Van Traa en het veel ruimere gebruik in het dagelijks taalgebruik, en wordt aangesloten bij de wettelijke regeling van art. 226g e.v. Sv waarin het wettelijk regime voor het doen van toezeggingen aan getuigen die tevens verdachte of veroordeelde zijn, is neergelegd.⁷

Aan de totstandkoming van art. 226g Sv en de daarmee samenhangende bepalingen is een zeer langdurig en complex wetgevingstraject voorafgegaan. Parallel aan en bij tijd en wijle gelijktijdig met dat traject is men gekomen tot de ontwikkeling van een getuigenbeschermingsprogramma, zoals dat vrijwel per definitie met een overeenkomst met een kroongetuige gepaard zal gaan. Onderdeel van de rol als kroongetuige is immers dat deze tijdens het onderzoek ter zitting onder zijn eigen naam verklaart over de door (hem en) zijn medeverdachte(n) gepleegde strafbare feiten. Nu het over het algemeen om de zwaardere categorieën van misdrijven en/of om georganiseerde criminaliteit zal gaan, ligt het voor de hand dat zijn voormalige kompanen de nieuwe rol van de kroongetuige

5 Rechtbank Amsterdam 7 februari 1999, opgenomen in Mols 2003, p. 316.

6 Meestal zal het om meerdere verdachten moeten gaan gezien de hierna nog te bespreken eis van proportionaliteit, maar in theorie is het mogelijk dat de verklaringen worden ingebracht tegen slechts één (andere) verdachte.

7 Zie voor een soortgelijke definiëring onder andere Otte 1999, p. 113; Fibbe 1994, p. 99; Mols 1993, p. 63; en het advies van de Nova over het concept wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen van 16 oktober 1997 (97/659282) pt. 1.7.

niet bijzonder zullen waarderen. Men heeft er dus rekening mee gehouden dat tijdens en aansluitend op het optreden in de rechtszaak de getuige beveiligd zal moeten worden. Gelijktijdig met de Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken (hierna: Wet Toezeggingen) en de met die wet samenhangende Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen van het College van Procureurs-Generaal (hierna: Aanwijzing) is dan ook het Besluit Getuigenbescherming (hierna: Besluit) van kracht geworden. De afspraken met de kroongetuigen La Serpe en Richard T. zijn onder dat nieuwe regime tot stand gekomen.

De combinatie van art. 226g e.v. Sv en het Besluit Getuigenbescherming inclusief de daarbij horende Aanwijzingen en Instructies, wordt hierna aangeduid als de kroongetuigenregeling. De overeenkomsten die op grond van de kroongetuigenregeling worden gesloten, de overeenkomst te getuigen die hierna ook wel de verklaringsovereenkomst zal worden genoemd, en de getuigenbeschermingsovereenkomst, zullen samen worden aangeduid als de kroongetuigenovereenkomst. Ik benadruk dat op dit moment een dergelijke kroongetuigenovereenkomst niet bestaat, en de beide verschillende overeenkomsten juist strikt gescheiden worden gehouden. Onderzocht zal worden of dat terecht is, en of dit zo moet blijven.

Probleemstelling en indeling hoofdstukken

Als gezegd zijn er met de eerste getuige met wie op grond van het nieuw ingevoerde art. 226g Sv een overeenkomst is gesloten, genoemde La Serpe, grote problemen ontstaan over zowel die overeenkomst als de eveneens gesloten getuigenbeschermingsovereenkomst. Met Remco van L. werd uitsluitend een getuigenbeschermingsovereenkomst gesloten, maar dat heeft niet kunnen verhinderen dat ook met hem (en zijn vrouw) onenigheid is ontstaan. Het bracht misdaadjournalist John van den Heuvel tot de verzuchting dat er kennelijk 'iets fundamenteel mis (is) met de wijze waarop de onderhandelingen worden gevoerd en hoe een getuige door justitie of door het Team Getuigenbescherming wordt bejegend'.⁸

Is er iets fundamenteel mis met de wijze waarop justitie overeenkomsten met getuigen aangaat? Licht dat aan het type getuige, dat zoals door verschillende Kamerleden werd gevreesd niet te vertrouwen zou zijn, nu het immers al dan niet geharde criminelen zou betreffen waar geen goede afspraken mee gemaakt zouden kunnen worden? Heeft het openbaar ministerie heel veel pech gehad met deze eerste twee kroongetuigen en toont de zaak van Richard T. dat aan? Zijn er structurele problemen in de wijze van aanpak van de Dienst Getuigenbescherming of bij de met getuigenbescherming belaste functionarissen van het Openbaar Ministerie? Of is er meer aan de hand en is sprake van een systeemfout, van tekortkomingen op wettelijk of rechtstheoretisch niveau die zich vertalen naar de praktijk? Hoe verhoudt de overeenkomst om een verklaring af te leggen in ruil voor strafvermindering zich eigenlijk tot de getuigenbeschermingsovereenkomst? Is sprake van een sluitend wettelijk systeem met voldoende rechtswaarborgen voor alle betrokken partijen? Zo nee, waar schort het dan aan? Of is er met het systeem op zich

8 De Telegraaf, 17 september 2012.

niet zo veel mis en schort het vooral aan de uitvoering en de toetsing? Samengevat: Biedt het geheel aan wet-en regelgeving dat ziet op kroongetuigen en getuigenbescherming een werkbaar juridisch kader voor de strafpraktijk?

Op die vragen hoopt dit proefschrift antwoord te geven door de beide overeenkomsten die met een kroongetuige worden gesloten aan een kritisch rechtstheoretisch én praktisch onderzoek te onderwerpen. Daarbij zal allereerst moeten worden vastgesteld op grond waarvan de beide overeenkomsten worden gesloten en welk type rechtsbetrekking de betreffende overeenkomst in het leven roept. In het eerste hoofdstuk zal na een korte introductie van het rechtsstatelijk kader waarbinnen de toepassing van opsporingsbevoegdheden en bij uitstek het gebruik van precaire instrumenten als overeenkomsten met verdachten of veroordeelden moet plaatshebben, aansluiting worden gezocht bij het onderscheid tussen strafrechtelijke rechtsbetrekkingen en privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen zoals dat in het proefschrift van Crijns uitvoerig is besproken.⁹ Tevens zal het rechtstheoretisch kader, inclusief de eisen die aan de bij de rechtsbetrekkingen betrokken partijen kunnen worden gesteld en de gevolgen van de kwalificatie als strafrechtelijke rechtsbetrekking of privaatrechtelijke rechtsbetrekking voor de normering en toetsing van de te sluiten overeenkomsten, nader uiteen worden gezet. Geconcludeerd zal worden dat het de vraag is of het uitgangspunt dat de overeenkomst om verklaringen af te leggen in ruil voor strafvermindering ex art. 226g Sv primair een strafrechtelijke rechtsbetrekking in het leven roept, terwijl de getuigenbeschermingsovereenkomst in het algemeen primair als een civiele rechtsbetrekking wordt gekenschetst, juist is. Het Openbaar Ministerie bekleedt in beide rechtsbetrekkingen immers een bijzondere positie, die niet alleen gevolgen heeft voor die rechtsbetrekking zelf, maar ook voor de handelwijze die van de bij die rechtsbetrekkingen betrokken partijen kan en moet worden gevergd.

In het tweede hoofdstuk wordt de overeenkomst te zullen getuigen aan een nader onderzoek onderworpen. Na een korte verkenning van de in de afgelopen jaren ingenomen posities over de figuur van de kroongetuige en van de stand van het recht zoals deze voorafgaand aan de wettelijke regeling was, zal in kaart gebracht worden hoe de totstandkoming van deze regeling is geweest en welke beslissingen de wetgever heeft genomen omtrent de aard en reikwijdte van de wettelijke bepalingen. Daarbij zal uitvoerig aandacht worden besteed aan de uitputtende bespreking van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer, de chaotische gang van zaken rond de reparatiewet die op het aannemen van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer is gevolgd, de positie van de bij het wetsvoorstel betrokken ministers Korthals en Donner en de wederom uitvoerige discussie over beide wetsontwerpen in de Eerste Kamer. Op grond van de parlementaire geschiedenis kunnen conclusies worden getrokken omtrent de systematiek en reikwijdte van het wettelijke stelsel, welke vervolgens in hoofdstuk 4 kunnen worden afgezet tegen de wijze waarop uitvoering aan die wettelijke regeling wordt gegeven, in het bijzonder in de Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal.

9 Crijns 2010 p. 221 e.v.

Daaraan voorafgaand wordt in het derde hoofdstuk een soortgelijk onderzoek uitgevoerd naar de getuigenbeschermingsovereenkomst, en zal het fenomeen getuigenbescherming nader bekeken worden. Bij de totstandkoming van de wijze waarop in Nederland getuigenbescherming plaatsheeft zal eerst aandacht worden besteed aan het reguliere kader van persoonsbeveiliging, het Stelsel bewaken en beveiligen, inclusief de daar geldende verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden en de te volgen procedures. Een korte historische schets van dit Stelsel is verhelderend voor het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop de wetgever persoonsbeveiliging in het algemeen heeft willen organiseren en voor de positie van het Openbaar Ministerie in dit stelsel. Vervolgens zal de blik worden vernauwd naar getuigenbescherming, die buiten dat Stelsel bewaken en beveiligen is ondergebracht. Ook hier is sprake van een door de formele wetgever neergelegd kader, te weten het Besluit Getuigenbescherming, en van een beleidslijn van het College van Procureurs-Generaal, te weten de Instructie Getuigenbescherming.

In hoofdstuk vier wordt de aandacht gericht op de uitvoering van de kroongetuigenregeling, zoals deze in het beleid van het Openbaar Ministerie is neergelegd. Voor een juiste beoordeling van de compatibiliteit van dat beleid met de in hoofdstuk 2 en 3 besproken wettelijke kaders is het noodzakelijk een kort zijstapje te maken naar de wijze van de totstandkoming van wetten en de daarbij betrokken functionarissen, instituten en instanties. Op grond daarvan moet immers bepaald worden wat 'de' wetgever met een bepaalde regeling heeft bedoeld en op welke wijze nadere normering kan plaatshebben. Tevens zullen de in dit verband cruciale leerstukken legaliteit en opportuniteit worden besproken, met name waar het hun onderlinge verhouding en wisselwerking binnen de kroongetuigenproblematiek betreft. Vervolgens zal het door het Openbaar Ministerie geformuleerde en gehanteerde beleid uiteen worden gezet en worden vergeleken met de door de wetgever genoemde uitgangspunten. Op grond van die vergelijking zal een tussentijdse conclusie worden getrokken omtrent de verhouding tussen het door de formele wetgever neergelegde kader en de uitvoering door het Openbaar Ministerie, en de wijze waarop de beide beleidsregelingen zich tot elkaar verhouden.

In het vijfde hoofdstuk wordt vervolgens gekeken naar het oordeel van de rechter omtrent die verhouding, en omtrent de consequentie van uiteenlopende wetgeving en uitvoering in strafzaken. De complexe dynamiek die ontstaat bij een kroongetuigenovereenkomst, levert verschillende ingewikkelde rechtsvragen op, die voor een deel door de Amsterdamse rechtbank zijn beantwoord in het al genoemde Passage-proces. Uit die rechtspraak blijkt dat door de wijze waarop de verschillende aspecten van de kroongetuigenregeling worden benaderd het voor het Openbaar Ministerie niet langer mogelijk is als één en ondeelbaar te opereren, met alle gevolgen voor dat Openbaar Ministerie, de kroongetuige én de andere procesdeelnemers van dien. De huidige kroongetuigenregeling leidt tot tegengestelde uitgangspunten die alle bij een kroongetuige betrokken partijen – Openbaar Ministerie, kroongetuige, verdachten, verdediging van verdachten en van de kroongetuige, rechter-commissaris en zittingsrechter – voor grote problemen stellen. Voor zover zulks al niet uit de rechtstheoretische bespreking van wetgeving en

uitvoering kan blijken, volgt de noodzaak tot herinrichting van de kaders waarbinnen de kroongetuigenovereenkomst tot stand komt uit de gang van zaken in de praktijk.

Heroriëntatie

In het zesde en laatste hoofdstuk wordt die herinrichting ter hand genomen en wordt een begin gemaakt met een heroriëntatie van de bij de kroongetuigenovereenkomst betrokken rechtsbetrekkingen. Startpunt is opnieuw de verdeling van taken en bevoegdheden die ten grondslag ligt aan de rechtsstaat, waarbij de wetgever het primaat heeft bij het opstellen van de kaders waarbinnen opsporing dient plaats te hebben, het Openbaar Ministerie binnen die kaders een grote mate van (beleids)vrijheid heeft om invulling te geven aan de opsporing en vervolging van strafbare feiten, en de onafhankelijke rechter het gebruik van die vrijheid dient te toetsen en er op dient toe te zien dat de wettelijke kaders worden gerespecteerd. Er zal bekeken worden hoe de beide betrokken overeenkomsten zo ingericht kunnen worden dat de problemen die zich in de praktijk voordoen kunnen worden voorkomen, en welke wettelijke voorzieningen daartoe dienen te worden getroffen. Daarnaast zal bezien worden in hoeverre de huidige wettelijke regeling voorziet in voldoende onafhankelijke rechterlijke controle van de kroongetuigenovereenkomst als geheel, en zo nee hoe deze dient te worden verkregen. Met enkele concrete voorstellen en aanbevelingen wordt het hoofdstuk afgesloten.

Zou de wens bestaan tot een structurele oplossing van de geconstateerde theoretische en praktische problemen te komen, dan zal onder ogen moeten worden gezien dat de overeenkomsten zoals die op dit moment worden gesloten zowel voor wat betreft totstandkoming, inhoud en uitvoering als voor wat betreft normering en toetsing niet met elkaar verenigbaar zijn. Er zal een sluitend wettelijk systeem moeten worden neergelegd waarin de rechtsbetrekkingen die het gevolg zijn van deze overeenkomsten dan wel worden samengebracht, dan wel apart van elkaar van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang worden voorzien. Daarbij zullen alle in het geding zijnde belangen nadrukkelijk in het oog moeten worden gehouden: het opsporings- en vervolgingsbelang van het Openbaar Ministerie, de strafrechtelijke en eventueel privaatrechtelijke belangen van de kroongetuige, de verdedigingsrechten van de verdachte die wordt beschuldigd, het belang van een grondige en onafhankelijke rechterlijke toetsing en – uiteindelijk – het maatschappelijk belang dat ernstige strafbare feiten tot oplossing kunnen worden gebracht op een wijze die recht doet aan de grondbeginselen van de rechtsstaat. Ten behoeve van de daartoe te maken afwegingen zal een aantal aanbevelingen worden gedaan in de hoop dat de fundamentele gebreken die op dit moment aan de kroongetuigenregeling kleven, kunnen worden gecorrigeerd, en een slagvaardige en rechtsstatelijk verantwoorde kroongetuigenregeling haar plaats binnen de Nederlandse rechtsorde kan krijgen.

In een kort nawoord zal tot slot worden ingegaan op de brief van Minister Opstelten van 5 juli 2013, waarin deze zijn voornemen om de kroongetuigenregeling te wijzigen kenbaar heeft gemaakt.

1 RECHTSSTAAT, RECHTSORDE EN RECHTSBETREKKINGEN

1.1 DE RECHTSSTAAT

Inleiding

In de politieke en maatschappelijke verhoudingen van de laatste jaren is het begrip rechtsstaat bijna een sleets begrip geworden. De term wordt geassocieerd met zweverige types die geen benul hebben van de grote maatschappelijke problemen die ontstaan als gevolg van (vermeende) massa-immigratie, terrorisme, zware criminaliteit, ontspoorde jongeren die zich onder invloed van drank en drugs te buiten gaan aan geweld tegen derden en overheidsfunctionarissen, enzovoorts. In het strafrecht vertaalt deze zienswijze zich al jaren in de roep om strengere straffen, meer bevoegdheden voor het Openbaar Ministerie, een hardere aanpak van verdachten (of nog korter door de bocht: van daders), en een versterking van de positie van het slachtoffer binnen en buiten het strafproces. Op het niveau van wetgeving worden allerhande wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht en Wetboek van Strafvordering voorgesteld en uitgevoerd, terwijl op beleidsniveau het Ministerie van Justitie en het College van Procureurs-Generaal in hoog tempo circulaires, aanwijzingen of andere richtlijnen uitgeven waarin in het algemeen aan de maatschappelijke roep om (strengere) handhaving gehoor wordt gegeven. Juist die beleidsregels kunnen grote gevolgen hebben voor de wijze waarop in de praktijk uitvoering wordt gegeven aan de bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en Wetboek van Strafvordering, zonder dat die bepalingen aangevuld of gewijzigd hoeven te worden. De wetgever kan of hoeft zich in zo'n geval niet uit te spreken over de noodzaak of wenselijkheid van een wijziging van de wet. Het wetgevingsproces dat met diverse waarborgen en zorgvuldigheidsregels is omgeven, blijft buiten beeld.

Een voorbeeld van dit mechanisme betreft de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer zoals deze sinds 1 januari 2011 geldt.¹⁰ In deze aanwijzing wordt door het College van Procureurs-Generaal aan Officieren van Justitie opgedragen dat iemand die zichzelf heeft moeten verdedigen omdat hij bijvoorbeeld een inbreker in zijn woning heeft aangetroffen, niet zal worden aangehouden en dat geen vrijheidsbenemende dwangmiddelen zullen worden toegepast. De aanwijzing komt voort uit de gedachte dat de burger die zichzelf, zijn naasten of zijn bezit verdedigt, niet dient te worden onderworpen aan verdenking en dwangmiddelen maar in eerste instantie als slachtoffer van de aanvaller of inbreker dient te worden beschouwd, ook wanneer de confrontatie tot ernstig letsel of zelfs de dood van de aanvaller of inbreker heeft geleid. De regeling is tot stand gekomen op nadrukkelijke voorspraak van staatssecretaris Teeven, die daarmee

10 Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer, (2010A030), Stcrt. 2010, 20474.

een lang gekoesterde wens om de wijze van opereren van het Openbaar Ministerie in dit soort gevallen te wijzigen, in vervulling zag gaan.¹¹

Er is veel voor te zeggen om een ‘eerzame burger’ die in zijn woning of daarbuiten wordt geconfronteerd met agressie of andere dreiging, te beschermen tegen een strafrechtelijke reactie wanneer hij zich tegen die agressie of dreiging verweert. Het komt het rechtsgevoel niet ten goede wanneer zo een burger, die opkomt voor de veiligheid van zichzelf of zijn naasten, wordt opgezadeld met de bewijslast waar het de juistheid en proportionaliteit van zijn handelen betreft, en die in afwachting van het leveren van dat bewijs van zijn vrijheid wordt beroofd. Anderzijds is de vraag of een burger ter bescherming van zichzelf en zijn eigendommen mag of zou moeten overgaan tot de inzet van (zwaar) geweld bijzonder precair en is daar zeker een uitvoerige en fundamentele discussie over te voeren, zoals dat in de verschillende rechtssystemen om ons heen ook is gebeurd. Die fundamentele discussie heeft de wetgever in Nederland niet of nauwelijks gevoerd, ook niet toen Teeven als Kamerlid de strekking van deze aanwijzing in een wetswijziging wilde vervatten en daartoe samen met het Kamerlid Weekers een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer had neergelegd.¹² Op het voorstel kwam veel kritiek en er bleek onvoldoende steun voor het wetsvoorstel in de Tweede Kamer aanwezig.¹³ Tot een nadere behandeling van het wetsvoorstel is het niet gekomen, waarmee kan worden gesteld dat de wetgever er in ieder geval in die vorm niet aan wilde. Dat precies dezelfde regeling alsnog middels een aanwijzing het straf(proces)recht is binnengeloodst, geeft vanuit dat perspectief te denken.

Dit voorbeeld, op een terrein dat ver buiten het onderwerp van onderzoek van dit proefschrift ligt, illustreert het spanningsveld van wetgeving en uitvoering en de grote rol die beleid op die uitvoering kan hebben.¹⁴ Juist binnen dat spanningsveld is het in acht nemen van de grondbeginselen van de rechtsstaat geen zweverige exercitie, maar een noodzakelijke toetssteen om een zorgvuldige totstandkoming van wijzigingen in de wijze waarop toepassing wordt gegeven aan verregaande strafvorderlijke bevoegdheden van de Staat, te garanderen.

11 Toenmalig demissionair staatssecretaris Teeven bestempelde het overlijden van een ‘inbreker’ na confrontatie met de bewoners in diverse media als ‘beroepsrisico’ (o.a. in de Telegraaf, 26 september 2012).

12 Voorstel van wet van de leden Teeven en Weekers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering ter versterking van de positie van een burger die zich beroept op noodweer, Kamerstukken II 2007-2008, 31407, nr. 2 (voorstel van wet) en nr. 3 (memorie van toelichting).

13 Zie onder andere het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten over initiatiefwetsvoorstel Noodweer, 31 maart 2008, volgnummer 529, onder andere op <http://advocaten.advocatenorde.nl>.

14 Zeer uitvoerig op dit thema is het oeuvre van A.C. ’t Hart. Zie met name ’t Hart 1990, 1994 en 2001. In laatstgenoemd werk waarschuwt ’t Hart tegen wat hij ondoordacht instrumentalisme noemt, waarbij al dan niet democratisch gelegitimeerd beleid wordt verward met recht: “Daarbij sluit de hierboven al gesignaleerde opvatting aan, dat recht niets anders en niets meer zou zijn dan instrument van beleid, zonder eigen inherente waarden. De legitimatie van machtsuitoefening in een democratische rechtsstaat zou dan uitsluitend een democratische legitimatie zijn, waarin de eis van rechtsstatelijke legitimatie geacht wordt te zijn geïmpliceerd.” ’t Hart 2001, p. 20.

1.1.1 Machtsevenwicht en legaliteit

Het begrip rechtsstaat komt in de negentiende eeuw in zwang en heeft in de jaren daarna vaste vorm gekregen in de eis dat er een Grondwet moet zijn die een scheiding van machten (in het bijzonder een onafhankelijke rechtelijke macht) verzekert en de grondrechten van de burger waarborgt.¹⁵ Het uitgangspunt van scheiding der machten is nadrukkelijk opgenomen in de Nederlandse Grondwet. In hoofdstuk vijf van de Grondwet wordt de wijze waarop wetten door de Regering en de Staten-Generaal gezamenlijk worden vastgesteld, vastgelegd, terwijl in hoofdstuk zes de onafhankelijke positie van de rechterlijke macht is verankerd. Een verdere versterking van de scheiding der machten die in veel andere westerse landen niet is vastgelegd is de in art. 120 Grondwet opgenomen bepaling dat de rechter niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen treedt. Dat is het terrein van de wetgever en zoals de wetgever zich niet met de rechtspraak dient te bemoeien, behoort de rechter zich te voegen in de door de wetgever gemaakte afweging van belangen.¹⁶ De essentie van machtscheiding is het vermijden van machtsconcentratie bij één orgaan, in het bijzonder bij de Staat. In Nederland wordt aan de machtscheiding verder invulling gegeven via het stelsel van *checks and balances*.¹⁷

Het legaliteitsbeginsel wordt als een ander cruciaal onderdeel van het beteugelen van de staatsmacht beschouwd. Het is er onder andere op gericht de beginselen en de legitimiteit van de democratische rechtsstaat te waarborgen: slechts een overheid die zelf binnen de kaders van het recht opereert, kan van diens burgers verwachten en eisen dat zij hetzelfde doen.¹⁸ Juist in het straf- en strafprocesrecht neemt het legaliteitsbeginsel een prominente plek in. Met name binnen dat strafrecht kan de macht van de staat over een burger zich immers ten volle doen gelden en kan die machtsuitoefening voor een burger grote gevolgen hebben: de Staat kan de burger rechtens beroven van zijn meest kostbare bezit, zijn vrijheid.¹⁹ Daarnaast brengt de opsporing van strafbare feiten onvermijdelijk schendingen van burgerrechten en vrijheden mee, waaronder bijvoorbeeld diverse inmengingen in de persoonlijke levenssfeer, maatregelen die raken aan de onschendbaarheid van het lichaam, inbreuken op het eigendomsrecht en vrijheidsberoving. De grondwet eist voor deze en andere inbreuken nadrukkelijk een wettelijke

15 Van der Pot 2006, p. 176.

16 Voermans 2011, p. 67. De rechter mag wetten wel toetsen aan internationale verdragen en mensenrechten. Nationaal-wettelijke voorschriften vinden volgens art. 94 Grondwet immers geen toepassing indien deze niet verenigbaar zijn met bindende verdragsrechtelijke bepalingen, bijvoorbeeld in het EVRM en het IVBPR.

17 Witteveen 1991, p. 51 en 54.

18 “De rechtsstaat en *the rule of law* komt erop neer dat het tegengaan van willekeurige machtsuitoefening van de Staat wordt gekoppeld aan de verwachtingen van en de plicht tot gehoorzaamheid van burgers aan de regels”. WRR 2002, p. 19.

19 Het allermeest kostbare bezit van de burger, zijn leven, bevindt zich sinds de afschaffing van de doodstraf in 1870 en de grondwetwijziging in 1983 (waarbij de uitzondering op de regel in het oorlogsrecht werd verlaten) buiten de beschikkingsmacht van de Nederlandse staat.

grondslag.²⁰ Anders dan in andere rechtsgebieden is het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel gecodificeerd en wel in art. 1 Sv: “Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.”²¹ De hier geformuleerde legaliteitseis vormt de concretisering van zowel de eisen voor bevoegdheidstoedeling aan de overheid als een uitdrukking van de beschermingsgedachte voor de burger in het strafprocesrecht.

Aan deze strikte legaliteits eis in art. 1 Sv en het oude Muilkorfarrest (1897) werd veelal de conclusie verbonden dat opsporing en vervolging van strafbare feiten zodanig precair werden geacht, dat het stellen van regels daarover is voorbehouden aan de wetgever in formele zin.²² Behalve dat lagere wetgevers zoals provincies en gemeenten daarmee geen regels van strafprocesrecht kunnen creëren brengt deze opvatting mee dat politie, openbaar ministerie en zittende magistratuur bevoegdheden om tot opsporing, vervolging en bestraffing van strafbare feiten over te gaan, in beginsel slechts kunnen uitoefenen wanneer de wet in formele zin in die bevoegdheden voorziet en tot toepassing van die bevoegdheden machtigt. Corstens en Borgers spreken in dat verband van een waarborg voor de vrijheid, en koppelen het strafvorderlijk (en strafrechtelijk) legaliteitsbeginsel aan het primaat van de formele wetgever wanneer zij stellen dat behalve verantwoordelijkheden aan de zijde van de met strafrechtstoepassing belaste instanties, dit niet in het minst ook een verantwoordelijkheid voor de wetgever met zich brengt.²³

In de loop van de tweede helft van de vorige eeuw lijkt de strikte interpretatie van het wetsbegrip in art. 1 Sv te worden gerelativeerd, zowel in de wetgevingspraktijk als in de rechtspraak. De eerste betreft de ontwikkeling waarbij delegatie in bijvoorbeeld de vorm van uitvoeringsmaatregelen in toenemende mate wordt toegestaan. Dit zal in paragraaf 4.1.1 verder aan de orde komen. De jurisprudentiële relativering is met name gelegen in het oordeel van de Hoge Raad dat verrichtingen van opsporingsambtenaren waarmee slechts een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt een toereikende wettelijke grondslag hebben in de globale taakomschrijving van art. 2

20 Zie resp. art. 10, 11, 14 en 15 Gw.

21 Mevis spreekt met verwijzing naar Reijntjes van een ‘klaroenstoot’ waarmee het wetboek ‘krachtig en zonder uitzondering, beperking of nuancering opent.’ Mevis 2000, p. 12.

22 Zie o.a. Melai c.s., aant. 7, ad art. 1 en Mevis 2009, p. 199.

23 “Tezamen beogen beide bepalingen (artikel 1 Sv en artikel 1 Sr) de democratische, immers wettelijke grondslag van de strafrechtspleging te verzekeren. Die vormt een zekere waarborg voor de vrijheid van het individu. De grondslag van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel is aldus gelegen in de rechtszekerheid van de burger. Hij is niet overgeleverd aan de willekeur van de met strafrechttoepassing belaste instanties: de rechter en bestuurlijke instellingen. De wetgever heeft het primaat: de andere machten in de staat hebben zich te onthouden van het scheppen van strafbepalingen, het aanwijzen van bevoegde (rechterlijke) organen en het vaststellen van procedureregels. Op de wetgever rust de plicht dit primaat gestalte te geven. Het legaliteitsbeginsel is dan ook niet alleen tot de rechterlijke en de besturende macht gericht, maar ook tot de wetgever zelf. Het staat die wetgever niet vrij de op grond van het legaliteitsbeginsel op hem rustende taak uit te besteden aan rechter of administratie. Hij behoort dat ook niet impliciet te doen door het creëren van vage strafbepalingen, onduidelijke competentieregels en te veel ruimte latende procedurevoorschriften.” Corstens & Borgers 2011, p. 13.

(inmiddels art. 3) Politiewet.²⁴ Deze relativering heeft echter – gezien de strekking van het legaliteitsbeginsel – wel grenzen. De wetgever lijkt zich daar van bewust. Zo worden ‘voorschriften waarbij toezichts- of opsporingsbevoegdheden worden toegekend’ in de Aanwijzingen voor de regelgeving nadrukkelijk genoemd als een categorie die zoveel mogelijk in de wet in formele zin moet worden opgenomen.²⁵ Deze vingerwijzing is bovendien niet beperkt gebleven tot opsporingsmethoden waarmee stelselmatig of een meer dan lichte inbreuk wordt gemaakt op rechten en vrijheden van burgers. Ook wanneer een toe te kennen bevoegdheid risicovol wordt geacht voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, behoeft deze naar het toenmalige oordeel van de wetgever een voldoende specifieke basis in het Wetboek van Strafvordering.²⁶ Deze aanvullende legaliteitseis kwam voort uit de crisis in de strafrechtspleging volgend op de IRT-affaire en op de parlementaire enquête die daar het resultaat van was.

1.1.2 Crisis in de rechtsstaat

Het is bij uitstek de toepassing van buitenwettelijke opsporingsmethoden die ten grondslag heeft gelegen aan deze crisis in de strafrechtspleging die leidde tot een uitvoerig onderzoek door de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, naar diens voorzitter ook wel of zelfs beter bekend als de Commissie Van Traa.²⁷ Het onderzoek resulteerde in een alarmerend rapport dat op 1 februari 1996 aan de voorzitter van de Tweede Kamer werd aangeboden.²⁸ Na een jaar onderzoek constateerde de Commissie dat bij de opsporing en bestrijding van georganiseerde criminaliteit te vaak was gezondigd tegen de gulden regel: ‘geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid, geen verantwoordelijkheid zonder verantwoording.’²⁹ Het gevolg daarvan was volgens de Commissie een ernstige crisis in de opsporing:

“De crisis in de opsporing gaat diep. Zij raakt de legitimiteit van de rechtshandhaving. Het gaat om ernstige problemen binnen een essentieel deel van de democratische rechtsstaat. De beginselen van de democratische rechtsstaat zijn geen boekenwijsheid maar vormen de grondslag voor een levende rechts-

24 HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (Zwolsman) en meer recent HR 20 januari 2009, NJ 2009, 225 en HR 13 november 2012, NJ 2013, 413.

25 Aanwijzing 24 lid 1 sub f, Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 1992, 230.

26 Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden), Kamerstukken II 1996-1997, 25403, nr. 3, p. 3.

27 Aangezien nog andere parlementaire enquêtecommissies zoals de Commissie Kalsbeek en de Commissie Van den Haak de revue zullen passeren, zal de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden buiten het notenapparaat hierna als de Commissie Van Traa worden aangeduid, of kortweg als de Commissie wanneer uit de context duidelijk blijkt dat het over de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden gaat.

28 Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, Kamerstukken II 1995-1996, 24072, nr. 11.

29 Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 9.

staat die geen ongetoetst, beter nog ongecontroleerd domein in de rechtshandhaving en opsporing duldt. Een vrij politiebureau is ongepast.

De verschillende machten in de staat dienen hun verantwoordelijkheid te nemen. De wetgever dient het gebruik en de organisatie van de opsporingsmethoden te normeren. De uitvoerende macht dient op te sporen en te vervolgen volgens de normen van de wetgever. De rechterlijke macht dient de toepassing van het gebruik van de methoden aan deze normen te toetsen. De balans tussen de machten laat niet toe dat de rechtsstaat zich tot een 'rechtstaat' ontwikkelt. Zo'n ontwikkeling zou afbreuk doen aan het vertrouwen in de democratische rechtsstaat waarin regering en parlement de belangrijkste regels stellen.³⁰

Het uitgebreide rapport sluit af met een aantal aanbevelingen waarin wordt benadrukt dat bij de toepassing van strafrecht en strafvordering binnen de democratische rechtsstaat het doel de middelen niet kan heiligen. De toepassing van beginselen als proportionaliteit en subsidiariteit moet geschieden binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheden, waarbij het niet alleen gaat om de vraag wat mag en wat niet mag, maar ook om de vraag hoe toezicht en gezag worden uitgeoefend. De algemene uitgangspunten van de opsporing zouden naar het oordeel van de Commissie moeten zijn, dat opsporingsmethoden een expliciete wettelijke basis hebben, dat bevoegdheden van opsporingsambtenaren en het Openbaar Ministerie in de wet moeten worden vastgelegd, en dat het gebruik van opsporingsmethoden nauwgezet en volledig moet worden geverbaliseerd zodat deze achteraf kunnen worden gecontroleerd. Hoe ingrijpender de methode, des te hoger de toestemming gevende autoriteit, de toepassing van de methode dient vooraf aan de hand van objectieve toetsingscriteria te worden beoordeeld, en achteraf in het openbaar ten overstaan van een rechter te worden verantwoord. Er kunnen zich uitzonderingsituaties voordoen waarbij bepaalde aspecten of methoden niet openbaar worden, maar de rechter moet alle methoden kunnen toetsen, aldus nog steeds de Commissie.³¹

Deze en andere uitgangspunten van de Commissie werden door zowel de Tweede Kamer als de regering breed onderschreven. Dit leidde tot het besluit een werkgroep in te stellen belast met het doen van voorstellen inzake de uitvoering van dat deel van de aanbevelingen dat een oproep aan de wetgever tot wettelijke normering inhield. Deze werkgroep is bekend geworden als de Commissie Kalsbeek, en ook zij heeft uitvoerig gerapporteerd in een rapport van 9 juni 1999, waarin nieuwe en andere misstanden werden blootgelegd en waarin de rechtmatigheidsvereisten zoals de Commissie Van Traa die verwoord had opnieuw werden onderstreept. De Commissie Kalsbeek benadrukt eveneens het vereiste van een wettelijke basis voor opsporingsmethoden en hamert op de betrouwbaarheid en legitimiteit van het opsporingsapparaat.³² Ook dit rapport sluit af met een lange

30 Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 415.

31 Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, paragraaf 10.7 ('Aanbevelingen').

32 "Overheidsorganisaties moeten in de eerste plaats voldoen aan eisen die betrekking hebben op de rechtmatigheid van hun handelen. De commissie verwacht dat organisaties in de opsporing op een rechtmatige manier omgaan met de inzet van opsporingsmethoden. Zij verwacht dat er een wettelijke basis

lijst aanbevelingen, zowel op het gebied van specifieke opsporingsmethoden als meer algemene zaken zoals de rol van de rechter-commissaris en de (her)inrichting van het Openbaar Ministerie.³³ Dat laatste was op dat moment echter al in een vergevorderd stadium.

1.2 DE STRAFRECHTELIJKE RECHTSORDE

1.2.1 *Reorganisatie van het Openbaar Ministerie*

Op het moment van het aanbieden van het eindrapport van de Commissie Kalsbeek op 28 mei 1999 was een belangrijk onderdeel van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa, de reorganisatie van het Openbaar Ministerie, al nagenoeg afgerond.

Vrijwel gelijktijdig met het instellen van de Commissie Van Traa had de toenmalig Minister van Justitie Sorgdrager al het voornemen aangekondigd om tot een groot-scheepse reorganisatie van het Openbaar Ministerie te komen. Dat voornemen werd uitgewerkt in een brief aan de Tweede Kamer van 23 mei 1995.³⁴ In die brief worden de contouren geschetst van de wijze waarop de Minister vorm wenste te geven aan die reorganisatie en wordt verwezen naar het eerdere onderzoek van de Commissie Openbaar Ministerie, ook wel genoemd de Commissie Donner.³⁵ Deze had geconstateerd dat door de voortschrijdende differentiatie binnen – en de toenemende verbreding van de rechtshandhaving en door de voor de rechtshandhaving steeds schaarsere beschikbare middelen, het meer en meer noodzakelijk was geworden om te komen tot afstemming, sturing en prioritering.³⁶ De als gevolg daarvan steeds manifester geworden inhe-

is voor de inzet van opsporingsmethoden, dat de bevoegdheden voor de inzet van methoden eenduidig zijn en dat het gebruik van opsporingsmethoden wordt vastgelegd en getoetst. Overheidsorganisaties hebben in de tweede plaats te maken met eisen van doelmatigheid en effectiviteit. De commissie verwacht dat opsporingsmethoden doelmatig worden gebruikt en bijdragen aan een effectieve bestrijding van de criminaliteit. In de derde plaats moeten overheidsorganisaties voldoen aan eisen die betrekking hebben op hun betrouwbaarheid en stabiliteit. De commissie vindt dat de samenleving moet kunnen vertrouwen op de betrouwbaarheid van het opsporingsapparaat. Organisaties in de opsporing moeten zorg dragen voor de geloofwaardigheid en legitimiteit van de criminaliteitsbestrijding.” Uitvoering aanbevelingen enquêtecommissie opsporingsmethoden; Rapport van de Commissie-Kalsbeek “Opsporing in uitvoering”, Kamerstukken II 1998-1999, 26269, nr. 5, p. 13.

33 In bijlage 1 worden niet minder dan 129 ‘beslispunten Tweede Kamer’ opgesomd.

34 Brief van de Minister van Justitie over Reorganisatie van het openbaar ministerie van 23 mei 1995, Kamerstukken II 1994-1995, 24034, nr. 3.

35 Rapport van de Commissie Openbaar Ministerie (Commissie Donner), ‘Het functioneren van het Openbaar Ministerie binnen de rechtshandhaving’.

36 Zie voor een zeer kritische bespreking van dit rapport o.a. Schalken, die overeenkomstig ‘t Hart stelt dat de Commissie het recht slechts lijkt te beschouwen als een middel om een door de overheid op grond van beleidsdoelstellingen geformuleerde maatschappelijke orde te bereiken: in plaats van als een ‘permanent ingebouwde snelheidsbegrenzer’ wordt het recht gepresenteerd als ‘een obstakel bij het inrichten van een maakbare samenleving en het opzetten van een efficiënte organisatie van de misdaadbestrijding.’ Schalken 1994, p. 833.

rente spanningen in de rechtshandhaving hadden het functioneren van het Openbaar Ministerie op verschillende wijzen onder druk gezet, aldus deze Commissie volgens de brief van de Minister. Zij onderschrijft het oordeel van de Commissie dat het Openbaar Ministerie het zicht op diens primaire oriëntatie verloren lijkt te hebben door een vermenging tussen de bestuurlijke en beleidsmatige taken van het Openbaar Ministerie enerzijds en de strafvorderlijke taken anderzijds. Om aan die ambivalente positie een einde te maken wordt vastgesteld wat als de kerntaak van het Openbaar Ministerie wordt beschouwd, zoals deze later ook in de nieuwe wet RO zal worden opgenomen: *de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde*. Het is ten behoeve van die kerntaak dat de wetgever aan het OM de nodige bevoegdheden tot het plegen van interventies in de rechtsorde heeft toegekend, maar aan het uitoefenen van die bevoegdheden zijn stringente eisen verbonden waar het de rechtsstatelijkheid en transparantie van het optreden van het Openbaar Ministerie betreft:

“De uitoefening van die bevoegdheden – en dus het plegen van strafrechtelijke interventies – moet binnen de grenzen van het recht en, gegeven de beperkte middelen, met beleid geschieden. Dat vergt van het OM het maken van rechtsstatelijke afwegingen, het inzichtelijk maken van die afwegingen tegenover de externe relaties van het OM en het afleggen van verantwoording daarover aan de bevoegde politieke en rechterlijke organen. Omdat het plegen van strafrechtelijke interventies per definitie geschiedt ten behoeve van de handhaving van publieke, democratisch gelegitimeerde normen, dient het OM zich daarbij tevens te realiseren dat het zichtbaar en toetsbaar behoort op te treden in het algemeen belang. Er is in de meest letterlijke zin sprake van een openbaar ministerie.”³⁷

Om aan deze zware vereisten te kunnen voldoen is het naar het oordeel van de Minister noodzakelijk dat het OM als één organisatie wordt geconstrueerd en als een eenheid fungeert. Wanneer het wetsvoorstel ter wijziging van de Wet op Rechterlijke Organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet en diverse andere wetten op 11 juni 1997 naar de Tweede Kamer wordt gezonden, wordt deze vereiste eenheid dan ook stevig verankerd in de Memorie van Toelichting, en vormt de grondslag van de wijze waarop de reorganisatie wordt voorgesteld.³⁸

37 Brief van de Minister van Justitie van 23 mei 1995 par. 2.1. Overigens wijst 't Hart er fijntjes op dat het plan van aanpak dat in de brief van de Minister van 23 mei 1995 wordt gegeven was opgesteld door de inmiddels aangetrokken 'super-PG' Docters van Leeuwen en een fundamentele breuk betekende met het rapport van de Commissie Donner dat het juist geacht werd uit te werken. Minister Sorgdrager heeft die andere uitwerking niet alleen gedoogd, maar daar aanvankelijk ook actief aan meegewerkt, aldus 't Hart: 't Hart 2001, p. 15 e.v.

38 “Het uitgangspunt waarop alles valt terug te voeren is dat het OM bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden – met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde als kerntaak – zal moeten voldoen aan stringente eisen van samenhang, consistentie en kwaliteit. Die moeten terug te vinden zijn in de wijze waarop het OM is georganiseerd en daadwerkelijk opereert. Om aan die eisen te kunnen voldoen is onder andere noodzakelijk dat het OM als één organisatie wordt geconstrueerd, die ook als eenheid

Zo kort en kernachtig als de doelstellingen zijn geformuleerd, zo veelomvattend is het takenpakket dat daarmee bij het Openbaar Ministerie wordt neergelegd, en zo complex is het om de gewenste eenheid bij dat Openbaar Ministerie te bereiken. Dit wordt door de diverse bij het wetgevingsproces betrokken parlementariërs ook onderkend, waarbij vooral de bij de Commissie Van Traa betrokken Kamerleden kritisch blijven toezien op de door deze Commissie geformuleerde doelstellingen van codificatie, transparantie en het afleggen van verantwoordelijkheid. Zo hamert de heer Koekoek (CDA) bij het wetgevingsoverleg op 24 maart 1998 op de binnen de democratische rechtsstaat bestaande noodzaak de functie van strafvordering zo nauwkeurig mogelijk in de wet te beschrijven, en op het belang van democratische controle op het strafrechtelijke handhaven van de rechtsorde, in ieder geval democratische controle op het algemene beleid.³⁹ In datzelfde wetgevingsoverleg geeft Koekoek ook een overzichtelijke maar daarom niet minder veelomvattende definitie van die nieuwe kerntaak ‘strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde’: “ (...) de gehele strafrechtsketen, dus het voorkomen, het opsporen en vervolgen van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van straffen.”⁴⁰ Het voeren van beleid zoals dat noodzakelijk is om op een uniforme wijze aan deze taakstelling invulling te geven dient ten dienste te staan van die taakstelling, ruimte te laten voor afwijking in bijzondere gevallen, maar altijd in overeenstemming te zijn met het recht. Bij datzelfde overleg wijst de latere minister Korthals op het bipolaire karakter van deze positie en taakstelling van het Openbaar Ministerie. Hij benadrukt dat een magistraatlijk Openbaar Ministerie de noodzakelijke resultante van die taakstelling is:

*“Het OM heeft op grond van het nog steeds geldende huidige artikel 4 van de Wet op de rechterlijke organisatie de zorg voor de handhaving der wet. Dit wordt opgevat als handhaving van het recht en de rechtsorde. Dit betekent meer dan alleen maar bestrijding van de criminaliteit. Rechtshandhaving impliceert ook rechtsbescherming. Het OM richt zich op waarheidsvinding en levert daaraan een onpartijdige en niet vooringenomen bijdrage. Het behoort in te staan voor de rechtmatigheid van de opsporing. Daar moet de rechter op kunnen vertrouwen en daarom is het OM ook magistraatlijk.”*⁴¹

Dit spanningsveld tussen handhaving en rechtsbescherming, tussen effectieve criminaliteitsbestrijding en bewaking van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden, definieert de positie van het Openbaar Ministerie binnen het rechtsstatelijk model en

kan fungeren.” Memorie van Toelichting bij wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten (Reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), Kamerstukken II 1996-1997, 25392, nr. 3.

39 Algemene beraadslaging 24 maart 1998, Handelingen II 1997-1998, 25392, p. 64-4788.

40 Idem. Zie voor een soortgelijke maar iets ruimere omschrijving de hierna in paragraaf 3.1 nog uitvoerig te bespreken Nota nieuw stelsel bewaken en beveiligen: “De strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde betreft in het algemeen het voorkomen, opsporen en beëindigen van strafbare feiten, alsmede het vervolgen en berechten van de daders van die feiten en de tenuitvoerlegging van de hen opgelegde straffen en maatregelen.” Kamerstukken II 2002-2003, 28974, nr. 2, p. 4.

41 Idem, p. 4808.

binnen het strafprocessuele stelsel. Officieren van Justitie zijn zowel onder de Minister van Justitie ressorterende ambtenaren, als onafhankelijke magistraten die een eigen verantwoordelijkheid hebben. De Minister van Justitie is weliswaar politiek verantwoordelijk voor het door het Openbaar Ministerie gevoerde beleid, maar de individuele officier van justitie dient over de uitvoering van zijn werkzaamheden in strafzaken verantwoording te kunnen afleggen aan de rechter. De Minister en het parlement staan daar als wetgevende macht buiten. Gezien de grote rol die beleid als gevolg van deze complexe positie kan hebben en heeft op de toepassing van het straf- en strafprocesrecht, zoals aan het begin van dit hoofdstuk geïllustreerd, waarschuwt 't Hart sinds jaar en dag voor een instrumentele benadering van het recht, waarbij primair of zelfs uitsluitend effectieve bestrijding van criminaliteit wordt nagestreefd: "Waar de hoogste prioriteit wordt toegekend aan 'criminaliteitsbestrijding', kan bij de afweging uiteindelijk vrijwel alles daaraan ondergeschikt worden gemaakt. Want theoretisch bestaat er in een instrumentalistische opvatting geen grens buiten de doelmatigheid en doeltreffendheid zelf die, ook bij de ernstigste vormen van criminaliteit, niet overschreden mag worden."⁴² Dat is niet alleen met het oog op de positie van het individu binnen het strafproces een belangrijke en onverminderd actuele waarschuwing, maar is minstens zo belangrijk met het oog op het handhaven van het onderscheid tussen het democratische bestel enerzijds, en de werking van de rechtsstaat met als cruciale peiler de onafhankelijke rechter anderzijds. Zoals Eerste Kamerlid Glastra van Loon in een fraai en beknopt overzicht op 13 april 1999 in de Eerste Kamer verwoordt, biedt de verantwoordingsplicht van het Openbaar Ministerie aan de rechter niet alleen rechtsbescherming voor de burgers, maar wordt de rechtspleging hiermee bovendien op een 'veilige afstand' van de volkswil en de politiek geplaatst.⁴³

1.2.2 *Strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde*

Met de inwerkingtreding van de nieuwe Wet op de Rechterlijke Organisatie op 1 juni 1999 is de taakstelling van het Openbaar Ministerie door middel van het nieuwe art. 124 RO tot wet verheven. Het uitgangspunt bij het optreden van het Openbaar Ministerie dient daarmee te zijn dat dit ten dienste staat van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, maar dat wil niet zeggen dat het Openbaar Ministerie uitsluitend opereert binnen de strafrechtsketen of zelfs maar binnen het strafrechtelijk domein. Ondanks deze nadrukkelijke doelstelling is aan het Openbaar Ministerie immers een aantal taken toebedeeld welke taken niet als strafrechtelijk van aard aangemerkt kunnen worden, al is een verband met de openbare orde of het nog veel bredere begrip veiligheid over het algemeen wel te leggen. Te denken valt aan de rol van de officier van justitie bij het opnemen in een psychiatrische instelling van personen die als gevolg van een stoornis een gevaar voor zichzelf of hun omgeving opleveren (Wet Bijzondere Opnamen Psychiatrische Ziekenhuizen), het laten opnemen in een daartoe aangewezen ziekenhuis van personen

42 't Hart 1994, p. 189.

43 Algemene beraadslaging 13 april 1999, Handelingen I 1998-1999, 25392, p. 26-1173.

die als gevolg van een besmettelijke ziekte een gevaar voor de volksgezondheid opleveren (Wet Publieke Gezondheid), de mogelijkheid in het openbaar belang te vorderen dat een schuldenaar failliet wordt verklaard (art. 1 lid 2 Faillissementswet) en het middels art. 2:20 BW laten verbieden van rechtspersonen die een gevaar voor de openbare orde opleveren. De in art. 124 RO opgenomen taakstelling oogt dus wat beperkter dan het bredere pakket aan verantwoordelijkheden dat bij het Openbaar Ministerie is ondergebracht.

Mede vanwege die niet-strafrechtelijke verantwoordelijkheden wordt de taakstelling van het Openbaar Ministerie wel aangemerkt met het ruimere begrip rechtshandhaving, oftewel de handhaving van de rechtsorde. Het is de vraag of met die verruiming recht wordt gedaan aan de door de wetgever genomen beslissing om de taakstelling van het Openbaar Ministerie in eerste instantie nadrukkelijk binnen een strafrechtelijk verband te definiëren, en aan de codificatie in art. 124 RO die daarvan het gevolg is geweest. De Meijer meent van wel: zij ziet geen reden aan te nemen dat de allesomvattende taak van het Openbaar Ministerie, 'zijnde handhaving van de rechtsorde zoals door 't Hart beschreven', met de wetswijziging is doorbroken en dat het zwaartepunt daardoor meer in het strafrechtelijk domein is gelegd. "Het accentueert slechts de strafrechtelijke georiënteerdheid van het Openbaar Ministerie in de wet."⁴⁴ Desalniettemin beschouwt ook de Meijer de strafrechtelijke taken als de kerntaken van het Openbaar Ministerie, en noemt de niet-strafrechtelijke taken een 'ondergeschoven kindje'.⁴⁵ In de bespiegelingen van 't Hart waarnaar De Meijer verwijst, lees ik overigens niet dat die 'strafrechtelijke georiënteerdheid' geen gevolgen zou kunnen of moeten hebben voor de wijze waarop het openbaar ministerie primair invulling dient te geven aan de handhaving van de rechtsorde.⁴⁶ 't Hart benadrukt met een verwijzing naar de Memorie van Toelichting immers juist het programmatisch karakter van deze taakstelling, en richt zich met name op de rechtsstatelijke taken van het Openbaar Ministerie als bescherming van de grondrechten en van de beginselen van een behoorlijke procesorde. Deze hebben in zijn beleving niet aan belang ingeboet door de taakstelling dat het Openbaar Ministerie de strafrechtelijke rechtsorde dient te handhaven, in plaats van 'de' rechtsorde. Over een hiërarchie tussen het strafrechtelijk en het niet-strafrechtelijk instrumentarium van het Openbaar Ministerie spreekt hij niet.

Dat het Openbaar Ministerie in beginsel binnen het strafrechtelijk domein opereert, zou ook kunnen volgen uit het rechtsstatelijk perspectief. De overheid heeft haar verantwoordelijkheid voor het herstellen van de verstoorde maatschappelijke orde die het gevolg is van een gepleegd misdrijf, welke verantwoordelijkheid voortkomt uit de overdracht van verantwoordelijkheden van de individuele burger aan de staat, gemandateerd aan het Openbaar Ministerie. Daartoe is het Openbaar Ministerie van een (groot) aantal

44 De Meijer 2003, p. 97.

45 De Meijer 2003, p. 98. Zie voor een soortgelijk standpunt P.M. Frielink 2012, p. 110: Maar hoe je het ook wendt of keert, op die civielrechtelijke taken ligt in de OM-praktijk van alle dag niet het accent."

46 't Hart 2001, p. 34-36.

middelen voorzien, welke middelen verregaand inbreuk kunnen maken en maken op de vrijheden van diezelfde burgers. Die middelen dienen uitsluitend te worden ingezet bij de uitvoering van die verantwoordelijkheden die de burger heeft overgedragen. Het zou in strijd zijn met de totstandkoming van de moderne verhouding tussen de burger en zijn Staat, wanneer die Staat zich middels een organisatie die een deel van de bevoegdheden gemandateerd heeft gekregen, meer of verdergaande bevoegdheden ten opzichte van die burgers zou toe-eigenen dan waarover de Staat kon beschikken. Vandaar dat de Staat zich in geval van een civielrechtelijk of bestuursrechtelijk conflict met de burger niet kan bedienen van het Openbaar Ministerie of van de verregaande mogelijkheden van het Openbaar Ministerie, althans niet zonder nadrukkelijke wettelijke grondslag die de uitbreiding van die bevoegdheden buiten het strafrechtelijk domein legitimeert.

Met het oog op de totstandkoming en formulering van de taakstelling in de Wet RO dient te worden aangenomen dat, hoewel het Openbaar Ministerie ontegenzeggelijk verantwoordelijkheden en bevoegdheden buiten het strafrechtelijk domein toebedeeld heeft gekregen, deze als uitzonderingen op de regel moeten worden beschouwd, en dat het Openbaar Ministerie zich ter handhaving van de rechtsorde primair dient te bedienen van het strafrechtelijk instrumentarium dat haar daartoe ter beschikking staat. Met uitzondering van de BOPZ maakt het Openbaar Ministerie ook maar hoogst zelden gebruik van haar civielrechtelijke instrumenten.⁴⁷

1.2.3 *Staande magistratuur*

Is de legitimatie om buiten het strafrechtelijk domein te treden zoals in de hierboven genoemde voorbeelden voorhanden en kan het Openbaar Ministerie aldus opereren buiten diens primaire taakstelling, dan blijven de eisen van magistratelijkheid zoals die rechtstreeks uit de rechtsstatelijke positie van het Openbaar Ministerie voortvloeien, onverminderd gelden.⁴⁸ Ook buiten dat strafrechtelijk domein zal het Openbaar Ministerie immers enerzijds de belangen van de openbare orde en maatschappelijke veilig-

47 Het middels het civiele recht aanpakken van rechtspersonen mag zich recent in meer aandacht verheugen als gevolg van de succesvolle procedure om de Vereniging Martijn verboden te laten verklaren (Rechtbank Assen 27 juni 2012, LJN BW9477). Een eerdere poging om middels art. 12 Sv strafrechtelijke stappen tegen deze vereniging te zetten waren op niets uitgelopen (Gerechtshof Leeuwarden 21 november 2011, LJN BU4940). Dat dit middels het civiele recht wel lukte is uitzonderlijk te noemen, nu eerdere zaken waarin het Openbaar Ministerie zich op voet van art. 2:20 BW tot de rechter had gewend niet tot het gewenste resultaat had geleid: zie onder andere de Hoge Raad op 26 juni 2009 in de zaak tegen de Hell's Angels (NJ 2009, 396) en de Rechtbank Den Haag op 17 juli 2006 in een procedure tegen de vereniging Partij voor Naastenliefde, Vrijheid & Diversiteit (NJF 2006, 374). Ondanks het als plaatsvervangend Advocaat-Generaal invliegen van M.E. de Meijer oordeelde ook het Gerechtshof Leeuwarden in hoger beroep anders, en werd de verbodenverklaring en ontbinding van Martijn ongedaan gemaakt (Gerechtshof Leeuwarden 2 april 2013, LJN BZ6041). Voor een voorbeeld van een geslaagde verboden verklaring zie de Rechtbank Amsterdam op 18 november 1998, bij welke gelegenheid CP'86 verboden werd verklaard (NJ 1999, 377).

48 De Doelder & De Meijer 2013, p. 138.

heid moeten dienen, en anderzijds oog moeten houden voor de bescherming van het individu en diens door de wet en het recht toegekende rechten.⁴⁹ Het Openbaar Ministerie dient de maatschappij inclusief de overheid die van die maatschappij deel uitmaakt te beschermen tegen een individu, maar dient tegelijk het individu te beschermen tegen de maatschappij en in het bijzonder tegen de overheid. Daarmee zijn we terug op het snijvlak van democratie en rechtsstaat, dat doorlopend de discussie omtrent begrippen als recht, rechtsorde en rechtshandhaving bepaalt. Er zou haast kunnen worden gesteld dat het wezen van die begrippen te vinden is op dat snijvlak: volgens 't Hart is één van de karakteristieken van de rechtsorde het tot stand brengen en in stand houden van een stelsel van *checks and balances* dat machtsdeling, machtscontrole, machtsbeperking en daarmee de juridische garantie voor individuele rechtsbescherming meebrengt. De eisen dat het overheidsoptreden zowel democratisch als rechtsstatelijk dienen te zijn gelegitimeerd, dat ook de overheid zelf principieel aan het recht is onderworpen (*the rule of law*) en dat het recht dient te voorzien in individuele rechtsbescherming, zijn onmisbare eigenschappen om van een rechtsorde en dus van rechtshandhaving te kunnen spreken.⁵⁰

De individuele rechtsbescherming wordt gezien als een belangrijke peiler van het strafprocesrecht. Dat manifesteert zich niet alleen in een bekend adagium als dat een verdachte onschuldig is totdat zijn onschuld is vastgesteld. In het strafprocesrecht en in het bijzonder het Wetboek van Strafvordering wordt immers tevens bepaald op welke wijze die vaststelling dient plaats te hebben, en hoe het Openbaar Ministerie diens door de overheid toegekende bevoegdheden kan inzetten. Behalve de vaststelling van de individuele schuld of onschuld van een concrete verdachte dient te rechter die inzet van bevoegdheden te toetsen. Hoewel het strafproces indien het uitmondt in een veroordeling tot mogelijk vergaande sanctionering van overheidswege leidt, dient het strafvorderlijk model dus tevens om te voorkomen dat het Openbaar Ministerie diens macht ongecontroleerd kan inzetten, hetgeen behalve tot machtsmisbruik en willekeur kan leiden tot een op een gebrekkig onderzoek gebaseerde veroordeling van een onschuldige. Anders gezegd: hoewel het Wetboek van Strafvordering diverse inbreuken op de persoonlijke vrijheid, de privacy, en allerhande andere rechten van burgers aan de overheid toebedeelt, en voorts in samenhang met het Wetboek van Strafrecht voorziet in ingrijpende leedtoevoeging aan individuen, dient dat Wetboek van Strafvordering zoals dat ten grondslag ligt aan het strafproces ambivalent genoeg als ten dienste staand aan (de rechten van) de individuele burger te worden gezien.

Het is ook en zelfs juist binnen dat strafproces dat de magistratelijkheid van het Openbaar Ministerie diens concrete neerslag vindt. Het is immers bij de gratie van het uitgangspunt dat het Openbaar Ministerie magistratelijk met diens bevoegdheden zal omgaan, oog zal houden voor de belangen van de verdachten, en zich zal onderwerpen aan rechter-

49 De Meijer stelt hierover dat het opportuniteitsbeginsel dat binnen het kader van de rechtshandhaving de richting aanduidt, in civiele zaken nader wordt ingekleurd door het beginsel van zorgvuldige belangenafweging; De Meijer 2003, p. 99-100.

50 't Hart 2001, p. 37-38.

lijke controle, dat het Openbaar Ministerie een zo verregaande mate van bevoegdheden toebedeeld heeft gekregen. Het Openbaar Ministerie kan beschikken over een omvangrijk opsporingsapparaat met eveneens vergaande bevoegdheden, kan beslissingen nemen over de wijze waarop en de richting waarin dat opsporingsapparaat moet worden ingezet, heeft toegang tot allerlei informatie uit andere opsporingsonderzoeken die voor anderen niet toegankelijk zijn, kan processen-verbaal opmaken waarvan de juistheid in beginsel niet ter discussie staat, bepaalt welke informatie wel en welke niet aan de verdachte en de rechtbank ter beschikking wordt gesteld, etcetera. Ook in de fase na de opsporing, wanneer het onderzoek ter zitting is aangevangen, beschikt het Openbaar Ministerie over oneindig veel meer mogelijkheden dan de verdachte (en in diens verlengde, zijn advocaat) waar het het kunnen beïnvloeden van het moment van de zitting, het oproepen van getuigen of deskundigen, mogelijkheden tot nader onderzoek, en het inbrengen van bewijsmiddelen betreft.

Die macht brengt grote verantwoordelijkheden én de complexe positie zoals hiervoor beschreven met zich mee. Enerzijds wordt het Openbaar Ministerie geacht leiding te geven aan de opsporing en vanuit dat perspectief zo veel mogelijk bewijsmiddelen te verzamelen ten behoeve van een strafzaak. Daarbij dient het Openbaar Ministerie in die fase echter al de belangen van een verdachte in het oog te houden, en ook vanuit het perspectief van die verdachte naar de opsporing van een zaak te kijken. Vervolgens zal het dossier zodanig moeten worden samengesteld, dat daarin alle relevante bewijsmiddelen worden opgenomen, zowel belastende als ontlastende bewijsmiddelen, en aldus een zo volledig en objectief mogelijk beeld van de gebeurtenissen rond het feit waarop de verdenking ziet, wordt neergelegd. Bij de vervolging die op basis van dat dossier plaatsvindt, wordt het Openbaar Ministerie opnieuw geacht zowel het belang van de maatschappij bij de oplossing van het strafbare feit en de bestraffing van de dader, als de belangen van de verdachte en zijn verdediging, in het oog te houden, en aldus mede te waken voor een eerlijke rechtsgang waarbij met open vizier en vergeleken met de verdediging zo veel mogelijk gelijke processuele wapenen de zaak bij de rechter wordt gepresenteerd, opdat deze een afgewogen en geïnformeerd oordeel kan vellen.

De van het Openbaar Ministerie vereiste magistratelijkheid beoogt aldus te voorkomen, dat het Openbaar Ministerie diens omvangrijke bevoegdheden inzet op een wijze die afbreuk zou doen aan een eerlijk proces dat een verdachte met het oog op een zo betrouwbaar mogelijke uitkomst van een strafvervolgning, en met het oog op de (aanzienlijke) bestraffing van staatswege die het gevolg van de strafvervolgning kan zijn, toekomt. Het is juist ook vanwege die magistratelijkheid dat het Openbaar Ministerie in de loop der jaren steeds meer bevoegdheden toebedeeld heeft gekregen. Verstreckende en ernstig op de privacy van de burgers inbreuk makende opsporingsbevoegdheden als observatie, infiltratie en het vorderen van diverse gegevens kunnen door het Openbaar Ministerie worden ingezet zonder dat daar een rechter aan te pas komt. Wordt er wel een rechter bij betrokken, zoals bij telefoontaps, dan vertrouwt deze in de praktijk in grote mate op de informatieverstrekking van het Openbaar Ministerie: andere informatie heeft hij eenvoudigweg niet. Gesteld kan worden dat het Nederlandse strafprocessuele

systeem afhankelijk is van het grote vertrouwen in het Openbaar Ministerie en in een integere opsporing. Vandaar ook dat de rechter geneigd is hard in te grijpen wanneer dat vertrouwen wordt beschaamd, met als meest vergaande consequentie de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging.⁵¹

De rol van de officier van justitie in een individuele strafzaak is nadrukkelijk te bevorderen dat er recht wordt gedaan. Dat is een wezenlijk andere rol dan het bewerkstelligen dat een verdachte wordt veroordeeld, hoezeer dat laatste ook regelmatig vanuit de maatschappij wordt verwacht. De wens om een zaak te winnen, hoe menselijk ook, is een wens die de officier van justitie eenvoudigweg niet mag hebben. In de woorden van Reijntjes: “De Officier behoort niet enkel te streven naar een veroordeling; hij moet vechten voor het Recht, met een hoofdletter. Alleen wanneer het recht zegeviert, kan hij zeggen dat hij zijn taak heeft volbracht. De eindverantwoordelijkheid ligt bij de rechter, maar de Officier is degene die de rechter tot rechtdoen in staat moet stellen.”⁵² Ook een vrijspraak kan dus een overwinning van het recht zijn. Crijns stelt in zijn hierna nog uitvoerig te citeren proefschrift kort en goed dat het bij een officier van justitie gaat ‘om het streven zich op te stellen als ware hij rechter.’⁵³ Het Openbaar Ministerie stelt zelf eveneens zware eisen aan zijn vertegenwoordigers, getuige de Gedragscode Openbaar Ministerie zoals deze op 11 juli 2005 door het College van Procureurs Generaal is vastgesteld. Met verwijzing naar de eed die door rechterlijke ambtenaren al sinds 1827 moet worden afgelegd, stelt die gedragscode enkele algemene regels die doordrenkt zijn van rechtsstatelijkheid en magistratelijkheid.⁵⁴

Deze complexe en uiterst veelomvattende positie van het Openbaar Ministerie, en de eisen van magistratelijkheid die aan het functioneren van het Openbaar Ministerie mogen en moeten worden gesteld, maakt dat van een normale of gelijkwaardige verhouding tussen dat Openbaar Ministerie en een burger, of deze nu verdachte, getuige, slachtoffer, patiënt, rechtspersoon of nog iets anders is, nauwelijks nog sprake kan zijn. Dat brengt mij op de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en andere rechtssubjecten, en op het begrip rechtsbetrekkingen.

51 Zie daarover hierna paragraaf 2.2 en paragraaf 5.1.

52 Reijntjes 2005, p. 598. Zie ook Crijns 2010, p. 316.

53 Crijns 2010, p. 330.

54 De medewerker van het OM voert zijn werkzaamheden uit:

1. binnen de grenzen van het recht;
2. met bijzondere aandacht voor de fundamentele rechten van de mens;
3. met eerbiediging van de inherente menselijke waardigheid, zonder aanzien van persoon en status, en zonder te discrimineren naar godsdienst, geslacht, seksuele geaardheid, nationale afkomst, etniciteit, huidkleur, leeftijd of andere grond;
4. eerlijk, onpartijdig, objectief en onbevreesd;
5. op een wijze die ook achteraf controleerbaar is en waarbij over de in de taakuitoefening gemaakte keuzen steeds verantwoording kan worden afgelegd;
6. met inachtneming van de regels van proportionaliteit en subsidiariteit;
7. op een zorgvuldige en voortvarende manier.

1.3 RECHTSBETREKKINGEN

1.3.1 *De kapstok van Crijns*

In zijn proefschrift ‘De strafrechtelijke overeenkomst – de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht’ gaat Crijns zoals de titel al suggereert zeer uitgebreid in op het fenomeen rechtsbetrekking en op de wijze waarop deze zich in het strafrecht manifesteert.⁵⁵ Crijns benadrukt dat de rechtsbetrekking een algemeen concept is met behulp waarvan elke juridische verhouding kan worden beschreven: “de rechtsbetrekking vormt als het ware een kapstok waaraan de verschillende verhoudingen binnen de sfeer van het recht kunnen worden opgehangen en onderling kunnen worden vergeleken.”⁵⁶ Een rechtsbetrekking is dan ook niet veel meer (of minder) dan een door het recht geregelde verhouding tussen rechtssubjecten. Die rechtsbetrekking kan ontstaan doordat twee partijen een overeenkomst met elkaar aangaan, zoals de klassieke overeenkomst tussen twee partijen binnen het civiele recht, of juist haar oorsprong vinden in de beginselen van de rechtsstaat waarbij de Staat in een bepaalde (staatsrechtelijke) rechtsbetrekking tot burgers staat. Rechtsbetrekkingen kunnen dus sinds jaar en dag bestaan of juist op een specifiek definieerbaar moment in het leven worden geroepen, waarbij sprake kan zijn van zeer vele al dan niet bepaald aangeduide partijen of juist van slechts twee personen. In dat laatste verband wordt gesproken van multipolaire respectievelijk bipolaire rechtsbetrekkingen.

Crijns stelt dat de belangrijkste criteria op grond waarvan rechtsbetrekkingen van elkaar kunnen worden onderscheiden verband houden met het evenwicht binnen de rechtsbetrekking. Dit manifesteert zich met name bij de mogelijkheid van de bij de rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten om invloed uit te oefenen op ontstaan, inhoud en beëindiging van de rechtsbetrekking, en op de wijze waarop de rechten en plichten binnen de rechtsbetrekking over de betrokken rechtssubjecten zijn verdeeld.⁵⁷

Het ligt voor de hand dat de strafrechtelijke rechtsbetrekking die ontstaat tussen het Openbaar Ministerie en een verdachte wanneer tot opsporing en vervolging van die verdachte wordt overgegaan, bepaald niet evenwichtig genoemd kan worden, al is het maar nu de verdachte geen inspraak heeft in het ontstaan van die rechtsbetrekking. Daarnaast kenmerkt de verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte zich door een zeer ongelijkwaardige verdeling van bevoegdheden, waarbij het Openbaar Ministerie allereerste onderzoek en dwangmiddelen kan initiëren en de verdachte daarop slechts reactief kan handelen. Cleiren spreekt in dat verband van een overwegend asymmetrische rechtsbetrekking.⁵⁸

⁵⁵ Crijns 2010.

⁵⁶ Crijns 2010, p. 221.

⁵⁷ Crijns 2010, p. 243.

⁵⁸ Cleiren 1992, p. 22-23.

In deze asymmetrische rechtsbetrekking komen de beginselen van de rechtsstaat en de bijzondere positie van het Openbaar Ministerie binnen het strafproces als geheel samen. Het is door deze asymmetrie waarin de ene partij (het Openbaar Ministerie) een veel machtiger positie bekleedt dan de andere partij (de verdachte), dat op het Openbaar Ministerie de zorgplicht rust om zorgvuldig en magistraatlijk met die positie om te gaan. De eisen die aan de bij een rechtsbetrekking betrokken subjecten kunnen worden gesteld, verhouden zich zo gezegd als communicerende vaten: hoe onevenwichtiger die verhouding, hoe meer zorgvuldigheid en terughoudendheid van de machtigere partij mag worden verwacht. Dat uitgangspunt geldt voor alle mogelijke rechtsbetrekkingen, maar met name voor de strafrechtelijke rechtsbetrekking, waarin het verschil tussen de partijen als gezegd uitzonderlijk groot is.

1.3.2 *Strafrechtelijke rechtsbetrekkingen*

Gesteld kan worden dat de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en burgers in eerste instantie multipolair en abstract van aard is. Zoals burgers onderling in een abstracte rechtsbetrekking tot elkaar staan, zo geldt dat ook voor burgers en de Staat en diens diverse organen en verschijningsvormen. In het geval van het Openbaar Ministerie komt deze algemene rechtsverhouding er op neer, dat burgers in Nederland of Nederlanders in het buitenland geacht worden zich aan de wet te houden. Doen zij dat niet, dan dienen zij rekening te houden met een reactie van (de politie en) het Openbaar Ministerie, in die zin dat tot onderzoek van de vermeende misstappen kan worden overgegaan. Dat onderzoek kan variëren van een zeer kleinschalig onderzoek, waarbij slechts gegevens omtrent de burgerlijke staat van een burger worden opgevraagd, tot de massale inzet van opsporingsbevoegdheden die een verregaande inbreuk op de privacy van de burger tot gevolg hebben zoals het tappen van zijn telefoon en die van iedereen die met hem in contact staat, het observeren van die burger en zijn contacten, het stelselmatig inwinnen van informatie, het middels de Belastingdienst, UWV of Rijksdienst voor het Wegverkeer opvragen van allerhande financiële gegevens en persoonsgegevens, etcetera. Gedurende zo een onderzoek begint de rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de burger al meer omkaderde vormen aan te nemen, maar van een bipolaire rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en die burger kan nog niet worden gesproken, al is het maar nu de burger zich van die rechtsbetrekking (normaal gesproken) niet bewust is. Desalniettemin is er door de beslissing een burger als *verdachte* aan te merken, al sprake van een tamelijk concreet ingevulde strafrechtelijke rechtsbetrekking, die de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en die burger (inmiddels verdachte) tot in grote mate bepaalt, die gevolgen heeft voor de wijze waarop het Openbaar Ministerie hem tegemoet dient te treden, en als gevolg waarvan specifieke eisen kunnen worden gesteld aan de handelwijze van het Openbaar Ministerie jegens die burger.

De inhoud van de rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte verandert afhankelijk van het verloop van het onderzoek. Wordt de verdenking van het Openbaar Ministerie niet of onvoldoende bevestigd, dan zal het onderzoek worden beëindigd en keert de rechtsbetrekking terug naar de multipolaire en abstracte beginpositie tussen Staat en burger zoals die voorafgaand aan het ontstaan van de verdenking bestond.⁵⁹ Wordt de verdenking naar het oordeel van het Openbaar Ministerie voldoende bevestigd door het onderzoek en wordt tot aanhouding of vervolging van de verdachte overgegaan, dan evolueert de rechtsbetrekking naar een min of meer bipolaire status waarbij het Openbaar Ministerie uiteindelijk en al dan niet na toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen de rechter zal vragen om bestraffing van de verdachte.⁶⁰ Die bipolaire status brengt weer een heel nieuw kader mee waarbinnen de rechtsbetrekking genormeerd en getoetst dient te worden, te weten de bepalingen omtrent de voorlopige hechtenis in geval van vrijheidsbeneming en de gang van zaken ter terechtzitting op het moment dat het onderzoek ter zitting aanvangt.

De rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en een verdachte is dus een dynamisch fenomeen dat wijzigt afhankelijk van de stand van de verdenking en het eventuele verdere onderzoek. Elke fase heeft een geheel eigen instrumentarium voor de wijze waarop de rechtssubjecten zich binnen de rechtsbetrekking tot elkaar verhouden en de bevoegdheden en de verantwoordelijkheden die zij naar elkaar en naar buiten toe hebben. De rode draad in die rechtsbetrekking blijft steeds de onevenwichtige verhouding tussen de partijen, en de bijzondere verantwoordelijkheden die deze onevenwichtige verhouding voor het Openbaar Ministerie met zich brengt. Hier vindt de dubbele werking van de rechtsbescherming zoals Schalken die noemt zijn concrete en binnen de rechtsbetrekking geïndividualiseerde grondslag, die de verhouding tussen Openbaar Ministerie en verdachte bepaalt: enerzijds de rechtsbescherming die aan de maatschappij geboden wordt doordat de norm waarvan wordt vermoed dat deze is overtreden wordt gehandhaafd, anderzijds de rechtsbescherming die de overtreder wordt geboden tegen de verregaande en ingrijpende bevoegdheden van de handhaver.⁶¹ Het verloop van de vervolging zal tot slot weer tot een andere rechtsbetrekking leiden, waarbij er dan wel sprake zal zijn van een veroordeelde aan de ene kant en het Openbaar Ministerie als executeur van de door de rechter opgelegde sanctie aan de andere kant, dan wel van een gewezen verdachte die onder omstandigheden kan trachten een nieuwe rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie aan te gaan, wanneer vergoeding wordt gevraagd voor de als gevolg van de eerdere rechtsbetrekking(en) ontstane schade.

59 Afhankelijk van de aard en omvang van het onderzoek zal de burger door het Openbaar Ministerie geïnformeerd worden omtrent het feit dat hij onderwerp van onderzoek is geweest en dat bepaalde bevoegdheden jegens hem zijn ingezet. In theorie kan dat tot weer nieuwe rechtsbetrekkingen leiden, wanneer de burger daartegen in verweer wenst te komen, maar die situatie zal hier verder buiten beschouwing worden gelaten.

60 Ook met die rechter ontstaat een in beginsel bipolaire rechtsbetrekking, net als met de advocaat van de verdachte. Een vervolging heeft dus een hele reeks rechtsbetrekkingen tussen de verdachte en derden tot gevolg, die in meer of mindere mate bipolair van aard zijn.

61 Schalken 1987, p. 15. Zie ook Crijns 2010, p. 286.

1.3.3 *Vermenging van rechtsbetrekkingen*

Binnen al die verschillende rechtsbetrekkingen die tussen het Openbaar Ministerie en een burger kunnen bestaan, wordt een specifieke plek ingenomen door de bipolaire rechtsbetrekking die ontstaat op het moment dat het Openbaar Ministerie een *overeenkomst* met een burger aangaat. Waar in het voorgaande de (strafrechtelijke) rechtsbetrekking tussen Openbaar Ministerie en burger zich min of meer organisch ontwikkelde afhankelijk van het ontstaan en het verloop van een verdenking, en die zich nadrukkelijk en geheel binnen het strafrechtelijk domein afspeelde, wordt met het sluiten van een overeenkomst een civielrechtelijk leerstuk de rechtsbetrekking binnengeloodst. De overeenkomst is immers bij uitstek een privaatrechtelijke figuur en geldt zelfs als de belangrijkste bron van verbintenissen, met wortels in het verre verleden.⁶² Dat werpt de vraag op of het normerings- en/of toetsingskader van de rechtsbetrekking daarmee verandert ten opzichte van het strafrechtelijk kader: binnen het civiele recht bestaat uitvoerige wetgeving en jurisprudentie over de verhouding tussen partijen wanneer zij een overeenkomst sluiten, over hetgeen deze partijen redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten, en over de wijze waarop en bij welke instantie conflicten over de (nakoming van de) overeenkomst dienen te worden behandeld.

Het uitgangspunt bij dat civielrechtelijk normeringskader is dat van gelijkwaardige partijen die uit vrije wil besluiten een overeenkomst met elkaar aan te gaan. Dat is echter niet zonder meer van toepassing wanneer het Openbaar Ministerie een overeenkomst met een burger sluit. De transactieovereenkomst is daar een voorbeeld van, welke ook door Crijns uitvoerig in zijn proefschrift wordt beschreven. Hierbij biedt het Openbaar Ministerie op grond van art. 74 Sr een verdachte aan om in ruil voor een wederprestatie (meestal het betalen van een boete of het verrichten van een taakstraf) af te zien van (verdere) vervolging. Hoewel het de verdachte vrijstaat de overeenkomst te weigeren, kan niet gezegd worden dat hij zijn wil geheel in vrijheid heeft kunnen bepalen wanneer hij besluit de overeenkomst met het Openbaar Ministerie te sluiten. De verdachte heeft er immers niet voor gekozen een dergelijke overeenkomst voorgelegd te krijgen, en bovendien is er sprake van op zijn minst onaangename omstandigheden wanneer de overeenkomst wordt geweigerd. Er zou zelfs gesteld kunnen worden dat sprake is van dreiging van de zijde van het Openbaar Ministerie: als u de overeenkomst niet aangaat, slepen wij u voor de rechter. Toch zal niemand betogen dat een transactieovereenkomst tussen het Openbaar Ministerie en een verdachte vernietigbaar is op grond van art. 3:44 BW, al is het maar nu wordt aangenomen dat de dreiging met enig nadeel die van het Openbaar Ministerie uitgaat, niet onrechtmatig is, nu deze voortkomt uit de taakstelling van het Openbaar Ministerie. Het voorbeeld illustreert echter wel dat van een normale overeenkomst die binnen het gebruikelijke civielrechtelijke toetsingskader kan worden genormeerd, nauwelijks sprake kan zijn wanneer het Openbaar Ministerie partij bij zo een overeenkomst is.

⁶² Zoals bijvoorbeeld in de beroemde Codex Justinianus. Zie uitgebreid hierover Lokin & Zwolve 2006.

Voor andere overeenkomsten waarbij het Openbaar Ministerie partij is, geldt in principe hetzelfde. Ook de overeenkomst waarbij een burger als informant of infiltrant wordt ingezet bij de opsporing (resp. art 126v en 126w Sv) kan niet als een reguliere civielrechtelijke overeenkomst worden aangemerkt, al is het maar nu de activiteiten die de burger als dienst aan de politie en het Openbaar Ministerie ontplooit buiten het strafrechtelijke onderzoekskader grotendeels niet eens toegestaan zouden zijn. Ook hier geldt dus dat wanneer de overeenkomst zich niet (overwegend) in het strafrechtelijke domein maar in het privaatrechtelijke domein zou afspelen, deze op grond van het civiele recht en meer in het bijzonder art. 3:40 BW als in strijd met de wet of goede zeden vernietigbaar zou zijn. De rechtsgang is eveneens anders dan bij een overeenkomst binnen het privaatrechtelijke domein: een gang naar de burgerlijke rechter in geval van wanprestatie of tekortkomingen in de nakoming ligt niet bepaald voor de hand. Stel dat een burgerinfiltrant zou overstappen naar ‘de andere kant’ (voor de criminelen zou gaan werken) of zich niet aan de met het Openbaar Ministerie gemaakte afspraken zou houden, dan zou hij mogelijk een strafrechtelijke reactie tegemoet kunnen zien, maar een dagvaarding om bij de civiele rechter te verschijnen waar het Openbaar Ministerie nakoming van de verbintenis zou vorderen, is niet erg aannemelijk. Bovendien wordt de informant- of infiltrantovereenkomst per definitie gesloten in het kader van een opsporingsonderzoek tegen één of meer verdachten, en ook vanuit dat perspectief worden die overeenkomst én de handelwijze van de daarbij betrokken partijen dus beheerst door de strafrechtelijke normering die op dat opsporingsonderzoek van toepassing is. Anders dan de vorm van de rechtsbetrekking, de overeenkomst, doet vermoeden, ‘gedraagt’ deze rechtsbetrekking zich naar inhoud, normering en toetsing dus geheel strafrechtelijk. De in dit verband ook wel genoemde overeenkomst met een informant die in ruil voor tip- en toondergelden informatie aan de CIE verstrekt, vertoont in wezen hetzelfde patroon.

Crijns richt zich bij de vraag welk normatief kader van toepassing is op de rechtsbetrekking die ontstaat wanneer het Openbaar Ministerie een overeenkomst met een verdachte of een burger aangaat, in eerste instantie op de aard van de rechtsverhouding, die hij hoofdzakelijk invult aan de hand van de inhoud van de rechtsbetrekking.⁶³ Indien de overeenkomst naar inhoud hoofdzakelijk strafrechtelijk van aard is, zouden normering en toetsing volgens Crijns in beginsel binnen het strafrechtelijk domein moeten plaatshebben. Is de rechtsbetrekking inhoudelijk met name privaatrechtelijk van aard, dan vindt normering en toetsing plaats binnen de kaders van het civiele recht. Anders dan Bleichrodt in diens bespreking van het proefschrift van Crijns, meen ik dat Crijns daarmee niet bedoeld heeft te zeggen dat de strafrechtelijke overeenkomst *zonder meer* een zuiver strafrechtelijke rechtsfiguur is.⁶⁴ Ik begrijp Crijns zo, dat hij in lijn met het voorgaande bedoelt te zeggen dat de rechtsbetrekking die ontstaat wanneer het Openbaar Ministerie een overeenkomst met een verdachte sluit, een dynamisch concept is dat strafrechtelijke en civielrechtelijke kenmerken heeft en dus in beide rechtsgebieden kan worden getoetst, maar dat deze toetsing gezien de (primair strafrechtelijke) inhoud

63 Crijns 2010, p. 446.

64 Bleichrodt 2012, punt 11.

van de overeenkomst in eerste instantie binnen het strafrechtelijk domein moet plaatshebben.

Ik onderschrijf deze benadering van Crijns met die kanttekening, dat ik meen dat een overeenkomst tussen het Openbaar Ministerie en een burger niet zo zeer strafrechtelijk van aard is als gevolg van de inhoud van die overeenkomst, maar reeds als gevolg van het feit dat het Openbaar Ministerie contractpartij is. Het Openbaar Ministerie handelt zoals hiervoor gezien vanuit diens doelstelling dat het zorg dient te dragen voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, en dat zal dus ook de grondslag van de overeenkomst (moeten) zijn. Anders gezegd: wanneer de overeenkomst die het Openbaar Ministerie met een burger wil sluiten niet past binnen die doelstelling van handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde, dan zou het Openbaar Ministerie niet tot sluiting van die overeenkomst mogen komen.⁶⁵ De positie van het Openbaar Ministerie is zo zwaarwegend en de ongelijkwaardigheid tussen het Openbaar Ministerie en de burger (en zeker de verdachte) is zo groot, dat dit vanaf het begin een stempel op de overeenkomst drukt die de verhouding tussen contractspartijen bepaalt. Door het aangaan van een overeenkomst met een burger brengt het Openbaar Ministerie het hele pakket aan bevoegdheden en verantwoordelijkheden dat het toebedeeld heeft gekregen, én de normering die daarop van toepassing is, in die rechtsbetrekking in, en daarmee is de overeenkomst in beginsel strafrechtelijk van aard. Het uitgangspunt moet daarmee zijn dat zo een overeenkomst dient te worden getoetst door de strafrechter met inachtneming van de regels van het straf(proces)recht, aangevuld met de magistratelijkheid die op grond van de bijzondere positie van het Openbaar Ministerie mag worden gegeven, en met de beginselen van een behoorlijke procesvoering.

De burgerlijke rechter, vrijwel uitsluitend in de vorm van de voorzieningenrechter, komt pas in beeld wanneer een strafrechtelijke rechtsgang ontbreekt of niet snel genoeg beschikbaar is. Ook dan zal de burgerlijke rechter de handelwijze van het Openbaar Ministerie echter primair strafrechtelijk toetsen, eventueel aangevuld met algemene rechtsbeginselen als de beginselen van een behoorlijk bestuur en de redelijkheid en billijkheid. Uiteraard geldt dit alles alleen wanneer het Openbaar Ministerie handelt op grond van diens doelstelling en in het kader van het opsporen en vervolgen van strafbare feiten. Het spreekt voor zich dat het Openbaar Ministerie op bedrijfsniveau doorlopend allerhande overeenkomsten aangaat die duidelijk civielrechtelijk van aard zijn en die weliswaar als ondersteunend voor de doelstelling van het Openbaar Ministerie kunnen dienen maar die geen direct verband met die doelstelling houden. Te denken valt aan de aanschaf en het onderhoud van voertuigen, gebouwen, arbeidscontracten met (ondersteunend) personeel, de bedrijfskantine, enzovoorts. De rechtsbetrekkingen die daarmee in het leven worden geroepen staan uiteraard volledig buiten het kader dat Crijns in zijn boek bespreekt, en zullen ook hier verder buiten beschouwing worden gelaten.

⁶⁵ Dit tenzij de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie die zich buiten het strafrechtelijk domein bevinden en die hierboven in paragraaf 1.2.2 zijn besproken, zouden voorzien in het sluiten van overeenkomsten, maar dat is niet het geval.

1.3.4 *Conclusie: positie Openbaar Ministerie bepaalt de rechtsbetrekking*

De conclusie luidt dat overeenkomsten die het Openbaar Ministerie in het kader van zijn doelstelling de strafrechtelijke rechtsorde te handhaven met burgers sluit, in beginsel als strafrechtelijke overeenkomsten moeten worden aangemerkt. Deze overeenkomsten worden daarmee primair binnen het strafrechtelijk domein genormeerd én getoetst. Dit geldt zowel voor de hierboven genoemde transactieovereenkomst, als voor de diverse overeenkomsten in het kader van de opsporing van strafbare feiten, als voor de overeenkomst waarin een verdachte zich verbindt ten laste van zijn medeverdachte(n) verklaringen af te gaan leggen.

Bleichrodt noemt als uitzondering op de regel de getuigenbeschermingsovereenkomst, die naar zijn oordeel met name civielrechtelijk van aard is, dit overigens in lijn met het standpunt dat het Openbaar Ministerie over die overeenkomst inneemt.⁶⁶ In het derde hoofdstuk zal getuigenbescherming centraal staan, en zal worden onderzocht of deze op grond van totstandkoming en regelgeving inderdaad hoofdzakelijk civielrechtelijk van aard is en zo ja, of kan worden verklaard dat deze overeenkomst zich onttrekt aan de algemene regel zoals zojuist geformuleerd. Allereerst zal in hoofdstuk 2 echter nader worden ingegaan op de overeenkomst zoals ook Crijns die herhaaldelijk heeft aangehaald en die in ieder geval als strafrechtelijk kan worden aangemerkt, de overeenkomst om te getuigen ex art. 226g Sv. Deze overeenkomst vormt samen met de getuigenbeschermingsovereenkomst het pakket aan afspraken dat met een verdachte wordt gemaakt om deze tot het afleggen van verklaringen te brengen. Dat pakket is eerder als de kroongetuigenovereenkomst aangemerkt, en juist de verhouding tussen de overeenkomsten waaruit deze kroongetuigenovereenkomst bestaat vormt het onderwerp van onderzoek in dit proefschrift.

66 Bleichrodt 2012, punt 12. Het standpunt van het Openbaar Ministerie komt in hoofdstuk 5 nog uitvoerig aan de orde.

2 DE OVEREENKOMST TE ZULLEN GETUIGEN

2.1 DE KROONGETUIGE IN HET NEDERLANDSE STRAFPROCES: VOORS EN TEGENS

Inleiding

In het rapport van de Commissie Van Traa wordt uitvoerig aandacht besteed aan de figuur van de kroongetuige, die door de Commissie onder het gebruik van informanten en infiltranten werd geschaard. De Commissie spreekt in dit verband over deals met criminelen waaronder volgens het rapport wordt verstaan “een afspraak tussen een crimineel en het Openbaar Ministerie, met het doel een toetsbare getuigenverklaring te krijgen in ruil voor enige tegenprestatie van het Openbaar Ministerie.”⁶⁷ Deze deals dienen een wettelijke basis te krijgen, nu daarmee de grenzen van toelaatbare opsporingsmethoden in zicht komen. Het zonder meer accepteren van deals met criminelen kan de weg openen naar een ongewenste afhankelijkheidsverhouding tussen justitie en de crimineel, zo vreest de Commissie. Er wordt aangedrongen op grote terughoudendheid ten aanzien van dit soort deals. De Commissie benadrukt dat deze zichtbaar en controleerbaar moeten zijn, en slechts zouden moeten worden aangegaan als uiterst redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of in zaken van leven en dood, en wanneer de te verkrijgen informatie essentieel is voor de opsporing en het verkrijgen van bewijs. Strafrechtelijke immuniteit, vereist voor een kroongetuige zoals de Commissie deze definieert, moet niet worden ingevoerd. Wel zouden als tegenprestatie voor het afleggen van verklaringen beloningen volgens de landelijke tipgeldregels kunnen worden verstrekt, zou een lagere straf kunnen worden geëist dan op basis van de tenlastelegging van de getuige, tevens verdachte, normaal zou zijn, en zou enige verzachting van de strafexecutie kunnen worden toegezegd. Voor verdergaande toezeggingen ziet de Commissie geen noodzaak, temeer nu van een grote invloed van de georganiseerde criminaliteit op het functioneren van de democratische instellingen niet is gebleken en de toezegging van volledige immuniteit in het licht van het onbestraft blijven van ernstige strafbare feiten daarmee niet proportioneel wordt geacht.

De proportionaliteit van het opsporingsmiddel kroongetuigen is zowel voor als na het rapport van de Commissie Van Traa een veelbesproken onderwerp van debat geweest. De wetenschap was (en is) ernstig verdeeld en zowel de voorstanders als tegenstanders van kroongetuigen of het sluiten van deals met criminelen hebben vrij uitvoerig van zich laten horen. Een belangrijke rol in dit debat wordt gespeeld door annotator Bert Swart, die in zijn noot onder het eerste arrest waarin de Hoge Raad een oordeel gaf over het

67 Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 461.

gebruik van een kroongetuige, de algemene bezwaren tegen het fenomeen samengevat heeft weergegeven.⁶⁸ In deze Antilliaanse zaak was door het Openbaar Ministerie aan twee slachtoffers van een ripdeal de toezegging gedaan, dat zij in ruil voor een verklaring tegen de verdachte niet zouden worden vervolgd voor mogelijk door hen gepleegde overtredingen van de Opiumlandsverordening.⁶⁹ Het gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba had geoordeeld dat het misdrijf slechts tot klaarheid zou kunnen worden gebracht door genoemde toezegging aan de slachtoffers te doen, dat het Openbaar Ministerie met die toezegging een redelijk doel nastreefde, te weten de bevordering van een onkreukbaar politiekorps op Sint Maarten (bij de ripdeal waren twee politieagenten betrokken), en dat er geen aanwijzingen waren dat de geloofwaardigheid van de verklaringen door de toezeggingen negatief beïnvloed was. De Hoge Raad liet dat oordeel vrijwel zonder enige nadere toelichting in stand, hetgeen Swart tot de verzoeking brengt dat de veelbesproken figuur van de kroongetuige daarmee nogal onverhoeds en met weinig woorden plaats heeft genomen in het arsenaal van mogelijkheden dat politie en justitie ten dienste staat bij het opsporen en berechten van strafbare feiten.⁷⁰

Argumenten voor en tegen

Het eerste argument dat Swart noemt tegen het gebruik van de kroongetuige is deontologisch van aard en wordt verwoord als de vraag “of het met de rechtsstaat in beginsel in overeenstemming is dat daders van strafbare feiten hun straf kunnen afkopen, zonder dat zij daarop moreel enige aanspraak kunnen maken met het uitsluitende doel anderen wel te kunnen pakken.” Dit is meteen één van de belangrijkste principiële argumenten tegen het gebruik van kroongetuigen en het duikt in de literatuur dan ook met enige regelmaat op. Zie bijvoorbeeld ook Bovenkerk waar hij in een bijdrage uit 1996 Hughes aanhaalt, die zich een soortgelijke vraag stelde: “May lesser imps justifiably be liberated if this will snare the great Satan, or can no good come from bargains with the devil?”.⁷¹ Het gevreesde gevolg is dat uiteindelijk het aanzien van de rechtsstaat zelf afkalft, nu de staat zich verlaagt tot het ‘omkopen’ van zelfverklaarde criminelen die in plaats van dat zij

68 Annotatie Swart bij HR 15 februari 1994, NJ 1994, 322. De naam van de verdachte, Flanders, volgt uit de beoordeling van de zaak door de Europese Commissie in Straatsburg en is daarmee in de diverse stukken en de literatuur terug te vinden.

69 Nu op voorhand niet geheel duidelijk was welk strafbare feit deze slachtoffers zouden hebben gepleegd (van de intentie om verdovende middelen te kopen was helemaal niets terecht gekomen) wordt deze zaak door onder meer Schalken als een atypisch geval aangemerkt. Zie diens noot onder de zaak Lorse (NJ 1998, 799) waarin de in zijn ogen eerste ‘echte’ kroongetuigen figureerden.

70 De Europese Commissie in Straatsburg oordeelde dat in de zaak Flanders geen sprake was van strijd met art. 6 EVRM, allereerst omdat geen sprake was van medeverdachten maar van slachtoffers. Verder was er transparantie over de afspraak betracht (“fully disclosed”), was de veroordeling niet uitsluitend gebaseerd op de verklaringen van de slachtoffers (er waren door drie verdachten bekennde verklaringen afgelegd) en waren er geen aanwijzing dat de verdachte beperkt was geweest in het uitoefenen van zijn in art. 6 EVRM gegarandeerde rechten. The European Commission of Human Rights Flanders tegen Nederland, 15 januari 1996, Applic.nr 25982/94.

71 Hughes, Agreements for cooperation in criminal cases, Vanderbilt Law Review, 45, 1992, aangehaald in Bovenkerk 1996, p. 149.

worden gestraft voor hetgeen zij op hun kerfstok hebben, worden beloond omdat zij meewerken aan het veroordeeld krijgen van hun voormalige vrienden of zakenpartners voor het plegen van diezelfde strafbare feiten. Het wordt als een teken van zwakte beschouwd dat de Staat zich tot dit niveau moet verlagen om strafzaken te kunnen oplossen. Er is wel wat af te dingen op het in dit verband vaak genoemde adagium dat ‘je boeven met boeven moet vangen.’⁷²

Swart verbindt dit principiële argument aan een meer praktisch strafprocessueel argument, te weten dat een dergelijke overeenkomst enerzijds “een onoverzienbaar reservoir aan mogelijkheden voor het manipuleren en chanteren van verdachten” opent en anderzijds politie en justitie vatbaar maakt voor manipulatie en chantage. Meijers onderschrijft dit bezwaar, en vreest dat de onderhandelingspositie waarin het Openbaar Ministerie terecht kan komen diens onpartijdige positie en de taak onbevangen het overheidsoptreden op zijn rechtmatigheid te toetsen zwaar op de proef zal stellen.⁷³ Ook de Commissie Van Traa verwoordde de vrees dat het principiële argument zou overgaan in een ‘ongewenste afhankelijkheidsverhouding tussen justitie en de crimineel.’⁷⁴ Vanuit de plichtenleer zoals met name Kant die beschrijft is dit overigens niet zo zeer een apart argument, als wel het directe resultaat van het bovengenoemde principiële argument. Het loslaten van het beroemde categorisch imperatief dat inhoudt dat alleen volgens die maxime gehandeld zou moeten worden waarvan men tegelijkertijd zou willen dat zij een algemene wet wordt, leidt er volgens de Kantiaanse leer toe dat men verwijderd raakt van het ethisch hoogst haalbare handelen (‘volkomen zedelijk’ handelen). Een onherroepelijk afglijden naar moreel minder hoogstaand of zelfs immoreel handelen is het gevolg. “Wanneer ik onder druk sta, mag ik dan niet een belofte doen met de bedoeling haar niet na te komen?”, vraagt Kant zich in dit verband af.⁷⁵ Het antwoord op die vraag luidt uiteraard ontkennend: de met toepassing van het categorisch imperatief verkregen algemene wet dat in situaties van verlegenheid mag worden gelogen, zou ertoe leiden dat er helemaal geen belofte kan bestaan en niemand anders beweringen ten aanzien

72 Zie onder andere Rouvoet bij de hierna nog nader te bespreken algemene beraadslaging van 11 april 2001: “Ik heb wat moeite met het gemak en de onbekommerdheid waarmee soms de stelling wordt verdedigd, ook vandaag weer, dat je boeven nu eenmaal vangt met boeven. Ik vind dit een tamelijk gevaarlijke stelling. Misschien is het wel goed, dit eens hardop te zeggen. Wij zeggen ook niet: corruptie bestrijd je met corruptie. Er is een grens aan de nonchalance die je kunt betrachten in het debiteren van dat soort stellingen. Ik zou die in elk geval niet al te gemakkelijk tot de mijne willen maken, omdat altijd een maatstaf blijft dat de overheid gehouden is zich aan de normen van het recht te houden en zich niet kan verlagen tot het niveau van de boeven.” Algemene beraadslaging 11 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, p. 67-4511.

73 Meijers 1994, p. 125.

74 “Bij deals met criminelen raakt men de grenzen van toelaatbare opsporingsmethoden. Wanneer men consequent de ene crimineel vrijuit laat gaan in ruil voor belastend bewijs tegen een andere crimineel die bij dezelfde strafbare feiten betrokken is, ondergraaft men de zin van het strafrecht. Bovendien kan de overheid door onderhandelen de regie kwijt raken. Een zonder meer accepteren van deals met criminelen kan de weg openen naar een ongewenste afhankelijkheidsverhouding tussen justitie en de crimineel.” Eindrapport Enquête Opsporingsmethoden, p. 461.

75 Immanuel Kant, *Fundering voor de metafysica van de zeden*, 402.

van toekomstige handelingen nog zou geloven. Dit voorbeeld sluit mooi aan bij de kritiek van 't Hart op de verabsolutering van het doel / middel – denken ten detrimente van het waarde-denken welke hij in 2001 bij het Openbaar Ministerie signaleert. Het beeld ontstaat dat wanneer er voor de overheid veel op het spel staat, deze niet steeds aan de beperkingen van de wet kan worden gehouden.⁷⁶ Zo gaan principiële en praktische argumenten hand in hand.

Hier kan tegenin worden gebracht dat het voor het aanzien van de rechtsstaat ook niet bevorderlijk is wanneer de overheid er niet in slaagt de plegers van ernstige strafbare feiten te berechten en te bestraffen. Is het maatschappelijk niet veel kwalijker en onbegrijpelijker wanneer zware criminelen vrijuit gaan enkel omdat de Staat zijn handen niet wil vuilmaken, zo vragen de voorstanders zich af. Terecht wordt daarbij verwezen naar diverse internationale verdragen die de Nederlandse overheid opdragen op te treden tegen zware strafbare feiten, waaronder de georganiseerde criminaliteit, grootschalige drugs-handel en witwassen. Tevens wordt gewezen op de werking van art. 2 EVRM, waarin Nederland zich als verdragsluitende partij heeft gecommitteerd aan de bescherming van het recht op leven, ook in die zin dat de Staat bevordert dat zij die inbreuk maken op dat recht daarvoor worden bestraft. Bovendien: is het nu werkelijk zo problematisch dat een kleine boef vrijuit gaat wanneer zijn verklaringen ertoe leiden dat een hele groep zware criminelen kan worden opgeborgen? Dit laatste – utilitaristische – argument komt met grote regelmaat terug in de literatuur en de rechtsgeschiedenis in de vorm van de kleine vis – grote vis analogie. Het heeft geleid tot een wettelijke verankering van de proportionaliteitstoets bij het sluiten van overeenkomsten met criminelen. De tegenstanders brengen daar overigens weer tegenin dat kleine vissen in de praktijk onvoldoende kennis van zaken hebben om grote vissen te kunnen vangen, en het dus op zijn best om grote vissen en op zijn slechtst om haaien gaat waarmee andere grote vissen worden gevangen, maar over die discussie en alle al dan niet pescetarische varianten op deze analogie later meer.⁷⁷ Daarnaast betogen tegenstanders dat weliswaar steeds wordt gesteld dat de bevoegdheid om deals met criminelen te sluiten noodzakelijk is om de georganiseerde criminaliteit een halt toe te roepen, maar dat er geen bewijs voor die stelling wordt geleverd. Zo stelt Meijers dat uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat de praktische bruikbaarheid van het instrument uiterst twijfelachtig is, en wijst hij er op dat de invoering van de figuur van de kroongetuige in die andere rechtstelsels met uitzondering van Italië plaatsthad ter bestrijding van terroristische misdrijven en niet voor de 'gewone' al dan niet georganiseerde criminaliteit.⁷⁸ Prakken noemt het suggereren dat sprake zou zijn van een overmachtsituatie 'van de overheid tegen de boze slimme criminelen' niet alleen demagogisch, maar ook politiek onverantwoordelijk.⁷⁹

76 't Hart 2001, p. 20.

77 De Roos 2007, p. 1635.

78 Meijers 1994, p. 125-126

79 Prakken 1996 p. 1620.

Een ander bezwaar dat Swart opwerpt, is dat de invoering van een kroongetuigenregeling er haast onvermijdelijk toe zal leiden dat bestaande onevenwichtigheden in het Nederlandse strafproces nog groter zullen worden. Het hierboven genoemde uitgangspunt dat het strafproces behalve voor waarheidsvinding en het bepalen van noodzaak en omvang van bestraffing tevens dient als forum waarin politie, Openbaar Ministerie en andere gezagdragers verantwoording van hun doen en laten (moeten) afleggen, zal nog meer aan betekenis inboeten, vreest Swart, nu een deel van de handelwijze van die instanties per definitie achter de schermen zal blijven. In vergelijking met andere wettelijke staten kenmerkt de Nederlandse strafrechtpleging zich al niet bepaald door een krachtige contradictoire procescultuur, aldus Swart met gevoel voor understatement. Hij stelt zich de vraag of politie en Openbaar Ministerie op dat moment opgewassen zijn tegen de zware verantwoordelijkheid die het instituut van de kroongetuige juist op hún schouders zou leggen. Aangezien de IRT-affaire op dat moment in volle gang is, is het weinig verbazend dat Swart die vraag ontkennend beantwoordt. Bovenkerk sluit zich daar bij aan.⁸⁰

Een laatste maar zeer veel besproken argument betreft het gevaar voor onware verklaringen nu voor een verdachte / getuige een persoonlijk belang ontstaat bepaalde informatie wel of juist niet te verstrekken. Dit argument zal in de hierna te bespreken jurisprudentie zoals die zich voorafgaand aan de wettelijke regeling heeft gevormd en bij de bespreking van de totstandkoming van die wettelijke regeling, nog uitvoerig naar voren komen. De voorstanders van de kroongetuigenregeling antwoorden hier in het algemeen op dat dit risico van onbetrouwbaarheid niet is voorbehouden aan kroongetuigen maar voor iedere getuigenverklaring geldt. Dat is natuurlijk juist, maar de risico's worden geacht bij een kroongetuige groter te zijn aangezien deze bijna per definitie belastend over zijn medeverdachten zal moeten verklaren: niet alleen omdat hij slechts dan zodanig interessant voor justitie is dat men een overeenkomst met hem zal willen sluiten, maar ook omdat de over het algemeen fel begeerde getuigenbescherming afhankelijk is van het gevaar dat een kroongetuige vermoed wordt te lopen, welk gevaar eveneens rechtsevenredig samenhangt met (de mate van) diens belastende verklaringen tegen zijn voormalige kompanen. Daar staat weer tegenover dat juist vanwege het wantrouwen richting een kroongetuige deze door de verdediging van de medeverdachten en de rechter kritischer zal worden ondervraagd dan een 'gewone' getuige, en diens betrouwbaarheid dus indringender getoetst zal worden.⁸¹

Het pleit beslecht

Over al deze voors en tegens is voorafgaand aan en ten tijde van de totstandkoming van de wettelijke regeling nog veel meer gezegd, en een samenvatting van enkele pagina's doet nauwelijks recht aan het uitvoerige discours dat terzake is gevoerd. Tevens zou kunnen worden gesteld dat in deze samenvatting met name de tegenstanders aan het woord

80 Bovenkerk 1996, p. 156. Deze kwestie zal ook hierna nog worden aangestipt bij de bespreking van de wijze waarop de Hoge Raad in recente jurisprudentie de beoordeling van vormverzuimen benadert.

81 Zie bijvoorbeeld Tak 1994, p. 5-6 en later Plooi 2004, p. 188.

zijn gekomen. Dat is niet omdat zij in mijn optiek het gelijk zonder meer aan hun zijde hebben, maar wel om die tegenargumenten nog kort de revue te laten passeren in het licht van het feit dat de voorstanders het pleit uiteindelijk hebben gewonnen en de kroongetuige in het wettelijk systeem is geïntroduceerd. Uit de verschillende bijdragen blijkt al dat de meeste auteurs er voorafgaand aan het indienen van het wetsvoorstel van uit gingen dat het invoeren van die regeling ondanks de door hen verwoorde bezwaren een niet meer te stoppen trein zou zijn.⁸² Enkele jaren later zijn de geuite bezwaren in ieder geval in de visie van Buruma een gepasseerd station, hetgeen inmiddels de communis opinio zou zijn: “Toch weerhoudt mij dat niet van de gedachte dat afspraken met getuigen in strafzaken in bepaalde zaken mogelijk moeten zijn. Eigenlijk meen ik dat vrijwel niemand die mening niet deelt.”⁸³

Terug naar de zaak Flanders en de noot van Swart: het zonder enige motivering toelaten van de kroongetuige in het Nederlandse strafproces noemt Swart met verwijzing naar een eerdere noot van Schalken een dieptepunt in de jurisprudentiële argumentatie. Juist nu het zo een preciaire figuur betreft, meent Swart dat het strafprocesuele legaliteitsbeginsel duidelijkheid omtrent toepassing van de kroongetuige voorschrijft. De Hoge Raad laat het geven van die duidelijkheid na, hetgeen Swart tot de afsluiting brengt dat een beslissing van de wetgever over deze materie noodzakelijk is en in afwachting daarvan de rechtspraktijk er goed aan doet met het inzetten van kroongetuigen te wachten.

2.2 DE STAND VAN HET RECHT VOORAFGAAND AAN DE WETTELIJKE REGELING

Inleiding

Ondanks deze uiterst kritische noot van Swart laat de Hoge Raad zich in eerste instantie niet verleiden tot meer principiële uitlatingen omtrent de toelaatbaarheid van het sluiten van overeenkomsten met criminelen. In een arrest van 19 maart 1996 werd onder andere aangevoerd dat de officier van justitie in strijd met het recht de toezegging had gedaan dat hij in ruil voor verklaringen over de medeverdachten een lagere strafeis zou formuleren. Het Hof had dat verweer verworpen met de feitelijke constatering dat de verdachte voorafgaand aan enige al dan niet gedane toezeggingen al diverse voor de andere verdachten belastende verklaringen had afgelegd, en de Officier vervolgens tegen die verdachte had gezegd dat wanneer deze tot en met de terechtzitting bij zijn eerdere verklaringen zou blijven hij daarmee bij zijn eis rekening zou houden. Daarmee hadden de toezeggingen naar het oordeel van het Hof geen rol gespeeld bij de totstandkoming

82 Zie bijvoorbeeld Mols die zijn bijdrage aan de Peters-bundel welhaast berustend afsluit: “De kroongetuige zal in ons strafproces worden ingevoerd.” Dat weerhoudt hem er overigens niet van zijn afkeer van dit processuele middel niet onder stoelen of banken te steken: “Maar hoe een en ander ook wordt geregeld, de kroongetuige vervuult het strafproces op een voor een rechtsstaat ongewenste wijze.” Mols 1993, p. 77-78.

83 Buruma 2004, p. 200.

van de verklaringen. Het middel tracht de Hoge Raad te verleiden tot het innemen van een standpunt en stelt de principiële vraag aan de orde of “(...) in het kader van de waarheidsvinding zonder wettelijke regeling, en zelfs zonder strikte jurisprudentiële waarborgen, het justitiële ‘dealen’ met (mede)verdachten zich met de principes van ons strafprocesrecht verdraagt.” De Hoge Raad laat zich echter niet verleiden en stelt dat nu een wettelijke omschrijving van de term kroongetuige ontbreekt en in de doctrine geen eenstemmigheid bestaat over de betekenis van die term, de Hoge Raad zich zal beperken tot een toetsing van de gevraagde situatie. Daarbij ziet de Hoge Raad met het Hof geen causaal verband tussen enige toezeggingen aan de verdachte en de door hem afgelegde verklaringen, en is hij bovendien van oordeel dat de uitlating van de officier van justitie dat deze in zijn strafeis rekening zou houden met de door de verdachte afgelegde verklaringen op geen enkele wijze onrechtmatig te achten is “(...) in aanmerking genomen dat de omstandigheid dat een verdachte de hem telastegelegde feiten bekent en daarbij volledige opening van zaken geeft en hij bij die bekentenis blijft, niet alleen door de rechter bij de straftoemeting maar ook door de officier van justitie bij het formuleren van zijn eis in een voor die verdachte positieve zin in de beschouwingen mag en veelal ook zal worden betrokken.”⁸⁴

2.2.1 *De zaak Lorsé*

De Hoge Raad houdt zich in eerste instantie dus enigszins op de vlakte, maar dit verandert wanneer in toenemende mate blijkt dat ‘de rechtspraktijk’ de waarschuwing van Swart niet bepaald ter harte heeft genomen. Het Openbaar Ministerie blijkt de verleiding om afspraken met verdachten te maken teneinde de bewijsvoering in grootschalige opsporingsonderzoeken rond te kunnen krijgen, moeilijk te kunnen weerstaan. Ten tijde van de publicatie van de noot van Swart onder het arrest van de Hoge Raad in de zaak Flanders is de eerste ‘echte’ kroongetuigendeal al gesloten: Officieren van Justitie Witteveen en Van der Hoeven sluiten in september van 1993 overeenkomsten met de getuigen, tevens verdachten De Brakeleer en Stewart om verklaringen over de betrokkenheid van onder andere Kobus Lorsé bij grootschalige cocaïnehandel te verkrijgen.⁸⁵ Stewart, die onder meer als bodyguard van Lorsé zou hebben gefungeerd, zou in ruil voor zijn verklaringen niet vervolgd worden voor de door hem toegegeven feiten (met uitzondering van levensdelicten). In ruil voor de verklaring van de in Marokko verblijvende De Brakeleer zou geen actieve opsporing in zijn richting plaatshebben. Beide getuigen leggen uitgebreide verklaringen af bij de politie. Stewart wordt vervolgens nog voordat Lorsé en de andere verdachten worden aangehouden in Schiedam doodgeschoten. De

⁸⁴ HR 19 maart 1996, NJ 1997, 59.

⁸⁵ Aangezien de namen van de betrokken verdachten en getuigen met naam en toenaam zijn gepubliceerd in het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Lorsé van 27 januari 2004 (NJ 2004, 668) en de zaak uitgebreid is beschreven in het eindrapport van de Commissie Van Traa (Hoofdstuk 5.4, pag 221 e.v.) zullen de namen van de bij deze zaak betrokken personen ook hier niet geanonimiseerd worden weergegeven.

Brakeleer wordt niet lang daarna in Marokko gearresteerd en krijgt daar een gevangenisstraf van acht jaar opgelegd. Beiden kunnen als gevolg daarvan niet worden onderzocht over de door hen bij de politie afgelegde verklaringen, of over de door hen met het Openbaar Ministerie gesloten overeenkomsten. Het Gerechtshof in Den Haag ziet geen onoverkomelijke bezwaren tegen die gang van zaken en veroordeelt Lorsé op 11 februari 1997 tot een gevangenisstraf voor de duur van 15 jaren en een geldboete van 1 miljoen gulden.

Al dan niet geprikkeld door de kritiek van Swart gaat de Hoge Raad er vervolgens goed voor zitten en worden in een uitzonderlijk uitgebreid arrest alle door de verdediging tegen het arrest en de gang van zaken ingebrachte bezwaren van tafel geveegd.⁸⁶ In dat arrest geeft de Hoge Raad ter beoordeling van de eerste twee middelen een zeer uitvoerig overzicht van de stand van zaken van het fenomeen kroongetuigen en van het geldend recht in het licht van aangekondigde wettelijke regeling (r.o. 5.2 en 5.3). De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat de maatschappelijke discussie over kroongetuigen c.q. afspraken met criminelen die met name sinds het verschijnen van het rapport van de Commissie Van Traa wordt gevoerd, nog in volle hevigheid woedt en de (toelaatbaarheid van de) figuur van de kroongetuige fundamenteelrechtelijke, procedurele en rechtspolitieke aspecten heeft die de integriteit van de strafrechtspleging in al haar facetten raken. Van een voldoende uitgekristalliseerde, algemeen aanvaarde rechtsopvatting is nog geen sprake, aldus de Hoge Raad. Een nadere bepaling en inkadering van de problematiek gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten en zal door de wetgever moeten worden gegeven. Tot die tijd zal de rechter zich moeten beperken tot toetsing van de concrete omstandigheden van het geval aan de in art. 6 EVRM gewaarborgde fundamentele rechten en aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Wel ziet de Hoge Raad aanleiding om een bijzondere motiveringsplicht in het leven te roepen waar het het gebruik van verklaringen van kroongetuigen betreft, en daarbij als beginsel voorop te stellen dat zodanig gebruik voor het bewijs niet toelaatbaar is, tenzij de getuigen zijn gehoord door een rechter en de verdediging de gelegenheid heeft gehad van haar onderzochtingsrecht gebruik te maken.

Bij de concrete toetsing in de zaak Lorsé constateert de Hoge Raad dat voor de tot stand gekomen deals de uitgangspunten gelden die waren neergelegd in de modelbrief van de Procureurs-Generaal aan de Hoofdofficieren van Justitie van 1 juli 1983. Hierin staat dat slechts afspraken met criminelen kunnen worden gemaakt in uitzonderlijke gevallen, waarbij het gaat 'om zaken van leven of dood of daarmee gelijk te stellen ernst, zoals bijvoorbeeld een ernstige aantasting van de veiligheid van de Staat of van de volksgezondheid.' Over de aard van de toezeggingen die door de officier van justitie kunnen worden gedaan, houdt de richtlijn geen verdere bepalingen in. Ten tijde van het arrest van de Hoge Raad was die richtlijn al ingehaald door het eindrapport van de Commissie Van Traa, waarin deals met criminelen slechts toelaatbaar werden geacht als uiterst redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of zaken van leven of dood, en wanneer de tegen-

86 HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799 (Lorsé).

prestatie bestond uit een geldelijke beloning conform de Regeling tipgelden, het eisen van strafvermindering, of enige verzachting in de strafexecutie. Strafrechtelijke immuniteit werd door de Commissie afgewezen. Deze aanbevelingen werden na behandeling van het eindrapport door de Tweede Kamer en het Kabinet overgenomen, waarna het net opgerichte College van Procureurs-Generaal de modelbrief uit 1983 had vervangen door de Richtlijn afspraken met criminelen van 13 maart 1997.⁸⁷ Hierin werden dezelfde uitgangspunten verwoord als in het eindrapport van de Commissie, waaronder dat strafrechtelijke immuniteit niet kon worden toegezegd. De concrete immuniteitstoezegging aan Stewart en de de facto immuniteitstoezegging aan De Brakeleer waren daarmee in retrospect dus onrechtmatig, maar dat kon het Openbaar Ministerie volgens zowel het Hof als de Hoge Raad niet worden tegengeworpen, te meer nu ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten geen sprake was van algemeen aanvaarde opvattingen over de ontoelaatbaarheid van dergelijke afspraken.⁸⁸ Ook de tamelijk summiere proportionaliteits- en subsidiariteitstoetsing van het Hof wordt door de Hoge Raad in stand gelaten. Dat er sprake was van georganiseerde criminaliteit als genoemd in de Richtlijn was duidelijk, maar over de vraag in hoeverre de handel in verdovende middelen onder het ‘leven of dood’ criterium van de (ten tijde van de deal geldende) Modelbrief kon worden begrepen, laat de Hoge Raad zich niet uit.

Wat de toetsing van de betrouwbaarheid van de verklaringen van de kroongetuigen betreft overweegt de Hoge Raad dat het feit dat de getuigen niet konden worden gehoord als gevolg van omstandigheden die buiten de beschikkingsmacht van de justitiële autoriteiten liggen, als een bijzondere omstandigheid moet worden aangemerkt die maakt dat hun verklaringen, ondanks dat de verdediging haar ondervragingsrecht niet heeft kunnen effectueren, toch tot het bewijs kunnen worden toegelaten, mits de daardoor ontstane beperking van de mogelijkheid de afgelegde verklaringen op betrouwbaarheid te toetsen in voldoende mate wordt gecompenseerd.⁸⁹ Door het overlijden van Stewart en de weigerachtige houding van de Marokkaanse autoriteiten om De Brakeleer daar in detentie te laten horen, was het onmogelijk hen als getuigen te ondervragen, maar dat kon het Openbaar Ministerie niet worden verweten. Door het horen van een groot aantal andere getuigen, waaronder de verbalisanten die met de kroongetuigen contact

87 Richtlijn afspraken met criminelen, Vastgesteld in de vergadering van het College van Procureurs-Generaal d.d. 13-3-1997, Stcrt. 1996, nr. 61, p. 30.

88 Zie ter vergelijking hierna in paragraaf 5.2.5 de verexcuserende redenering van de Amsterdamse rechtbank in het Passage-vonnis.

89 Keurig in lijn met de toen en nog steeds terzake geldende standaardjurisprudentie van het Europees Hof op het gebied van het ondervragingsrecht en de minimale verdedigingsrechten onder art. 6 EVRM. Zie EHRM 20 november 1989, NJ 1990, 245 (Kostovski), EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741 (Doorson) en EHRM 27 maart 1998, NJ 1999, 111 (Van Mechelen). Deze jurisprudentie over anonieme getuigen is overigens niet van toepassing op de hierna te bespreken kroongetuigenregeling: immers bij de laatste weet de verdachte wie tegen hem getuigt nu de kroongetuige per definitie niet anoniem kan blijven, heeft hij de gelegenheid de getuige direct te ondervragen en diens betrouwbaarheid te (doen) toetsen, en is de bewijswaarde van de verklaring van de kroongetuige wettelijk geregeld, inclusief een verzwaarde motiveringsplicht voor de rechter. Zie voor een waarschuwend woord van het EHRM wel hierna nog de zaak van Johan Verhoek.

hadden gehad, de officier van justitie en de politie-inspecteur, en een grote hoeveelheid getuigen á decharge, was er naar het oordeel van de Hoge Raad voldoende compensatie geboden voor deze onmogelijkheid, zodat het recht van Lorsé op een eerlijk proces niet was geschonden. Geruime tijd later zou het EHRM het oordeel van de Hoge Raad onderschrijven.⁹⁰ Schalken kan in zijn noot onder het arrest wel begrip opbrengen voor het standpunt van de Hoge Raad dat het woord nu aan de wetgever is: “De grote implicaties voor de integriteit van de strafrechtpleging vergen een algemene (democratisch gelegitimeerde) afweging op wetgevingsniveau die technisch zorgvuldig (ook voor andere gevallen) behoort te worden uitgewerkt.” Schalken onderschrijft het standpunt van de Hoge Raad dat het enkele feit dat die wettelijke regeling er nog niet is, niet betekent dat het gebruik van een kroongetuige in een concrete strafzaak per definitie ontoelaatbaar is.

Hoewel dat standpunt dat de jurisprudentie na de zaak Lorsé zal bepalen mij ook juist voorkomt, had het in het licht van de hierboven genoemde strikte werking van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel wel wat meer aandacht mogen krijgen. In plaats daarvan heeft de discussie zich geheel gericht op de vrij algemene toetsing van de in art. 6 EVRM gewaarborgde rechten. De Hoge Raad verwijst weliswaar naar de werking van het opportuniteitsbeginsel (r.o. 5.4.5), maar die verwijzing ziet uitsluitend op de immuniteitstoezegging van het Openbaar Ministerie in het licht van de vervolgingsbeslissing die het Openbaar Ministerie op grond van dat opportuniteitsbeginsel toekomt, en niet op de vraag of het Openbaar Ministerie opsporingsmethoden mag inzetten of bewijsmiddelen mag vergaren zonder nadrukkelijke wettelijke grondslag. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen zijn de leerstukken opportuniteit en legaliteit wel uitvoerig ter sprake gekomen, zoals hierna in paragraaf 2.3 en verder zal blijken.

2.2.2 *De Octopus-zaken*

Gerechtshof Amsterdam

Met het arrest in de zaak Lorsé heeft de Hoge Raad in afwachting van de wettelijke regeling het groene licht gegeven voor deals met criminelen. Bij het wijzen van arrest in deze zaak diende de volgende zaak zich alweer aan: het Gerechtshof in Amsterdam had in de zogenoemde Octopus-zaak kort daarvoor arrest gewezen in de zaak Karman, welk arrest op zijn beurt vooraf was gegaan door veroordelende arresten in de zaken van de verdachten ten laste van wie Karman had verklaard, waaronder Johan ‘De Hakkelaar’ Verhoek en diens ‘rechterhand’ Koos R.⁹¹ In deze Octopus-zaak waren Officieren van Justitie Witteveen en Teeven een stapje verder gegaan ten opzichte van de zaak Lorsé. In de met

⁹⁰ EHRM 27 januari 2004, zaaknummer 44484 / 98, NJ 2004, 668.

⁹¹ Ook in deze zaak heeft het Europese Hof in 2004 arrest gewezen waarbij Johan V. met zijn volledige achternaam wordt genoemd (EHRM 27 januari 2004, zaaknummer 54445/00, NJ 2004, 669). De namen van de getuigen Karman en Abbas worden eveneens uitvoerig benoemd in jurisprudentie en literatuur. De achternaam van Koos R. ben ik niet in open bronnen tegengekomen, reden om zijn geanonimiseerde achternaam te handhaven.

Karman op 14 augustus 1995 gesloten schriftelijke overeenkomst werd toegezegd dat hij niet verder van zijn vrijheid zou worden beroofd, noch in het kader van een voorlopige hechtenis, noch in het kader van de tenuitvoerlegging van een eventueel door de rechter op te leggen gevangenisstraf. Daarnaast werd hem immuniteit toegezegd voor de door hem bekende hashtransporten en werd toegezegd dat het Openbaar Ministerie passende maatregelen zou nemen om zijn veiligheid en die van zijn partner te waarborgen. Een klein jaar later, op 24 april 1996, sloten dezelfde Officieren van Justitie een overeenkomst met Abbas, die erop neer kwam dat hij in ruil voor de door hem af te leggen verklaringen en het betalen van een schikkingsbedrag van 1,8 miljoen gulden, niet zou worden vervolgd voor de door hem gepleegde strafbare feiten, te weten (precies) dezelfde hashtransporten die aan Verhoek en R. ten laste werden gelegd.

De uitvoerige bezwaren die door de verdediging in beide zaken tegen deze overeenkomsten naar voren waren gebracht, werden door het Gerechtshof Amsterdam in een bijzonder uitgebreid arrest allen verworpen.⁹² Het principiële bezwaar zoals dat ook in de zaak Lorsé was opgeworpen, dat justitie niet gerechtvaardigd was tot het sluiten van overeenkomsten bij gebreke aan wettelijke, democratisch verankerde legitimatie, wordt door het Hof gepareerd met het standpunt dat de wet het aangaan van een overeenkomst als de onderhavige niet verbiedt, en dat uit het feit dat een nadrukkelijke wetsbepaling waarin de bevoegdheid tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst ontbreekt niet valt af te leiden dat deze niet bestaat, waarbij wordt gewezen op het opportunititeitsbeginsel. Ook het Hof wil niet aan het standpunt dat overeenkomsten met kroongetuigen bij voorbaat niet toegelaten zouden zijn: “Zonder af te doen aan de ernst van de bezwaren die aan een onbeperkte toepassing van dit instrument kleven voor de geloofwaardigheid van de strafrechtspleging in een democratische rechtsstaat, niet reeds bij voorbaat valt te zeggen dat deze bezwaren uit hun aard een zodanig ernstig gevaar voor een integer strafproces vormen, dat zij aan de toelaatbaarheid van elke overeenkomst in elk concreet geval in de weg zouden moeten staan.”

Het Hof concludeert dat er geen grond is om aan te nemen dat elke overeenkomst met een crimineel per definitie in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Volgens wordt in verschillende onderdelen het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling beoordeeld, wordt de handelwijze van het Openbaar Ministerie getoetst aan normen van ‘behoorlijk strafvorderlijk handelen’, en wordt tot slot beoordeeld of het Openbaar Ministerie door de overeenkomsten met Karman en Abbas aan te gaan inbreuk heeft gemaakt op de beginselen van een behoorlijke procesorde. Met overwegingen omtrent de bruikbaarheid van de door de getuige afgelegde verklaringen en de op te leggen straf, wordt het omvangrijke arrest van het Hof afgesloten. Verhoek wordt

92 Ook de rechtbank had de zaak zeer uitgebreid behandeld en beoordeeld, waarbij Tak en 't Hart als deskundigen hun vrijwel lijnrecht tegenover elkaar staande standpunten hadden ingebracht. Zie Mols & Spong 1997, resp. p. 29-36 en 37-56. Overigens meen ik dat de onjuistheid van de kritiek van Tak op de Commissie Van Traa door 't Hart (zeer) overtuigend wordt aangetoond (p. 41-43).

veroordeeld tot 5,5 jaar gevangenisstraf en een boete van één miljoen gulden, R. krijgt een straf van 3,5 jaar.

In cassatie zou het uiteindelijk met name gaan om de gevolgen die een eventueel onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie naar het oordeel van het Hof zou moeten hebben. Het Hof had overwogen dat zulke gevolgen, zelfs wanneer geconstateerd zou moeten worden dat de overeenkomsten onrechtmatig tot stand waren gekomen, zouden moeten uitblijven, nu die (mogelijke) onrechtmatigheid niet zou meebrengen dat aan de concrete belangen van de verdachten bij een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort zou zijn gedaan (Schutznorm).⁹³ Deze Schutznorm wordt door het Hof bij verschillende gevoerde verweren aan de verdediging tegengeworpen. Zo oordeelt het Hof dat een afzonderlijke toetsing van de overeenkomsten aan de normen van subsidiariteit en proportionaliteit in de zaken van de verdachten met het oog op het niet geschonden zijn van de belangen van de verdachte niet plaats hoeft te hebben (4.5.4), door de omstandigheid dat de met Karman gemaakte afspraak over het niet ten uitvoer leggen van de door de rechter eventueel op te leggen straf, en de met Abbas gemaakte afspraak voor het betalen van een transactiebedrag, in strijd met de wet zijn, geen inbreuk op enig recht of enig te respecteren belang van de verdachten wordt gemaakt, en kunnen die verdachten zich ook niet beroepen op het feit dat Karman en Abbas zich in strijd met de met hen gesloten overeenkomsten in verhoren op hun zwijg- dan wel verschoningsrecht hebben beroepen. Dat de ten tijde van de met Karman en Abbas gesloten overeenkomsten geldende Modelbrief van het Openbaar Ministerie bepaalde dat slechts tot het sluiten van de overeenkomsten kon worden gekomen in zaken van leven of dood of van een daarmee gelijk te stellen ernst levert naar het oordeel van het Hof ook geen schending van enig recht op, nu er kennelijk en niet onbegrijpelijk binnen het Openbaar Ministerie geen vastomlijnde opvatting bestond wat onder zaken van 'daarmee gelijk te stellen ernst' moest worden verstaan, en het aannemelijk is dat het Openbaar Ministerie daaronder ook zaken van georganiseerde criminaliteit heeft begrepen.⁹⁴

De enige onrechtmatigheid die het Gerechtshof uiteindelijk constateert, is de aan Karman gedane toezegging dat een eventueel door de rechter op te leggen straf niet zal worden geëxecuteerd. Het Hof acht deze toezegging in strijd met art. 4 RO in verbinding met art. 553 Sv.⁹⁵ Het Openbaar Ministerie had volgens het Hof in redelijkheid niet tot deze toezegging kunnen komen, nu men zich redelijkerwijs bewust moet zijn geweest dat dit een schending van de wet zou opleveren. Hoewel dit een schending oplevert van het

93 De Schutznorm en de werking van art. 359a Sv in geval van onrechtmatige toezeggingen aan kroongetuigen zal hierna in paragraaf 5.1 nog nader worden besproken. Hier zal worden volstaan met op te merken dat van een relativering van die Schutznorm zoals deze in de zaak Karman wel wordt aangenomen, in de zaken van Verhoek en R. geen sprake is.

94 Voor alle duidelijkheid: gelijke ernst als zaken op leven en dood. Naar het oordeel van het Hof kon het Openbaar Ministerie bij gebreke aan een vastomlijnde opvatting dus denken dat ook het organiseren van hashtrasporten daar onder viel. Dat vergt een tamelijk creatieve interpretatie van het criterium.

95 Art. 4 RO (oud) bepaalde dat het openbaar ministerie onder andere bijzonderlijk belast is met het doen uitvoeren van alle strafvonnissen. Art. 553 Sv schrijft voor dat 'de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen geschiedt door het openbaar ministerie (...).'

immateriële belang van de verdachte bij een integere strafrechtspleging, hoeft dit niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie te leiden, nu naar het oordeel van het Hof het Openbaar Ministerie niet te kwader trouw en dus niet doelbewust in strijd met de wet heeft gehandeld, “louter om zo het belang van een integer strafproces te schaden”, en evenmin aannemelijk is geworden dat er doelbewust met het oog op minachting voor de beslissing van de rechter tot de gewraakte toezegging is overgegaan.

De Hoge Raad valt uiteindelijk vooral over de overweging van het Hof dat van bewijsuitsluiting van de verklaringen in geval van onrechtmatige toezeggingen of overeenkomsten geen sprake zou kunnen zijn, nu bewijsuitsluiting uitsluitend in beeld zou kunnen komen wanneer de verklaringen als onbetrouwbaar zouden worden aangemerkt.⁹⁶ Met verwijzing naar r.o. 5.2.2 uit de zaak Lorsé overweegt de Hoge Raad daarover dat aan overeenkomsten als de onderhavige fundamenteelrechtelijke en procedurele aspecten zijn verbonden die de strafrechtspleging in alle facetten raken, dat er een nauw verband aanwezig is tussen die overeenkomsten en de op grond daarvan afgelegde verklaringen, en dat zulke verklaringen naar hun aard in het algemeen een belangrijke bijdrage tot het bewijs zullen leveren. Daarmee kan niet worden aangenomen dat de wijze van totstandkoming of inhoud van dergelijke overeenkomsten nimmer zou kunnen leiden tot het oordeel dat tekort is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces, en de verklaringen op grond daarvan van het bewijs moeten worden uitgesloten. De redenering van het Hof is op dit punt dus onjuist. Dit hoeft echter niet tot cassatie te leiden, nu de Hoge Raad oordeelt dat de door het Hof geconstateerde onrechtmatige toezegging aan Karman dat een eventuele door de rechter op te leggen gevangenisstraf niet ten uitvoer zou worden gelegd, als een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv kan worden aangemerkt, en daarmee ook strafvermindering als sanctie in aanmerking komt. Nu het Hof deze onrechtmatige toezegging aan Karman heeft verdisconteerd in de strafmaat, ontkomt het arrest aan vernietiging. Inhoudelijk wordt de redenering van het Hof over de onrechtmatige toezegging aan Karman in de sleutel van het Zwolsman-criterium geplaatst, en overweegt de Hoge Raad dat niet aannemelijk is geworden dat doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan. Alle in de zaken Verhoek en R. opgeworpen cassatiemiddelen worden verworpen.

Karman

Die uitkomst is enigszins verwonderlijk in het licht van het verloop in de zaak van Karman zelf. Het Gerechtshof in Amsterdam wees in die zaak ruim 5 maanden later arrest dan in de zaken van de medeverdachten, en het lijkt er op dat het Hof zich in tweede instantie aanzienlijk bozer maakt over de aan Karman gedane onrechtmatige toezegging dat een eventuele gevangenisstraf niet ten uitvoer zou worden gelegd, dan een klein half jaar daarvoor het geval was. Nadat wordt herhaald dat deze toezegging in strijd is met de wet en het Openbaar Ministerie niet vrij staat zich de bevoegdheid aan te meten niet tot executie van door de rechter bepaalde straffen over te gaan, worden

96 HR 6 april 1999, NJ 1999, 566 (Verhoek) en HR 6 april 1999, NJ 1999, 565 (Koos R).

de bewoordingen van het Hof veel scherper van toon dan deze in januari van dat jaar waren:

“3.2 Deze onrechtmatige toezegging van het openbaar ministerie geeft blijk van minachting voor de beslissing van de rechter in de onderhavige zaak.

3.3 Aldus heeft het openbaar ministerie een ernstige inbreuk gemaakt op beginselen van een behoorlijke strafvervolgning.

3.4 In ons strafrechtelijk systeem is geen plaats voor een binding van de rechter aan door het openbaar ministerie gedane toezeggingen omtrent de straf. De rechter dient binnen de door de wet getrokken grenzen in vrijheid de eventuele straf te kunnen bepalen. In ons strafrechtelijk systeem is evenmin plaats voor afweging door het openbaar ministerie van het belang tot tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken tegen het belang van berechting van leidinggevenden van een criminele organisatie. De door de strafrechter onherroepelijk bepaalde straf moet worden tenuitvoergelegd.

3.5 Bij uitoefening van de bevoegdheid van het openbaar ministerie tot strafvervolgning dient deze rechterlijke straftoemettingsvrijheid en deze verplichting tot tenuitvoerlegging van onherroepelijke uitspraken ten volle te worden gerespecteerd. Bij de strafvervolgning van K., nadat hem de bedoelde toezegging is gedaan, is – in ieder geval de facto – die vrijheid illusoir geworden en die verplichting bij voorbaat genegeerd.

3.6 Deze inbreuk op beginselen van een behoorlijke strafvervolgning is van dien aard, dat daarop moet worden gereageerd met het verval van de bevoegdheid van de officier van justitie de verdachte K. voor de onderhavige strafbare feiten, waarop de overeenkomst mede betrekking had, te vervolgen. Anders dan door het openbaar ministerie is bepleit, is voor een andere sanctie geen plaats. Het zijn hier immers bij uitstek de, mede door de bevoegdheid tot strafvervolgning te behartigen, belangen van de gemeenschap bij normhandhaving door berechting die in het geding zijn.”⁹⁷

Dat is een opvallend andere benadering dan hetzelfde Amsterdamse Hof in de zaken Verhoek en R. had voorgestaan. En daar blijft het niet bij: ook de Hoge Raad lijkt bij de beoordeling van het door het Openbaar Ministerie ingediende middel aanzienlijk kritischer dan enkele maanden eerder. Het feit dat van doelbewust handelen in strijd met de wet aan de zijde van het Openbaar Ministerie geen sprake zou zijn, zoals in de zaken Verhoek en R. was overwogen, kan niet tot cassatie leiden nu de onrechtmatigheid uit de wet zelf voortvloeit, aldus de Hoge Raad. Deze mag dus bij het Openbaar Ministerie bekend worden verondersteld. Verder lijkt de Hoge Raad belang te hechten aan het feit dat hier de verdachte aan wie de onrechtmatige toezegging was gedaan zélf terecht stond, hoewel in de gevolgen die aan die schending moeten worden verbonden het er juist op lijkt dat aan dat verschil geen consequenties mogen worden verbonden. Mede gezien de

97 Gerechtshof Amsterdam 4 juni 1998, in HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567.

grote rol die dit arrest in de Nederlandse strafrechtpleging is gaan spelen ook hier geen samenvatting van de betreffende overweging van de Hoge Raad maar een citaat:

3.7 In deze zaak is de vervolging van de verdachte voortgezet en de zaak tegen hem ter terechtzitting aangebracht nadat meergenoemde toezegging was gedaan. Dat is in strijd met de grondslagen van het strafproces en met name met de wettelijk voorziene verdeling van de bevoegdheden en verplichtingen tussen het openbaar ministerie en de rechter. Die handelwijze miskent immers dat weliswaar aan de officier van justitie de beslissing toekomt of en zo ja ter zake van welke feiten hij de verdachte vervolgt, maar dat de rechter, nadat de vervolging is ingesteld, indien overigens aan de voorwaarden voor een veroordeling is voldaan, zelfstandig beslist omtrent de strafoplegging, terwijl tenslotte het openbaar ministerie verplicht is de rechterlijke beslissing ten uitvoer te leggen.

's Hofs oordeel dat de gewraakte toezegging een ernstige inbreuk vormt op beginselen van een behoorlijke strafvervolging geeft gelet daarop geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Daaraan doet niet af hetgeen in het zevende onderdeel van de toelichting is aangevoerd, aangezien dat onderdeel, voorzover het geen feitelijke grondslag mist, miskent dat het hier gaat om de gevolgen van de gedane toezegging in de strafzaak tegen de verdachte zelf.

3.8 Ook het oordeel van het Hof dat die inbreuk tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in zijn strafvervolging dient te leiden, geeft geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat deze het hiervoor onder 3.7 weergegeven wettelijk systeem in de kern raakt, voorzover het de (verdere) vervolging van de verdachte betreft. Daaraan doet op zichzelf niet af dat, zoals het Hof heeft overwogen, de belangen van de verdachte door de gedane toezegging niet zijn geschaad. Het middel beroept zich in dit verband tevergeefs op HR 19 december 1995, NJ 1996, 249. In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat onder omstandigheden een ernstige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie kan leiden indien daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling is tekortgedaan. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige, in aanmerking genomen het fundamentele karakter van de gemaakte inbreuk, niet-ontvankelijkverklaring uitgesloten is, omdat de belangen van de verdachte niet zijn geschaad. Het Hof heeft terecht in aanmerking genomen het belang dat de gemeenschap heeft bij de inachtneming van het wettelijk systeem bij de berechting van strafzaken en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen zodat de klacht van het middel dat het Hof geen acht heeft geslagen op het belang dat de gemeenschap heeft bij normhandhaving door berechting van de verdachte feitelijke grondslag mist.”

Het zogenoemde Karman-criterium zoals dit uit de laatste rechtsoverweging wordt afgeleid heeft sindsdien een hoge vlucht genomen, en wordt beschouwd als een zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid naast het Zwolsman-criterium. Het cruciale verschil tussen beide criteria is dat bij het Karman-criterium de Schutznorm niet aan een verdachte kan worden tegengeworpen: wanneer het handelen van opsporingsambtenaren of Openbaar Ministerie zodanig onrechtmatig is dat het wettelijke systeem daardoor in de kern wordt geraakt, kan het feit dat die onrechtmatigheid jegens de ene verdachte is begaan niet aan het verbinden van consequenties in de zaak van de andere verdachte in de weg staan. Hoewel een andersluidend oordeel juist in geval van zulke ernstige schendingen van de procesorde ook onbevredigend zou zijn, is het de vraag of de Hoge Raad dat in het Karman-arrest bedoeld heeft te zeggen. De hierboven weergegeven overweging zou immers ook kunnen zien op het feit dat de belangen van *Karman* niet waren geschaad door de onrechtmatige toezegging dat een eventuele aan hem opgelegde straf niet ten uitvoer zou worden gelegd. Die toezegging was immers juist in zijn voordeel. Dat wil niet zeggen dat medeverdachten óók een beroep zouden kunnen doen op die ernstige schending van het wettelijk systeem.

Sterker nog, uit de hierboven besproken zaken tegen Verhoek en R. zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad dat nu juist nadrukkelijk niet wenste. Zou het Karman-criterium een zelfstandig criterium zijn dat de Schutznorm relativeert, had de Hoge Raad dan niet ook in de zaken van Verhoek en R. verdergaande sanctionering dan strafvermindering aangewezen geacht? Zeker nu de aan Karman gedane toezegging in het voordeel van Karman was, ligt het niet voor de hand dat de schending in zijn zaak zodanig veel ernstiger werd geacht dan in de zaken van Verhoek en R. dat alleen in de zaak Karman niet-ontvankelijkheid de enige aangewezen reactie was. Dat juist Karman uiteindelijk de dans geheel ontspringt, is in het licht van de gang van zaken als geheel enigszins bevreedend.⁹⁸ Of zou er sprake zijn van voortschrijdend inzicht bij de Hoge Raad dat uitzonderlijk ernstige schendingen van de beginselen van een behoorlijke procesorde altijd tot een reactie van de strafrechter moeten leiden, los van de vraag welke specifieke verdachte uit een groep van verdachten door die schending in zijn rechten is geschaad? Het feit de samenstelling van de Hoge Raad in de zaak Karman geheel gewijzigd was ten opzichte van de zaken Verhoek en R., zal op het niveau van de Hoge Raad toch geen verschil maken? Al met al is het de vraag of het denkschema zoals Schalken dat in diens noot onder dit Karman-arrest neerlegt, en waarin de overwegingen van de Hoge Raad een zelfstandige ontvankelijkheidsgrond naast de Zwolsman-criteria wordt toebedeeld, in geval van schendingen van de rechten van *anderen dan de verdachte*, juist is.⁹⁹ Hoe het

98 Er zou zelfs betoogd kunnen worden dat met het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie het Hof en later de Hoge Raad precies dat bewerkstelligden dat in strijd met het recht aan Karman was toegezegd, namelijk geen verdere detentie.

99 In de noot onder het Koos R.-arrest (NJ 1999, 565) benoemt Schalken het verschil in uitkomst tussen de beide zaken wel, maar blijft een duidelijke verklaring voor dat verschil uit. Ook in zijn noot onder het latere HR 3 juli 2001, NJ 2002, 8 wordt de positie van een verdachte die niet geraakt wordt door onrechtmatigheden begaan in zijn zaak, niet onderscheiden van de verdachte bij wie de onrechtmatigheden zijn begaan in de zaak van een medeverdachte,.

ook zij, het Karmancriterium heeft sindsdien de door Schalken benoemde zelfstandige betekenis behouden en een min of meer zelfstandige plaats binnen het leerstuk van de (gevolgen van) vormverzuimen gekregen.

2.2.3 *De Juliët-zaken*

Slechts één week na het Karman-arrest wees de Hoge Raad arrest in twee van de beruchte Juliët-zaken.¹⁰⁰ Ook hier werd de handelwijze van het Openbaar Ministerie bij het sluiten van een deal met een kroongetuige in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde geacht en ook in deze zaak leidde dat tot een deels niet-ontvankelijk Openbaar Ministerie. Kort gezegd had het Hof geoordeeld dat bij de totstandkoming van de overeenkomst tussen de officier van justitie en de medeverdachte / getuige Perry P. de laatste lange tijd verstoken was gebleven van rechtsbijstand, terwijl daarvoor geen aanmerkelijke verklaring was gegeven. Verder was door het Openbaar Ministerie gesteld dat de verdachte spontaan was gaan verklaren en nadien een aantal eisen had gesteld, hetgeen door het Hof als niet aanmerkelijk werd aangemerkt. Het Hof stelde vast dat door het Openbaar Ministerie toezeggingen aan de getuige waren gedaan die bewust niet op papier waren vastgelegd, te weten de toezegging van de officier van justitie dat hij slechts twee jaar gevangenisstraf zou eisen, en dat hij zich welwillend zou opstellen ten aanzien van een verzoek tot schorsing. De officier van justitie ontkende bij de rechtbank en als getuige bij het Hof dat die toezeggingen zouden zijn gedaan, maar uit een opgenomen telefoongesprek tussen de officier van justitie en de advocaat van de getuige bleek dat die verklaring onjuist was. Geconfronteerd met dat gesprek moest de officier van justitie die onjuistheden erkennen. Het Hof oordeelde dat sprake was van dermate ernstige onzorgvuldigheden dat niet meer van een eerlijke procesvoering kon worden gesproken en verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijkheid in de vervolging van Perry P.¹⁰¹

Ook in de zaak van één van de verdachten tegen wie de belastende verklaringen van Perry P. als bewijs werd ingebracht, B.P., verklaarde het Gerechtshof het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk, maar alleen in die zaken waarin de verdenking tegen de verdachte pas was opgekomen nadat Perry P. daarover verklaringen had afgelegd. Dit niet alleen om de redenen genoemd in het arrest van Perry P zelf, maar ook op grond van het feit dat het Openbaar Ministerie akkoord was gegaan met de eis van Perry P. dat hij over één of meer personen niet zou verklaren, waarmee voor lief was genomen dat zijn verklaringen onvolledig en (mede daardoor) onjuist zouden zijn. Dat beschouwde het Hof als een

100 Ook deze zaak had tot veel maatschappelijke en politieke ophef geleid. De uitspraken van de Rechtbank Breda leidden zelfs tot Kamervragen van Koekkoek en Kalsbeek-Jasperse, toentertijd ongebruikelijker dan nu (Kamerstukken II 1996-1997, Kamervragen (aanhangsel), 1401 en 1399.) Daarnaast werd de Juliët-zaak genoemd in het rapport van de Commissie Kalsbeek ter illustratie van problemen in de praktijk (Rapport van de Commissie-Kalsbeek "Opsporing in uitvoering", Kamerstukken II 1998-1999, 26269, nr. 5, p. 62-63).

101 Gerechtshof Den Bosch, 27 februari 1998, NJ 1998 518.

ernstige onzorgvuldigheid.¹⁰² In die zaken waarin voorafgaand aan de verklaringen van Perry P. al een verdenking tegen de verdachte bestond, werd de niet-ontvankelijkheid niet uitgesproken, maar werden de verklaringen van Perry P. als onrechtmatig verkregen van het bewijs uitgesloten. In die zaken waarin de verdenking wel pas was ontstaan na de verklaringen van de kroongetuige volgde de niet-ontvankelijkheid. De Hoge Raad plaatst het oordeel van het Gerechtshof wederom in de sleutel van het Zwolsman-arrest, en stelt met verwijzing naar het kort daarvoor van kracht geworden art. 359a Sv en de bedoeling van de wetgever zoals deze uit de wetshistorie kan blijken, dat de rechter nadrukkelijk in de gelegenheid is gesteld binnen het wettelijk kader sancties op vormverzuimen af te stemmen op de omstandigheden van het geval. Het arrest van het Hof, inclusief de onderverdeling in de ten laste gelegde zaken, wordt in stand gelaten.¹⁰³

Medeverdachte De G. was er minder goed van afgekomen: in zijn zaak had het Gerechtshof overwogen dat, wat er zij van de laakbare handelwijze van het Openbaar Ministerie ten aanzien van de totstandkoming van de verklaringen van Perry P., de verdachte De G. daardoor niet in enig rechtens de respecteren belang was geschaad aangezien P. niet ten nadele van hem had verklaard. Opnieuw verwijst de Hoge Raad naar de Zwolsman-criteria en opnieuw wordt geconstateerd dat het Hof die criteria juist heeft toegepast.¹⁰⁴ Ook dit arrest wordt door de Hoge Raad in stand gelaten.

Karman: zelfstandige betekenis?

Deze arresten lossen de vraag naar de zelfstandige betekenis van het Karman-criterium of de werking van de Schutznorm in geval van onrechtmatig tot stand gekomen getuigenverklaringen niet op, maar maken de verwarring alleen maar groter. Kennelijk was de Hoge Raad in de Juliët-zaken niet van oordeel dat sprake was van zodanig ernstige schendingen van de beginselen van een behoorlijke procesorde dat het wettelijk systeem daardoor in de kern werd geraakt, zoals dat in Karman was overwogen, hoewel dit gezien het feit dat de officier van justitie in de visie van het Hof moedwillig informatie had weg gehouden bij de verdediging van de medeverdachten en bij de rechter, en daarover onder

102 Zie voor een aanverwante kwestie HR 8 december 1998, NJ 1998, 879, waarin het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard aangezien de CIE-officier van Justitie (Teeven) voorafgaand aan het verhoor van een tweetal getuigen bij het Gerechtshof in Amsterdam aan die getuigen beperkingen had opgelegd ten aanzien van de vragen die deze getuigen wel of niet zouden mogen beantwoorden. Toen Teeven vervolgens zelf als getuige bij het Gerechtshof werd gehoord, gaf hij aan de vragen van het Hof alsnog te willen beantwoorden, maar alleen wanneer het Hof dat uitdrukkelijk wenste en de Procureur-Generaal hem daartoe opdracht zou geven. Het Hof oordeelde dat de rechterlijke controle op het handelen van opsporingsambtenaren op ontoelaatbare wijze was gefrustreerd en verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk. De Hoge Raad sluit zich daar met verwijzing naar het wettelijke systeem waar het het onder ede horen van getuigen betreft bij aan, en wijst er op dat het aanbod van Teeven dat hij de vragen wel zou willen beantwoorden wanneer de Procureur-Generaal hem daartoe opdracht zou geven dit niet anders maakt, aangezien het oordeel over de relevantie van de vragen aan het Hof is voorbehouden en niet aan de Procureur-Generaal. Recent oordeelde het Gerechtshof Den Bosch identiek in een soortgelijke kwestie (23 december 2011, NJFS 2012, 56).

103 HR 8 juni 1999, NJ 1999, 773.

104 HR 8 juni 1999, NJ 1999, 772.

ede had gelogen, wellicht wel voor de hand had gelegen.¹⁰⁵ Los daarvan valt op dat in de Octopus-zaken werd geoordeeld dat onrechtmatigheden begaan jegens een getuige (Karman) geen schending van de rechten van de verdachten die door die getuigen werden belast opleverde, terwijl de onzorgvuldige wijze waarop de officier van justitie was omgegaan met de getuige Perry P. wél tot een schending van het Zwolsman-criterium in de zaak van B.P., de verdachte die door Perry P. werd beschuldigd, leidde. Hoewel een verschil zou kunnen worden gevonden in het feit dat in de Octopus-zaken het Openbaar Ministerie transparant was geweest over de gemaakte afspraken en dit in Juliët-zaken nu juist niet geval was, kan dat het verschil niet geheel verklaren. De redenering die aan de Octopus-verdachten werd tegengeworpen kwam er immers op neer, dat er geen rechtens te respecteren belang is om verstoken te blijven van belastende getuigenverklaringen en de Octopus-verdachten zich daarom niet konden beroepen op onrechtmatigheden bij de inhoud of totstandkoming van de overeenkomst waar die getuigenverklaringen het gevolg van waren. Dat geldt in de Juliët-zaak echter evenzeer. De vraag is dan ook welk rechtens te respecteren belang de verdachte B.P. in die Juliët-zaak had dat een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en het van het bewijs uitsluiten van de getuigenverklaringen van Perry P. rechtvaardigde. Een ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde die het wettelijke systeem in de kern raakt zou die verklaring kunnen bieden, maar dat wordt als gezegd door de Hoge Raad nu juist niet aangevoerd. Ook annotator Reijntjes worstelt in zijn noot onder het arrest van B.P. met deze materie. Hij concludeert in een optimistische het-glas-is-halfvol-benadering dat het pallet van mogelijkheden van art. 359a Sv veel rijker blijkt dan oppervlakkige lezing van het artikel doet vermoeden.

Nabrander van het Europees Hof

Geruime tijd na deze arresten van de Hoge Raad volgen zoals hierboven gezegd in 2004 de beslissingen van het EHRM in de zaken Verhoek en Lorsé.¹⁰⁶ Het Europees Hof wijst in diens inleidende overwegingen op het eerder ingenomen standpunt, dat het gebruik van verklaringen van getuigen in ruil voor immuniteit of andere voordelen de eerlijkheid van een procedure kán raken, maar dat de procedure niet automatisch oneerlijk is door het gebruik van dergelijke verklaringen.¹⁰⁷ Zoals ook het geval is bij andere klachten over

105 De officier in kwestie werd vervolgd voor meeneed en hoorde bij de Rechtbank Arnhem een gevangenisstraf van 9 maanden waarvan 3 maanden voorwaardelijk tegen zich eisen. De tenlastelegging zag op de beschuldiging dat hij bij zijn verhoor als getuige bij het Hof onder ede had gelogen op de vraag of er op 19 maart 1997 een afspraak met de getuige Perry P. tot stand was gekomen. De rechtbank oordeelde dat de bereikte overeenstemming over de eis van 2 jaar nog niet betekende dat een afspraak als bedoeld in de tenlastelegging was gemaakt. De op 7 april 1997 wel tot stand gekomen afspraak over de eis kon niet tot een bewezenverklaring leiden, nu het getuigenverhoor bij het Hof op 2 februari 1998, waarop de tenlastelegging zag, zich had toegespitst op gebeurtenissen op 19 maart 1997 en niet van de officier kon worden gevegd dat hij in zijn antwoord de latere overeenkomst van april zou betrekken. Hij werd vrijgesproken (Rechtbank Arnhem, 24 januari 2000, LJN AA4435).

106 Resp. EHRM 27 januari 2004, zaaknummer 54445/00, NJ 2004, 669 en EHRM 27 januari 2004, zaaknummer 44484 / 98, NJ 2004, 668.

107 “Finally, the Court has previously held that the use of statements made by witnesses in exchange for immunity or other advantages may put in question the fairness of the hearing granted to an accused and

het gebruik van getuigenbewijs, beoordeelt het Hof slechts of de procedure als geheel eerlijk was, en of de verdachte voldoende in de gelegenheid is gesteld om de toelaatbaarheid en betrouwbaarheid van het tegen hem ingebrachte bewijsmateriaal te betwisten. In de zaak Verhoek wijst het Hof er op, dat de verdachte bekend was met de gesloten overeenkomsten en dat de beide getuigen uitvoerig ondervraagd konden worden, net als de Officieren van Justitie Teeven en Witteveen die de overeenkomsten hadden gesloten. Ondanks dat er geen volledige openheid was betracht omtrent de financiële afspraken die tussen de getuigen en het Openbaar Ministerie waren gemaakt, had de verdachte daarmee naar het oordeel van het Hof voldoende gelegenheid het tegen hem ingebrachte bewijsmateriaal te betwisten. Met de constatering dat de nationale rechter zich heeft getoond van de risico's van het gebruik van dergelijke getuigenverklaringen, de verklaringen met de nodige behoedzaamheid heeft gebruikt, en uitvoerig uiteen heeft gezet waarom de verklaringen betrouwbaar werden geacht, concludeert het Hof dat de verdediging diens rechten voldoende heeft kunnen uitoefenen en dat van schending van artikel 6 EVRM geen sprake is geweest. Op de vraag of het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag eist voor de bevoegdheid een overeenkomst met een getuige aan te gaan, gaat Het Hof niet in. Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Het beroep van Lorsé treft hetzelfde lot. Ook daar was de verdachte op de hoogte van de overeenkomsten, maar in dit geval was het niet mogelijk geweest de getuigen á charge Stewart en de Brakeleer tegen hem te horen nu deze respectievelijk overleden en gevangen gezet waren. Dat laatste kon de Nederlandse autoriteiten volgens het Hof echter niet worden tegengeworpen, temeer nu zij hun best hadden gedaan een verhoor van De Brakeleer tot stand te brengen en de verdediging talrijke andere getuigen had kunnen horen omtrent de contacten tussen het Openbaar Ministerie en de getuige en de daarbij gemaakte afspraken. Ook hier wijst het Hof op het gegeven dat de nationale rechter aangegeven heeft zich bewust te zijn van de risico's van dit soort getuigenverklaringen, en wordt bovendien benadrukt dat de veroordeling van Lorsé niet alleen op de getuigenverklaringen rust maar dat sprake was van voldoende ondersteunend bewijsmateriaal. Van een schending van artikel 6 EVRM is geen sprake.

Conclusie

De conclusie ten aanzien van de stand van het recht voorafgaand aan de totstandkoming van de wettelijke regeling betreffende kroongetuigen luidt dan ook, dat de Hoge Raad had bepaald dat overeenkomsten met een kroongetuige bij gebreke van een wettelijke regeling niet onder alle omstandigheden ongeoorloofd waren en dat, zolang een wettelijke regeling niet tot stand was gekomen, de rechter de concrete omstandigheden van het geval diende te toetsen aan de in art. 6 EVRM gewaarborgde fundamentele rechten. Voorts dienden de concrete omstandigheden van het geval te worden getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De bevoegdheid om dergelijke over-

is capable of raising delicate issues since, by their very nature, such statements are open to manipulation and may be made purely in order to obtain advantages or for personal revenge. However, the use of this kind of statement does not in itself suffice to render the proceedings unfair.”

eenkomsten aan te gaan, vloeide bij de toenmalige stand van zaken voort uit het opportuniteitsbeginsel en niet uit (eigen) beleid van het Openbaar Ministerie. Verdergaande normering van de figuur van de kroongetuige gaat naar het oordeel van de Hoge Raad gezien de fundamenteelrechtelijke, procedurele en rechtspolitieke aspecten die daaraan zijn verbonden, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Daarmee sloot de Hoge Raad zich aan bij het in navolging van Commissie Van Traa in de politiek ingenomen standpunt dat een wettelijke grondslag voor deals met criminelen noodzakelijk was.¹⁰⁸ De bal lag nadrukkelijk bij de wetgever, en die had de kwestie inmiddels ook aan zich genomen: ten tijde van de beslissingen van de Hoge Raad in de Octopus-zaken en Juliët-zaken had het wetgevingstraject ter invoering van een wettelijke regeling een aanvang genomen, en was het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen in strafzaken, tezamen met de Memorie van Toelichting, op 17 november 1998 aan de Tweede Kamer toegezonden. De bevindingen van de Commissie, in combinatie met de door de rechter geconstateerde normschendingen in de bovengenoemde arresten, zouden in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel een zwaarwegende rol gaan spelen.

2.3 DE BEHANDELING IN DE TWEDE KAMER VAN WETSVOORSTEL 26294

2.3.1 *Het voorstel van wet*

Inleiding

In lijn met de aanbevelingen van de Commissie Van Traa dient de Minister van Justitie Korthals op 17 april 1998 een voorstel van wet met de bijbehorende Memorie van Toelichting ter advisering in bij de Raad van State. Het wetsvoorstel komt er in de kern op neer dat er een bijzondere strafverminderingsgrond wordt opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, waarin in een nieuw op te nemen art. 44a Sr wordt bepaald dat de rechter op vordering van de officier van justitie de onvoorwaardelijke gevangenisstraf van een verdachte waarmee een afspraak tot getuigen is gemaakt, met maximaal één-derde vermindert, deels voorwaardelijk oplegt, of deels vervangt door een geldboete.¹⁰⁹ Deze afspraak tot een lagere strafeis wordt op zijn beurt beheerst door wijzigingen in

¹⁰⁸ Zo ook Schalken in zijn noot onder arrest Verhoek (HR 6 april 1999, NJ 1999, 566).

¹⁰⁹ Voorstel van wet, Kamerstukken II 1998-1999, 26294, nr. 2.

Voorstel tot invoegen van art. 44a Sr:

1. Op vordering van de officier van justitie vermindert de rechter na een op grond van artikel 226h, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering gemaakte afspraak de straf die hij overwoog op te leggen op de in het tweede lid bepaalde wijze. Bij de strafvermindering houdt de rechter ermee rekening dat door het afleggen van een getuigenverklaring een belangrijke bijdrage is geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven.
2. Bij toepassing van het eerste lid kan de strafvermindering bestaan in:
 - a. maximaal een derde bij een onvoorwaardelijke tijdelijke vrijheidsstraf of geldboete;
 - b. de omzetting van maximaal een derde van het onvoorwaardelijke gedeelte van een vrijheidsstraf of van een geldboete in een voorwaardelijk gedeelte;
 - c. de vervanging van een gedeelte van een vrijheidsstraf door een onvoorwaardelijke geldboete.

het Wetboek van Strafvordering, waar in de artikelen 226g e.v. Sv de omstandigheden en vormvereisten waaronder een overeenkomst met een verdachte om verklaringen af te leggen tot stand kan komen, zijn neergelegd.¹¹⁰

In de nieuwe artikelen in het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald dat de officier van justitie de rechter-commissaris informeert over zijn voornemen om een afspraak met een verdachte te maken, dat deze in ruil voor het afleggen van verklaringen tegen een andere verdachte een lagere strafeis tegemoet kan zien. Die afspraak kan alleen worden gemaakt in zware strafzaken, oftewel in georganiseerd verband gepleegde misdrijven die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, of waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld. De afspraak dient op schrift te worden gesteld met vermelding van de misdrijven en verdachten waarover de getuigen zal verklaren, de zaken waarin de getuigen zelf als verdachte zal worden vervolgd, de voorwaarden die aan de verdachte worden gesteld en de inhoud van de toezegging van de officier van justitie. De rechter-commissaris toetst de rechtmatigheid van de afspraak waarbij hij rekening houdt met de dringende noodzaak en het belang van het verkrijgen van de door de getuige af te leggen verklaring. Wanneer de rechter-commissaris oordeelt dat de afspraken rechtmatig moeten worden geacht, komt de overeenkomst tot stand. Kort en goed voorziet het wetsvoorstel dus in de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om een afspraak te maken met een verdachte die in ruil voor de toezegging van een lagere strafeis, zich bereid verklaart verklaringen af te leggen tegen andere verdachten. De verdachte die een dergelijke overeenkomst met het Openbaar Ministerie sluit zal, zoals in de Inleiding aangegeven, in deze studie als

110 Voorstel tot invoegen van artikel 226g Sv:

1. De officier van justitie geeft aan de rechter-commissaris kennis van de afspraak die hij voornemens is te maken met een verdachte die bereid is een getuigenverklaring af te leggen in de strafzaak tegen een andere verdachte in ruil voor de toezegging dat bij de vervolging in zijn eigen strafzaak strafvermindering met toepassing van artikel 44a van het Wetboek van Strafrecht zal worden gevorderd. De afspraak heeft uitsluitend betrekking op het afleggen van een getuigenverklaring in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek naar misdrijven, als omschreven in artikel 67, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering die gepleegd zijn in georganiseerd verband en gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren of naar misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld.
2. De voorgenomen afspraak is op schrift gesteld en bevat een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van:
 - a. de misdrijven waarover en zo mogelijk de verdachte tegen wie de getuige, bedoeld in het eerste lid, bereid is een getuigenverklaring af te leggen;
 - b. de strafbare feiten waarvoor de getuige in de zaak waarin hij zelf verdachte is, zal worden vervolgd en op welke die toezegging betrekking heeft;
 - c. de voorwaarden die aan de verdachte worden gesteld en waaraan deze bereid is te voldoen;
 - d. de inhoud van de toezegging van de officier van justitie.
3. Op vordering van de officier van justitie toetst de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de in het tweede lid bedoelde afspraak. De officier van justitie verschaft de rechter-commissaris de gegevens die hij voor de beoordeling daarvan behoeft.

kroongetuige worden aangemerkt. De rechtmatigheid van die afspraak dient voorafgaand aan het tot stand komen te worden getoetst door de rechter-commissaris.¹¹¹

De Raad van State

De Raad van State brengt op 17 juli 1998 advies uit over het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen in strafzaken (hierna: wetsvoorstel) waarbij een groot aantal bezwaren wordt geuit tegen de redigering en systematiek van het wetsvoorstel.¹¹² Hoewel de Raad instemt met een regeling waarin een wettelijke basis wordt gegeven aan afspraken tussen het Openbaar Ministerie en een getuige / verdachte, waarmee bedoeld wordt op een verdachte die bereid is een getuigenverklaring af te leggen in een strafzaak tegen andere verdachten, heeft hij forse bedenkingen tegen de voorgestelde wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering. Zo wijst de Raad er op dat het wetsvoorstel geen sluitend systeem voor afspraken met getuigen bevat, nu daarin niet wordt bepaald dat het Openbaar Ministerie in het kader van een afspraak met een getuige / verdachte geen andere toezeggingen kan doen dan die tot vermindering van de te vorderen straf. Daarnaast wijst de Raad op de verhouding tussen het wetsvoorstel en het opportuniteitsbeginsel, welke als problematisch wordt ervaren, nu het verbod op de toezegging om helemaal niet meer te vervolgen (immunitetsverbod) inbreuk zou maken op art. 167 Sv, waarin staat bepaald dat van strafvervolgning kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend. De Raad vraagt zich verder af, of de op dat moment voorgestelde toezegging van strafvermindering tot maximaal één derde voldoende zal zijn om getuigen in ernstige zaken te bewegen tot het afleggen van de gewenste verklaringen. Verder stelt de Raad vraagtekens bij de verhouding tussen de toetsing van de voorgenomen overeenkomst door de rechter-commissaris en de zittingsrechter, en acht de Raad het voor een inschatting van de effectiviteit van de regeling noodzakelijk dat er meer wordt gezegd over getuigenbeschermingsmaatregelen, nu deze van grote invloed zullen zijn op de effectiviteit van de regeling.

De problematiek van getuigenbeschermingsprogramma's komt in hoofdstuk 3 nader aan de orde. Ten behoeve van een gestructureerde bespreking van de complexe en zeer omvangrijke wetsgeschiedenis geldt hetzelfde voor de procedurele aspecten van de regeling, zoals de omvang en wijze van de toetsing door de rechter-commissaris, de

111 Dit laatste was het directe gevolg van de ten tijde van de behandeling van het eindrapport van de Commissie Van Traa in de Tweede Kamer unaniem aangenomen motie van het lid Kalsbeek-Jasperse, dat afspraken met criminelen ten alle tijden onder toezicht van een rechter tot stand dienen te komen. De uit het eindrapport van de Commissie Van Traa voortkomende lijst van beslispunten (24072, nr. 25) waarin als beslispunt stond opgenomen dat een deal met een crimineel aan een rechter voorgelegd moest *kunnen* worden werd daardoor aangepast. De tekst van het betreffende beslispunt 45b kwam daardoor als volgt te luiden: "Onder een deal verstaat de commissie een afspraak tussen een crimineel en het openbaar ministerie, met het doel een toetsbare getuigenverklaring te verkrijgen in ruil voor enige tegenprestatie van het openbaar ministerie. Deze deals dienen een wettelijke basis te krijgen. De commissie bepleit derhalve grote terughoudendheid inzake deals met criminelen, die zichtbaar en controleerbaar moeten zijn. Zij moeten (*kunnen is vervallen door motie, SJ*) worden voorgelegd aan de rechter." Enquête Opsporingsmethoden, Kamerstukken II 1995-1996, 24072, nr. 51.

112 Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 1998-1999, 26294, nr. A.

daartoe door het Openbaar Ministerie aan te leveren informatie, de kennisneming van die informatie door de verdachte en de verdediging en de uiteindelijke toetsing door de zittingsrechter. Alle door de wetgever genomen beslissingen over deze procedurele aspecten van het wetsvoorstel zullen dus eveneens (pas) in hoofdstuk III worden besproken. De bespreking in de Tweede Kamer en Eerste Kamer heeft zich overigens met name gericht op de materiële aspecten van het wetsvoorstel, vooral op de aan de eerste twee kritiekpunten van de Raad van State rakende kwestie wat nu wel en niet aan een getuige mag worden toegezegd in ruil voor zijn verklaringen. Er kunnen drie fases in het wetgevingproces worden onderscheiden: de behandeling door de Tweede Kamer van het oorspronkelijke wetsvoorstel 26294 als eerste fase die eindigt met het aannemen van het gewijzigde voorstel op 5 juli 2001, de kritiek van het Openbaar Ministerie die op die aangenomen wet volgde en de behandeling in de Tweede Kamer van het ‘reparatiewetje’ 28017 in het najaar van 2004 als tweede fase, en de daarop volgende behandeling van beide wetsvoorstellen in de Eerste Kamer als derde en laatste fase. Het wetgevingstraject zal dan ook in die volgorde worden besproken, in deze paragraaf en in de paragrafen 2.4 en 2.5.

Reactie Minister

De eerste fase was echter nog niet aangevangen op het moment dat de Raad van State bovengenoemde kritiek leverde. Daar bleef het niet bij: de Raad concludeert tot de meest negatieve beoordeling van het wetsvoorstel. “De Raad van State heeft bezwaar tegen het voorstel van wet en geeft de Minister in overweging dit niet aldus in te zenden aan de Tweede Kamer der Staten Generaal”, aldus de laatste alinea van het advies. Dat is de Minister een brug te ver. In een reactie op het rapport van de Raad van State resumeert hij nog eens de redenen voor dit wetsvoorstel, in het bijzonder de bevindingen van de Commissie Van Traa, en de aanbevelingen in diens eindrapport waarin het maken van afspraken met criminelen niet principieel werd verworpen maar als een uitzonderlijk middel werd beschouwd dat met grote terughoudendheid moest kunnen worden ingezet in ernstige zaken. De Minister benadrukt dat daartoe een belangrijke grens is getrokken door te stellen dat volledige strafrechtelijke immuniteit niet mag worden toegezegd, nu het niet wenselijk wordt geacht dat een verdachte zich geheel aan zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor mogelijk zeer ernstige feiten zou kunnen onttrekken door verklaringen af te leggen. De enige uitzondering op die regel betreft door de getuige zelf gepleegde feiten die “normaal gesproken geen vervolging waard zouden zijn of met een transactie zouden worden afgedaan.”¹¹³ Daarbij brengt de Minister in herinnering dat de Commissie Van Traa het van essentieel belang achtte dat een wettelijke basis werd verschaft aan de mogelijkheid tot het maken van deze afspraken, hetgeen kennelijk mede

113 Het is waarschijnlijk deze uitzondering waarop Fijnaut doelt waar hij over het standpunt van de Commissie Van Traa ten aanzien van het immuniteitsverbod schrijft: “In uiterste gevallen kon in haar ogen echter ‘uitsluiting van strafvervolging’ nog door de beugel.” Uit die formulering zou de indruk kunnen ontstaan dat de Commissie Van Traa het toezeggen van uitsluiting van strafvervolging toelaatbaar zou achten in de meest ernstige c.q. uiterste gevallen, maar dat was nadrukkelijk niet het standpunt van de Commissie. Zie p. 461 van het eindrapport. Fijnaut, 2012, p. 72.

redengevend voor de Minister is om het ingediende wetsvoorstel niet te willen intrekken.¹¹⁴ de Minister realiseert zich naar eigen zeggen dat het verschaffen van die wettelijke basis raakt aan twee fundamentele beginselen van de Nederlandse strafrechtpleging die ook de Raad van State noemt, te weten het opportuniteitsbeginsel en de vrijheid van straftoemeting.

Te beginnen met de laatste: de Minister benadrukt de vrijheid die de rechter heeft bij het toemeten van de straf in een concrete zaak als een groot goed te beschouwen, maar stelt dat het de wetgever past om een grens aan te geven waarin tot uitdrukking is gebracht dat de totstandkoming van een bepaalde toezegging in het algemeen tot de maximale strafvermindering van een derde mag leiden. Hij deelt de mening van de Raad van State dat het beter zou zijn de rechter niet aan enige maxima te binden dan ook niet, nu dit een negatief effect zou hebben op de betrouwbaarheid van de door de getuige af te leggen verklaringen, die te veel te winnen heeft wanneer hem meer strafvermindering dan éénderde in het vooruitzicht kan worden gesteld: “De beloning mag niet al te groot zijn: het dient een aansporing te zijn om de waarheid te spreken en niet een noodzakelijke voorwaarde, die moet worden vervuld voordat de criminele getuige een verklaring wil afleggen. Ten slotte geeft de hoogte van de toe te kennen strafvermindering uitdrukking aan de wens de regeling zo strikt mogelijk te maken, waardoor zij naar haar aard niet voor ruime toepassing in aanmerking komt.”¹¹⁵

Wat het opportuniteitsbeginsel betreft onderkent de Minister dat het verbod om immunitet toe te zeggen weliswaar een inperking van de beleidsvrijheid van art. 167 Sv oplevert, maar dat dit nauwelijks problemen zou moeten geven nu het beleid ten aanzien van het wel of niet vervolgen van bepaalde strafbare feiten in openbare richtlijnen is neergelegd. Daarmee zou voldoende transparant zijn welke zaken normaal gesproken wel of juist niet voor de rechter worden gebracht. Met andere woorden: het is niet aannemelijk dat het Openbaar Ministerie bij wijze van beloning tot seponering van ernstige strafbare feiten zal overgaan, nu daarmee zou worden gehandeld in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde die de grenzen van het opportuniteitsbeginsel bepalen. Het sepot is binnen die grenzen alleen aan de orde in het geval van feiten die niet vervolgbaar of bewijsbaar zijn, of van zodanig geringe betekenis zijn dat een vervolging niet aangewezen is. Hoewel het opportuniteitsbeginsel in abstracto ruimte laat voor een sepotbeslissing op grond van andere overwegingen, bijvoorbeeld teneinde belastende getuigenverklaringen te kunnen krijgen, meent de Minister uit deze richtlijnen van het College van Procureurs-Generaal over het maken van afspraken met criminelen te kunnen afleiden dat het Openbaar Ministerie die beleidsruimte op zeer terughoudende wijze

114 Die noodzaak tot wettelijke grondslag werd overigens niet door iedereen onderschreven. Zie voor een andersluidende mening bijvoorbeeld Otte, die stelde dat het gevaar van een wettelijke normering niet mag worden onderschat, nu dit eenvoudig zou kunnen leiden tot het oprekken van de wettekst door de opsporingsinstanties en het opnieuw moeizaam bepalen van de grenzen door de feiten – en cassatierechter (Otte 1999, p. 120). Ook de hieronder in paragraaf 2.4 te bespreken werkgroep Plooy zou zich tegen dit uitgangspunt van de Commissie Van Traa keren.

115 Advies Raad van State en nader rapport, p. 6.

zal benutten. Het buiten de wet om alsnog doen van de toezegging van immuniteit op grond van het opportuniteitsbeginsel, zal zich naar het oordeel van de Minister dus niet voordoen. Hij besluit het wetsvoorstel toch in te zenden naar de Tweede Kamer.¹¹⁶

De werking van het opportuniteitsbeginsel en de ruimte die art. 167 lid 2 Sv het Openbaar Ministerie biedt, zullen hieronder nog regelmatig ter sprake komen, zowel in de context van de immuniteitsverbod als daarbuiten. Met het oog daarop is het goed nu reeds te benadrukken dat de werking van het opportuniteitsbeginsel niet onbegrensd is. Weliswaar wordt het Openbaar Ministerie op grond van het beginsel aangemerkt als *dominus litis* en heeft het een grote mate van (beleids)vrijheid toegekend gekregen waar het de opsporing en vervolging van strafbare feiten betreft, maar die toekenning is afkomstig van de formele wetgever, hetgeen impliceert dat die formele wetgever de grenzen van de beleidsruimte kan bepalen. Die grenzen zijn dus niet alleen terug te vinden in de ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesorde, maar kunnen ook in de formele wet worden neergelegd.¹¹⁷ de Minister vond het vanuit het vertrouwen dat het Openbaar Ministerie de grenzen van diens beleidsruimte niet zou opzoeken niet nodig die grenzen nader te bepalen, waarbij niet duidelijk is of hij in deze fase onder ogen heeft gezien dat de werking van het opportuniteitsbeginsel ook een rol zou kunnen spelen bij allerhande toezeggingen anders dan immuniteit. Deze laatste toezegging domineerde net als bij de Commissie Van Traa de discussie, hetgeen Buruma in 1999 tot de waarschuwing bracht dat men zich daar in de discussie over de met getuigen te maken afspraken niet op moest blindstaren, maar precies zou moeten aangeven met wie wanneer afspraken kunnen worden gemaakt en tegen welke beloning.¹¹⁸ Ook andere auteurs waarschuwen met verwijzing naar de beleidsruimte die het opportuniteitsbeginsel biedt voor de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie om buiten de wettelijk geregelde strafvermindering andere toezeggingen te kunnen doen.¹¹⁹ Het lijkt er op dat de Tweede Kamer de

116 Wel zijn naar aanleiding van de kritiek van de Raad van State op het punt van de getuigenbeschermingsmaatregelen de tekst van artikel 226j lid 3 Sv en de memorie van toelichting aangevuld. Vandaar dat het rapport afsluit met het verzoek het *gewijzigde* voorstel van wet en gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten Generaal toe te zenden.

117 Zie onder andere Corstens en Borgers die onder het kopje 'Grenzen opportuniteitsbeginsel' daarover stellen: "Het Openbaar Ministerie is evenals andere bestuursorganen en de rechter onder gezag van de wetgever gesteld. Dat roept de vraag op of het aan het Openbaar Ministerie vrij staat stelselmatig de vervolging van een bepaalde categorie van strafbare feiten achterwege te laten op grond van de negatieve waardering van de inhoud van de desbetreffende wettelijke bepaling, het zogenoemde generaal sepot. In een democratische rechtsstaat past een negatief antwoord op die vraag. Een positief antwoord zou inhouden dat het Openbaar Ministerie zijn oordeel boven dat van de wetgever stelt, hetgeen uit democratisch gezichtspunt inacceptabel is (...) Er zullen steeds keuzes moeten worden gemaakt. Daarbij zal het Openbaar Ministerie niet voorbij mogen gaan aan de wil van de wetgever. Indien die bijv. bepaalde vormen van discriminatie strafbaar heeft gesteld, zal het Openbaar Ministerie niet met soevereine minachting de vervolging van dergelijke gedragingen achterwege mogen laten. Dan geeft het te kennen dat het een ander oordeel over de innerlijke waarde van de wet dan de wetgever had." Corstens & Borgers 2011, p. 527.

118 Buruma 1999, p. 60.

119 Zie onder andere Wedzinga die ervoor waarschuwt dat het ontbreken voor een deugdelijke wettelijke regeling de deur openzet naar het gebruik van buitenwettelijke opsporingsmethoden en het dan een

waarschuwingen ter harte heeft genomen: in alle fases van het wetgevingstraject zijn de gebreken in het voorgestelde wettelijk systeem en de ruimte die deze al dan niet aan het Openbaar Ministerie zouden bieden, met verwijzing naar de waarschuwingen van de verschillende auteurs, uit en te na onderwerp van discussie geweest.

2.3.2 *De Memorie van Toelichting en de Nota van Antwoord*

Opportunititeit als rode draad

de Minister is een gewaarschuwd mens en in de Memorie van Toelichting wordt uitgebreid aandacht besteed aan de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in relatie tot de aard van de toezeggingen die het Openbaar Ministerie kan doen. De Minister benadrukt dat het opportuniteitsbeginsel op de gebruikelijke wijze dient te worden toegepast, dat het Openbaar Ministerie dus diens normale vervolgingsafweging mag maken, en dat bij deze afweging een te maken afspraak buiten beschouwing dient te blijven. Dat betekent dat niet alleen geen sprake kan zijn van immuniteit waar onder normale omstandigheden wel vervolgd zou worden, maar ook dat er geen overleg met de getuige kan plaatshebben over de vraag welke feiten hem ten laste zullen worden gelegd en welke kwalificatie die feiten zullen krijgen (het zogenoemde *plea bargaining*). De inhoud van de toezegging kan uitsluitend betrekking hebben op het bevorderen van een vermindering van de toepassing en tenuitvoerlegging van hoofdstraffen: gevangenisstraf, geldboete, taakstraf en hechtenis. Met die limitatieve opsomming is naar het oordeel van de Minister de reikwijdte van de wettelijke regeling gegeven: “Dat betekent dat over bijkomende straffen en maatregelen geen toezegging kan worden gedaan. Hetzelfde geldt voor andere handelingen of gebruik van bevoegdheden van de officier van justitie die erop gericht zijn om vrijwaring van bestraffing in Nederland te bereiken, zoals het niet vragen van de uitlevering voor feiten, die onder Nederlandse jurisdictie vallen of het staken van actieve opsporing in het buitenland door het nalaten of intrekken van signalering.”¹²⁰ Daarmee wordt dus ook de door de Commissie Van Traa nog rechtmatig geachte toezegging dat een financiële beloning in lijn met de Regeling tipgelden kon worden aangeboden, niet langer als rechtmatig aangemerkt. Dat blijkt een bewuste keuze: in de Memorie van Toelichting wordt nadrukkelijk overwogen dat dit een afwijking en een aanscherping van de op dat moment bestaande en hierboven besproken richtlijn afspraken met criminelen betreft, die wordt ingegeven door de wens om de mogelijkheid van het maken van afspraken tot het bevorderen van vermindering van een hoofdstraf te beperken.¹²¹ Voor het overige sluit de Memorie van Toelichting zich aan bij de aanbevelingen van

kwestie van wachten is tot de geschiedenis zich herhaalt. Bij de parlementaire behandeling wordt over zijn stuk gezegd dat hij in die context spreekt van een ‘bedrijfsongeval’ (Beraadslaging 14 maart 2000, Kamerstukken II 1999-2001, 26294, p. 55-3939) maar die term is in zijn stuk niet terug te vinden. Wedzinga 1999, p. 1723; zie verder ook o.a. Otte 1999 en Knigge 1994.

120 Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26294, nr. 3, p. 14.

121 Idem, p. 22.

de Commissie, inclusief de door de Commissie geformuleerde voorwaarden.¹²² Met een samenvatting van de ingekomen adviezen wordt de Memorie van Toelichting afgesloten.

Wat die adviezen betreft kan niet onopgemerkt blijven dat anders dan deze samenvatting doet vermoeden *alle* geraadpleegde partijen (Openbaar Ministerie, Nederlandse Orde van Advocaten, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Recherche Adviescommissie) concluderen dat het concept wetsvoorstel niet aan de te stellen eisen van zorgvuldigheid en kwaliteit voldoet, geen recht doet aan de behoefte in de praktijk, en niet op deze wijze zou moeten worden ingevoerd. Het College van Procureurs-generaal stelt zich in een brief van 27 november 1997 bij monde van toenmalig voorzitter Docters van Leeuwen op het standpunt dat de voorliggende wettelijke regeling niet wenselijk wordt geacht. Dit niet omdat het Openbaar Ministerie meent onvoldoende bevoegdheden te krijgen, maar vanuit principiële bezwaren tegen het fenomeen kroongetuige zoals Swart die eerder noemde: het verlenen van strafvermindering in ruil voor een verklaring zou de publieke plicht die elke burger in Nederland heeft om verklaringen in strafzaken af te leggen, ondergraven. Verder wordt de afspraak met een crimineel een oneigenlijk argument in de straftoematingsafweging genoemd en signaleert het College een gevaar van afglijden, nu de wettelijke erkenning van het fenomeen kroongetuige een zekere aanzuigende werking zou hebben en verdachten in toenemende mate een deal zouden eisen in ruil voor verklaringen. Deze bezwaren zijn voor het College dermate zwaarwegend dat men concludeert dat het maken van afspraken met getuigen in strafzaken slechts zou moeten geschieden in geval van ‘publieke noodtoestand’. In die gevallen zou het Openbaar Ministerie zelfs moeten kunnen beslissen niet te zullen vervolgen, waarin tevens een waarborg zou zijn gelegen voor uiterst terughoudende toepassing; ‘een waarborg die wij in het huidige stelsel node missen.’ Het College adviseert tot een wettelijke regeling die aangeeft in welke gevallen van dergelijke bijzondere zaken sprake kan zijn en een procedure voor de politieke verantwoording die dan aan de orde zou zijn.¹²³ Ook de Recherche Advies Commissie (RAC) wijst erop dat een nadere toelichting hoe bepaald moet worden wanneer sprake is van een uitzonderlijke situatie waarin een

122 “De regeling zoals in het onderhavige wetsvoorstel vormgegeven, stemt overeen met de door de commissie geformuleerde voorwaarden:

- Het moet gaan om een toetsbare getuigenverklaring in ruil voor een tegenprestatie van het openbaar ministerie;
 - De te verkrijgen informatie moet essentieel zijn voor de opsporing en het bewijs in de zaak;
 - De afspraak moet voor de totstandkoming daarvan worden getoetst door de rechter;
 - Het maken van een afspraak kan alleen als uiterste redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of feiten waarop naar wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld;
 - Tegenprestatie kan niet zijn strafrechtelijke immuniteit;
 - Tegenprestatie kan wel zijn:
 - het eisen van een lagere hoofdstraf (maximaal een derde minder), waarbij de officier van justitie dit in zijn requisitoir meldt;
 - kwijtschelding van een deel van de opgelegde hoofdstraf met behulp van de toepassing van gratie.”
- Idem, p. 30-31.

123 Brief van het College van Procureurs-generaal van 27 november 1979, A96/402206/640865.

kroongetuigenovereenkomst kan worden gesloten ontbreekt. Verder wijst de RAC net als de Raad van State op het belang van getuigenbeschermingsprogramma's nu deze onlosmakelijk verbonden zouden zijn met afspraken met criminelen.¹²⁴ Ook de NOvA plaatst deze kanttekening, en wijst er bovendien en eveneens in lijn met de Raad van State op dat de aard van de rechtsbetrekking en daarmee de rechtsgang en rechtsbescherming bij getuigenbeschermingsprogramma's niet duidelijk is.¹²⁵

Toezeeggingsmogelijkheden Openbaar Ministerie

Al deze kritiek is de parlementariërs uiteraard niet ontgaan. Binnen enkele maanden na binnenkomst van het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting wordt ter voorbereiding op de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer door de vaste commissie voor justitie een groot aantal vragen aan de Minister voorgelegd.¹²⁶ de Minister reageert daarop in een even zo uitgebreide nota naar aanleiding van het verslag van 1 november 1999, waarin opnieuw uitvoerig aandacht wordt besteed aan de toepassing van het opportuniteitsbeginsel en de gevreesde ruimte die het Openbaar Ministerie zich buiten de voorgestelde wettelijke regeling zou kunnen toe-eigenen.¹²⁷ Door vrijwel alle fracties wordt de vraag aan de Minister voorgelegd of de voorgestelde regeling niet omzeild zou kunnen worden wanneer de officier van justitie niet zou toezeggen om strafvermindering te bevorderen, maar wel andere toezeggingen zou doen, zoals de toezegging dat zal worden afgezien van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel, de toezegging te bemiddelen bij het treffen van een schikking met andere instanties zoals de Belastingdienst, of het bewegen van justitiële autoriteiten van andere staten om niet tot vervolging van in die landen begane strafbare feiten over te gaan. Tevens wordt een reactie gevraagd op de onder andere door Otte ingenomen stelling dat gedeeltelijke immuniteit verleend zou kunnen worden door in overleg met een getuige een selectie te maken van strafbare feiten die (niet) zullen worden vervolgd.¹²⁸ de Minister blijft in de Nota bij zijn in reactie op de Raad van State ingenomen standpunt, dat de gevreesde ruimte er niet is. Hij stelt dat afspraken die ertoe strekken materieel immuniteit te bewerkstelligen, waaronder bijvoorbeeld ook het bewegen van een ander land om vervolging te staken, of het afzien van bijkomende straffen of maatregelen, niet tot stand mogen komen. Hij herhaalt zijn voornemen om het College van Procureurs-Generaal te verzoeken in een richtlijn aan te geven welke toezeggingen niet mogen worden gedaan en stelt dat een behoorlijk functionerende Centrale Toetsingscommissie (CTC), die in de voorgestelde regeling een oordeel zal moeten geven over de rechtmatigheid van de overeenkomst voordat het College van Procureurs-Generaal deze kan goedkeuren, dergelijke afspraken reeds zal ontraden.

124 Advies van de RAC van 3 oktober 1997, A96/4022.6/640865.

125 Advies van de NOvA van 16 oktober 1997, 97/659282.

126 Verslag, Kamerstukken II 1998-1999, 26294, nr. 4.

127 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, nr. 6.

128 Idem, p. 24-25.

Behalve in het teken van immuniteit heeft de parlementaire discussie over toezeggingen voornamelijk in het teken van het tweede voor de Kamer meest heikele punt gestaan: het toezeggen van financiële beloningen aan een potentiële kroongetuige. In de Memorie van Toelichting was al opgenomen dat het wetsvoorstel wat dat betreft een striktere regeling voor ogen stond dan de Commissie Van Traa, en in de nota naar aanleiding van het verslag wordt dat door de Minister nog eens benadrukt. Het onderhandelen over de hoogte van een uit te keren bedrag in het kader van een afspraak is ‘ten enenmale onwenselijk’ en juist daarom staat de Minister een strikte scheiding tussen de Regeling tipgelden en de nieuwe wettelijke regeling voor. “Daarom is voor de criminele getuige strafvermindering ook het enige doel dat hij kan bereiken. Het aanbieden van geld in het kader van het maken van een afspraak met een criminele getuige wijs ik ten sterkste af.”¹²⁹ Vandaar dat in de parlementaire discussie het voorbeeld van de toezegging dat van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel zal worden afgezien zo een prominente rol is gaan spelen: daar komen de vrees voor het omzeilen van de wettelijke regeling door middel van het opportuniteitsbeginsel en de weerzin tegen het bieden van financiële beloningen samen. Ook deze laatste toezegging wordt door de Minister dan ook stellig van de hand gedaan: “Door het niet terugvorderen van het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt feitelijk een financiële beloning verstrekt waaruit het vermoeden kan rijzen dat de belastende verklaring wordt gekocht.”¹³⁰ Door in het wetsvoorstel uitsluitend de toezegging tot strafvermindering op te nemen en met verwijzing naar de Memorie van Toelichting waarin staat dat dit limitatief bedoeld is, concludeert de Minister dat andere toezeggingen die betrekking hebben op beslissingen ex art. 348 en 350 Sv, dus ook de oplegging van straffen en maatregelen, niet mogen worden gedaan. Bovendien lenen het doel van de ontnemingsmaatregel, het herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin, en het feit dat de bepaling van de omvang van het te ontnemen voordeel los staat van de ernst van het feit en de verwijtbaarheid van betrokkene, zich naar diens oordeel niet voor het doen van toezeggingen. “Zij dient dan ook niet in een toezegging over de te rekwireren straf te worden betrokken.”¹³¹

Ook de vrees voor de toekenning van beperkte immuniteit wordt dus niet door de Minister gedeeld. Hij wijst er opnieuw op dat het Openbaar Ministerie gehouden is de vervolgingsbeslissing op de gebruikelijke wijze te laten plaatshebben, en meent dat het niet vervolgen van strafbare feiten die daar wel voor in aanmerking komen reeds bij de rechter-commissaris zal opvallen, te meer nu de officier van justitie gezien art. 226g derde lid Sv gehouden is de rechter-commissaris alle informatie te verstrekken die deze voor zijn toetsing behoeft. De Minister onderkent dat de effectiviteit van de wettelijke inkadering in sterke mate afhankelijk is van de integriteit van de functionarissen die haar toepassen, maar stelt geen aanwijzingen te hebben dat in dat opzicht grote problemen aanwezig of te verwachten zijn. De paragraaf over de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt afgesloten met een herhaling van de verzekering dat het College

129 Idem, p. 14.

130 Idem, p. 25.

131 Idem, p. 26.

van Procureurs-Generaal zal worden gevraagd intensief toezicht te houden op de juiste toepassing van de regeling, in het bijzonder ten aanzien van de voorgestelde reikwijdte.¹³²

De bezorgdheid van de Tweede Kamer kan natuurlijk niet los worden gezien van de alarmerende rapporten van de Commissie Van Traa en de Commissie Kalsbeek. Behalve de problematiek van de reikwijdte van de regeling, in het bijzonder de vraag of het Openbaar Ministerie toezeggingen kan doen buiten het wettelijk kader, is bezorgdheid over de betrouwbaarheid van de verslaglegging van de onderhandelingen met de kroongetuige een terugkerend thema in de parlementaire behandeling. Ook dit onderwerp speelt in deze fase van Verslag en Nota naar aanleiding van dat verslag een nadrukkelijk rol. In de Memorie van Toelichting was door de Minister al gehamerd op het vereiste van volstrekte transparantie over de inhoud van de gemaakte afspraken en de gebruikte opsporingsmethodieken, en dat een waarheidsgetrouw en volledig beeld van de tijdens de opsporing verrichte relevante handelingen moest worden verstrekt. Dit werd als een noodzakelijke voorwaarde gezien voor de toetsing door de rechter-commissaris.¹³³ In de nota naar aanleiding van het verslag wordt keer op keer benadrukt dat in deze uitgaande dient te worden van professionaliteit en integriteit bij politie en justitie, en dat het verzwijgen van relevante onderdelen van de (totstandkoming van de) overeenkomst onder omstandigheden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of zelfs tot disciplinaire maatregelen richting een specifieke officier van justitie zou kunnen leiden.¹³⁴

2.3.3 *Beraadslaging in 2000: toenemende problemen*

De zaak Mink K.

Geen wonder dus dat de Minister bij de eerste algemene beraadslaging over het wetsvoorstel op 14 maart 2000 een kritische Kamer tegenover zich vindt, waarbij het feit dat de dag ervoor in de media is bericht omtrent omstreden onderhandelingen tussen officier van justitie Teeven en 'topcrimineel' Mink K., die als informant voor justitie zou hebben gefungeerd, ook niet helpt. Het door de Minister eerder meermalen verwoorde vertrouwen in de intrinsieke integriteit van de opsporing, wordt in de visie van de Kamer reeds daardoor gelogenstraft. Er bestaat duidelijk behoefte aan (herhaalde) bevestiging van de Minister dat de vrees voor een extensief gebruik c.q. omzeiling van de nieuwe wettelijke regeling ondanks de recente gebeurtenissen onterecht is.¹³⁵ In het

132 Idem, p. 24-28. Met de laatste opmerking lijkt de minister over het hoofd te zien dat het College van Procureurs-Generaal zelf de beslissingen ten aanzien van de toezeggingen aan getuigen neemt en dat hij dus verwacht dat het College intensief toezicht zal houden op zichzelf. Daarover meer in hoofdstuk 4.

133 Zie in de Memorie van Toelichting onder andere p. 7 en p. 10.

134 Nota naar aanleiding van het verslag, p. 13 en p. 17. In de hierna te bespreken tweede fase van behandeling van de kroongetuigenregeling wordt zelfs gesproken van ontslag voor een officier van Justitie (Algemene beraadslaging, Kamerstukken II 2003-2004, 28017 en 26294, p. 6196).

135 Daarnaast worden ook de meer algemene bezwaren tegen de in het strafproces invoeren van de figuur van de kroongetuige, zoals de noodzaak daartoe gezien de vermeende criminaliteit in Nederland, de mogelijke strijd met het gelijkheidsbeginsel, de (on)betrouwbaarheid van de te verkrijgen verklaringen,

debat wordt voor het eerst gewag gemaakt van mogelijkheden om het ‘bedrijfsongeval’ als gevolg waarvan andere toezeggingen dan strafvermindering gedaan zouden kunnen worden, te keren door middel van een amendement dat de werking van het wetsvoorstel aanscherpt.¹³⁶ Verder wordt door verschillende Kamerleden aandacht gevraagd voor de verhouding tussen de door de Minister in de stukken steeds genoemde Richtlijn van het College van procureurs-generaal en de nieuwe wet. Door de verschillende woordvoerders wordt te kennen gegeven dat het niet zo kan zijn dat de wet uitsluitend strafvermindering als rechtmatige toezegging opneemt, maar allerlei andere toezeggingen vervolgens ‘via de achterdeur in de vorm van een richtlijn’,¹³⁷ alsnog het strafproces worden binnengeloodst. De Minister wordt gevraagd de richtlijn die tezamen met de nieuwe wet de kroongetuigenregeling zal vormen, aan de Kamer voor te leggen. Er wordt gewaarschuwd voor het adagium ‘alles wat niet bij wet verboden is, is dus toegestaan’, dat de Commissie Van Traa met enige regelmaat was tegengekomen en dat door de Commissie en in navolging daarvan door de Kamer van tafel werd geveegd: daar kon met deze nieuwe wet geen sprake meer van zijn.¹³⁸

Als voorbeelden van onwenselijke toezeggingen buiten het bestek van de wet worden onder andere genoemd het afzien van actieve opsporing, het intrekken van een uitleveringsverzoek en het afzien van bijkomende straffen en maatregelen, in het bijzonder de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Rouvoet vraagt zich in dat verband af, of het niet verstandig zou zijn om expliciet een verbod op dergelijke toezeggingen in de wet op te nemen en of het voldoende is dat dit in een richtlijn van het College van Procureurs-Generaal wordt opgenomen. Een cynische vertaling van hetgeen daarover in de stukken is gesteld, zou naar het oordeel van Rouvoet kunnen zijn dat het wetsvoorstel alleen betrekking heeft op de toezegging tot strafvermindering, en “het Openbaar Ministerie voor alle overige *wheeling en dealing* niet eens naar de rechter-commissaris (hoeft).” Dat was niet de bedoeling van de Commissie Van Traa en is niet de bedoeling van de Kamer, aldus Rouvoet. Hij concludeert dat het uitgangspunt dat een wettelijke regeling met voorafgaande rechterlijke toetsing van de overeenkomsten tot stand moet komen, overeind blijft, maar dat die regeling dan moet gelden voor alle afspraken tussen het Openbaar Ministerie die het karakter hebben van *do ut des*: voordeel voor de crimineel in ruil voor zijn verklaring. Op deze punten zal de Minister eerst duidelijkheid moeten verschaffen, nu de vraag is of de nadelen van de regeling de voordelen niet overtreffen. “Beter iets dan niets gaat niet altijd op.”¹³⁹

enzovoorts, opnieuw naar voren gebracht. Deze aspecten zullen als gezegd in het licht van de stand van zaken ten tijde van dit onderzoek verder buiten beschouwing worden gelaten voor zo ver deze niet van invloed zijn of zijn geweest op de uiteindelijk tot stand gekomen wettelijke regeling.

136 Algemene beraadslaging 14 maart 2000, Kamerstukken II 1999-2000, p. 55-3939. Dit amendement zou uiteindelijk ruim een jaar later alsnog komen in de vorm van het hier nader te bespreken amendement Rouvoet-Van der Staaij.

137 Idem, p. 55-3947.

138 Idem en respectievelijk Dittrich (D66), Niederer (VVD) en Kalsbeek (PvdA), p. 55-3946 – 55-3948.

139 Idem, p. 56-3957.

de Minister reageert een dag later, op 15 maart 2000, maar tot teleurstelling van veel Kamerleden kan hij de vele voorgelegde vragen op dat moment niet beantwoorden. Daarbij speelt een prominente rol dat door de Minister steeds wordt verwezen naar de nieuwe Richtlijn van het College waarin duidelijk zal worden opgenomen welke toezeggingen als niet toelaatbaar zullen worden aangemerkt, maar dat die richtlijn op dat moment nog niet opgesteld is. Bovendien wordt er door de Kamerleden op gewezen dat uit de op dat moment recente en hierboven besproken jurisprudentie gebleken is dat het Openbaar Ministerie kennelijk bereid is onder omstandigheden af te wijken van de eigen richtlijn, en dat de rechter dat onbestraft laat.¹⁴⁰ de Minister herhaalt dat hij van oordeel is dat de Richtlijn beter moet worden gehandhaafd en dat het in de nota naar aanleiding van het verslag aangekondigde verzoek aan het College van Procureurs-Generaal om het toezicht daarop te intensiveren inmiddels door hem gedaan is, dat het natuurlijk niet de bedoeling is dat de op te stellen richtlijn gaat afwijken van de wet maar slechts de wet zal verduidelijken, en dat ervan uit dient te worden gegaan dat het Openbaar Ministerie “in al haar geledingen te goeder trouw bezig is en zich houdt aan zowel de wet als de geest van de richtlijn.”¹⁴¹ Het gebrek aan vertrouwen dat de Minister bij verschillende woordvoerders meent te beluisteren is in zijn optiek niet terecht, en hij beklaagt zich dat de toon van de Kamer beduidend anders is dan in de schriftelijke rondes. Het brengt de voorzitter tot de uitlating dat hij de indruk heeft dat het wetsvoorstel amper gereed was voor plenaire behandeling en dat alle vragen en problemen die zijn opgeworpen al besproken hadden moeten zijn, schriftelijk dan wel mondeling.¹⁴² Er wordt besloten dat de Minister de overgebleven vragen schriftelijk zal beantwoorden. Daarna zal worden gezien of er nog een extra vragenronde ingelast dient te worden of dat de plenaire behandeling kan worden voortgezet.

De brief van 30 maart 2000

Die schriftelijke reactie volgt op 30 maart 2000.¹⁴³ Na opnieuw een korte historische schets waarin andermaal wordt verwezen naar de aanbevelingen van de Commissie Van Traa, herhaalt de Minister dat er in zijn optiek van een groot grijs gebied met het voorliggende wetsvoorstel geen sprake is. Vervolgens wordt voor het eerst een onderverdeling gemaakt tussen zogenoemde grote toezeggingen en kleine toezeggingen. Ten behoeve van de laatste categorie stelt de Minister voor een nieuw vierde lid toe te voegen aan het voorgestelde art. 226g Sv, waarin staat opgenomen dat van afspraken die niet worden aangemerkt als afspraken bedoeld in het eerste lid (de toezegging van strafvermindering), maar die voor het onderzoek in de zaak van betekenis kunnen zijn, proces-verbaal wordt opgemaakt. Het gaat daarbij om tegemoetkomingen van ondergeschikte aard en de Minister vindt het daarom niet nodig deze uitputtend te beschrijven en op te sommen. In de nieuw op te stellen richtlijn van het College van Procureurs-Generaal

140 Gedoeld wordt op de hierboven in paragraaf 2.2.2 besproken zaken van Verhoek en Koos R.

141 Algemene beraadslaging 15 maart 2000, p. 56-3999.

142 Idem, p. 56-4001.

143 Brief van de minister van justitie van 30 maart 2000, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, nr. 15.

zal aan de hand van een aantal voorbeelden nadere duidelijkheid worden verschaft.¹⁴⁴ Grote toezeggingen betreffen de al in de wet opgenomen toezeggingen tot vermindering van de strafeis of wijziging van de opgelegde straf. De door Dittrich op 14 maart 2000 genoemde voorbeelden van toezeggingen buiten het bestek van het wetsvoorstel (onderhandelen over de inhoud van de tenlastelegging, over het niet indienen van een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, of het achterwege laten van actief opsporingsonderzoek) worden door de Minister als niet acceptabel aangemerkt en deze zullen als zodanig worden opgenomen in de nieuwe richtlijn. Andere afspraken vallen onder het nieuwe vierde lid van art. 226g Sv.¹⁴⁵ Daarmee is naar het oordeel van de Minister de door Halsema en vele anderen sprekers geuite ongerustheid over het doen van andere toezeggingen dan die in het wetsvoorstel zijn voorzien, weggenomen. Naar aanleiding van een concrete vraag van de heer Van der Camp bevestigt de Minister nogmaals dat het wederrechtelijk verkregen voordeel altijd behoort te worden ontnomen als dat mogelijk is, en een toezegging tot het achterwege laten van voordeelsontneming dus niet mag worden gedaan. Het Openbaar Ministerie zou er thans meer dan voldoende van doordrongen zijn “dat de door de Commissie Van Traa gesignaleerde geheime trajecten en de houding van alles wat niet in de wet verboden is, dus mag, onaanvaardbaar zijn.”¹⁴⁶ De Minister spreekt wederom zijn vertrouwen uit dat het College van Procureurs-Generaal in staat zal zijn de op dat moment geldende richtlijn en de toekomstige richtlijn te handhaven. Hij belooft de nieuwe richtlijn die in voorbereiding is in september van dat jaar aan de Tweede Kamer te zullen toezenden.

De brief van de Minister van 30 maart 2000 is van groot belang voor de beoordeling van de bedoeling van de (toenmalige) wetgever met de uiteindelijk aangenomen Wet toezeggingen aan getuigen. Niet alleen wordt daarin voor het eerst een hiërarchie aangebracht tussen grote toezeggingen en kleine toezeggingen, bovendien wordt de hiërarchie nader geconcretiseerd door de verwijzing naar de rubricering in de toekomstige richtlijn, de Tijdelijke Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken die in 2001 van kracht zou worden. Daarin worden de in 1999 en 2000 besproken concrete voorbeelden van toezeggingen die buiten het bestek van het wetsvoorstel vallen, onderscheiden van de kleine toezeggingen die onder het nieuwe vierde lid van art. 226g kunnen worden gebracht, waarmee de ontoelaatbaarheid van die grote toezeggingen vaststaat. De Minister hoopt daarmee het wettelijk systeem alsnog sluitend te krijgen en het ‘bedrijfsongeval’ te hebben hersteld.

De Tweede Kamer lijkt in het licht van de gerezen onrust echter geen ruimte voor verwarring te willen laten en de vaste Commissie voor Justitie dient naar aanleiding van de brief van 30 maart 2000 niet minder dan 58 vragen in bij de Minister van Justitie. De Minister beantwoordt die vragen schriftelijk in een brief van 18 september 2000, welke gepaard gaat met een concept van de nieuwe Tijdelijke Aanwijzing Toezeggingen aan

144 Idem, respectievelijk p. 7 en p. 3.

145 Idem, p. 8.

146 Idem, p. 3.

getuigen en van een concept AMvB inzake getuigenbescherming.¹⁴⁷ In deze schriftelijke nota wordt vrijwel de gehele discussie nog eens dunnetjes overgedaan, maar dat levert voor wat betreft het systeem van al dan niet toelaatbare toezeggingen weinig nieuws op. De poging het wettelijk systeem sluitend te krijgen door de grote toezeggingen concreet te benoemen, deze met uitzondering van de toezegging van strafvermindering ontoelaatbaar te verklaren, en te onderscheiden van kleine toezeggingen die de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv niet raken maar op voet van het vierde lid van art. 226g Sv in een proces-verbaal moeten worden neergelegd en aan het dossier moeten worden toegevoegd, wordt herhaald en bevestigd. Hetzelfde geldt voor de in de vragen herhaaldelijk opgeworpen kwestie van het niet ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel: keer op keer herhaalt de Minister dat dit een maatregel is die niet valt onder de mogelijkheid van strafvermindering in art. 44a Sr en die als ontoelaatbare grote toezegging zal worden opgenomen in de aanwijzing van het college van procureurs-generaal.¹⁴⁸ Uit het antwoord op de vraag of naar het oordeel van de Minister nu een waterdicht systeem rondom toezeggingen aan criminele getuigen is neergelegd, kan blijken dat de Minister van oordeel is dat dit het geval is, althans uitgaande van de “goede trouw en integriteit van de functionarissen die bij de toepassing van alle procedures” zijn betrokken, zonder welke geen van de procedures waterdicht kan worden genoemd.¹⁴⁹

2.3.4 *Beraadslaging in 2001: langzaam naar een afronding*

Het amendement Rouvoet – Van der Staaij

Op 2 april 2001 wordt de behandeling van het wetsvoorstel hervat in de vorm van een wetgevingsoverleg tussen de Minister en zes van de woordvoerders Justitie van de verschillende partijen.¹⁵⁰ Het gevoel bij de aanwezige parlementariërs is dat men met de behandeling van dit wetsvoorstel langzaam maar zeker aan het einde van de rit aan het komen is. Er wordt enige tijd gesproken over het door Van Oven ingediende amendement om de in het wetsvoorstel voorziene verlaging van de straf met maximaal één derde te verhogen naar maximaal de helft.¹⁵¹ Dit amendement zou bij de stemming op 5 juli 2001 uiteindelijk worden verworpen. Dat geldt niet voor het door Rouvoet en Van der Staaij ingediende amendement, dat tot aanpassing van art. 226g lid 1 Sv moet leiden. Het amendement komt voort uit het ongemakkelijke gevoel bij de indieners dat in het hierboven besproken systeem uiteindelijk een prominente rol lijkt te zijn weggelegd voor

147 Verslag van het schriftelijk overleg 18 september 2000, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, 16. Het punt van de getuigenbescherming komt als gezegd in hoofdstuk 3 nader aan de orde.

148 Idem, onder andere p. 9, 13-14, 16, 23.

149 Idem, p. 23.

150 Kalsbeek is inmiddels vervangen door de heer Van Oven en mevrouw Halsema was door griep geveld, zo blijkt uit het plenaire debat van een week later. Voor het overige zijn de hoofdrolspelers van de eerdere debatten, Dittrich, Van de Camp, Niederer, Rouvoet en Van der Staaij present, net als minister Kort-hals, die zich onder andere laat vergezellen door de voorzitter van het College van Procureurs-generaal De Wijckerslooth.

151 Amendement van het lid Van Oven, 4 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 27.

de inhoud van de aanwijzing van het College van procureurs-generaal. Zij vrezen dat, anders dan steeds door de Minister wordt gesteld, uit het feit dat het College in diens aanwijzing opneemt welke toezeggingen al dan niet als (on)toelaatbaar worden aange-merkt, afgeleid zou kunnen worden dat het College ook van oordeel zou kunnen veranderen en op een later moment toezeggingen die eerder ontoelaatbaar waren, toelaatbaar zou kunnen verklaren. Het is de vraag of die vrees wetssystematisch gezien terecht is,¹⁵² nu uit de brief van de Minister van 30 maart 2000 als gezegd een duidelijk onderscheid tussen grote en kleine toezeggingen kan worden gedestilleerd waarbij als grote toezegging uitsluitend strafvermindering kan worden overeengekomen. Daarmee was al sprake van een gesloten wettelijk systeem, en met het overnemen van de lezing van de Minister, het introduceren van art. 226g lid 4 en de bij de parlementaire behandeling specifiek benoemde ontoelaatbaar geachte toezeggingen had de wetgever zich zeer concreet uitgelaten over de vraag welke toezeggingen onder art. 226g lid 1 Sv konden worden gebracht en welke niet. Hoe het ook zij, het zit Rouvoet niet lekker nu hij van oordeel is dat dit standpunt van de wetgever niet uit de parlementaire behandeling, maar uit de wet dient te volgen: “Het moet dan op wettelijke basis, maar dan ook alles op de wettelijke basis en daarbuiten niets. Er mag daarbuiten dan niet nog een territorium zijn waarvan we als wetgever zeggen: daar regelen we, om wat voor reden ook, niets over, maar daar kan nog wel het een en ander. Daar heb ik echt bezwaren tegen. (...) In de aanwijzingen is een lijstje ontoelaatbare toezeggingen opgenomen en dat lijkt mij op zichzelf prima. Als echter tegelijkertijd in de wet is bepaald, dat de officier van justitie alleen maar een toezegging omtrent een vordering tot strafvermindering – tot een bepaalde hoogte en ik houd vast aan éénderde – mag doen, is alles wat een andere strekking heeft aan toezeggingen door de officier van justitie niet toegelaten.”¹⁵³

Het amendement stelt voor een regel toe te voegen aan het voorgestelde art. 226g lid 1 Sv: “De afspraak heeft uitsluitend betrekking op strafvermindering als bedoeld in art. 44a, tweede lid.” In de toelichting op het amendement wordt nog een keer benadrukt dat volstrekt helder moet zijn dat de officier van justitie buiten de kleine gunsten van art. 226g lid 4 Sv echt alleen die strafvermindering kan toezeggen, waarbij wordt verwezen naar het op 14 maart 2000 ook al ingenomen standpunt: “Dit amendement beoogt buiten twijfel te stellen dat bij het maken van een afspraak met een crimineel ter verkrijging van een getuigenverklaring in een strafzaak, de officier van justitie alleen toezeggingen kan doen die betrekking hebben op strafvermindering. Andere toezeggingen in het kader van de «do ut des»-afpraak zijn niet toegestaan. Uiteraard laat dit de mogelijkheid tot het maken van andere, gebruikelijke processuele afspraken onverlet.”¹⁵⁴

de Minister vindt het eigenlijk niet nodig gezien het in zijn brief van 30 maart 2000 uiteen gezette systeem maar zegt ook geen bezwaar te hebben tegen dit amendement Rouvoet-Van der Staaij, dat bedoeld is als een verduidelijking en dat ook daadwerkelijk

152 Dat deze historisch gezien terecht is gebleken moge duidelijk zijn, of zal dat hierna worden.

153 Verslag van wetgevingsoverleg 2 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 30, p. 18

154 Amendement van de leden Rouvoet en Van der Staaij, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 26.

is.¹⁵⁵ Rouvoet en Van der Staaij benadrukken dat het aannemen van dit amendement voor hen essentieel is na de verwarring van het jaar daarvoor over de eventuele andere toezeggingen die gedaan zouden kunnen worden.¹⁵⁶ Over het amendement van Van Oven geeft de Minister in een schriftelijke nabrander op 6 april 2001 nog te kennen niet van de noodzaak van de verhoging van de strafvermindering te zijn overtuigd.¹⁵⁷ Daarmee is de behandeling van het wetsvoorstel voldoende gereed voor hernieuwde voortzetting van de plenaire behandeling, die op 11 april 2001 aanvangt.

Ook bij gelegenheid van deze mondelinge behandeling blijkt het niet mogelijk tot afronding van het wetsvoorstel te komen. Zoals het gaat bij dergelijke algemene beraadslagingen staan alle woordvoerders nog eens uitvoerig stil bij de totstandkoming van het wetsvoorstel en bij al hetgeen gedurende het wetgevingstraject al dan niet door henzelf naar voren is gebracht. Daarbij worden ook allerhande algemene overwegingen over de wenselijkheid van het fenomeen kroongetuigen in het algemeen, de vrees voor een te brede toepassing van de nieuwe wet, de vraag of de overheid zich met het wetsvoorstel op een hellend vlak begeeft, enzovoorts, opnieuw aan de orde gesteld. Verder wordt met name uitvoerig gesproken over de diverse door de parlementariërs ingediende amendementen. Aan het eind van de beraadslaging dient Rouvoet nog een motie in, waarin de regering wordt verzocht de Kamer jaarlijks kwantitatief en zo veel als mogelijk ook kwalitatief te informeren over de hoeveelheid tot stand gekomen afspraken met getuigen in strafzaken en de door de CTC respectievelijk het College van Procureurs-Generaal daarover genomen beslissingen.¹⁵⁸ Rouvoet geeft aan te worstelen met het wetsvoorstel en het met het oog daarop van belang te vinden de vinger aan de pols te kunnen houden omtrent de omvang waarmee en de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de nieuwe wettelijke regeling.

Enkele andere amendementen

Een dag later, op 12 april 2001, reageert de Minister op de diverse naar voren gebrachte punten en vindt het debat met de Kamer plaats. Ook hier ligt de nadruk vooral bij de diverse ingediende amendementen. Van die amendementen moeten er voor een juist begrip van de wetshistorie en de uiteindelijk tot stand gekomen wettelijke regeling een paar worden uitgelicht. Over het hierboven al genoemde amendement Rouvoet-Van der Staaij (26294, 26) dat aanscherping van art. 226g lid 1 Sv beoogt is de beraadslaging redelijk kort: dit amendement kan op brede steun in de Kamer rekenen en ook de Minister schaart zich opnieuw achter de inhoud van het amendement. Hij stelt dat het amendement inclusief de daarbij gegeven toelichting aansluit bij het uitgangspunt van de wettelijke regeling: “Uit de toelichting bij het amendement op stuk nr. 26 blijkt dat de leden

155 Verslag van wetgevingsoverleg 2 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 30, p. 35.

156 Idem, p. 37.

157 Brief van de minister van justitie van 6 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 28.

158 Motie door de heer Rouvoet, Van der Staaij en Halsema, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 31. De motie zal uiteindelijk worden overgenomen als gevolg waarvan de CTC diens jaarverslagen aan de Tweede Kamer doet toekomen.

Rouvoet en Van der Staaij eraan hechten dat de wettelijke regeling betrekking heeft op alle afspraken die het “do ut des”-karakter hebben. Ook uit de bijdrage in tweede termijn kwam naar voren dat dit uitgangspunt voor hen zwaar weegt. Graag geef ik nog eens expliciet aan dat dit uitgangspunt ook aan dit wetsvoorstel ten grondslag ligt.¹⁵⁹ Bij de stemming over het wetsvoorstel die uiteindelijk op 5 juli 2001 zal plaatshebben, wordt het amendement aangenomen, waarmee de aanvulling op art. 226g lid 1 Sv onderdeel uitmaakt van de nieuwe wet. Dat geldt ook voor het amendement-Dittrich dat ziet op een wijziging van het voorgestelde art. 44a Sr, in die zin dat daarin zal worden bepaald dat de rechter op vordering van de officier van justitie de op te leggen straf kan verminderen.¹⁶⁰ In het aanvankelijke wetsvoorstel stond dat de rechter die straf op vordering van de Officier vermindert, maar dat is naar het oordeel van Dittrich een te categorische aanwijzing aan het adres van de rechter en maakt inbreuk op het grondbeginsel dat de Nederlandse rechter in vrijheid de strafoplegging bepaalt. De kwestie was bij het uitvoerige wetsgevingsoverleg op 5 april 2001 al onderwerp van debat geweest en ook in de algemene beraadslaging wordt er uitgebreid over gesproken. Als argument tegen de formulering van Dittrich wordt met name naar voren gebracht, dat een kroongetuige wel erg weinig zekerheid heeft wanneer hem slechts kan worden beloofd dat de officier van justitie een lagere straf zal eisen, en hij maar moet afwachten of de rechter die lagere strafeis volgt. In het verlengde daarvan wordt de vraag opgeworpen of dit amendement de slagvaardigheid van de wettelijke regeling niet (verder) vermindert. Er wordt gefilosofeerd over modaliteiten waarin de rechter de facto toch min of meer gedwongen wordt de eis van de officier te volgen, zoals een motiveringsplicht in geval hij van die eis afwijkt, maar uiteindelijk geeft het argument van de rechterlijke vrijheid de doorslag. Het amendement Dittrich wordt bij de stemming op 5 juli 2001 aangenomen.¹⁶¹

De vrees voor een onvoldoende slagkrachtige regeling is eveneens reden geweest voor eerdergenoemd amendement van het lid Van Oven (PvdA) dat zag op een verhoging van de toe te zeggen strafvermindering tot maximaal de helft.¹⁶² Ook over dit amendement is bij verschillende gelegenheden uitvoerig gesproken maar ten tijde van de algemene beraadslaging in april 2001 is er buiten de PvdA geen enkele partij meer die het amendement steunt. De Minister heeft er dan ook weinig woorden voor nodig: hij herhaalt dat de aanzuigende werking van de wet en het voor de criminele getuigen te behalen voordeel met alle negatieve consequenties voor de waarheidvinding van dien, door de voorgestelde wijziging te groot wordt, en volstaat verder met op te merken dat hij aanvaarding van het amendement ernstig zou betreuren.¹⁶³ Het amendement zou bij de stemming op 4 juni 2001 door geen enkele fractie buiten de PvdA worden gesteund en wordt dus verworpen. Hetzelfde geldt voor de diverse andere door Van Oven ingediende amendementen. Met

159 Algemene beraadslaging 12 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, p. 68-4567.

160 Amendement van het lid Dittrich, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 8.

161 Daarmee luidt het uiteindelijke artikel 44a Sr: Op vordering van de officier van justitie kan de rechter na een op grond van artikel 226h, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering gemaakte afspraak de straf verminderen die hij overwoog op te leggen op de in het tweede lid bepaalde wijze.

162 Amendement van het lid Van Oven, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 27.

163 Algemene beraadslaging 12 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294 p. 68-4559.

name de amendementen die zien op de werking van het voorgestelde art. 192 Sr, waarin het in strijd met een gemaakte afspraak weigeren verklaringen af te leggen strafbaar wordt gesteld, zijn bij de behandeling van het wetsvoorstel een tamelijk prominente rol gaan spelen. De strafbaarstelling van art. 192 Sr werd noodzakelijk geacht voor het geval dat de strafzaak tegen een verdachte met wie een overeenkomst te getuigen was gesloten eerder zou worden afgedaan dan de strafzaak van de verdachte tegen wie de getuige zijn verklaringen diende af te leggen. De vrees was dat op dat moment de beloning voor die verklaringen, te weten strafvermindering, voor de verdachte al binnen was en hij vervolgens in zijn rol als getuige gebruik zou gaan maken van zijn verschoningsrecht. Om dat gevaar te keren, werd het noodzakelijk geacht een aparte strafbaarstelling in te voeren in art. 192 lid 2 Sr, waarin het door een kroongetuige opzettelijk niet voldoen aan diens verplichting te verklaren werd bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar.

Het belangrijkste bezwaar van Van Oven tegen het nieuwe art. 192 Sr en de strafbaarstelling van het weigeren te verklaren in het algemeen, is dat daarmee inbreuk zou worden gemaakt op het *nemo tenetur*-beginsel, het recht van een verdachte om geen voor hem zelf nadelige verklaringen af te hoeven leggen zoals dat in het zwijg- en verschoningsrecht zijn belangrijkste uitingsvorm heeft gevonden.¹⁶⁴ Van Oven vraagt zich af hoe daar in de praktijk mee zou worden omgegaan, omdat de rechter op grond van de geldende jurisprudentie enerzijds zou moeten oordelen dat het feit dat de verdachte een overeenkomst om te verklaren met het Openbaar Ministerie heeft gesloten zijn zwijgrecht of zijn verschoningsrecht niet teniet doet,¹⁶⁵ maar die verdachte anderzijds wel strafrechtelijk vervolgd zou kunnen worden wanneer hij van dat recht gebruik zou maken. Volgens Van Oven levert dat een onmogelijke patstelling op. Andere woordvoerders onderkennen de spanning tussen het voorgestelde nieuwe tweede lid van art. 192 Sr en het verschoningsrecht, en aan het eind van het debat op 12 april 2001 blijkt dat de Minister de vragen die worden gesteld omtrent de verhouding tussen art. 192 Sr en art. 219 Sv niet afdoende kan beantwoorden. Hij zegt toe die beantwoording op korte termijn schriftelijk te laten volgen. Van Oven geeft te kennen dat dit een voor hem en zijn

164 Een verdachte heeft een zwijgrecht op grond van artikel 29 Sv. Een getuige heeft een verschoningsrecht op grond van artikel 219 Sv. Op het moment dat een verdachte een getuigenverklaring aflegt, valt hij onder laatstgenoemd artikel en kan hij zich verschonen op het geven van antwoorden waardoor hij zichzelf (of directe familieleden) zou kunnen belasten.

165 Zie de Hoge Raad in de hierboven besproken zaak tegen Koos R.: “s-Hofs oordeel, dat K. en A. ondanks de gesloten overeenkomst een beroep konden doen op het hun toekomende wettelijk verschoningsrecht is juist. Hetgeen in het middel wordt aangevoerd omtrent de vrijheid van een verdachte om van een hem toekomend processueel recht, zoals het zwijgrecht, afstand te doen of toestemming te geven tot bepaalde onderzoekshandelingen door de politie doet daaraan niet af. De omstandigheid dat de verdachte bij een bepaald verhoor geen gebruik heeft gemaakt van zijn zwijgrecht of toestemming heeft gegeven tot een bepaalde onderzoekshandeling door de politie, brengt immers niet mee dat hij in het vervolg, bij een volgend verhoor of bij een latere gelegenheid, geen gebruik zou kunnen maken van zijn zwijgrecht of een desbetreffende toestemming niet zou kunnen weigeren. Dat geldt ook indien hij op een eerder tijdstip terzake bepaalde toezeggingen aan de politie of het Openbaar Ministerie zou hebben gedaan.” HR 6 april 1999, NJ 1999, 565, r.o. 7.3.

fractie essentieel punt is en dat hij zich het recht voorbehoudt te vragen om heropening van het debat. Nog dezelfde dag, op 12 april 2001, stuurt de Minister van Justitie een brief aan de Tweede Kamer waarin hij stelt dat er in zijn beleving geen sprake is van strijd tussen het verschoningsrecht en de voorgestelde strafbepaling, omdat de getuige zelf bewust en vrijwillig afstand doet van dat verschoningsrecht op het moment dat hij de overeenkomst met het Openbaar Ministerie sluit.

De zaak Mink K. revisited en een kritische Procureur-Generaal

Zoals door Van Oven al aangekondigd wordt daar door hem geen genoegen mee genomen en wordt heropening van het debat gevraagd. Dat wordt verleend en op 13 juni 2001 staat een inmiddels enigszins moedeloze minister opnieuw tegenover de Tweede Kamer. Behalve zijn brief en de kritiek van Van Oven daarop hebben zich weer nieuwe omstandigheden voorgedaan die de afronding van het wetsvoorstel bemoeilijken. Allereerst heeft het Gerechtshof in Amsterdam op 17 april 2001 het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard in de strafzaak van Mink K, over welke zaak al eerder in de Kamer gesproken was.¹⁶⁶ Het arrest mag reeds een unicum worden genoemd nu daarin ‘in het belang van een behoorlijke rechtspleging’ enkele passages over personen en zaken zwart waren gemaakt, en uitsluitend het Openbaar Ministerie en de verdediging een volledig arrest hadden ontvangen. Naar het oordeel van het Hof had het Openbaar Ministerie de strikt geheime overeenkomst die het had gesloten met Mink K. via de Commissie Kalsbeek naar buiten gebracht, was zij onzorgvuldig geweest in de berichtgeving rond het stopzetten van de gesprekken met K., en was de inhoud van de gesprekken met K. ondanks de absolute garantie van geheimhouding, doorgespeeld aan derden. Dit alles was, in combinatie met het laten openstaan van microfoons ten tijde van de zitting achter gesloten deuren bij de rechtbank waardoor in de perskamer de verklaring van K. over de gang van zaken woordelijk kon worden gevolgd, naar het oordeel van het Hof een zodanige schending van de belangen van de verdachte en van zijn recht op een eerlijk en behoorlijk strafproces dat dit tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie diende te leiden. Daarbij liet het Hof meewegen dat men niet overtuigd was geraakt van verregaande betrokkenheid van de verdachte bij de partij wapens waarvoor hij werd vervolgd, en dat iedere informant naar het oordeel van het Hof vertrouwen moet kunnen stellen in het Openbaar Ministerie.¹⁶⁷

Daarnaast is in het OM-blad *Opportuun* van april 2001 een interview verschenen met vertrekkend Procureur-Generaal Van Daalen. Deze had zich nogal kritisch uitgelaten over het functioneren van de Tweede Kamer, in het bijzonder terzake de ‘bemoeienis’ met concrete strafzaken. Over het wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen was hij naar

¹⁶⁶ Gerechtshof Amsterdam, 17 april 2001, LJN AB1094.

¹⁶⁷ De Hoge Raad zou het arrest van het Hof zowel vanwege het deels niet openbaar maken van het arrest als op grond van een onjuist gemotiveerde niet-ontvankelijkheid vernietigen (HR 2 juli 2002, NJ 2003, 2). Het Gerechtshof in Den Haag zou K. op 3 juni 2003 uiteindelijk veroordelen tot een gevangenisstraf voor de duur van drie jaren en zes maanden. Het tegen dat arrest ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen (HR 8 juni 2004, JOL 2004, 315).

eigen zeggen 'buitengewoon ongelukkig', en bovendien zou hij gezegd hebben dat het in zijn optiek onder bijzondere omstandigheden mogelijk zou moeten zijn om geheel te seponeren, dit in strijd met het door de Tweede Kamer unaniem uitgedragen immunitetsverbod. Dit alles zeer tegen het zere been van onder andere Rouvoet, die naar aanleiding van het artikel schriftelijke vragen stelt aan de Minister. In de beantwoording op die vragen van 6 juni 2001 geeft de Minister kort gezegd te kennen dat de Procureur-Generaal in het licht van zijn ophanden zijnde pensionering en zijn uitvoerige ervaring, enige ruimte toekwam om persoonlijke opvattingen te uiten.¹⁶⁸ Ook andere woordvoerders zoals Van der Camp en Halsema hekelen de uitlatingen van de Procureur-Generaal, die in hun optiek niet getuigen van veel respect voor het parlement. Het brengt de geplaagde Minister tot de verzuchting dat hij nu al voor de zesde keer het woord voert over het onderwerp, en dat de tegenstand tegen het voorstel naarmate het traject langer duurt alleen maar lijkt toe te nemen.¹⁶⁹

In de zaak van Mink K. weegt voor de Kamer met name zwaar dat daar volgens het Openbaar Ministerie geen sprake zou zijn van een deal maar van een zogenoemde *pre-deal*, die buiten de richtlijnen en buiten het wetsvoorstel zou vallen, maar die door de rechter wel verbindend was geacht. Dit versterkt de bij verschillende Kamerleden toch al bestaande vrees dat er een heel scala aan afspraken en overeenkomsten zou kunnen zijn dat nog altijd buiten het wetsvoorstel om tot stand zou kunnen komen. De uitlatingen van Van Daalen in Opportuun versterken dat beeld, nu daaruit wordt afgeleid dat de top van het Openbaar Ministerie bepaald niet op dezelfde lijn zit als de Minister waar het de mogelijkheden om overeenkomsten met criminele getuigen te sluiten betreft. Tot slot is er nog de door Van Oven aangeroerde problematiek van het nemo tenetur-beginsel die niet afdoende wordt opgelost, en het debat gaat als een nachtkaaers uit. De Minister benadrukt het belang van een wettelijke grondslag zoals dat al die jaren zo prominent door iedereen onderschreven is, en somt nog eens op dat het wetsvoorstel wel degelijk voordelen biedt ten opzichte van de bestaande Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal: voorafgaande rechterlijke toetsing, een gegarandeerd ondervragingsrecht van de verdediging en duidelijkheid omtrent wat het Openbaar Ministerie mag toezeggen. Aan het eind van het debat wordt besloten dat op korte termijn over het wetsvoorstel zal worden gestemd.

Het stemfoutje van de VVD

Het mag niet zo zijn: opnieuw vraagt Van Oven om heropening van de beraadslaging. Deze heeft op 5 juli 2001 plaats, de laatste dag voor het zomerreces. Het gaat wederom over het voor de PvdA c.q. voor Van Oven zo belangrijke onderdeel van de strafbaarstelling in art. 192 lid 2 Sr en de strijd die dit met het nemo tenetur-beginsel zou opleveren. Na een korte discussie die volgens de Minister vooral van theoretische aard is, wordt aan het eind van de dag dan eindelijk over het wetsvoorstel gestemd. Er is sprake van een

¹⁶⁸ Vragen van het lid Rouvoet en antwoorden van de minister, Aanhangsel Handelingen II 2000-2001, 1293 p. 2703-2704.

¹⁶⁹ Algemene beraadslaging 13 juni 2001, Handelingen II 2000-2001, 26294 p. 86-5426.

lange en ingewikkelde lijst van amendementen en verschillende wetsonderdelen waarover telkens apart dient te worden gestemd. Zo zo kan het gebeuren dat de VVD-fractie tegen het invoeren van de strafbaarstelling in het voorgestelde art. 192 lid 2 Sr stemt, als gevolg waarvan dat onderdeel van de wet wordt verworpen.¹⁷⁰ Dit terwijl de VVD eerder steeds te kennen had gegeven zij juist een voorstander van dat onderdeel te zijn. Mede nu de strafbaarstelling van een kroongetuige die weigert zijn overeenkomst na te komen naar het oordeel van de Minister een wezenlijk onderdeel van de wettelijke regeling is, moet deze fout worden gerepareerd voordat de nieuwe wet van kracht kan worden. De behandeling van de Wet toezeggingen aan getuigen in de Tweede Kamer is nog niet voorbij.

2.4 VERZET BIJ HET OPENBAAR MINISTERIE EN BEHANDELING VAN WETSVORSTEL 28017

2.4.1 *Onrust bij het Openbaar Ministerie*

Plooi I: het rapport van de werkgroep

Gezien het belang dat de Minister hecht aan het nieuwe art. 192 lid 2, wordt haast gemaakt met een reparatiewet om de stemfout van de VVD zo spoedig mogelijk te herstellen. Reeds op 24 september 2001 wordt het voorstel van wet in wetsvoorstel 28017 aan de Tweede Kamer toegezonden, zoals te doen gebruikelijk inclusief de bijbehorende Memorie van Toelichting.¹⁷¹ De Memorie is van een bijna weldadige overzichtelijkheid na de enorme hoeveelheid parlementaire stukken die met wetsvoorstel 26294 gemoeid was: in twee pagina's wordt de bedoeling van de reparatiewet uiteengezet, waarbij het advies van de Raad van State zelfs niet openbaar wordt gemaakt omdat dit zonder meer instemmend zou luiden. Nadat op 2 januari 2002 de ingediende vragen van de vaste Kamercommissie voor justitie in de nota naar aanleiding van het verslag zijn beantwoord, is de verwachting dat de reparatiewet op korte termijn in stemming kan worden gebracht en tezamen met de al aangenomen Wet toezeggingen aan getuigen naar de Eerste Kamer kan worden gezonden.¹⁷²

170 In hoeverre de vele amendementen van het lid Van Oven en het gebrek aan steun bij de VVD-fractie (en de meeste andere fractie) daarbij een rol heeft gespeeld, is niet duidelijk, maar enig verband is niet uit te sluiten. De VVD-woordvoerder Griffith zal later met name verwijzen naar het zomerreces en de 'leuke feestjes' waarmee dat kennelijk gepaard gaat: "Door een foutje van de VVD staat een reparatiewet op de agenda. Ik zat toen nog niet in de Kamer, maar ik heb begrepen dat dit de laatste dag voor het reces is gebeurd. Dan zijn er van die leuke feestjes, bijvoorbeeld bij Nieuwspoort. Daarna moest er nog worden gestemd. Helaas hebben wij toen tegen dit onderdeel gestemd – ik trek maar het boetekleed aan – terwijl wij daar juist groot voorstander van zijn." Algemene beraadslaging 8 september 2004, Kamerstukken II 2003-2004, 28017, p. 6202.

171 Kamerstukken II 2001-2002, 28017, nrs. 1-2 en nr. 3.

172 In het verslag van de vaste Commissie voor Justitie wordt opnieuw met name aandacht gevraagd voor de verhouding tussen artikel 192 lid 2 en het nemo tenetur-beginsel. Aan het verslag is een notitie van het Netherlands Institute of Human Rights gehecht, waarin (voorlopig) wordt geconcludeerd dat het wets-

De parlementaire behandeling ligt vervolgens echter twee en een half jaar stil, en wordt pas voortgezet met de brief van de nieuwe Minister van Justitie Donner van 1 juli 2004 aan de Tweede Kamer.¹⁷³ In deze brief schrijft de Minister dat hij er van de zijde van het Openbaar Ministerie op is geattendeerd dat de Tijdelijke Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken (Tijdelijke Aanwijzing) die op het aannemen van de wet door de Tweede Kamer is gevolgd en in augustus 2001 van kracht is geworden,¹⁷⁴ niet goed werkbaar zou zijn en onvoldoende ruimte zou laten voor de opsporing en vervolging van ernstige criminaliteit. Uit het als bijlage bij die brief gevoegde rapport van een werkgroep van het Openbaar Ministerie, blijkt dat het College van Procureurs-Generaal de Minister al op 5 februari 2003 heeft verzocht om heroverweging van het wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen van strafzaken. Het College was van oordeel dat het wetsvoorstel het Openbaar Ministerie te veel beperkte in diens mogelijkheden om strafzaken tot een goed eind te brengen, en heeft in maart 2004 opdracht gegeven een werkgroep te formeren die kon adviseren omtrent de hoofdlijnen van een nieuwe Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken. Het (ongedateerde) rapport van de werkgroep, die ik hierna naar één van diens veelbesproken leden de werkgroep Plooi zal noemen, wordt op 15 juni 2004 aan de Minister toegezonden, die het hecht aan zijn brief van 1 juli 2004.

In het rapport wordt tamelijk onomwonden gesteld dat de uit het wetsvoorstel voortvloeiende regeling in de Tijdelijke Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken niet voldoet.¹⁷⁵ In deze Aanwijzing staat, zoals hierboven besproken, dat alleen toezeggingen kunnen worden gedaan over een vermindering van de te vorderen straf, de omzetting van ten hoogste een derde van een vrijheidsstraf, taakstraf of geldboete, of vervanging van maximaal een derde van vrijheidsstraf of taakstraf door een taakstraf of boete. Verder staan onder het kopje 'Ontoelaatbare toezeggingen' negen concrete voorbeelden opgesomd van toezeggingen die niet als tegenprestatie mogen worden gedaan, zoals plea-bargaining of het afzien van actieve opsporing en vervolging van strafbare feiten in afwijking van het geldende beleid, het intrekken van een uitleveringsverzoek of aanhoudingsbevel, de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en het treffen van getuigenbeschermingsmaatregelen anders dan de toezegging dat deze indien nodig door het College van Procureurs-Generaal zullen worden bevorderd. Tot zover keurig in lijn met het strikte kader dat de Tweede Kamer in samenspraak met de Minister had neergelegd. Volgens de werkgroep is dat kader echter te beperkt en te rigide en dit zou er in de praktijk toe leiden dat slechts zeer incidenteel een overeenkomst met een getuige tot stand komt, terwijl het forceren van een doorbraak in strafrechtelijke onderzoeken

voorstel zich niet verdraagt met artikel 6 EVRM (Verslag, Kamerstukken II 2001-2002, 28017, nr. 4). In zijn reactie blijft de minister bij zijn eerder ingenomen standpunt dat nu de verdachte er zelf voor kiest verklaringen af te leggen en daarmee vrijwillig afstand doet van zijn verschoningsrecht, er van strijd tussen het wetsvoorstel en artikel 6 EVRM geen sprake is. Nu deze discussie, hoewel interessant, van ondergeschikt belang is voor het onderzoek in dit proefschrift, zal dit aspect hier verder niet worden uitgediept. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2001-2002, 28017, nr. 5.

173 Brief van de minister van justitie, Kamerstukken II 2003-2004, 28017 en 26294, nr. 6.

174 Advies toezeggingen aan getuigen in strafzaken, bijlage bij Kamerstukken II 2003-2004, 28017, nr. 6.

175 Tijdelijke Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken, 2001A004, Stcrt 20 juli 2001, 138.

wel mogelijk zou zijn indien meer of andere wederprestaties toegezegd zouden kunnen worden. Een bijkomend gevolg is dat de regeling maar zo spaarzaam wordt gebruikt, dat het gewenste destabiliserend effect op de georganiseerde criminaliteit uitblijft. Kort en goed stelt de werkgroep zich op het standpunt dat het Openbaar Ministerie op grond van het opportuniteitsbeginsel de vrijheid zou moeten hebben om alle toezeggingen te doen die het wenselijk of noodzakelijk acht, zo lang die toezeggingen niet in strijd zijn met de wet. Met een andere werkwijze zou zelfs geen verantwoorde belangenafweging kunnen plaatshebben.¹⁷⁶

Daarmee stelt de werkgroep ook vraagtekens bij het uitgangspunt dat er sprake moet zijn van een wettelijke grondslag. De rechtspraktijk zou met het uitblijven van een wettelijke regeling bewezen hebben dat zij ook zonder wettelijke verankering kon. Bovendien had het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaken Verhoek en Lorsé de toenmalige praktijk getoetst aan de beginselen van art. 6 EVRM en geoordeeld dat er sprake was geweest van een eerlijk proces. De werkgroep pleit ervoor slechts een algemene bepaling in de wet op te nemen en de toepassing van die algemene bepaling nader uit te werken in een aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal. Daarbij zou het uitgangspunt moeten zijn dat aan de getuige een reëel voordeel moet kunnen worden geboden, dat hem niet reeds op grond van de reguliere praktijk zou kunnen worden toegezegd. Anders dan de Tweede Kamer, die zich uitdrukkelijk had uitgesproken tegen het toezeggen van een sepot, tegen toezeggingen met betrekking tot de inhoud en omvang van de tenlastelegging, tegen het intrekken van een uitleverings- of overleveringsverzoek, tegen het afzien van het vorderen van bijkomende straffen of maatregelen, tegen wederprestaties ten aanzien van derden, en tegen financiële vergoedingen, meent de werkgroep dat al deze toezeggingen toelaatbaar zouden moeten worden geacht. Ook een cumulatie van wederprestaties zou in beginsel mogelijk moeten zijn. De werkgroep benadrukt dat de nu ook geldende vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit, openheid en zorgvuldigheid gehandhaafd dienen te blijven en dat daar gezien de voorgestelde verruiming mogelijk zelfs hogere eisen aan dienen te worden gesteld.¹⁷⁷ De werkgroep ziet echter geen reden de toetsende rol van de rechter-commissaris te handhaven: de officier van justitie oefent bij het sluiten van een overeenkomst met de getuige een hem toekomende, zelfstandige bevoegdheid uit, de rechter-commissaris is geen partij bij de overeenkomst tussen het

176 “De enige begrenzing in de toe te zeggen wederprestaties zou naar het oordeel van de werkgroep moeten liggen in de wet zelf: wederprestaties die in strijd zijn met de wet mogen niet worden toegezegd. Voor het overige heeft het openbaar ministerie, op grond van het nader te bespreken opportuniteitsbeginsel, de vrijheid toezeggingen te doen over de aard en omvang van de vervolging. Zulks is door de rechter erkend.⁴ Dat houdt in dat op voorhand de toezegging tot strafrechtelijke immuniteit niet uitgesloten zou moeten zijn, evenmin als andere (bijvoorbeeld op geld waardeerbare) toezeggingen. Iedere overeenkomst zal moeten worden bezien tegen de totale context van de zaak waarin de getuige een verklaring wil afleggen, de aard en de omvang van de tegenprestatie en de achtergronden van de getuige, waarbinnen de afweging gemaakt moet worden of de overeenkomst voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Deze belangenafweging kan uitsluitend op een verantwoorde wijze gestalte krijgen wanneer er zo weinig mogelijk beperkingen zijn in de aard en de omvang van de toezeggingen.” Advies Toezeggingen aan getuigen in strafzaken, p. 3.

177 Dit aspect zal nader worden besproken in hoofdstuk 3. Zie onder andere paragraaf 3.2.

Openbaar Ministerie en de getuige, de voorgestelde toetsende rol past naar het oordeel van de werkgroep niet binnen het terugdringen van de rol van de rechter-commissaris in het gerechtelijk vooronderzoek zoals deze uit de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden zou blijken en de waarde van de toetsing wordt bovendien beperkt genoemd nu de zittingsrechter daar niet aan is gebonden. Al met al neemt de werkgroep tamelijk rigoureuze afstand van het model zoals de Tweede Kamer dat een kleine drie jaar eerder na een zeer langdurig wetgevingstraject heeft vastgesteld.

Plooi II: de bedreiging

Het rapport van de werkgroep kan niet los worden gezien van de onrust die op dat moment binnen het Openbaar Ministerie speelt naar aanleiding van bedreigingen aan het adres van de al genoemde officier van justitie Koos Plooi. In het kader van het onderzoek naar die bedreiging had officier van justitie Teeven contact gehad met een zekere Wout van K., die te kennen had gegeven informatie te kunnen aanleveren maar daar bepaalde wederprestaties voor vroeg. Voorzitter van het College De Wijkerslooth en minister Donner wezen de deal af.¹⁷⁸ In de media werd vervolgens bericht over geschonden vertrouwen tussen de werkvloer en de top van het Openbaar Ministerie en werd gesproken van een gezagscrisis binnen het Openbaar Ministerie, hetgeen tot diverse Kamervragen aan de Minister van Justitie leidde.¹⁷⁹ In antwoord op de vragen van Griffith herinnert de Minister de Tweede Kamer eraan dat deze zich zelf op het standpunt heeft gesteld dat met grote terughoudendheid moet worden omgegaan met afspraken met criminelen. Het wetsvoorstel dat daarover in behandeling is bij de Eerste Kamer is vertaald in de Tijdelijk Aanwijzing Toewijzingen aan getuigen. Het College van Procureurs-Generaal wordt juist geacht strikt de hand te houden aan die Aanwijzing en de voorgelegde voorgenomen afspraak in de zaak van Plooi voldeed daar niet aan. Bedreiging van leden van het Openbaar Ministerie is natuurlijk een bijzonder ernstige en zwaarwegende omstandigheid, maar dat betekent niet dat er dan geen of andere maatstaven zouden moeten gelden. Daarover kan verschil van inzicht bestaan en dat blijkt er in de praktijk ook te zijn, maar dat is nog geen gezagscrisis; daarvan zou volgens de Minister pas sprake zijn “indien het Openbaar Ministerie zich niet zou houden aan de maatstaven die voortvloeien uit het overleg van de wetgever.” Op de vraag of aanpassing van de regelgeving op het gebied van toezeggingen aan getuigen wenselijk is, antwoordt de Minister dat in het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel een bepaald evenwicht tussen de verschillende in het geding zijnde belangen is neergelegd en dat hij op voorhand geen reden ziet om aan dat evenwicht te tornen.¹⁸⁰ In antwoorden op de vragen van de Kamerleden Wolfsen en Van

178 Teeven is daar des duivels over en klappt in een interview in de Nieuwe Revu in oktober 2006 uit de school: “Wat ik wel wil zeggen is dat ik me mateloos heb geïrriteerd aan de bedreigingen aan het adres van Koos Plooi. Dat we dat toen niet hebben opgelost, omdat er geen kroongetuige werd toegelaten. Dat was het ongelijk van toenmalig procureur-generaal De Wijkerslooth. Je moet je eigen mensen nooit laten bungelen.”

179 Onder andere van Griffith op 21 januari 2004 (2030406580), van Wolfsen en Van Heemst op 27 januari 2004 (2030406970) en opnieuw van Griffith op 21 februari 2004 (aanhangsel van de Kamerstukken, 729).

180 Aanhangsel van Kamerstukken II 2003-2004, nr. 729.

Heemst over hetzelfde thema voegt hij daar nog aan toe dat het kader van de Tijdelijke Aanwijzing duidelijk en toereikend is.¹⁸¹

Daarmee is de kwestie echter nog niet uit de wereld. Op 22 april 2004 vindt een overleg plaats tussen de Minister en de vaste commissie van justitie waarin de zaak Plooijs alsmede andere problemen binnen het OM op de agenda staan. De dag voorafgaand aan dat overleg was een intern memo van de Amsterdamse officier van justitie De Wit uitgelekt,¹⁸² waarin stevige kritiek wordt geuit op het functioneren van de Voorzitter van het College, De Wijkerslooth. Deze zou onvoldoende achter zijn organisatie en zijn mensen staan en teveel aandacht hebben voor de bescherming van de Minister van Justitie. In het document schrijft De Wit dat deze onderwerpen ook op andere parketten leven, maar dat wordt in een door de Minister geïntroduceerd gezamenlijk schrijven van de Hoofdofficieren van Justitie en de Hoofdadvocaten-Generaal (waaronder opvallend genoeg ook De Wit zelf) weersproken. De Minister wijst erop dat binnen het Openbaar Ministerie altijd spanningen zullen ontstaan die onvermijdelijk voortvloeien uit diens complexe positie binnen de rechtsstaat, en uit de verschillende te vervullen rollen: de magistraatlijke functie tegenover de rechter, de rol als *crimefighter* tegenover de politie en de rol als adviseur van de Minister. Daarnaast is er de spanning tussen het handhaven van de rechtsstaat en de te behalen resultaten in criminaliteitsbestrijding.¹⁸³ Het beeld dat de Amsterdamse Hoofdofficier had geschetst zou vooral voor Amsterdam gelden en zou zijn ingegeven door de emoties die waren ontstaan door de bedreiging van een collega (Plooijs). De Minister herhaalt dat de overeenkomst die door officier van justitie Teeven was voorgelegd aan het College “volledig in strijd (was) met de aanwijzingen zoals die aan het OM zijn gegeven”.¹⁸⁴ Daarnaast werd de betrouwbaarheid van de getuige negatief beoordeeld, een oordeel dat achteraf “niet ongegrond” was gebleken. De Minister benadrukt opnieuw dat het gegeven dat een overheidsfunctionaris het object van de dreiging is, er niet toe mag leiden dat de kaders anders worden toegepast. Hij ontkent niet dat het gevoel bij het Openbaar Ministerie bestaat dat de bestaande regels niet toereikend zijn, maar juist in het licht van dat gevoel en de feiten in deze zaak is de behandeling van het wetsontwerp bij de Eerste Kamer aangehouden en heeft de Minister een werkgroep van Officieren van Justitie en andere wetgevingsdeskundigen gevraagd om opnieuw te onderzoeken of er kan worden gewerkt met bestaande criteria, of dat deze moeten worden verruimd.¹⁸⁵ De Kamer zal daarover zo snel mogelijk worden geïnformeerd.

Plooijs III: het conflict met De Wijkerslooth en het standpunt van het College

Ondertussen had De Wijkerslooth in januari 2004 in een column met de titel ‘Vertrouwen komt te voet’ in het hierboven al genoemde blad OM-blad *Opportuun* geprobeerd

181 Aanhangsel van Kamerstukken II 2003-2004, nr. 917.

182 Enkele Kamerleden spreken in dit verband van ‘strategisch lekken’ maar hoe het stuk is uitgelekt is niet duidelijk.

183 Verslag van een algemeen overleg, Kamerstukken II 2003-2004, 28684, nr. 30, p. 11.

184 Idem, p. 12.

185 Idem, p. 18. In het rapport staat als gezien overigens dat het verzoek tot het opstellen van het advies van het College kwam, dus het zal om een gezamenlijk initiatief zijn gegaan.

de beslissing in de zaak Plooi uit te leggen aan de eigen organisatie, waarbij hij zich kort gezegd op het standpunt stelde dat het voor het net enigszins herstelde vrouwen in het Openbaar Ministerie funest zou zijn wanneer de eigen aanwijzing zou worden gepasseerd omdat het in een concreet geval zo zou uitkomen. “Natuurlijk is het verleidelijk om een doorbraak in een belangrijke zaak te kunnen forceren onder het motto ‘nood breekt wet’. Het is inderdaad buitengewoon onbevredigend dat ons op het moment zo weinig ruimte gegund is om afspraken te maken. Als het OM echter bewust buiten de langs democratische weg tot stand gekomen grenzen treedt, zullen we niet alleen bakzeil voor de rechter halen, maar ook onze belangen op de lange termijn ernstig schaden”, aldus De Wijkerslooth.¹⁸⁶ Plooi reageert op deze column in een uitvoerig artikel in *Trema* en spreekt van ‘hoge woorden van de collegevoorzitter’.¹⁸⁷ In het artikel bespreekt hij het fenomeen kroongetuige en de toezeggingen die het Openbaar Ministerie in zijn beleving zou moeten kunnen doen vooral in zijn algemeenheid, maar duidelijk is wel dat hij weinig waardering kan opbrengen voor de redenering van De Wijkerslooth. Hij sluit het artikel af met een conclusie die in lijn ligt met die van de werkgroep waaraan hij deelneemt en die ongeveer rond dezelfde tijd diens rapport afrondt, te weten dat de rechtspraak intussen bewezen heeft dat zij ook zonder wettelijke verankering kan, dat gezien de kritiek op de beperktheid, gewrongenheid en rigiditeit van het wetsvoorstel integrale heroverweging van dit wetsvoorstel aangewezen is en dat dit ertoe zou moeten leiden dat een nadere regeling op het gebied van toezeggingen aan getuigen niet in de wet, maar in een aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal moet worden neergelegd.¹⁸⁸

Die laatste conclusie deelt het College van Procureurs-Generaal niet. In de brief van 15 juni 2004 waarmee het rapport van de werkgroep naar de Minister wordt verzonden, worden twee kanttekeningen bij het advies geplaatst. De eerste luidt dat waar de werkgroep de noodzaak van het al dan niet creëren van de wettelijke grondslag voor toezeggingen aan getuigen in strafzaken ‘beargumenteerd openhoudt’, het College er sterk aan zegt te hechten dat voor toezeggingen aan getuigen wél een wettelijke grondslag wordt gecreëerd. Ten tweede staat voor het College voorop dat sprake moet zijn van dringende noodzaak om tot het doen van toezeggingen aan getuigen over te gaan, waarmee een striktere subsidiariteitstoets wordt aangelegd dan in het rapport van de werkgroep wordt voorgestaan. Voor het overige wordt het advies van de werkgroep door het College overgenomen.

Met name de eerste kanttekening brengt de Minister in een lastige positie: enerzijds neemt het College het standpunt van de werkgroep over dat de door de Tweede Kamer al aangenomen wettelijke grondslag niet voldoet, maar anderzijds wordt vastgehouden aan wettelijke verankering zoals al die jaren het uitgangspunt van de wetgever is geweest. In

¹⁸⁶ De Wijkerslooth 2004.

¹⁸⁷ Plooi 2004, p. 185.

¹⁸⁸ Idem, p. 189. Crijns brak naar aanleiding van deze conclusie een lans in het NJB om het invoeren van een wettelijke regeling door te zetten (Crijns 2004).

zijn brief van 1 juli 2004 lijkt de Minister een tussenweg te zoeken wanneer hij schrijft dat hij met het College heeft besproken dat een verruiming van de wettelijke regeling wellicht door middel van aanpassing van de Aanwijzing zou kunnen plaatshebben. Daarmee zou het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel niet ingetrokken hoeven worden en zou toch een wettelijke regeling tot stand kunnen komen. In het bijzonder zegt de Minister begrip te hebben voor de wens tot verruiming van de mogelijkheden van toezeggingen over de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel, over gunst-betoon dat niet van invloed is op de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv zoals voorspraak bij de fiscus, bij het verkrijgen van een verblijfstitel of behandeling van een Wots-verzoek,¹⁸⁹ en over het intrekken van eigen uitleveringsverzoeken of Europese arrestatiebevelen. Voor de werking van de aangepaste Aanwijzing in de praktijk is het dan wel noodzakelijk dat de Tweede Kamer deze opvatting onderschrijft, aldus de Minister in de afsluiting van zijn brief. Vandaar dat hij op korte termijn met de Kamer hierover wenst te spreken, waarbij de uitkomst van het debat tevens bepalend zal zijn voor de wijze waarop kan worden voortgegaan met de behandeling van wetsvoorstel 26294 zoals dat bij de Eerste Kamer aanhangig is.

2.4.2 *Behandeling reparatiewetje 28017: toch geen hamerstuk*

Nieuwe Kamerleden

Op het moment dat de brief van de Minister in de Tweede Kamer wordt besproken, 8 september 2004, is de samenstelling van die Tweede Kamer ingrijpend gewijzigd sinds het aannemen van de Wet toezeggingen aan getuigen. Het kabinet Kok II onder wiens auspiciën de eerste fase plaatshad, heeft inmiddels plaatsgemaakt voor Balkenende II. Van de justitie-woordvoerders in de Tweede Kamer zijn alleen Rouvoet en Van der Staaij nog op hun post. Alle andere hierboven genoemde hoofdrolspelers hebben de politieke arena inmiddels verlaten, of hebben een andere rol gekregen. Of het nu het gevolg is van die personele wisseling of van een gewijzigd inzicht dat los staat van de ‘poppetjes’: de stemming over deals met criminelen is gewijzigd en een deel van de Kamerleden staat niet bij voorbaat afwijzend ten opzichte van de voorstellen van de Minister van Justitie. Daarbij vinden zij echter met name Rouvoet op hun weg, die uiterst verbolgen is over de in zijn visie onacceptabele wijze waarop de Minister uitleg probeert te geven aan de uitvoerige totstandkominggeschiedenis van het al bij de Eerste Kamer ingediende wetsvoorstel. Het lijkt er op dat niet alle woordvoerders die uitvoerige geschiedenis en alle nuances en afwegingen die daarbij aan de orde zijn geweest, helemaal in de vingers hebben, wanneer een groot deel van de hierboven zo uitvoerig besproken thema’s opnieuw ter discussie wordt gesteld. Met name het zo uitvoerig besproken verschil van de grote toezeggingen van art. 226g lid 1 Sv enerzijds en de kleine gunsten in het vierde lid anderzijds, staat

¹⁸⁹ Op grond van de Wet Overdracht Tenuitvoerlegging Strafvonnissen kan een in het buitenland veroordeelde Nederlander een verzoek doen om zijn straf in Nederland te mogen uitzitten.

niet alle parlementariërs even helder voor ogen.¹⁹⁰ Hoewel reparatiewetje 28017 bedoeld was als hamerstuk om de stemfout van de VVD te corrigeren, wordt het debat aangegrepen om het wetsvoorstel als geheel en alle daarin gemaakte keuzes opnieuw tegen het licht te houden. Wellicht mede als gevolg daarvan is sprake van een verhit debat, waarin de verschillende Kamerleden over elkaar heen buitelen en vanuit verschillende invalshoeken hun visie geven over de wijze waarop in de praktijk met toezeggingen aan getuigen zou moeten worden omgegaan, zonder dat duidelijk standpunten worden opgenomen over de voorliggende vraag: of de Minister de ruimte heeft om het bij de Eerste Kamer al ingediende wetsvoorstel door middel van een aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal uit te breiden op de wijze die hij in zijn brief beschrijft. De discussie verzandt regelmatig in specifieke toezeggingen die wel of niet toegestaan zouden moeten worden, waarbij de in de hierboven besproken eerste fase zo uitvoerig aan de orde gestelde toezeggingen als het immunitetsverbod en de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel opnieuw uitvoerig de revue passeren. Het CDA in de persoon van Van Haersma Buma maakt de kwestie nog wat gecompliceerder door zich op het standpunt te stellen dat wat hem betreft de toegezegde strafvermindering maximaal de helft zou moeten zijn en niet het in de wet vastgelegde maximum van éénderde. Daarmee komt het CDA dus terug op het amendement van Van Oven dat datzelfde CDA bij gelegenheid van de behandeling van wetsvoorstel 26294 nog had verworpen. Van Haersma Buma realiseert zich naar eigen zeggen dat dit een uitzonderlijk voorstel is, maar suggereert dat de Minister wellicht een novelle kan opstellen waarin dit wordt geregeld.¹⁹¹

Met name de PvdA geeft ook blijk van een fundamenteel gewijzigd inzicht wanneer door Wolfsen uitvoerig wordt betoogd dat het Openbaar Ministerie wat hem en zijn fractie betreft meer mogelijkheden zou moeten krijgen om overeenkomsten met getuigen te sluiten. Het brengt Rouvoet haast tot wanhoop: niet alleen wordt de hele discussie die enkele jaren daarvoor zo uitvoerig is gevoerd weer opgerakeld en toont het collectief geheugen van de Kamer zich op zijn zachtst gezegd gebrekkig waar het het verloop en de inhoud van die discussie betreft, maar ook het gemak waarmee men terug lijkt te willen komen op eerdere democratisch tot stand gekomen besluiten stuit hem tegen de borst. Hij meent dat het staatsrechtelijk ongehoord is dat een wetsvoorstel dat nog bij de Eerste Kamer ligt, opnieuw ter discussie staat in de Tweede Kamer en er zelfs gesproken wordt over het wijzigen van dat wetsvoorstel door de Tweede Kamer. Hij pleit voor zorgvuldigheid

¹⁹⁰ Met name Wolfsen en Van Haersma Buma lijken daarover in verwarring. Of het de andere ‘nieuwe’ woordvoerders wel helemaal duidelijk is, blijkt niet. Algemene Beraadslaging 8 september 2004, Handelingen II 2004-2005, 28017 onder andere p. 96-6200 en p. 96-6209.

¹⁹¹ Idem, p. 96-6208. Zoals bekend heeft de Eerste Kamer aanzienlijk minder bevoegdheden dan de Tweede Kamer waar het de totstandkoming van wetten betreft. Zo heeft de Eerste Kamer geen recht op initiatief en geen recht van amendement, waardoor geen nieuwe wetten kunnen worden geïnitieerd en door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstellen niet inhoudelijk kunnen worden gewijzigd. De Eerste Kamer wordt geacht de juistheid en deugdelijkheid van de (systematiek van de) door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstellen te beoordelen en kan een wetsvoorstel slechts goedkeuren of afkeuren. De uitzondering op die regel betreft de zogenoemde novelle, waarbij de Eerste Kamer onder bepaalde voorwaarden akkoord gaat met een wetsvoorstel. Zie hierna paragraaf 4.1.

in het wetgevingsproces: de Tweede Kamer heeft zijn beurt gehad. Het voorstel van Van Haersma Buma om de strafvermindering te verhogen middels het opstellen van een novelle noemt hij werkelijk merkwaardig, de brief van de nieuwe Minister van Justitie in het licht van de totstandkoming van de bij de Eerste Kamer aanhangige wet en de daarbij (met name ook door de eerdere Minister van Justitie) genomen beslissingen ‘bijna een oneerbaar voorstel.’ De Kamer maakt er echt een rommeltje van, aldus Rouvoet.¹⁹²

En een nieuwe Minister

De nieuwe Minister vangt zijn reactie aan met de opmerking dat hij juist heeft geprobeerd een eerzaam man te zijn. Naar zijn oordeel was het met het oog op het beleid in het algemeen van belang om te weten wat de houding van de Kamer ten aanzien van de door hem in zijn brief geformuleerde voorstellen was. Daarbij wijst hij er op, dat in het rapport van de werkgroep van het Openbaar Ministerie ervan uit wordt gegaan dat er geen wettelijke regeling nodig is, terwijl het College van Procureurs-Generaal meent dat er wel een wettelijke basis voor deals met criminelen moet komen. Die laatste mening is de Minister ook toegedaan, zo blijkt wanneer hij in lijn met zijn standpunt bij de discussie op 22 april 2004 zegt dat wanneer eenmaal wordt aanvaard dat in het belang van doelmatigheid op sommige punten van rechtmatigheid kan worden afgeweken ‘the sky the limit’ is: “Daarom acht ik het absoluut wenselijk dat er op dit punt wettelijke normen zijn.”¹⁹³ Verder lijkt de Minister de procedurele bezwaren tegen de gang van zaken te onderschrijven wanneer hij stelt dat het opnieuw ter discussie stellen van specifieke toezeggingen en afspraken ertoe zou kunnen leiden dat de uitkomst van het vorige debat zou worden gewijzigd, hetgeen onjuist zou zijn. “Dan proberen wij iets te doen wat historisch niet moet gebeuren”. De Kamer had destijds het amendement Van Oven kunnen aanvaarden, maar heeft dat niet gedaan en de Minister acht het niet gerechtigd om het al bij de Eerste Kamer ingediende wetsvoorstel bij Nota van wijziging te veranderen op de wijze die Van Haersma Buma voorstaat. Hij meent dat het vragen van een novelle aan de Eerste Kamer evenmin een begaanbare weg is. Wel suggereert hij dat de Kamer dit element bij amendement aan het wetsvoorstel 28017 zou kunnen invoeren, maar inhoudelijk ziet hij weinig in de uitbreiding van de toe te zeggen strafvermindering. Hij ziet de meerwaarde van die marginale wijziging niet en heeft niet de illusie dat door wijziging van de maximum strafvermindering het vraagstuk dat het OM aan de orde stelt wordt opgelost.¹⁹⁴

De reactie van de Minister is nogal cryptisch. De systematiek van het wetsvoorstel waarvan hij blijkens zijn brief van 1 juli 2004 een uitbreiding zou willen geven, blijft geheel buiten bespreking. Het is dan ook niet duidelijk op grond waarvan de Minister meent dat de bij de Eerste Kamer voorliggende wet ruimte biedt voor de uitbreiding zoals hij die voorstelt, of hoe hij de daarin aangebrachte systematiek van grote en kleine toezeggingen ziet in het licht van het advies van het Openbaar Ministerie. Temeer nu hij te kennen

192 Idem, resp. p. 96-6201 en 96-6208 – 96-6209.

193 Idem, p. 96-6213.

194 Idem, p. 96-6212 - 96-6213.

heeft gegeven dat de uitkomst van het debat over de door hem voorgestelde verruimingen bepalend zou zijn voor de manier waarop hij verder zou gaan met het wetsvoorstel in de Eerste Kamer en met de reparatiewet, laat hij de Tweede Kamer met een grote hoeveelheid vragen achter. Om tot een afronding van het debat te komen was voorafgaand aan de reactie van de Minister door de Voorzitter al voorgesteld om hem schriftelijk te laten antwoorden op vragen over de brief van 1 juli 2004 en dat het debat zich voor het overige met name zou moeten toespitsen op wetsvoorstel 28017, waarvoor dat debat oorspronkelijk ook bedoeld was. De Minister geeft wel nog te kennen dat hij de mening in de Tweede Kamer wilde pijn omtrent de door de werkgroep van het Openbaar Ministerie gesignaleerde beperkingen van het wetsvoorstel, nu hij, wanneer daarvoor brede steun zou zijn gebleken, het wetsvoorstel mogelijk zou hebben ingetrokken. Daarvan is echter niet gebleken, dus dient naar zijn oordeel nu eerst de normale weg te worden bewandeld en de Eerste Kamer zich over het wetsvoorstel uit te spreken.¹⁹⁵ Verschillende parlementariërs dringen aan op nadere bespreking van het principiële punt dat de Minister heeft ingebracht, te weten of het wetsvoorstel zich leent voor uitbreiding van de door het Openbaar Ministerie aan een getuige toe te zeggen wederprestaties door middel van een aanwijzing. De Kamer geeft aan een indicatie te wensen van de termijn waarop men daarover verder kan praten. De Minister wil niet verder gaan dan toezeggen dat hij zal proberen dat snel te doen, maar dat hij er de voorkeur aan geeft dat de Eerste Kamer eerst het wetsvoorstel behandelt en hij pas daarna zal terugkeren naar de Tweede Kamer. Wanneer Rouvoet aan het slot van het debat te kennen geeft het onbevredigend te vinden dat de Kamer in het ongewisse zou moeten blijven over de vraag wanneer eindelijk een punt achter het debat kan worden gezet, en het hem geen goede gang van zaken lijkt wanneer dat pas kan gebeuren nadat de Eerste Kamer de wet heeft behandeld, wil de Minister niet verder gaan dan te stellen dat zijn inzet is ervoor te zorgen dat de brief er binnen redelijke termijn komt. Daarbij gaat het echter om meer dan een schriftelijke beantwoording en dit vergt een meer grondig ingaan op de voorstellen van het Openbaar Ministerie, waartoe ook overleg noodzakelijk zal zijn, aldus de Minister. De brief zal uiteindelijk op 12 april 2005 aan de Tweede Kamer worden toegezonden.

Reparatiewetje 28017 komt op 5 oktober 2004 in stemming in de Tweede Kamer. Voorafgaand daaraan hebben Wolfsen en Van Haersma Buma, daarop geattendeerd door de Minister, een amendement ingediend ertoe strekkende dat de maximale straf-

195 De meerderheid van de Tweede Kamer blijkt in het debat van 8 september 2004 geen voorstander van het voorstel van de minister tot uitbreiding van de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie op de wijze als beschreven in zijn brief van 1 juli 2004. Rouvoet (Christen Unie), Vos (GroenLinks), De Wit (SP) en Van der Staaij (SGP) hebben zich volmondig en met wisselende mate van verontwaardiging uitgesproken tegen het voorstel en het daaraan ten grondslag liggende advies van het Openbaar Ministerie. De PvdA heeft bij monde van de heer Wolfsen te kennen gegeven dat de denklijn in het rapport van het Openbaar Ministerie weliswaar wordt omarmd, maar dat wetswijziging daarvoor noodzakelijk wordt geacht (p. 96-212). Van Haersma Buma (CDA) lijkt dezelfde mening toegedaan (p. 96-6207- 6208). Het standpunt van Griffith (VVD) wordt uit het debat niet duidelijk, ondanks dat haar herhaaldelijk concreet de vraag wordt voorgelegd hoe zij het ziet. Zie ook hierna paragraaf 5.2.2.

vermindering van éénderde wordt verhoogd naar de helft.¹⁹⁶ Zowel dat amendement als de reparatiewet wordt aangenomen.¹⁹⁷

2.5 DE EERSTE KAMER

2.5.1 Voorbereiding: Verslag en memorie van antwoord

De vinger op de zere plek

De commotie in de Tweede Kamer is de senatoren in de Eerste Kamer uiteraard niet ontgaan. Al snel na het aannemen van reparatiewet 28017 wordt door de vaste commissie voor justitie van de Eerste Kamer een verslag naar de Minister gestuurd waarin deze wordt gevraagd zich nader uit te spreken over een aantal punten.¹⁹⁸ Reeds in de inleiding is duidelijk dat de Eerste Kamer meteen naar de kern van de zaak wil: de inhoud van het wetsvoorstel in relatie tot de brief van de Minister van 1 juli 2004.¹⁹⁹ De CDA-fractie van de Eerste Kamer legt de vinger op de zere plek. Er wordt geresumeerd dat het in het wetsvoorstel neergelegde stelsel kort samengevat aldus is, dat (1) het Openbaar Ministerie een strafvermindering van ten hoogste éénderde mag bevorderen in een zaak van een verdachte die bereid is een belastende getuigenverklaring af te leggen, dat (2) het College van Procureurs-Generaal een nadere praktische uitwerking van de regelingen geeft in een (vooralsnog tijdelijke) Aanwijzing waarin (3) een opsomming van een aantal toezeggingen dat buiten het bestek van het wetsvoorstel valt en mitsdien niet aanvaardbaar is wordt gegeven, dat (4) het bij die laatste categorie uitdrukkelijk niet gaat om de hoeveelheid van afspraken die in de loop van de behandeling van een grote strafzaak tussen de verdediging en het Openbaar Ministerie worden gemaakt en (5) ook niet om toezeggingen die uitsluitend het karakter hebben van dienstverlening of kleine gunsten en die van zodanige aard of omvang zijn dat zij de beantwoording van de vragen van art. 348 en 350 niet rechtstreeks raken, maar welke afspraken in gevolge het voorgestelde art. 226g lid 4 Sv wel in het strafdossier moeten worden neergelegd. Daarmee bestond de indruk dat een helder gestructureerd en gesloten systeem van al of niet toelaatbaarheid van toezeg-

196 Amendement van de leden Wolfsen en Van Haersma Buma, Kamerstukken II 2004-2005, 28017, nr. 7.

197 Stemmingen 5 oktober 2004, Kamerstukken II 2004-2005, p. 7-282.

198 Voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie 24 november 2004, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, B.

199 Ook grijpt men de gelegenheid aan om te kunnen vragen waarom de regering de Eerste Kamer gevraagd heeft te wachten met behandeling van wetsvoorstel 26294 totdat reparatiewet 28017 de Eerste Kamer zou hebben bereikt, nu daardoor een vertraging van drie jaar is opgetreden die naar het oordeel van de Eerste Kamer onnodig was. De minister schetst in zijn memorie van antwoord het verloop van reparatiewet 28017, te beginnen met een brief van 30 augustus 2002 van de toenmalig minister-president Balkenende dat de beide wetsvoorstellen zouden worden heroverwogen. Op 16 oktober 2002 viel echter het kabinet Balkenende I, waarna het wetsvoorstel op 12 november 2002 door de Tweede Kamer controversieel werd verklaard. Nadat op 27 mei 2003 het kabinet Balkenende II kon aantreden werd op 18 juli 2003 besloten dat het wetsvoorstel gereed was voor plenaire behandeling, waarna het nog tot eind 2004 duurde voordat deze daadwerkelijk kon aanvangen, aldus de minister.

gingen was gecreëerd. Los van het feit dat het rapport van de werkgroep van het Openbaar Ministerie waarvoor de Minister in zijn brief van 1 juli 2004 waardering uitspreekt op een aantal wezenlijke onderdelen afstand neemt van de uitgangspunten van het wetsvoorstel, kunnen de senatoren dat helder gestructureerde en gesloten systeem moeilijk rijmen met de aankondiging van de Minister dat hij middels de Aanwijzing het Openbaar Ministerie meer mogelijkheden tot het doen van toezeggingen wil geven:

“De leden van de CDA-fractie hadden de indruk dat zulks moeilijk verenigbaar lijkt met de eerder door de Minister verdedigde uitgangspunten hiervoor genoemd onder 2 en 3, met name het uitgangspunt dat toezeggingen die buiten het bestek van het wetsvoorstel vallen, mitsdien niet aanvaardbaar zijn. Deze leden gaven onmiddellijk toe dat er goede redenen kunnen zijn om terug te komen van de inhoud van het wetsvoorstel, doch het was deze leden vooralsnog niet geheel duidelijk hoe een en ander combineerbaar is met het door de Minister voorgestane aannemen van het aanhangige wetsvoorstel in zijn huidige vorm. (...) Zij wilden overigens thans reeds de vraag opperen of het wellicht geen aanbeveling zou verdienen om voor de soort toezeggingen die de Minister thans bij wijze van verruiming toelaatbaar zou willen achten, zijnde toezeggingen die bij de huidige stand van zaken niet geacht kunnen worden begrepen te zijn onder de categorie van toezeggingen bedoeld in art. 226g lid 4, al dan niet op een door de Minister daartoe aan te geven termijn, een aparte wettelijke bevoegdheidsgrondslag te creëren van een soort zoals globaal aangeduid in de eerste alinea van pag. 5 van het hiervoor vermelde advies van de werkgroep van het openbaar ministerie.”²⁰⁰

Reactie Minister: MvA van 24 januari 2005

Op 24 januari 2005 verzendt de Minister zijn memorie van antwoord, die een belangrijke rol zal gaan spelen in het discours over het wetsvoorstel, zowel in de Eerste Kamer als in de jaren daarna.²⁰¹ Ondanks dat de Minister uitvoerig op de materie ingaat volgt uit deze Memorie geen ondubbelzinnig antwoord op de vraag of er nu, zoals de CDA-fractie heeft gesteld, sprake is van een sluitend wettelijk systeem dat niet door middel van beleidsregels kan worden gewijzigd of aangevuld, of dat juist sprake is van een open wettelijk systeem dat aan de hand van nadere aanwijzingen van het College van Procureurs-Generaal kan en mag worden ingevuld. Ten tijde van de behandeling van wetsvoorstel 26294 was de Minister van Justitie Korthals ongetwijfeld de eerste mening toegedaan, maar uit de formulering van de memorie van antwoord van minister Donner zou kunnen blijken dat dit oordeel is gewijzigd.²⁰² Gezien de grote rol die de memorie van antwoord is gaan

²⁰⁰ Voorlopig verslag, p. 4.

²⁰¹ Memorie van antwoord 24 januari 2005, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, C.

²⁰² Over de vraag wat daarvan de consequentie is en hoe de mening van een minister gewaardeerd moet worden ten opzichte van de mening van zijn voorganger of van de (meerderheid van de) Tweede Kamer, kom ik hierna in paragraaf 4.1 te spreken.

spelen in de wijze waarop uitleg wordt gegeven aan het wettelijk systeem, zal de redenering van de Minister stap voor stap worden weergegeven.²⁰³

Net als in het debat enkele jaren daarvoor wordt een belangrijke rol ingenomen door het opportuniteitsbeginsel. Uit de toepassing van dat opportuniteitsbeginsel zou voortkomen dat een negatieve normering van de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie slechts op het niveau van een beleidsregel zou kunnen worden getroffen en niet in de wet:

“De leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de VVD vroegen naar een beschouwing over de verhouding tussen de Tijdelijke Aanwijzing en het wetsvoorstel 26 294, mede in het licht van de door het openbaar ministerie wenselijke geachte verruiming. Graag voldoe ik aan deze wens. Tijdens en voorafgaand aan de parlementaire behandeling heeft de regering zich op het standpunt gesteld dat in het wetsvoorstel is opgenomen welke toezeggingen tot strafvermindering mogen worden gedaan en dat in de aanwijzing zou worden omschreven welke toezeggingen in ieder geval niet zouden mogen worden gedaan. Ook de Raad van State merkte in zijn advies al op dat de wettelijke regeling geen sluitend systeem van afspraken met verdachten/getuigen bevatte. Handhaving van de eis dat een toezegging niet zo ver mag strekken dat het openbaar ministerie in ruil voor het verkrijgen van een getuigenverklaring afziet van een vervolging, terwijl volgens het gebruikelijke vervolgingsbeleid het instellen van vervolging aangewezen zou zijn, noopt tot een inhoudelijke beperking van de beleidsvrijheid van het openbaar ministerie neergelegd in artikel 167, tweede lid Sv. Het wetboek bevat thans geen regeling van de gronden op welke vanwege redenen van algemeen belang van vervolging kan worden afgezien. Indien een dergelijke normering wordt gewenst, wordt deze vastgelegd in vervolgingsbeleid en beleidsaanwijzingen die na goedkeuring van de Minister van Justitie door het College van procureurs-generaal worden uitgevaardigd. Zij worden tevens in de Staatscourant gepubliceerd. In de Tijdelijke Aanwijzing heeft het OM aangegeven op welke wijze van het opportuniteitsbeginsel gebruik zal worden gemaakt. Een dergelijke negatieve normering kan slechts op het niveau van een beleidsregel worden getroffen en niet in de wet.”²⁰⁴

Het is allereerst de vraag of de verbinding die de Minister legt tussen enerzijds de verhouding tussen het wetsvoorstel en de aanwijzing zoals die gedurende de parlementaire behandeling tot stand was gekomen, en anderzijds de kritiek van de Raad van State dat van een sluitend systeem geen sprake was, juist is. Dat advies van de Raad van State ging immers aan de parlementaire behandeling vooraf en was voor de verschillende

203 Nu sprake is van verschillende ministers van justitie zullen om onduidelijkheid te voorkomen ministers Korthals en Donner waar nodig als zodanig worden benoemd. Waar gesproken wordt van ‘de Minister’ wordt in deze fase bedoeld op minister Donner.

204 Memorie van antwoord 24 januari 2005, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, p. 3-4.

Kamerleden juist reden het systeem aan te scherpen en sluitend te maken. Daartoe werd onder andere art. 226g lid 1 Sv aangevuld met het amendement Rouvoet - Van der Staaij en werd door de toenmalige minister Korthals een vierde lid aan art. 226g Sv toegevoegd. Gedurende de behandeling werden als eveneens gezien verschillende voorbeelden genoemd van wederprestaties van het Openbaar Ministerie, die in ieder geval niet als kleine gunsten als bedoeld in dat vierde lid van art. 226g konden worden aangemerkt, welke voorbeelden ter onderstreping en ter verduidelijking van dat onderscheid zouden worden opgenomen in de Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal. Zoals door de Eerste Kamer fractie van het CDA opgemerkt, was daardoor alsnog een ‘helder gestructureerd en gesloten systeem’ gecreëerd.

de Minister richt zich aanvankelijk met name op het immuniteitsverbod, maar lijkt ook daar een gewijzigd standpunt ten opzichte van zijn voorganger weer te geven wanneer hij stelt dat handhaving van dat immuniteitsverbod voor gevallen waarin “volgens het gebruikelijke vervolgingsbeleid instellen van vervolging aangewezen zou zijn”, zou nopen tot een inhoudelijke beperking van de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie en het wetboek geen regeling bevat waarmee dat zou kunnen. Daarmee zegt hij immers dat het een officier van justitie wettelijk gezien niet verboden kan worden te besluiten van de vervolging van een verdachte die bereid is verklaringen af te leggen af te zien. Dat is een andere benadering dan die toenmalig minister Korthals voorstond en die in onder andere de Memorie van Toelichting en de diverse debatten met de Tweede Kamer werd voorgestaan. Daarin werd steeds gesteld dat het Openbaar Ministerie ook in geval het tot een overeenkomst met een getuige zou komen, gebonden zou zijn aan het gebruikelijke vervolgingsbeleid, en dat uit die gebondenheid juist de garantie voortvloeide dat niet van een vervolging die normaal gesproken aangewezen zou zijn, kon worden afgezien vanwege die overeenkomst.²⁰⁵ Bovendien zou het in de context van een overeenkomst niet vervolgen van strafbare feiten die daar normaal gesproken wel voor in aanmerking zouden komen, volgens Minister Korthals in de nota naar aanleiding van het verslag al bij de rechter-commissaris opvallen en diende die rechter-commissaris daar kennelijk op toe te zien.²⁰⁶ Daarbij werd niet gesteld dat het verbieden van immuniteit in zijn algemeenheid niet zou kunnen, en dat was ook niet de indruk die men had getuige het amendement Rouvoet - Van der Staaij dat er, ondersteund door minister Korthals, toe diende in de wet duidelijk te maken dat de toezegging van immuniteit in het kader van een overeenkomst te getuigen niet was toegestaan. De stelling die jaren later in deze passage van de memorie van antwoord door een andere minister wordt betrokken, te weten dat een beperking van het opportuniteitsbeginsel en een negatieve normering van hetgeen toegezegd kan worden in het kader van de overeenkomst met een getuige, slechts op beleidsniveau aangebracht kan worden, is in het licht van de wetshistorie dan ook niet juist. Die negatieve normering is nadrukkelijk aangebracht door het sluitend maken van het wettelijk systeem en door de gecodificeerde beslissing dat buiten kleine toezeggin-

205 Zie hierboven onder andere in diens reactie op het rapport van de Raad van State, het debat op 15 maart 2000 en de brief van de minister van 30 maart 2000.

206 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, nr. 6. Zie voetnoot 132.

gen die niet van wezenlijk belang zijn voor de strafzaak, uitsluitend strafvermindering aan een getuige toegezegd kan worden. Het opnemen van de aldus verboden verklaarde toezeggingen in de Tijdelijke Aanwijzing betrof geen nadere normering door die Aanwijzing, doch slechts een uitleg van het wettelijk systeem. Zo is het bij de diverse gelegenheden gedurende de parlementaire behandeling ook nadrukkelijk benoemd.²⁰⁷

In de volgende alinea van de memorie van antwoord lijkt minister Donner in eerste instantie juist weer in lijn met de eerder ingenomen standpunten te stellen dat de vervolgingsbeslissing in geval van een verdachte met wie een overeenkomst wordt gesloten, overeenkomstig de geldende richtlijnen dient te zijn, maar wordt de indruk gewekt dat de grondslag van een immuniteitsverbod in de context van toezeggingen daarmee niet zou zijn gelegen in de wet, maar in dergelijke richtlijnen:

“Bij gelegenheid van de parlementaire behandeling is veel aandacht besteed aan de vraag of en in welk geval het OM een zaak tegen een getuige zou kunnen seponeren in ruil voor het afleggen van een verklaring. Een ruime kamermeerderheid was destijds fel gekant tegen het overlaten van veel ruimte aan het openbaar ministerie. Destijds is niettemin in de memorie van toelichting gestipuleerd dat uiteraard het gebruikelijke vervolgingsbeleid zou blijven gelden met inbegrip van de mogelijkheid van het beleidssepot. Als er geen sprake is van een bewijsbare en vervolgbare zaak, is er geen basis voor het maken van een afspraak met de verdachte van wie een getuigenverklaring wordt verlangd. Anderzijds is de consequentie van het verbod van toezegging van immuniteit niet dat de officier van justitie nooit een beleidssepot (bij voorbeeld wegens gering belang) mag overgaan. Reeds in de aanvang van de behandeling van dit wetsvoorstel is onder ogen gezien dat een wettelijke regeling en haar toepassing op dit punt niet met een algemeen sepotverbod konden worden dichtgetimmerd.”²⁰⁸

Vervolgens gaat de Minister met een grammaticaal ingewikkelde verbinding van het sepotverbod over naar de andere toezeggingen. Door die verwijzing naar de voorgaande alinea lijkt hij ook voor die andere toezeggingen te willen suggereren dat de grondslag van het verbod op bepaalde toezeggingen niet de wet, maar de Tijdelijke Aanwijzing is:

“Dat geldt ook een tweede punt de verhouding tussen de toezeggingen tot strafvermindering en de overige toezeggingen, ook wel kort samengevat als de kleine gunsten. De behandeling in de Tweede Kamer heeft geleid tot twee preciseringen. De eerste is de aanvaarding van het amendement Rouvoet en Van der Staay, Kamerstukken II 2000/01, 26 294, nr. 26, dat behelst dat de

207 Zie onder andere de hierboven uitgebreid besproken brief van 30 maart 2000, waarin werd gesteld dat in de nieuw op te stellen richtlijn van het College van Procureurs-Generaal aan de hand van een aantal voorbeelden nadere duidelijkheid zou worden verschaft. Zie voetnoot 144.

208 Memorie van antwoord 24 januari 2005, p. 4.

afspraken bedoeld in artikel 226g Sv. uitsluitend betrekking mogen hebben op strafvermindering bedoeld in artikel 44a Sr. De tweede is de bij nota van wijziging opgenomen aanvulling van dit artikel 226g Sv. met het vierde lid. Daarin is bepaald dat van afspraken die niet worden aangemerkt als een afspraak bedoeld in het eerste lid, en die voor het onderzoek in de zaak van betekenis kunnen zijn, proces-verbaal wordt opgemaakt. Dit wordt door de officier van justitie ten spoedigste bij de processtukken gevoegd.

Beide toevoegingen strekten ertoe zoveel mogelijk greep te krijgen op de «grote» toezeggingen tot strafvermindering die ter goedkeuring aan de rechter-commissaris moeten worden voorgelegd en de «kleine gunsten» die in ieder geval in een proces-verbaal moeten worden neergelegd. Uit de toelichting op het amendement van de heren Rouvoet en Van der Staay blijkt, dat ook zij andere, gebruikelijke processuele afspraken niet hebben willen uitsluiten. De Tijdelijke aanwijzing geeft op dit punt aan dat zij geen betrekking heeft op het gebruik van wettelijke bevoegdheden door de officier van justitie die op enigerlei wijze een begunstigende invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring, maar die niet strekken tot strafvermindering. Toepassing van dergelijke bevoegdheden behoort tot de reguliere taken van het OM, is van relatief geringe betekenis en raakt niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Indien er sprake is van een uitdrukkelijke en causaal verband tussen toepassing van dergelijke bevoegdheden en de door de getuige af te leggen verklaring, dient deze toepassing te worden vastgelegd bij proces-verbaal en aan het strafdossier te worden toegevoegd.»²⁰⁹

Los van de eerste regel lijkt hier met de verwijzing naar het amendement Rouvoet - Van der Staay en de toevoeging van art. 226g vierde lid, de geslotenheid van het wettelijk systeem te worden onderschreven. Hoogstens zou enige verwarring kunnen ontstaan omtrent het onderscheid tussen grote toezeggingen en kleine gunsten, nu de Minister tevens verwijst naar het feit dat Rouvoet en Van der Staay blijkens de toelichting op het amendement 'andere, gebruikelijke processuele afspraken' niet wilden uitsluiten. Daarmee zou de indruk kunnen ontstaan dat daarmee een derde categorie van mogelijke wederprestaties van de zijde van het Openbaar Ministerie zou worden bedoeld, maar zoals hierboven gezien en zoals uit de schriftelijke en mondelinge toelichting op dat amendement van 2 april 2001 (en al hetgeen daar later nog over is gezegd) duidelijk kan blijken, is dat niet het geval. Rouvoet en Van der Staay hebben de gebruikelijke processuele afspraken en mogelijkheden van het Openbaar Ministerie inderdaad niet willen beperken, maar hebben door het gebruik van het begrip 'do ut des' ondubbelzinnig duidelijk gemaakt dat wanneer die gebruikelijke afspraken of mogelijkheden ten dienste stonden van het sluiten van een overeenkomst met een kroongetuige, deze als kleine gunsten als bedoeld in art. 226g lid 4 Sv dienden te worden aangemerkt en aldus middels een proces-verbaal aan het dossier dienden te worden toegevoegd. Het is nog altijd precies het systeem zoals

²⁰⁹ Idem. Zie ook de Tijdelijke Aanwijzing onder punt 2 ('Bereik van de Tijdelijke Aanwijzing').

de CDA-fractie van de Eerste Kamer dat weergeeft. Overigens is het wel de vraag is of de Minister recht doet aan het uiterst ruime causale do ut des-verband zoals Rouvoet en Van der Staaij dat bezigden wanneer hij stelt dat art. 226g lid 4 Sv slechts van toepassing is indien sprake is van ‘een uitdrukkelijk en causaal verband’, maar dat terzijde.

In de laatste alinea van de weergave van het wettelijke systeem door de Minister wordt tot slot onderkend dat de verruiming van de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie zoals die naar aanleiding van de brief van de Minister op 8 september 2004 in de Tweede Kamer was besproken, niet op een meerderheid in die Tweede Kamer kon rekenen. Dat bevestigt dat het voor de Minister duidelijk is geweest dat zijn voornemen om middels een aanwijzing het Openbaar Ministerie de ruimte te bieden toezeggingen te doen ten aanzien van de hoogte van wederrechtelijk verkregen voordeel, van gunstbetoon door derdeninstanties, of door intrekking van uitleveringsverzoeken of arrestatiebevelen, door (de meerderheid van) de Tweede Kamer werd verworpen:

“Uitkomst van de behandeling van het wetsvoorstel 28 017 in de Tweede Kamer was dat brede overeenstemming bestond over de algemene eisen die aan het verschijnsel afspraken met criminele getuigen moeten worden gesteld. Ze mogen niet illegaal, niet geheim zijn en moeten voldoen aan de eisen van zorgvuldigheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Het is een laatste redmiddel als andere wegen om bewijsmateriaal te verkrijgen niet begaanbaar zijn gebleken. De afspraken lenen zich niet voor toepassing op grote schaal. Ik stel tevens vast dat met het thans aanhangige wetsvoorstel 26 294 aan deze eisen wordt voldaan en dat er voor verdere verruiming of substantiële wijziging – anders dan voor het inmiddels aangenomen amendement Wolfsen en van Haersma Buma (kamerstukken II 2003/04, 28 017, nr. 7) – van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer geen meerderheid aanwezig was.”²¹⁰

Ik resumeer dat de Minister in zijn algemene inleiding in de memorie van antwoord een weergave geeft van het tot stand gekomen wettelijk systeem die op zijn best ambivalent kan worden genoemd. Enerzijds lijkt hij de in de loop van 2000 en 2001 tot stand gekomen uitgangspunten van de werking van de wettelijke regeling en de geslotenheid van het gekozen systeem te onderkennen en te bevestigen, maar anderzijds wordt in de context van het opportuniteitsbeginsel telkens het eigen beleid van het Openbaar Ministerie genoemd als bron van de beperkingen aan het doen van toezeggingen, in plaats van dat die beperkingen voortvloeien uit dat gesloten wettelijke systeem. Het lijkt haast alsof de Minister ten dele de hierboven zo veel besproken stelling aanhangt, dat alles dat niet in de wet verboden is dus mag. Daarmee zou hij de kern van de boodschap van de Commissie Van Traa en de werking van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel uit het oog zijn verloren, nu één van de belangrijkste redenen voor het hele wettelijke traject immers was dat de gedragingen van het Openbaar Ministerie en de bevoegdheden die het daartoe ter beschikking stonden, uitdrukkelijk en wettelijk genormeerd moesten worden met als

210 Idem. p. 4-5.

uitgangspunt het tegenovergestelde van die stelling: opsporingsbevoegdheden waarvoor geen wettelijke grondslag bestaat, zijn niet toegestaan en de wet dient de omvang en het gebruik van die bevoegdheden nadrukkelijk vast te stellen. Met de veronderstelling van de Minister dat de beperking van de toezeggingen die het Openbaar Ministerie mag doen niet is gelegen in art. 226g lid 1 Sv, maar in de Tijdelijke Aanwijzing van het Openbaar Ministerie, is de kiem gelegd voor het wederzijdse onbegrip in het debat met de Eerste Kamer en voor de wijze waarop uiteindelijk uitvoering zal worden gegeven aan de nieuwe wettelijke regeling. Een voorbeeld daarvan kan worden gevonden in de antwoorden die de Minister na zijn inleiding geeft op vragen van (opnieuw) de CDA-fractie van Eerste Kamer. Het blijkt dat hij van mening is dat de ontoelaatbaarheid van grote toezeggingen met uitzondering van het eisen van een lagere straf, waaronder specifiek genoemd de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, voortkomt uit de Aanwijzing en niet uit de wet, dit ondanks dat zijn antwoord aanvangt met een bevestiging van de juistheid van de weergave van het (gesloten) wettelijk systeem in het voorlopig verslag:²¹¹

“De leden van de CDA-fractie gaven een juiste weergave van het wettelijk systeem en de daarop gebaseerde beleidsmatige uitwerking in de aanwijzing van het College van procureurs-generaal, met dien verstande dat na het aannemen van het hiervoor genoemde amendement Wolfsen/Van Haersma Buma de maximale strafvermindering op de helft is gesteld.

Deze leden onderkennen vervolgens terecht dat de toezeggingen met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en het intrekken van een uitleveringsverzoek blijkens de huidige aanwijzing ontoelaatbaar zijn. Dit laat evenwel onverlet dat discussie over de handhaving dan wel opheffing van een dergelijk verbod mogelijk moet zijn. Voor zover een dergelijke beleidswijziging binnen het kader van de thans aanhangige wettelijke regeling blijft, is een aanvullende wettelijke grondslag niet noodzakelijk.”²¹²

De kern van het verschil van inzicht tussen minister Donner en de beide Kamers is gelegen in de laatste twee zinnen: de Minister meent dat het wettelijk kader in weerwil van hetgeen daarover bij de diverse parlementaire behandelingen onder andere door zijn voorganger Korthals is gezegd, ruimte biedt voor beleidsmatige uitbreidingen. Dat de Tweede Kamer op 8 september 2004 ook volgens de Minister zelf in meerderheid had aangegeven die ruimte in het licht van de wettekst en de wetshistorie niet te zien, heeft hem kennelijk niet op andere gedachten kunnen brengen. Anders gezegd: binnen de strikte kaders van de aanhangige wettelijke regeling en in het bijzonder art. 226g lid 1 Sv was volgens de Tweede Kamer (en naar hierna zal blijken ook de Eerste Kamer) helemaal geen ruimte voor beleid, laat staan dat het beleid die kaders zou kunnen wijzigen. De Minister ziet dat anders, zoals nogmaals volgt uit de laatste alinea waarmee dit onderdeel van de memorie van antwoord wordt afgesloten:

211 Ook dat is ambivalent te noemen.

212 Memorie van antwoord 24 januari 2005, p. 5.

“De leden van de CDA-fractie opperden dat voor de door het OM gewenste verruiming, waarvan ik bij brief van 1 juli heb aangegeven dat ik voor deze wensen binnen zekere marges begrip kon opbrengen, een extra wettelijke grondslag moest worden geschapen. Dat is naar mijn oordeel niet nodig; indien deze wetsvoorstellen de goedkeuring van uw Kamer verkrijgen, zal het College van procureurs-generaal een nieuwe aanwijzing moeten voorleggen waarin rekening is gehouden met de uiteindelijke wettekst in het licht van de parlementaire behandeling die daaraan vooraf is gegaan.”²¹³

Het is met de kennis van nu de vraag wat de Minister precies met die laatste regel bedoeld heeft. Waarschijnlijk heeft de Eerste Kamer het zo opgevat dat de Minister hen verzekerde dat het College van Procureurs-Generaal met het opstellen van een nieuwe aanwijzing niet voorbij zou gaan aan de uiteindelijke wettekst in het licht van de parlementaire behandeling. Gezien de Aanwijzing die in 2006 uiteindelijk tot stand kwam en die hierna in paragraaf 4.2 nog uitvoerig zal worden besproken, kan achteraf worden gesteld dat mogelijk bedoeld is dat het College van Procureurs-Generaal weliswaar rekening diende te houden met de wettekst en de parlementaire behandeling, maar daar niet door gebonden was. Had de Minister het op die manier verwoord, dan zou de behandeling in de Eerste Kamer waarschijnlijk nog aanzienlijk stekeliger van toon zijn geweest dan nu reeds het geval was, maar wellicht moet maar worden aangenomen dat de Minister het zo niet heeft bedoeld.

2.5.2. *Verwarring in de Eerste Kamer*

Verhouding wet en Aanwijzing

Wat er ook mag worden gezegd over het functioneren van de Eerste Kamer binnen het parlementaire stelsel in het algemeen: direct bij aanvang van de plenaire behandeling van de inmiddels weer gecombineerde wetsvoorstellen 26294 en 28017 leggen de senatoren opnieuw de vinger feilloos op de zere plek. Zo verbaast ook Wagemakers (CDA) zich aan het begin van het debat over bovengenoemde laatste regel. Hij legt de vraag aan de Minister voor waar in het wetsvoorstel nu een wettelijke grondslag is neergelegd voor de toezeggingen die de Minister bij wijze van verruiming wil toestaan? Zo die bevoegdheid niet in het wetsvoorstel is neergelegd, waar dan wel? Tevens wijst Wagemakers de Minister er fijntjes op dat voor zover hij die ruimte meent te zien in toepassing van het opportunititeitsbeginsel, daarmee afstand lijkt te worden genomen van een eerder standpunt, waar hij het opportunititeitsbeginsel in het licht van een gewenste normering van een vervolgingsbeslissing had geplaatst. Hij vreest dat bij gebreke aan een toereikende wettelijke grondslag, de getuigenverklaring die is verkregen na het doen van een toezegging als door de Minister voorgesteld, als onrechtmatig bewijs terzijde gesteld zou kunnen worden.²¹⁴ Rosenthal (VVD) is een tweede senator die uitvoerig op de verhouding tussen

²¹³ Idem, p. 6.

²¹⁴ Behandeling wetsvoorstel 26294 en 28017 8 maart 2005 Kamerstukken I 2005-2006, p. 18-785 – 18-786.

wet en Aanwijzing ingaat. Hoewel hij inhoudelijk niet afwijzend staat ten opzichte van verruiming van de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie, waarover hij zich wel afvraagt of die nu echt soelaas zullen bieden, is hij van oordeel dat door het voorstel van de Minister om middels een aanwijzing het bereik van de wet te verruimen, er scheefgroei dreigt in de verhouding tussen formele wetten en aanwijzingen van het College van Procureurs-Generaal. Hij meent dat het er op lijkt dat de Minister er de voorkeur aan geeft dat die verhouding gedenatureerd raakt, boven een in gemeen overleg tot stand te brengen nieuwe wet. Ook Rosenthal meent dat de wettelijke regeling de ruimte tot uitbreiding die de Minister wenselijk acht, niet biedt. Zou de Minister toch voornemens zijn om middels de aanwijzing een verruiming van de mogelijkheden tot toezegging over te gaan, dan vraagt Rosenthal of hij op zijn minst bereid is ook de Eerste Kamer daarvan vroegtijdig op de hoogte te stellen.²¹⁵ Senator Kox (SP) herinnert de Minister aan diens eigen woorden uit het hierboven besproken overleg over de bedreigingen aan het adres van Plooi van april 2004, dat de overheid niet mag afwijken van haar eigen regels, hoe ernstig de feiten waarin die regel als belemmering worden ervaren ook zijn. De wet schiet naar zijn oordeel op verschillende punten tekort, voor hem reden om deze als Eerste Kamer niet te willen aannemen. Ook de woordvoerders De Wolff (GroenLinks) en Holdijk (SGP) plaatsen kritische kanttekeningen bij de wet, waarin in meer of mindere mate op de systematiek en de gewijzigde lezing van de Minister wordt ingegaan.

In zijn reactie maakt minister Donner in eerste instantie nadrukkelijk onderscheid tussen het wetsvoorstel, waarin de toezegging tot strafvermindering wordt geregeld in combinatie met een processuele regeling voor het maken van afspraken met kroongetuigen enerzijds en de algemene werking van het opportuniteitsbeginsel anderzijds. De laatste noemt hij opnieuw de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie. Het zou naar zijn oordeel lastig zijn om specifiek wettelijk te regelen hoe die vrijheid al dan niet gebruikt mag worden in het kader van een deal. Kox wijst hem er op, dat hij daarmee de kern van het probleem uit het oog verliest, te weten dat die beleidsvrijheid wordt gebruikt als onderdeel van een deal. Dat maakt in de visie van de Minister echter niet dat die beleidsvrijheid wettelijk ingekaderd zou moeten worden, nu het juist om beleid gaat en de Aanwijzing dus de juiste vorm is om het te regelen, en niet de wet.²¹⁶ Rosenthal valt Kox bij en zegt nog steeds niet helder voor ogen te hebben wat de Minister nu aan de orde stelt: het bezwaar richt zich wat hem betreft op het gegeven dat de redenering die de Minister geeft, ruimte biedt voor het opeenstapelen van afgeleide bevoegdheden en aanwijzingen, en het College van Procureurs-generaal uiteindelijk met de wet aan de haal zou kunnen gaan.

Daarop neemt de Minister voor het eerst een nieuw standpunt in dat pas aan het eind van het debat zal worden gelogenstraft. Hij stelt dat de wet noodzakelijk is omdat daarin iets is geregeld dat binnen de huidige wetgeving niet kan, namelijk de toezegging tot

215 Idem, p. 18-789 – 18-790.

216 Idem, p. 18-795.

strafvermindering.²¹⁷ Alle overige toezeggingen zouden wel al kunnen en worden dus niet wettelijk geregeld, anders dan dat door middel van het gebod om deze in het proces-verbaal op te nemen wordt voorgeschreven dat deze transparant dienen plaats te hebben. Mogelijk is verwarring opgeroepen doordat in eerdere stukken is gezegd dat de voorbeelden, die genoemd worden in de Aanwijzing, buiten het bestek van het wetsvoorstel vallen en daarom niet aanvaardbaar zijn, maar het systeem van het wetsvoorstel is vanaf het begin geweest dat het gebruik van die andere bevoegdheden gemeld zou moeten worden, maar verder niet door de wet worden geregeld, aldus de Minister.²¹⁸

Wagemakers betwijfelt of dat juist is. Hij meent dat de verwarring helemaal niet zo groot was en dat op vele plaatsen is benadrukt dat toezeggingen juist buiten het bestek van het wetsvoorstel vallen omdat deze ontoelaatbaar werden geacht. Betekent de visie die de Minister nu geeft, dat alle toezeggingen die toen zijn benoemd en die als ontoelaatbaar in de Tijdelijke Aanwijzing staan, in beginsel na het aannemen van de wet vrij overplaatsbaar zouden zijn naar de categorie toelaatbaar, mits het maar in een nieuwe aanwijzing staat? de Minister vraagt daar in tweede termijn op terug te mogen komen, nu hij de lijst in de Tijdelijke Aanwijzing niet voor ogen zegt te hebben, maar meent wel dat de drie in zijn brief van 1 juli 2004 genoemde toezeggingen in de toelaatbare categorie vallen. Hij stelt dat in de discussie van de Tweede Kamer van september 2004 is gebleken dat er wel degelijk sprake was van een verruiming van de opvatting over wat wel en niet aanvaardbaar is, maar dat deze verruiming niet zodanig was dat het wetsvoorstel daarvoor gewijzigd zou moeten worden.²¹⁹ De verruimingen in de Aanwijzing zullen via de gebruikelijke methoden aan de Eerste Kamer bekend worden gemaakt, namelijk via publicatie.²²⁰ De wijziging zal dus niet per brief aan de beide kamers worden gemeld, en hoewel de Minister zegt niet het voornemen te hebben de Aanwijzing fors te verruimen, zegt hij toe dat hij, indien daarvoor aanleiding is, de Eerste Kamer zal inlichten. Anders dan Rosenthal uit die mededeling afleidt, betekent dat niet dat de Minister zich neerlegt bij de afwijzende houding van de Tweede Kamer: hij bedoelt te zeggen dat hij op dat moment niet het beeld heeft dat hij tot een forsere verruiming zal moeten komen, dan de verruiming die is aangegeven in de brief van 1 juli 2004.²²¹

217 Dat is natuurlijk niet juist. De rechter wordt niet gebonden door de eis van de Officier van Justitie, en het bepalen van de hoogte van de te vorderen straf wordt juist sinds jaar en dag als de exclusieve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie beschouwd, waarbij rekening kan worden gehouden met het feit dat een verdachte heeft bekend of heeft meegewerkt met het onderzoek. Mols schreef dan ook in 1993 in de context van de kroongetuige al dat het de Officier "uiteraard vrij (staat) om ter zitting een lagere straf te eisen" (Mols 1993, p. 76). Ook de Hoge Raad had zoals hierboven in paragraaf 2.2.1 gezien in 1996 al nadrukkelijk overwogen dat de toezegging dat de Officier van Justitie bij de strafeis rekening zou houden met het feit dat een verdachte verklaringen aflegt en opening van zaken geeft, past binnen de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie en zelfs als een tamelijk gebruikelijke gang van zaken kan worden beschouwd (HR 19 maart 1996, NJ 1997, 59).

218 Behandeling wetsvoorstel 26294 en 28017 8 maart 2005 Kamerstukken I 2005-2006, p. 18-795.

219 Dat is een tamelijk vrije interpretatie van de discussie in de Tweede Kamer.

220 Door de formulering lijkt de wijziging van de Tijdelijke Aanwijzing een *fait accompli*, maar daar komt de minister later op terug.

221 Behandeling wetsvoorstel 26294 en 28017 8 maart 2005 Kamerstukken I 2005-2006, p. 18-799.

Na de schorsing van de beraadslaging wordt het debat hervat en voeren de verschillende woordvoerders andermaal het woord. De senatoren zijn over het algemeen bepaald niet gerustgesteld door de reactie van de Minister in eerste termijn. Opnieuw wijst Wagemakers er op dat de lezing van de wetssystematiek en de grondslag voor het doen van toezeggingen aan kroongetuigen die de Minister heeft gegeven, wezenlijk anders is dan in de stukken van het wetsvoorstel 26294 steeds naar voren is gekomen. Hij acht de opvatting van de Minister op zijn minst voor discussie vatbaar en meent dat de bevoegdheid om bijvoorbeeld een deal te treffen over het geheel of gedeeltelijk vorderen van een ontnemingmaatregel, niet op het opportuniteitsbeginsel kan worden gebaseerd en wel degelijk een aparte wettelijke grondslag vergt. Opnieuw waarschuwt Wagemakers dat de benadering van de Minister er toe zou kunnen leiden dat toekomstige overeenkomsten met getuigen, waarin bijvoorbeeld toezeggingen over het niet ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel worden gedaan, door de rechter onrechtmatig zouden kunnen worden geacht. Hij blijft erbij dat er een wettelijke basis moet komen voor het treffen van andere toezeggingen dan strafvermindering.²²² De Wolff sluit zich volledig aan bij hetgeen Wagemakers stelt, en zegt alleen maar akkoord te kunnen gaan met de voorliggende wetsvoorstellen wanneer de Minister toezegt zorg te zullen dragen voor nadere wettelijke normering, wanneer hij van mening blijft dat andere toezeggingen dan strafvermindering gedaan moeten kunnen worden. Rosenthal sluit zich eveneens aan en vraagt zich bovendien af wat de Minister nu met de mening van de meerderheid in de Tweede Kamer zoals hij deze in zijn memorie van antwoord beschreef, heeft gedaan: daar bleek immers dat er voor verdere verruiming van het wetsvoorstel geen meerderheid aanwezig was, maar nu blijkt dat hij toch voornemens is om via het instrument van de aanwijzing tot verdere verruiming over te gaan.²²³ Opnieuw vraagt hij waarom de Minister niet komt met een aanvullend wetsvoorstel om de wetssystematiek op het verantwoorde niveau te brengen en opnieuw waarschuwt hij dat het uitblijven van een wettelijke regeling zal leiden tot problemen in de uitvoeringspraktijk. Ook Kox sluit zich aan, waarmee sprake lijkt te zijn van een tamelijk unaniem standpunt in de Eerste Kamer.

Het primaat bij het opportuniteitsbeginsel

Ondanks de grote twijfel bij de senatoren blijft de Minister erbij dat een uitbreiding van de wettelijke grondslag voor andere toezeggingen dan strafvermindering niet nodig is. Hij geeft toe dat er twee onderwerpen in zijn brief van 1 juli 2004 staan, die ten tijde van de behandeling in de Tweede Kamer ontoelaatbaar werden geacht, te weten het intrekken van het uitleveringverzoek en het afzien van bijkomende straffen, in het bijzonder de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, maar houdt er aan vast dat de ontoelaatbaarheid van die toezeggingen niet in de wet zit, maar in de Tijdelijke Aanwijzing. Hij geeft geen gehoor aan de oproep om toezeggingen te doen omtrent het creëren van aanvullende wettelijke basis: "Ik zal zeker niet nu al aankondigen dat ik de wet op dat punt aanpas. Dat is namelijk niet nodig. Een dergelijke verklaring zou deze toezeggin-

²²² Idem, p. 18-801.

²²³ In de brief van 1 juli 2004 werd zelfs gesteld dat het voor de werking van de aangepaste aanwijzing in de praktijk noodzakelijk zou zijn dat de Tweede Kamer de opvattingen van de Minister zou onderschrijven.

gen bovendien onbruikbaar maken, omdat iedere advocaat zal zeggen: “ze kunnen niet worden gedaan.”²²⁴ Keer op keer wordt de Minister de vraag voorgelegd welk artikel in de bestaande wetgeving de officier van justitie nu het recht geeft om overeenkomsten te sluiten over andere toezeggingen dan strafvermindering, waaronder de toezegging dat zou worden afgezien van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De Minister stelt dat de basis daarvoor kan worden gevonden in de ‘pluk ze wetgeving’, waarin de vraag of een maatregel wordt opgelegd voorwerp is van een discretionair besluit van het Openbaar Ministerie. Wagemakers wijst de Minister er op dat hij daarmee in feite betoogt dat elke strafrechtelijke bevoegdheid ten aanzien waarvan enige beleidsvrijheid bestaat, door het Openbaar Ministerie onderwerp kan worden gemaakt van een overeenkomst met een kroongetuige. Dit is een opvatting, die niet eerder verdedigd is, “noch door de Minister, noch door de Commissie in haar advies, noch in de literatuur.”²²⁵ Volgens Wagemakers is altijd heel duidelijk geweest dat uitsluitend over strafvermindering overeenkomsten konden worden gesloten en dat alles dat buiten het kader viel ontoelaatbaar was. De Minister persisteert dat dit standpunt onjuist is en dat het wetsvoorstel geen verandering beoogt te brengen in de diverse bevoegdheden die het Openbaar Ministerie op grond van de wet heeft, zoals het aanbieden van een schikking op basis van art. 511 Sv en het intrekken van een uitleveringverzoek nu ook al eigen bevoegdheden van het Openbaar Ministerie zijn, die gewoon kunnen worden uitgeoefend. Kox wijst er op dat hij daarmee in feite het hele wetsvoorstel op de helling zet, nu alle mogelijke bevoegdheden die het Openbaar Ministerie op grond van de wet heeft, in de lezing van de Minister ineens toezeggingen zouden kunnen worden in het kader van een te sluiten overeenkomst. Waarom zou het wetsvoorstel dan überhaupt nog nodig zijn? de Minister antwoordt wederom dat dit nodig is, omdat het OM nu toezeggingen gaat doen over de straf, en de strafbepaling de exclusieve bevoegdheid van de rechter is.

De Eerste Kamer raakt in steeds grotere verwarring. Wagemakers merkt op dat allerlei zaken ontoelaatbaar zijn verklaard, omdat zij buiten het bestek van het wetsvoorstel vielen, maar dat nu ineens een hele andere theorie wordt ontwikkeld door alleen de toezeggingen in de vorm van strafvermindering naar het wetsvoorstel toe te schuiven en alle andere toezeggingen daar buiten te leggen. Hij herhaalt dat een dergelijk standpunt tot nu toe nog niet is verdedigd, ook niet in de Aanwijzing. Wanneer De Wolff er vervolgens eindelijk op wijst dat, anders dan de Minister stelt, het Openbaar Ministerie door het formuleren van een strafeis zich helemaal niet op het terrein van de rechter begeeft, omdat de rechter niet gebonden is door de eis van het Openbaar Ministerie, en daarmee niet valt in te zien hoe die strafvermindering zo anders zou zijn dan andere toezeggingen dat uitsluitend daarvoor de wet zou moeten worden aangepast, komen de senatoren tot het oordeel dat er niet zozeer verwarring aan de kant van de Eerste Kamer is, maar dat het betoog van de Minister verwarrend overkomt. De gemoederen beginnen enigszins hoog op te lopen en er wordt voorgesteld de Minister gelegenheid te bieden kennis te nemen van de notulen van de bijeenkomst en vervolgens in een schriftelijk stuk te reageren.

224 Behandeling wetsvoorstel 26294 en 28017 8 maart 2005 Kamerstukken I 2005-2006, p. 18-806.

225 Idem, p. 18-807.

In het bijzonder wordt hem gevraagd om, indien het inderdaad zo is dat diverse andere bevoegdheden van het Openbaar Ministerie middels dwarsverbanden een rol spelen bij het wetsvoorstel, een inventarisatie van die bevoegdheden te geven. De Minister stemt toe, maar hij voegt daar aan toe dat het geen poging zal worden om alles dat in de zes jaar daarvoor over het wetsvoorstel is geschreven 'logisch binnen een kader te brengen en aan te geven dat het allemaal consistent en op één lijn ligt', maar dat wordt volgens de voorzitter gezien de lichaamstaal van de woordvoerders ook niet verwacht.²²⁶

2.5.3 *De brieven van de Minister*

De brief van 18 maart 2005: verder op de nieuwe weg

Die schriftelijke reactie komt in de vorm van een brief van de Minister van Justitie van 18 maart 2005.²²⁷ In die brief wordt verder gegaan op het pad dat de Minister in zijn Nota van Antwoord van 24 januari 2005 is ingeslagen en dat hij bij gelegenheid van de bespreking in de Eerste Kamer op 8 maart 2005 nader heeft bewandeld, waarmee in feite een andere wetssystematiek wordt voorgestaan dan alles dat tot dat moment aan de orde was. De brief mag in het licht van de zeer uitvoerige totstandkomingsgeschiedenis en de door de Tweede Kamer bij de behandeling van wetsvoorstel 26294 genomen beslissingen zelfs verbluffend worden genoemd. Op wezenlijke onderdelen wordt afstand genomen van door de Tweede Kamer genomen beslissingen en de wijze waarop de in de Tweede Kamer vastgelegde systematiek wordt weergegeven, is op zijn best onvolledig. De rode draad in de brief is dat de beslissingen omtrent het al dan niet toelaatbaar zijn van toezeggingen zoals die hiervoor uitvoerig zijn weergegeven en zoals die in het amendement Rouvoet en Van der Staaij een codificatie hebben gekend, worden gepresenteerd alsof het uitsluitend beleidsmatige beperkingen zou betreffen die het Openbaar Ministerie aan zichzelf heeft opgelegd. Daarmee wordt de ruimte gecreëerd om op een later moment te kunnen betogen dat het Openbaar Ministerie die zelf opgelegde beperkingen ook (deels) moet kunnen wegnemen. Er zou haast kunnen worden gesteld dat er een geheel andere wet aan de Eerste Kamer wordt voorgelegd dan die waarover de Tweede Kamer heeft beslist, althans wanneer zou worden aangenomen dat een Minister in dit stadium middels het geven van een andere uitleg een wetsvoorstel inhoudelijk kan wijzigen.²²⁸

De brief van 18 maart 2005 lijkt in ieder geval te zijn geredigeerd om ruimte te bieden aan de nieuw ingeslagen richting. Zo wordt, zoals in vrijwel alle stukken over dit wetsvoorstel, in de inleiding verwezen naar de totstandkoming van de ingediende wet, te weten de vaststelling van parlement en kabinet dat de bestaande kroongetuigenregeling op het niveau van een richtlijn met het College van Procureurs-Generaal onvoldoende was. Anders dan in vrijwel alle eerdere stukken van wetsvoorstel 26294 wordt daarbij echter niet meer vermeld dat het uitgangspunt daarbij was dat er diende te worden geko-

²²⁶ Idem, p. 18-812.

²²⁷ Brief van de Minister van Justitie van 18 maart 2005, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, E.

²²⁸ Daarover als gezegd meer in paragraaf 4.1.

men tot een wettelijke normering van deze kroongetuigenregeling, maar wordt volstaan met te stellen dat in afwachting van de totstandkoming van de wetgeving de Tijdelijke Aanwijzing de inhoudelijke normering over de toezeggingen aan getuigen bevat. Daarmee wordt direct aan het begin van de brief een voorschot genomen op de systematiek die daarna uiteen zal worden gezet, en die er kort samengevat op neer komt dat slechts de procedure bij de rechter-commissaris en de toezegging tot strafvermindering een wettelijke grondslag krijgen, en dat alle overige toezeggingen en gedragingen van het Openbaar Ministerie teneinde tot een overeenkomst met een getuige te komen op het niveau van de aanwijzing worden geregeld.

Verder wordt in de inleiding (terecht) gesteld dat de toetsing door de rechter-commissaris niet op het niveau van een aanwijzing kan worden geregeld en dat de meerderheid van de woordvoerders in de Eerste Kamer een wettelijke regeling dienaangaande noodzakelijk had geoordeeld. Vervolgens schrijft de Minister echter dat hetzelfde in grote meerderheid gold 'voor de noodzaak van de regeling in de wet van een afspraak over aan een maximum gebonden strafvermindering.' Dat laatste is niet zonder meer het geval: de Eerste Kamer had zich aan het eind van het debat op 8 maart 2005 op het standpunt gesteld dat de redenering van de Minister op dit punt niet goed begrepen werd, nu de rechter niet gebonden is aan de strafeis van het Openbaar Ministerie. Het bepalen van de eis behoort juist nadrukkelijk tot de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie, en daarmee is niet duidelijk hoe de toezegging tot het eisen van een lagere straf nu zo wezenlijk anders was dan de andere toezeggingen die naar het oordeel van de Minister wél buiten een wettelijke regeling zouden kunnen worden gedaan. In de brief herhaalt de Minister eenvoudigweg zijn standpunt dat afspraken over straftoemeting consequenties hebben voor de beslissingsruimte die aan de rechter is voorbehouden, zonder dat wordt ingegaan op de vragen die de Eerste Kamer naar aanleiding van dat standpunt had gesteld.

Opportuniteit en beleid

Het systeem dat de Minister in de inleiding van zijn brief van 18 maart 2005 nader schetst, komt er dus op neer dat alle bevoegdheden die het Openbaar Ministerie op grond van het Wetboek van Strafvordering of andere wetten heeft, zich lenen voor toepassing in de context van het sluiten van een overeenkomst met een kroongetuige, zolang daarvan maar melding wordt gemaakt in een proces-verbaal. "Die bevoegdheden zijn weliswaar toegekend met het oog op een bepaald doel, maar aard noch bevoegdheidsregeling verzetten zich ertegen indien zij mede dienstbaar worden gemaakt aan een afspraak om een getuigenverklaring af te leggen."²²⁹ Door de voorgeschreven transparantie zal er van détournement de pouvoir naar het oordeel van de Minister geen sprake kunnen zijn. Het gebruik van bevoegdheden met een ruimer doel dan waarvoor zij primair zijn gegeven, leidt er immers niet per definitie toe dat het gebruik onrechtmatig wordt geoordeeld. Aangezien de officier van justitie op grond van art. 511c Sv bevoegd is een schriftelijke schikking aan te gaan met een verdachte of veroordeelde, valt dus niet in te zien waarom niet toegezegd zou kunnen worden dat in ruil voor een verklaring min-

229 Brief van de Minister van Justitie van 18 maart 2005, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, E, p. 2.

der wederrechtelijk verkregen voordeel ontnomen zou worden, zolang daarover maar volledige openheid wordt betracht. Zolang de officier van justitie blijft binnen de kring van zijn ruim omschreven bevoegdheden, is er naar het oordeel van de Minister geen reden om de aldus verkregen verklaring als onrechtmatig verkregen te bestempelen. Zou dat onverhoopt toch blijken, dan zal aanvullende wetgeving worden bevorderd. Aldus kan er volgens de Minister worden gesproken van een driedeling: toezeggingen waarvoor een wettelijke regeling nodig is, toezeggingen waarvoor een wettelijke regeling niet nodig is en die zijn toegelaten, en niet-toelaatbare toezeggingen. Bij alle categorieën kan sprake zijn van een combinatie van wettelijke regelingen en daarop aansluitende beleidsregels in een aanwijzing, hetgeen een vaker voorkomende figuur zou zijn: "Zo krijgen de in het Wetboek van Strafrecht genoemde strafmaxima pas reliëf door de strafvorderingsrichtlijnen van het Openbaar Ministerie en de toepassing in een concrete strafzaak."²³⁰

Het is de vraag of die vergelijking opgaat. Dat het Openbaar Ministerie beleid kan en mag maken omtrent het geven van toepassing aan materieelrechtelijke strafmaxima, is niet goed te vergelijken met het willen maken van beleid ten aanzien van formeelrechtelijke bevoegdheden. Los daarvan miskent de Minister dat de door hem voorgestelde uitbreiding van de wettelijke regeling middels een Aanwijzing in zijn voorbeeld overeen zou komen met een strafvorderingsrichtlijn van het Openbaar Ministerie, die de wettelijke strafmaxima te boven zou gaan en aldus buiten de wettelijke kaders zou treden.²³¹ Het voorbeeld van de strafmaxima en de strafvorderingsrichtlijnen zal later desalniettemin nog herhaaldelijk in dit verband opduiken.

Herschrijven van de parlementaire geschiedenis?

Wat de door hem geduide driedeling betreft, stelt de Minister over de toezeggingen waarvoor een wettelijke regeling nodig is dat dit uitsluitend voor de 'toezeggingen tot strafvermindering' geldt, nu die van invloed zouden kunnen zijn op beslissingen van de rechter over de punten die de wet hem in de artikelen 348 en 350 Sv exclusief opdraagt, waaronder de straftoemeting. Andere argumenten waarom juist deze toezegging een wettelijke regeling zou behoeven, worden niet gegeven. Het blijft daarmee onduidelijk waarom juist de toezegging dat een lagere strafeis aan de rechter zal worden gevraagd, een wettelijke grondslag zou behoeven, te meer nu het amendement Dittrich heeft onderstreept dat de rechter niet aan die strafeis gebonden is. De tweede categorie van overige toelaatbare toezeggingen bestaat in de systematiek van de brief van de Minister met name uit de kleine gunsten van art. 226g lid 4 Sv. De voorbeelden die worden gegeven

²³⁰ Idem, p. 3.

²³¹ Stel – om bij de analogie van de minister te blijven – dat het Openbaar Ministerie een aanwijzing opstelt waarin wordt opgenomen dat in geval van woninginbraken voortaan verbanningen uit het arrondissement zullen worden geëist en dat voor zedenzaken lijfstraffen zullen worden gevraagd. De wet voorziet in art. 9 Sr in de straffen en maatregelen die de rechter kan opleggen, maar nergens staat dat het Openbaar Ministerie geen verbanningen of lijfstraffen mag vragen. Desalniettemin zal duidelijk zal zijn dat een dergelijke aanwijzing als in strijd met de wet zou worden aangemerkt en dat het standpunt dat het Openbaar Ministerie deze straffen zou mogen vragen nu de wet dat niet verbiedt, dat niet anders zou maken.

van zulke kleine gunsten zijn in lijn met voorbeelden zoals die eerder zijn besproken, bijvoorbeeld teruggave van in beslag genomen voorwerpen, of plaatsing in een dichter bij familie of vrienden gelegen huis van bewaring. De hierboven genoemde verschuiving van wetgeving naar beleid vindt dan ook met name plaats in de derde categorie, de niet-toelaatbare toezeggingen. De Minister herhaalt het eerder ingenomen standpunt dat het sepotverbod niet in de wet kan worden opgenomen en dat dit daarom in de Aanwijzing is gebeurd. Vervolgens zet hij een cruciale laatste stap door te stellen dat ook alle andere ontoelaatbare toezeggingen, slechts ontoelaatbaar zijn nu zij als zodanig in de Aanwijzing zijn opgenomen: “De aanwijzing is het instrument voor het aangeven van bepaald beleid, waarin het OM kenbaar maakt hoe het van een bevoegdheid gebruik gaat maken. Daarin is opgenomen dat het OM zich zelf beleidsmatig deze beperking oplegt. Dat geldt voor de gehele lijst van ontoelaatbare toezeggingen, die is opgenomen in de Tijdelijke aanwijzing.”²³²

de Minister onderkent dat de discussie over de mogelijkheid van een wettelijk verbod van bepaalde toezeggingen zich eerder in de Tweede Kamer uitvoerig heeft ontsponnen. Daarbij zou de nadruk hebben gelegen op het sepotverbod en bestond grote behoefte aan een wettelijke inperking van de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie. “Toch was daar de conclusie dat – hoe men het ook wendt of keert – alleen bij beleidsregel in een aanwijzing kan geschieden.”²³³ Ook dit is een verbazingwekkende weergave van het standpunt van de Tweede Kamer. De Tweede Kamer had juist niét geconcludeerd dat de inperking van de beleidsvrijheid uitsluitend op het niveau van een beleidsregel zou kunnen geschieden, maar had besloten dat de wet de kaders diende te bieden waarbinnen het Openbaar Ministerie diende te opereren. De Minister had dat uitgangspunt in het debat van 8 september 2004 onderschreven, waar hij stelde dat hij het absoluut wenselijk achtte dat er wettelijke normen waren omdat anders *the sky the limit* zou zijn.²³⁴ Niet alleen wordt ten onrechte gesteld dat de beperking van de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie om toezeggingen te doen uitsluitend uit beleid van datzelfde Openbaar Ministerie voortkomt, bovendien wordt ten onrechte gesuggereerd dat de Tweede Kamer dezelfde mening was toegedaan. Voor wat betreft de door de Eerste Kamer gevraagde inventarisatie van de wettelijke bevoegdheden die het Openbaar Ministerie zou kunnen inzetten bij het sluiten van een overeenkomst als genoemd in het debat van 8 maart 2005, verwijst de Minister naar het rapport van de werkgroep van het Openbaar Ministerie, waarin de door hen gewenste bevoegdheden zouden zijn opgesomd. De verschuiving van wettelijke beperking naar beleidsmatige beperking wordt gecompleteerd met de stelling dat de knelpunten die deze werkgroep bij toepassing van de Tijdelijke Aanwijzing in de praktijk was tegengekomen, bevoegdheden betreffen die het OM reeds heeft, maar die vanwege de bestaande beleidsmatige beperkingen niet in dit kader worden benut.²³⁵

232 Brief van de Minister van Justitie van 18 maart 2005, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, E, p. 4.

233 Idem.

234 Zie hierboven voetnoot 193.

235 De categorische stelling dat de bevoegdheden die de werkgroep van het Openbaar Ministerie wenselijk zou achten niet kunnen worden benut nu deze beleidsmatig worden beperkt is niet alleen in het licht van

De visie van minister is moeilijk te verenigen met de langdurige en uitvoerige pogingen van de Tweede Kamer om als wetgever beslissingen te nemen over de toelaatbaarheid van toezeggingen en deze beslissingen ook als zodanig in de wet te laten terugkomen. Weliswaar wordt vervolgens door de Minister gesteld dat bepaalde wensen van de werkgroep wat de Minister betreft niet voor inwilliging in aanmerking komen, zoals het toezeggen van financiële beloningen en het aanbieden van het overnemen van de executie van een in het buitenland opgelegde straf, maar aan het slot van de paragraaf blijkt dat daarmee niet is gezegd dat die toezeggingen ook in de toekomst niet inzetbaar zouden kunnen zijn. In reactie op de suggestie van het CDA en de VVD dat het wellicht beter zou zijn een breder wetsvoorstel op te stellen, waarin alle toezeggingen worden geregeld, stelt de Minister dat daar geen aanleiding voor is, nu niet zeker is dat in de toekomst niet van andere wensen van getuigen kan blijken. Een wettelijke regeling waarin alle toezeggingen worden geregeld zou daarmee niet mogelijk zijn. De vragen van het CDA en de VVD zagen echter niet op alle mogelijke concrete wensen die een getuige zou kunnen hebben, maar op de diverse besproken toezeggingen zoals die in de Tweede Kamer, in het rapport van de werkgroep Plooy en in de brief van de Minister van 1 juli 2004 aan de orde werden gesteld. Daarmee is de vraag gerechtvaardigd of de afwijzende houding van de Minister ten opzichte van een wettelijke regeling die één en ander specifiekere regelt, niet mede ingegeven was door de wens om het Openbaar Ministerie ruimte te bieden in de toekomst ook buiten de drie in diens brief van 1 juli 2004 al genoemde punten, toezeggingen aan getuigen te kunnen doen.

Wat die drie uitbreidingen betreft, merkt de Minister op dat anders dan in het debat op 8 maart 2005 in de Eerste Kamer wellicht werd aangenomen nog niet besloten is om die drie verruimingën middels de aanwijzingen tot stand te brengen, nu daarover nog overleg met het College van Procureurs-Generaal zal plaatshebben. Opnieuw geeft de Minister aan dat hij de opvatting van de Eerste Kamer daarbij zal betrekken, maar opnieuw is dat zo geformuleerd dat daaruit niet kan worden afgeleid dat aan die opvatting van de Eerste Kamer gevolg zal worden gegeven: "Uiteraard zal ik een opvatting van de zijde van uw Kamer over de reikwijdte van eventuele verruiming bij de herziening van de aanwijzing laten meewegen. Ook met de Tweede Kamer zal ik terzake op korte termijn nog nader overleggen naar aanleiding van mijn toezegging terug te komen op het advies van het OM."²³⁶

De brief van de Minister van 18 maart 2005 wordt op 12 april 2005 gevolgd door een soortgelijke brief aan de Tweede Kamer.²³⁷ Dit naar aanleiding van de belofte van de Minister dat hij bij de Tweede Kamer nog terug zou komen op de kwestie. Een opvallend

de totstandkoming van het wetsvoorstel en de behandeling in de Tweede Kamer onjuist, maar ook de leden van de werkgroep van het Openbaar Ministerie hadden de wettelijke regeling niet zo begrepen. Zij schreven immers in het advies dat zij op grond van de *op het wetsvoorstel gebaseerde* Tijdelijke Aanwijzing onvoldoende toezeggingen konden doen (Advies toezeggingen aan getuigen in strafzaken, bijlage bij Kamerstukken II 2003-2004, 28017, nr. 6, p. 2-3).

236 Brief van de Minister van Justitie van 18 maart 2005, Kamerstukken I 2004-2005, 26294 en 28017, E, p. 5.

237 Brief van de Minister van Justitie van 12 april 2005, Kamerstukken II 2004-2005, 28017 en 26294, nr. 8.

verschil met de brief aan de Eerste Kamer is dat de weergave van de totstandkoming van de wettelijke regeling zoals die in de brief aan de Eerste Kamer is opgenomen en waar als gezegd de nodige kanttekeningen bij zijn te plaatsen, niet in de brief aan de Tweede Kamer is opgenomen. Wel is ook hier de prominente rol die het beleid van het Openbaar Ministerie in de visie van de Minister speelt terug te lezen: zo wordt bij de bespreking van de wettelijke regeling gesteld dat het wetsvoorstel samen met de Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal een strikte normering (procedureel en inhoudelijk) bevat van het fenomeen toezeggingen aan getuigen.²³⁸ Verder wordt bij de bespreking van de verhouding tussen het wetsvoorstel en de Tijdelijke Aanwijzing gesteld dat tijdens en voorafgaand aan de parlementaire behandeling de regering zich op het standpunt heeft gesteld 'dat in het wetsvoorstel is opgenomen welke toezeggingen tot strafvermindering worden gedaan, en dat in de Aanwijzing zou worden omschreven welke toezeggingen in ieder geval niet zouden mogen worden gedaan.'²³⁹ Voor het overige betreft de bespreking van de verhouding tussen het wetsvoorstel en de Tijdelijke Aanwijzing met name overgenomen stukken tekst uit de Nota van antwoord van 24 januari 2005 en uit de brief van 18 maart 2005. Ook bij de bespreking van de verruiming van de Tijdelijke Aanwijzing met de drie toelaatbaar geachte toezeggingen uit de brief van 1 juli 2004, wordt niet nader op die verhouding tussen wetsvoorstel en Aanwijzing ingegaan. Weliswaar worden de verschillende toelaatbaar geachte toezeggingen uitgebreid besproken, maar de Minister gaat niet in op de grondslag van de bevoegdheid om die toezeggingen te kunnen doen. Hij laat zich dus niet uit over de onder andere door Rouvoet in de Tweede Kamer aangestipte kwestie dat de wet die grondslag nu juist nadrukkelijk niet biedt. De afronding van de brief is soortgelijk aan die van de brief aan de Eerste Kamer: er is nog niet tot verruiming besloten, de voorwaarden moeten nog worden bepaald, en uiteraard zal de Minister een opvatting van de zijde van de Tweede Kamer over de reikwijdte van eventuele verruiming bij de herziening van de Aanwijzing laten meewegen.

2.5.4 *Afronding*

De laatste plenaire bespreking van het wetsvoorstel vindt plaats in de Eerste Kamer op 10 mei 2005. De verschillende senatoren zijn onverminderd kritisch, maar lijken enigszins murw. Jurgens geeft te kennen dat er in zijn optiek sprake is van een rommelig wetsvoorstel dat het meest negatieve advies van de Raad van State kreeg, dat over een periode van vijf jaar rommelig is behandeld in de Tweede Kamer, waar een rommelig debat aan is gewijd in de Eerste Kamer en dat door de verschillende brieven van de Minister nog rommeliger is gemaakt. Hij meent dat het beter kan worden ingetrokken.²⁴⁰ Wagemakers, die ook eerder het principiële debat over de verhouding tussen de wet en de

²³⁸ Idem, p. 2.

²³⁹ Idem, pagina. 3. Hoewel niet met zoveel woorden wordt gezegd dat het daarmee dus de Aanwijzing is die uiteindelijk bepaalt wat als een niet toelaatbare toezegging kan worden aangemerkt, is dat blijkens de weergave in de brief van 18 maart 2005 wel het standpunt van de minister.

²⁴⁰ Algemene beraadslaging 10 mei 2005, Kamerstukken I 2005-2006, 26294 en 28017, p. 25-1088.

richtlijn aanvoerde, gaat meer inhoudelijk op de zaak in en stelt dat er nogal wat woorden zijn gebruikt om te bedekken dat het openbaar ministerie of de Minister van mening is veranderd, en dat het gesloten systeem dat men dacht in het wetsvoorstel te hebben neergelegd kennelijk op grond van voortschrijdend inzicht heeft geleid tot ontsluiting van een tweede veld van toezeggingen. Hij constateert dat de Minister ten opzichte van de systematiek zoals deze in het wetsvoorstel was neergelegd en door de CDA-fractie was samengevat in het verslag, in zijn brief van 18 maart 2005 een nieuwe categorie van toezeggingen introduceert. Hij heeft niet zozeer bezwaren tegen het doen van toezeggingen op basis van een richtlijn, maar legt opnieuw de vraag voor of de wet niet de basis zou moeten bevatten voor de inzet van deze bevoegdheden.²⁴¹ Nu die wettelijke basis ontbreekt, vreest hij dat onder omstandigheden sprake kan zijn van détournement de pouvoir, maar naar aanleiding van een ingewonnen advies van Buruma staat die twijfel niet in de weg aan het geven van steun aan het wetsvoorstel. Daarmee laat de CDA-fractie meewegen dat de Minister te kennen heeft gegeven dat wanneer in de praktijk zal blijken dat het ontbreken van een wettelijke basis voor het doen van de uitgebreide toezeggingen problemen zou geven, aanvullende wetgeving zal worden bevorderd.²⁴²

Ook de woordvoerder van de SGP-fractie Holdijk is van oordeel dat het opportuniteitsbeginsel onvoldoende basis kan bieden voor aanwijzingen die kunnen leiden tot welke afspraken over getuigenverklaringen dan ook. De Groen Links-fractie neemt bij monde van De Wolff een zelfde standpunt in en ook Rosenthal (VVD) is niet gelukkig met de ontstane situatie. Zijn fractie bevroop naar diens zeggen tijdens het plenaire debat het gevoel dat er iets wezenlijks schortte aan de relatie tussen de bevoegdheden in de voorliggende wetsvoorstellen en de bevoegdheden die het Openbaar Ministerie heeft voor het doen van toezeggingen aan getuigen in strafzaken. De brief van de Minister van 18 maart 2005 roept nog altijd vragen op en de luchthartigheid waarmee andere woordvoerders daarmee omspringen wordt niet gedeeld door Rosenthal. Hij meent dat de formuleringen in de brief suggereren dat de Minister bereid is nogal wat risico's te nemen die de VVD-fractie het liefst zou willen uitsluiten. Opnieuw spreekt hij zijn zorg uit dat het Openbaar Ministerie de ruime bevoegdheden die het volgens de Minister in zijn algemeenheid heeft en die het kan inzetten bij het sluiten van overeenkomsten met getuigen zal misbruiken, en hij vraagt zich op meer fundamenteel rechtsstatelijk niveau af of de Minister het geen aantasting van de kwaliteit van de wet- en regelgeving en van de trias politica vindt, wanneer hij bij het opstellen van een nieuwe wettelijke regeling slechts als toetssteen hanteert dat het gebruik van bevoegdheden niet per definitie onrechtmatig wordt geoordeeld. De vragen worden in zijn beleving nu bij de rechterlijke macht gedeponereerd en hij dringt dan ook aan op zeer spoedige aanvullende wetgeving om geen onzekerheid te laten bestaan tussen de wetgevende en de rechtsprekende machten. Aan het eind van de eerste termijn komt Kox aan het woord, die te kennen geeft vast te willen houden aan de door de Commissie Van Traa neergelegde voorwaarden dat

241 Zoals ten tijde van de behandeling in de Tweede Kamer en in navolging van de Commissie Van Traa steeds het primaire uitgangspunt was.

242 Algemene beraadslaging 10 mei 2005, Kamerstukken I 2005-2006, 26294 en 28017, p. 25-1089.

deals met getuigen een wettelijke basis moeten hebben. Naar zijn wordt die wettelijke basis met het wetsvoorstel onvoldoende gelegd.

In zijn reactie stelt de Minister dat het met het détournement de pouvoir wel zal meevallen, al is het maar nu de getuige met wie de overeenkomst wordt gesloten geen reden zal hebben tot klagen en degene die er last van heeft, de verdachte tegen wie de getuige verklaart, zich op die onrechtmatigheid niet zal kunnen beroepen nu deze zich niet tegenover hem heeft voorgedaan.²⁴³ Dat afspraken die eventueel niet rechtsgeldig zouden zijn onderuit gaan bij de rechter, acht hij dus niet zo waarschijnlijk. Opnieuw verzekert hij de Eerste Kamer dat mocht blijken dat er een wezenlijk probleem is, de wet op dit punt zo snel mogelijk zal moeten worden gewijzigd. Tevens geeft de Minister aan dat hij de discussie over hoe verder te gaan met de Aanwijzing op dat moment voert met de Tweede Kamer.²⁴⁴ de Minister zegt er rekening mee te houden dat aanvullende wetgeving nodig zou kunnen blijken, maar daar vooralsnog geen aanwijzingen voor te zien. Hij meent dat wanneer hij nu al zou aankondigen om wetgeving te bevorderen, daarmee impliciet zou worden aangegeven dat de wet geen ruimte biedt voor een uitbreiding van de toezeggingen door middel van een Aanwijzing, terwijl zijn standpunt juist luidt dat de wet die ruimte wel biedt. Er zal volgens de Minister altijd een discussie blijven over de vraag of het Openbaar Ministerie meer of minder speelruimte dient te krijgen bij het sluiten van overeenkomsten, maar die discussie zou niet aan het aannemen van de wet in de weg moeten staan.

De beide voorstellen worden vervolgens zonder stemming aangenomen, met de aantekening dat de fracties van de PvdA, Groen Links en SP geacht wensen te worden tegen dit wetsvoorstel te hebben gestemd. Daarmee is het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen eindelijk afgehandeld in de beide Kamers. Van een terugkoppeling of nader overleg met de Tweede Kamer komt het voor zover te achterhalen niet meer: de plenaire bespreking van 10 mei 2005 betreft het laatste parlementaire document dat onder de nummers 26294 of 28017 te vinden is.

De Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken en de reparatiewet treden in werking op 13 maart 2006. Op diezelfde dag wordt de nieuwe Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken vastgesteld.²⁴⁵ Daarin staat precies wat de Minister in 2004 al had aangekondigd, te weten als toelaatbare toezeggingen het intrekken van een verzoek tot uitlevering of een Europees arrestatiebevel en het verminderen van het wederrechtelijk verkregen voordeel, zij het ten hoogste met de helft. Tevens voorziet de Aanwijzing in zogenoemde voorspraak bij andere bestuursorganen zoals de IND en de Belastingdienst.

243 Dat is precies de redenering die Rosenthal als een aantasting aanmerkte. De minister doelt op de werking van de Schutznorm. Deze zal hierna in paragraaf 5.1 nader worden besproken.

244 Uit de parlementaire stukken kan van een dergelijk overleg niet blijken.

245 Aanwijzing toezeggingen in strafzaken, 2006A004, Stcrt 20 maart 2006, 56. Gezien het grote belang van deze aanwijzing voor de wijze waarop de kroongetuigenregeling functioneert is deze als bijlage II bij dit proefschrift gevoegd.

De Aanwijzing wordt op 20 maart 2006, een week na inwerkingtreding, door de Minister aan de Tweede Kamer toegezonden. Hij stelt in de begeleidende brief: “De aanwijzing geeft uitvoering aan de restrictieve wettelijke regeling die na een lange parlementaire behandeling tot stand is gekomen.”²⁴⁶

246 Brief van de Minister van Justitie van 20 maart 2006, Kamerstukken II 2005-2006, 29940, nr. 3.

3 DE OVEREENKOMST TE ZULLEN BESCHERMEN

3.1 HET STELSEL BEWAKEN EN BEVEILIGEN

Inleiding

Ondanks dat getuigenbescherming over het algemeen wordt beschouwd als een *specialis* van persoonsbeveiliging, en de wijze waarop getuigenbescherming plaatsheeft in Nederland dus niet los kan worden gezien van de overige beschermingsmaatregelen die de Nederlandse Staat ten behoeve van in Nederland verblijvende personen of objecten kan uitvoeren, valt bij bestudering van de totstandkoming van de beide vormen van bescherming op dat het Stelsel bewaken en beveiligen enerzijds en de getuigenbescherming anderzijds zich min of meer los van elkaar hebben ontwikkeld. Dat is een opvallend gegeven. Het feit dat getuigenbescherming een heel andere manier van werken zou vergen dan bij de beveiliging van bijvoorbeeld politici of leden van het Koninklijk Huis wordt als verklaring genoemd, maar dat geldt in feite alleen voor de meest verregaande vorm van getuigenbescherming, waarbij een getuige al dan niet met een nieuwe identiteit in het buitenland wordt ondergebracht. De meer algemene beveiligingsmaatregelen zijn voor getuigen wel degelijk op zijn minst vergelijkbaar met de beveiligingsmaatregelen die andere bedreigde personen of personen die risico lopen ten deel kunnen vallen. Dat is dus geen overtuigend argument. Verder wordt ter verklaring van de verschillende stelsels gewezen op het feit dat het doel van getuigenbescherming zijn oorsprong vindt in de vervolging van bepaalde verdachten en dus voornamelijk in het strafrechtelijke domein gesitueerd is, terwijl het doel van persoonsbeveiliging binnen het Stelsel bewaken en beveiligen in het bredere kader van het beschermen van voor de democratische rechtsstaat belangrijke functionarissen en objecten en bij het handhaven van de openbare orde ligt. Ook dit verschil maakt echter niet dat de redenen om te beveiligen (de dreiging richting een persoon, wat daar ook de achtergrond van moge zijn) en de wijze waarop dat dient te gebeuren per definitie erg uiteen lopen. Hoewel beide argumenten tot op zekere hoogte best valide zijn, blijft het dus een opmerkelijk gegeven dat deze beide vormen van staatsoptreden die op zijn minst met elkaar verband houden en die in ieder geval tot voor kort voor het overgrote deel werden uitgevoerd door één en dezelfde organisatie, het KLPD, al die jaren ogenschijnlijk los van elkaar zijn benaderd. Het is voor een goed begrip van de totstandkoming en uitvoering van getuigenbescherming juist zinvol deze wel in het grotere verband van persoonsbeveiliging door de Staat te beschouwen en dus ook de algemene persoonsbeveiliging in kaart te brengen. Zou er immers al sprake zijn van appels en peren en niet gewoon van verschillende appels (of peren), dan behoren die appels en peren nog altijd tot dezelfde familie en kan het de analyse ten goede

komen die familie als geheel te bezien ten behoeve van de interpretatie van bepaalde onderdelen.²⁴⁷

3.1.1 *De moord op Fortuyn en de Commissie Van den Haak*

Alles verandert

Het huidige stelsel van bewaken en beveiligen vindt zijn oorsprong in de tragische moord op Pim Fortuyn op 6 mei 2002. Voorafgaand aan die moord had de door de overheid verzorgde beveiliging van personen die gevaar liepen, plaats gehad aan de hand van diverse ministeriële richtlijnen en circulaires, met als laatste de Circulaire Bewakings- en beveiligingsaangelegenheden van 11 juni 1999. Deze was door de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en Justitie verzonden aan de commissarissen van de koningin, de burgemeesters, de procureurs-generaal en de hoofdofficieren van Justitie, en zag op “de procedurele en inhoudelijke aspecten van bewaking en beveiliging van bijzondere personen en objecten waarvoor de overheid een verantwoordelijkheid heeft.” De zorg voor de veiligheid was op grond van art. 2 Politiewet 1993 primair de taak van de (regionale) politie, die daartoe onder het gezag stond van de burgemeester en de officier van justitie. Onder bijzondere omstandigheden hadden de Ministers van Justitie en BZK bijzondere verantwoordelijkheden voor de veiligheid van specifieke personen of objecten. Zij konden daartoe gebruik maken van de Dienst Koninklijke en Diplomatieke Beveiliging (DKDB) van het KLPD en van de Koninklijke Marechaussee (KMAR). Van een gestructureerde of geüniformeerde werkwijze was, met uitzondering van de beveiliging van de leden van het koninklijk huis, geen sprake. Naar aanleiding van de aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001 was reeds een begin gemaakt met een heroverweging van het veiligheidsbeleid op centraal niveau. Al vóór de moord op Fortuyn was op 15 april 2002 een projectplan vastgesteld om de werkwijze rond bewaken en beveiligen te herzien.²⁴⁸ Door de moord en de schok die dit in de samenleving en de politiek teweeg bracht, kwam dit proces in een stroomversnelling en al op de avond van 6 mei 2002 werd na een ministerieel overleg tussen de Minister-president, de Minister van Justitie en de Minister van BZK een diepgaand onderzoek naar de feitelijke gang van zaken rond de beveiliging van Fortuyn en naar het beveiligingsstelsel in het algemeen aangekondigd. Een week later werd een Parlementaire Enquêtecommissie in het leven geroepen die het onderzoek zou gaan uitvoeren.²⁴⁹ Het uitvoerige rapport van deze

247 Of persoonsbeveiliging nu als de familie moet worden gezien en getuigenbescherming daar een onderdeel van uitmaakt, of dat persoonsbeveiliging en getuigenbescherming beiden onderdelen zijn van dezelfde familie die bescherming van staatswege genoemd zou kunnen worden, laat ik verder in het midden. Appels en peren vallen – voor juristen wellicht enigszins verrassend – overigens beiden onder de rozen (*Rosaceae*), een grote familie van tweezaadlobbige planten met duizenden soorten en 100 tot 120 geslachten. Zij zijn behalve met elkaar (en met de roos) nauw verwant met de aardbei, de braam en de leisterbes.

248 Rob de Wijk 2012, p. 8.

249 Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Justitie van 14 mei 2002, Kamerstukken II 2001-2002, 28374, nr. 1.

“Commissie Feitenonderzoek Veiligheid en Beveiliging Pim Fortuyn”, ook wel naar diens voorzitter de Commissie Van den Haak genoemd, heeft de grondslag gevormd voor het Stelsel van bewaken en beveiligen zoals dat in de jaren daarna is vormgegeven.²⁵⁰

De Commissie houdt het tempo er goed in en op 17 december 2002 sturen de Ministers Remkes en Donner het lijvige eindrapport naar de Tweede Kamer.²⁵¹ De Commissie overweegt dat het op dat moment geldende beveiligingsstelsel en de gang van zaken rondom de beveiliging van Fortuyn niet los kunnen worden gezien van de historische context en de totstandkoming van dat beveiligingsstelsel. Het eerste deel van het rapport wordt dan ook geheel besteed aan een historische schets van het stelsel, waarbij de organisatie van de politie, de grondslag van de beveiligingstaken, de gezagstructuur, de positie van de Ministers van Binnenlandse Zaken en van Justitie, de positie van het Openbaar Ministerie, de rol van de diverse ambtelijke organisaties en overlegorganen, allen uitgebreid de revue passeren. De Commissie beschrijft het ontstaan van het beveiligingsstelsel vanaf de jaren zeventig en behandelt de diverse richtlijnen en circulaire die elkaar in de loop van de jaren tachtig en negentig opvolgden. Daaruit blijkt, dat bescherming door de Rijksoverheid in die verschillende richtlijnen en circulaire in eerste instantie of zelfs uitsluitend zag op de bescherming van het diplomatieke verkeer tegen terrorisme en andere vormen van politiek geweld. Alle andere vormen van beveiliging vonden plaats op regionaal niveau, onder gezag van de burgemeester en de officier van justitie. De Rijksoverheid kwam pas in beeld, wanneer sprake was van een concrete dreiging in de richting van personen voor wie de overheid meende een “bijzondere verantwoordelijkheid” te hebben. In de – vertrouwelijke – circulaire werd relatief veel aandacht geschonken aan de aanwijzing van personen die voor persoonsbeveiliging in aanmerking zouden kunnen komen, maar weinig aan de uitvoering van die beveiliging.²⁵² Dat gold ook voor de ten tijde van de moord op Fortuyn geldende Circulaire 1999, die in het vierde hoofdstuk van het rapport van de Commissie nauwgezet wordt geanalyseerd. Nu die Circulaire van kracht was ten tijde van de behandeling van de Wet Toezeggingen aan Getuigen, en daarmee mogelijk of zelfs waarschijnlijk een rol heeft gespeeld bij het beeld dat de Tweede Kamer had bij getuigenbescherming als vorm van persoonsbeveiliging, en nu de kritiek van de Commissie op deze laatste Circulaire leidde tot de aanbevelingen die de grondslag hebben gevormd voor het nieuwe Stelsel bewaken

250 Net als in de vorige hoofdstukken bij de Commissie Van Traa zal de Commissie Van den Haak in dit hoofdstuk ‘de Commissie’ worden genoemd wanneer voldoende uit de context volgt dat bedoeld wordt op de commissie Van den Haak.

251 Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Justitie van 17 december 2002, Kamerstukken II 2001-2002, 28374, nr. 12. In de brief wordt gesteld dat de Commissie op die dag, 17 december 2002, haar bevindingen heeft gepresenteerd en dat het kabinet op de meest korte termijn daarover een standpunt zal innemen. Dat moet kennelijk letterlijk worden genomen: het uitvoerige kabinetsstandpunt waarin een reactie op het rapport en de daarin opgenomen aanbevelingen wordt gegeven, is eveneens gedateerd op 17 december 2002. De reactie wordt in paragraaf 3.1.2 besproken.

252 Rapport Commissie Van den Haak, p. 67.

en beveiligen, zullen de belangrijkste kanttekeningen die de Commissie bij deze Circulaire heeft geplaatst kort aan de orde worden gesteld.²⁵³

De Circulaire 1999

Ook voor deze Circulaire 1999 geldt dat bij persoonsbeveiliging met name gedacht lijkt te zijn vanuit het raamwerk van de verantwoordelijkheid van de Nederlandse overheid voor buitenlandse (politieke of diplomatieke) bezoekers. Wat Nederlandse personen betreft, worden twee categorieën onderscheiden. Behalve leden van het Koninklijk Huis en militairen, die onder de verantwoordelijkheid van respectievelijk de DKDB en het ministerie van Defensie vallen en die hier verder buiten bespreking zullen blijven, betreft het Nederlandse bewindslieden en Kamerleden. De laatsten worden echter niet onderscheiden als een aparte algemene categorie van personen die beveiliging behoeven, maar slechts genoemd als voorbeeld van functionarissen die voor persoonsbeveiliging in aanmerking zouden kunnen komen. Bovendien worden de bewindspersonen wel, maar de Kamerleden niet expliciet genoemd als personen waarvoor de Minister van Binnenlandse Zaken verantwoordelijk is wanneer hun veiligheid in het geding is. Het gevolg daarvan is dat de positie van die Kamerleden niet helder is. Dit geldt eens te meer voor personen als Fortuyn die nog geen Kamerlid of bewindspersoon zijn, maar dat wel willen worden.²⁵⁴ Weliswaar zouden zij wellicht kunnen vallen onder de term “bijzondere personen” waarop de Circulaire blijkens de inleiding ziet, maar een nadere definiëring of duiding van wie die bijzondere personen zouden zijn of onder welke omstandigheid iemand als bijzonder kan worden aangemerkt, ontbreekt. Uit de verhoren van verschillende topambtenaren die bij de beveiliging betrokken waren, blijkt dat met name moest worden gedacht aan personen die op nationaal niveau een publieke functie vervulden, en die werden geconfronteerd met een bedreiging van buitenaf. Door diezelfde ambtenaren wordt overigens benadrukt dat aan de status van “bijzonder persoon” geen rechten konden worden ontleend, anders dan het recht dat naar de veiligheid van zo iemand gekeken zou worden. Beveiliging of bewaking hing altijd af van de evaluatie van bedreiging en “als iemand denkt dat hij daar rechten aan kan ontleen, zal hij nooit tevreden zijn met de beslissing.”²⁵⁵

253 Het is verleidelijk om ook de historische schets die de Commissie van de persoonsbeveiliging in Nederland geeft te bespreken, maar dat zou het kader van het onderzoek in dit proefschrift te buiten gaan. Bovendien heeft de Commissie dit zodanig uitvoerig in kaart gebracht dat een samenvatting al snel een slap aftreksel zou opleveren van het tweede en derde hoofdstuk van het rapport.

254 Rapport Commissie Van den Haak p. 74.

255 Uit het verslag van het gesprek met C. Dessens d.d. 27 juni 2002, aangehaald in het rapport van de Commissie, p. 76. Het is overigens confronterend om te constateren hoezeer de gang van zaken rondom persoonsbeveiliging en het denken over veiligheid in Nederland in een periode van slechts 10 jaar zijn gewijzigd. Anekdoten zoals die van premier Kok waaruit blijkt dat hij gedurende zijn gehele premierschap slechts bij hoge uitzondering daadwerkelijk fysieke bescherming ontving, lijken vanuit het huidige perspectief en de extreme en langdurige beveiliging die bijvoorbeeld Wilders ten deel valt in een ver verleden thuis te horen, in plaats van in de recente geschiedenis. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de moord op Fortuyn door historici als het begin van een nieuw tijdperk wordt gezien (o.a. Rob de Wijk 2012, p. 6).

De Circulaire 1999 nam net als diens voorgangers (en opvolgers) de eigen verantwoordelijkheid om risico's te beperken en indien nodig beschermingsmaatregelen te treffen tot uitgangspunt. Daarnaast was onder omstandigheden sprake van een verantwoordelijkheid van een bedrijf of instantie voor de eigen leidinggevenden, woordvoerders of medewerkers. Wanneer de dreiging die eigen verantwoordelijkheid te boven ging, diende in eerste instantie een beroep te worden gedaan op de politie, die op regionaal niveau voor het waarborgen van de veiligheid van eenieder zorg diende te dragen. Afhankelijk van de vraag of de dreiging zag op de openbare orde of op de handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde, stond de beveiliging onder gezag van de burgemeester of van de officier van justitie. Nu deze begrippen elkaar al snel overlappen en een schending van de openbare orde vrijwel per definitie een reactie ter handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde oplevert, werd persoonsbeveiliging over het algemeen in de lokale driehoek (burgemeester, politie en Openbaar Ministerie) gerealiseerd. De stap naar de plaatselijke politie werd als een eerste maar cruciale stap in de besluitvorming omtrent persoonsbeveiliging gezien. Daar lag volgens de diverse gehoorde functionarissen bij uitstek de eigen verantwoordelijkheid van de burger.²⁵⁶

Versnippering

Het rapport staat vervolgens in paragraaf 4.5 uitgebreid stil bij de besluitvorming die vooraf ging aan toewijzing van persoonsbeveiliging. Met enig gevoel voor understatement kan worden gesteld dat sprake is van een complexe procedure, waarin diverse diensten en ambtelijke overlegorganen, allen met een eigen afkorting, betrokken waren.²⁵⁷ In beginsel worden de te nemen maatregelen getroffen naar aanleiding van dreigingsanalyses die worden aangeleverd door de Centrale Recherche Informatie (CRI) van het KLPD, de Militaire Inlichtingendienst (MID) en de Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD). Deze analyses worden besproken in de Technische Evaluatiecommissie (TEC), die onder voorzitterschap staat van het Nationaal Coördinatiecentrum (NCC). Verder hebben de Ministeries van Justitie, BZK en Defensie zitting in de TEC, ondersteund door het KLPD, de BVD en de MID. De TEC doet voorstellen aan de Grote Evaluatiedriehoek (GED), waarin zitting hebben: de Directeur-Generaal Openbare Orde en Veiligheid van het ministerie van BZK (dgOOV) de Directeur-Generaal Rechtshandhaving van het ministerie van Justitie (dgRH) en de directeur beveiliging van de BVD (geen afkorting

²⁵⁶ Rapport Commissie Van den Haak p. 82.

²⁵⁷ De materie van de persoonsbeveiliging kenmerkt zich in zijn algemeenheid door het veelvuldig gebruik van afkortingen. Het feit dat deze in de loop der tijd ook nog eens regelmatig wijzigen, maakt bestudering van de materie geen sinecure. Zo wordt in het rapport uitvoerig gesproken over de rol van het Nationaal Coördinatiecentrum, het NCC. In het kabinetsstandpunt van 17 december 2002 wordt die rol grotendeels overgenomen door de nieuw in te voeren Nationale Coördinator Bewaking en beveiliging NCB, niet te verwarren met de afkorting voor Nucleaire Biologische en Chemische wapens, NBC. Wellicht om die verwarring te voorkomen wordt de Nationaal Coördinator in de Nota van het Nieuwe stelsel bewaken en beveiligen van 20 juni 2003 niet langer als NCB maar als NCBB aangemerkt. Als gevolg van de verdere aanscherping van het beveiligingsbeleid met het oog op terrorismebestrijding, wordt deze functionaris vervolgens ondergebracht bij de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding (NCTb, inmiddels veranderd in Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid NCTV) en voert vanaf dat moment de naam Coördinator Bewaking en Beveiliging (CBB).

bekend). Wordt besloten tot beveiligingsmaatregelen, dan wordt dit door tussenkomst van het NCC ter kennis gebracht van de betrokken burgemeesters en regionale politiekorpsen. De uitvoering van de maatregelen die worden geadviseerd kunnen tot slot worden besproken in de Technische Uitvoeringscommissie (TUC), waarin de Ministeries van BZK, Justitie, Defensie en Buitenlandse Zaken zijn vertegenwoordigd, net als de belangrijkste uitvoerende diensten: de Dienst Koninklijke en Diplomatieke Beveiliging (DKDB),²⁵⁸ de Brigade Speciale Beveiligingsopdrachten (BSB) van het KLPD en de KMAR.

Met name doordat de verschillende diensten niet primair waren ingericht voor het aanleveren van informatie ten behoeve van persoonsbeveiliging was de kwaliteit van de aangeleverde informatie op zijn zachtst gezegd wisselend. De BVD was in eerste instantie gericht op politiek-maatschappelijke ontwikkelingen die risicovol werden geacht, waarmee blijkens het jaarverslag 2001 met name “tegenkrachten bij integratie, tal van vormen van buitenlands terrorisme, uitingen van politiek gewelddadig activisme in eigen land en ongewenste bemoeienis van vreemde mogendheden” werden bedoeld.²⁵⁹ Op het moment dat de TEC een verzoek deed een dreigingsanalyse te maken, werd door de BVD in feite alleen bestaande informatie nagetrokken. Hetzelfde gold in grote lijnen voor het KLPD, waar de Unit Terreurbestrijding en Bijzondere Taken (UTBT) informatie aanleverde. Zoals de naam al doet vermoeden, richtte ook deze unit zich met name op “terrorisbestrijding en politiek gewelddadige activisten.” De belangrijkste bron van informatie van de UTBT waren opsporingsonderzoeken en andere politieke informatiebronnen. Het onderzoek naar een verzoek tot een dreigingsanalyse kwam er echter hoofdzakelijk op neer dat het eigen journaalsysteem werd geraadpleegd, zonder dat in de bestaande landelijke systemen van de Criminele Inlichtingendiensten of van de Herkenningsdiensten (HKS) kon worden gekeken, of dat een zoekslag kon worden verricht in open bronnen zoals de databanken van de media. De vraag om een dreigingsanalyse werd door het UTBT dan ook gewoonlijk met “geen informatie” beantwoord. Van een daadwerkelijke dreigingsanalyse als bedoeld in de Circulaire 1999 was geen sprake. De regionale politiekorpsen speelden nauwelijks een rol bij de informatievoorziening voor dreigingsanalyses voorafgaand aan de totstandkoming van beslissingen om iets of iemand al dan niet te beveiligen. Zij worden in de Circulaire 1999 in het geheel niet genoemd en konden in de praktijk ook geen rechtstreekse contacten onderhouden met de TEC en de GED. Weliswaar was er via de regionale inrichtingendiensten sprake van informatie-uitwisseling met de BVD, maar tussen het KLPD en de regionale korpsen was zeker geen sprake van een efficiënte informatiestroom. De Commissie concludeert dat wanneer het informatiesysteem van “de Nederlandse politie niet van bovenaf of van onderop speciaal wordt

258 De DKDB is een onderdeel van het KLPD, ontstaan uit de samenvoeging van de Veiligheidsdienst Koninklijk Huis en de Dienst Persoonsbeveiliging en bestaat uit drie operationele afdelingen: Koninklijke Beveiliging, Diplomatieke Beveiliging en Operationele Ondersteuning. “Hun naamgeving laat geen misverstand verstaan over hun herkomst,” aldus de Commissie (p. 94).

259 Rapport Commissie Van den Haak, p. 88.

geactiveerd, het niet, of niet goed, werkt. Men mag er in de TEC of de GED dus ook niet op blindvaren.”²⁶⁰

Tot slot is er de uitvoering van de persoonsbeveiliging. In het licht van het voorgaande kan allereerst worden getwijfeld aan de efficiënte uitoefening van beveiligingsactiviteiten door regionale korpsen buiten het domein van de rijksoverheid, zoals dat wordt beschreven in de Circulaire 1999. Het zal immers duidelijk zijn dat de aanlevering van informatie die noodzakelijk is voor een (goede) dreigingsanalyse daar nog problematischer verliep dan op het niveau van de rijksoverheid het geval was. De korpsleidingen hebben in hun verhoren bij de Commissie in grote lijnen dan ook erkend dat persoonsbeveiliging geen specialisme van de regionale korpsen was en dat daar geen analisten aanwezig waren die voldoende waren geschoold in de evaluatie van bedreigingen. Binnen het domein van de rijksoverheid werd de persoonsbeveiliging ook niet door regionale korpsen uitgevoerd, maar met name door de DKDB, die over het algemeen door de GED gevraagd werden de beveiligingsopdrachten uit te voeren. Opmerkelijk genoeg maakte de DKDB daarbij vervolgens zelf opnieuw dreigingsanalyses of risicoanalyses en werden de via de TEC aan de GED aangevoerde dreigingsanalyses dus niet aan de DKDB verstrekt.²⁶¹ De gedachte achter het op deze wijze scheiden van analyse en uitvoering, was dat de Minister zijn afweging niet mede afhankelijk wilde laten zijn van operationele capaciteit of operationele elementen, maar het blijft ook in de visie van de Commissie “op zijn zachtst gezegd merkwaardig dat de informatie die heeft geleid tot de beslissing om iemand persoonsbeveiliging te geven niet wordt gedeeld met degenen die deze vorm van beveiliging moeten uitvoeren.” Nu alle betrokken instanties relatief zelfstandig ten opzichte van elkaar opereren, leidt dit ertoe dat de conclusie over het functioneren van de persoonsbeveiliging tamelijk ontlusterend is: “zo kan het voorkomen dat de uitwisseling van informatie naar beveiligde personen toe bepaald niet vlekkeloos verloopt omdat het op dit punt ontbreekt aan coördinatie tussen alle betrokken partijen: de TEC en GED, de BVD en het KLPD, de beveiligingsdiensten van de departementen en de Kamer, etcetera. Zij hebben dikwijls allemaal ‘hun eigen lijntje’ met de betrokkene. Dat die dan soms niet meer begrijpt wat en waarom (niet) gebeurt zal niemand verwonderen.”²⁶²

De Commissie sluit de bespreking van de Circulaire 1999 af met het formuleren van de vijf belangrijkste knelpunten. Het eerste betreft het moment waarop de overheid verantwoordelijk wordt voor de veiligheid van de burger: dat moment ontstaat wanneer die burger zich meldt bij de politie en te kennen geeft bescherming te behoeven, maar er zijn geen criteria om te bepalen wanneer die burger aanspraak kan maken op enigerlei vorm van beveiliging. Het tweede knelpunt betreft de bijzondere verantwoordelijkheid

²⁶⁰ Idem, p. 92.

²⁶¹ Nu de DKDB net als de UBTB onder het KLPD viel zou verwacht worden dat voor zo ver de UBTB informatie aan de TEC had aangeleverd, deze ook wel bij de DKDB terecht zou komen, maar daarover zegt het rapport niets. Mogelijk hangt dit samen met het feit dat de UBTB als gezegd in de praktijk nauwelijks informatie kon aanleveren.

²⁶² Rapport Commissie Van den Haak, p. 95-96.

die onder omstandigheden bovenop de algemene verantwoordelijkheid van de overheid bestaat voor bijzondere categorieën van personen. Dat bewindslieden onder bepaalde omstandigheden binnen die categorie vallen is duidelijk, maar voor wie dat eveneens zou kunnen gelden is een stuk minder helder. Als derde knelpunt is er de Ministeriële verantwoordelijkheid: binnen de GED spelen de Ministers van BZK en Justitie slechts een ondersteunende en coördinerende rol, terwijl de Minister van Justitie verantwoordelijk is voor de uitvoering van persoonsbeveiliging wanneer dit door het KLPD gebeurt, en de Minister van BZK eindverantwoordelijk is wanneer de persoonsbeveiliging wordt uitgevoerd door de regionale politie, althans voor zover dit onder gezag van de burgemeester en niet van de officier van justitie plaatsheeft. Het vierde knelpunt betreft de kwaliteit en samenhang van de informatiehuishouding, en als vijfde en laatste punt concludeert de Commissie dat de verschillende dreigingsniveau's die in de Circulaire 1999 worden onderscheiden wellicht voldoen voor terrorismebestrijding, maar onvoldoende zijn ingesteld op de risico's waaraan burgers en in het bijzonder ambtsdragers zijn blootgesteld. In aansluiting op deze knelpunten identificeert de Commissie twee centrale thema's. Het eerste luidt dat de grenzen tussen het lokale domein, waar bescherming plaatsheeft op grond van de algemene politietaak, en het rijksdomein, waar een bijzondere verantwoordelijkheid bestaat voor een kleine groep personen, onduidelijk zijn getrokken. Het tweede thema betreft het concept persoonsbeveiliging zelf: het is onduidelijk wat daar precies mee wordt bedoeld, hoe ver de informatieverzameling en risicoanalyse in het kader van persoonsbeveiliging mogen of moeten gaan, welke bijzondere opsporingsactiviteiten ten behoeve van persoonsbeveiliging verricht mogen worden, etcetera. Doordat noch de BVD noch de UTBT voldoende geëquipeerd zijn om de voor persoonsbeveiliging relevante informatie aan te leveren, concludeert de Commissie dat onder de huidige omstandigheden de 'beslissingen om iemand wel of geen persoonsbeveiliging te geven niet altijd op de beste inzichten en gegevens berusten'.²⁶³

In de uitvoerige beschrijving van de werking van de Circulaire 1999 waarvan hier een zo beknopt als mogelijke samenvatting is gegeven, is er één grote afwezige: het Openbaar Ministerie. Weliswaar is de officier van justitie aangewezen als bevoegd gezag op regionaal niveau wanneer het afwenden van de dreiging binnen de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde valt, maar op het niveau van de rijksoverheid speelt het Openbaar Ministerie geen enkele rol. Dat lijkt wellicht opmerkelijker dan het is: de belangrijkste reden voor de afwezigheid van het Openbaar Ministerie is namelijk dat het beveiligingsbeleid in de strafrechtspleging een eigen regeling kende, te weten de "Regeling van de Minister van Justitie inzake het optreden bij dreiging tegen personen die een openbaar ambt vervullen dat is gerelateerd aan de strafrechtspleging."²⁶⁴ Die regeling ziet op gevallen van dreiging tegen leden van de rechterlijke macht en leden van het Openbaar Ministerie en tegen "anderen die een openbaar ambt bekleden dat is gerelateerd aan de strafrechtspleging." De regeling ziet in beginsel niet op politiefunctionarissen, die geacht werden voldoende bescherming te kunnen verkrijgen van de eigen organisatie.

263 Idem, p. 100.

264 In werking getreden op 1 januari 1999 en vervangen door de Aanwijzing beveiliging van personen 2005.

Behalve dat daarmee een tamelijk heldere afkadering van de reikwijdte van de regeling was vastgelegd, wordt bovendien anders dan in de Circulaire 1999 wél gedefinieerd wat onder een dreiging als bedoeld in de regeling moest worden verstaan: hiervan is sprake wanneer de dreiging van de functionaris een gevolg is van de uitoefening van diens openbare ambt, de betrokkene door de dreiging daadwerkelijk ernstig wordt of kan worden belemmerd in diens ambtelijk functioneren, en de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen niet door het betreffende regiokorps getroffen kunnen worden.²⁶⁵ Daarnaast is de procedure die moest worden gevolgd helder neergelegd: de melding wordt gedaan bij de Hoofdofficier van justitie, die licht de landelijke terreur-officier van justitie in, en deze informeert en adviseert het College van Procureurs-Generaal. Wanneer het College meent dat beveiligingsmaatregelen moeten worden getroffen, wordt door de UBTB zowel een dreigingsanalyse gemaakt als een advies gegeven over de te nemen maatregelen. De gegevens worden vervolgens besproken door de landelijke terreur-officier, de betrokken Hoofdofficier van justitie, en een ambtenaar van het Ministerie van Justitie, die een advies opstellen dat via het College van Procureurs-Generaal aan de Minister wordt uitgebracht. Deze brengt zijn collega van Binnenlandse Zaken op de hoogte en informeert de leden van de TEC en de GED, maar beslist zelfstandig. De eerste maatregelen ter afwending van het gevaar dienen te worden uitgevoerd door het regiokorps, terwijl de fysieke beveiliging of persoonsbescherming wordt uitgevoerd door de DKDB of een andere dienst van het KLPD, de Dienst Technologie en Operationele Ondersteuning (DToo, met name in geval van objectbeveiliging). Al met al een heldere en efficiënte procedure, waartegen de in de Circulaire 1999 neergelegde regeling des te chaotischer en bureaucratischer afstak. Het zal het oordeel van de Commissie over die Circulaire of de wijze waarop deze ten uitvoer werd gelegd, er niet milder op hebben gemaakt.

Harde kritiek

Nadat de Commissie een nogal verontrustend beeld heeft geschetst van de inefficiënte en ontoereikende wijze waarop persoonsbeveiliging op dat moment in Nederland is georganiseerd, wordt de gang van zaken rond Fortuyn minutieus in kaart gebracht. Hoewel de conclusie luidt dat naar de toenmalige stand van de regelgeving de betrokken functionarissen geen grote fouten hadden gemaakt, en het feit dat Fortuyn zelf weinig genege was persoonsbeveiliging te ondergaan eveneens een rol had gespeeld bij de gang van zaken, zal het weinig verbazing wekken dat de Commissie in diens afsluitende aanbevelingen weinig ziet in een partiële herziening van de Circulaire 1999. Naar het oordeel van de Commissie behoeft het stelsel als geheel verbetering en dient een nieuwe, meer overzichtelijke regeling te worden neergelegd die de verantwoordelijkheden, organisatie en inhoudelijke grondslag van persoonsbeveiliging adequaat en duidelijk regelt. Het uitgangspunt dient daarbij volgens de Commissie onverminderd te zijn dat burgers zelf in eerste instantie verantwoordelijk zijn voor hun veiligheid en daartoe geëigende maatregelen dienen te nemen. Op het moment dat de aantasting van de veiligheid zulke gewelddadige vormen dreigt aan te nemen dat burgers daar niet zelfstandig weerstand meer tegen kunnen bieden, mogen zij echter van de overheid verwachten dat deze hen

²⁶⁵ Regeling als geciteerd in Rapport Commissie Van den Haak, p. 103.

te hulp komt. Daarbij moet de gang van zaken voor iedereen kenbaar en begrijpelijk zijn en zodanig te worden ingericht dat de burger mede verantwoordelijk blijft voor wat er gebeurt. De Commissie beveelt aan om persoonsbeveiliging via de Politiewet te situeren in de algemene taken en organisatie van de politie, en in een ministeriële richtlijn de regelgeving neer te leggen op het moment dat professionele voorzieningen moeten worden getroffen voor de aanpak van problemen in de nationale sfeer. Ten behoeve van de laatste wordt geadviseerd een landelijke beveiligingscoördinator aan te stellen, die de TEC en TUC vervangt. Deze landelijke beveiligingscoördinator zou de beslissingen die in de GED onder eindverantwoordelijkheid van de Ministers van BZK en Justitie moeten worden genomen, moeten voorbereiden en uitvoeren. Daartoe moet een zo duidelijk mogelijke markering van de categorieën van personen waarvoor de Rijksoverheid een bijzondere verantwoordelijkheid draagt worden gegeven. Met name dient te worden gedacht aan ‘ambtsdragers die als het ware de personificatie van de democratische rechtsstaat vormen’, waarbij in eerste instantie wordt gedoeld op Kamerleden, bewindslieden en leden van het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht. Ook bepaalde categorieën van ambtenaren dienen naar het oordeel van de Commissie tot die groep van bijzondere personen te kunnen worden gerekend en wellicht dat zelfs medewerkers van vitale bedrijven binnen het bereik van de GED moeten kunnen worden gebracht. Als laatste introduceert de Commissie een restcategorie van personen die om welke reden dan ook niet afdoende beveiligd kunnen worden door de regionale korpsen: ook zij dienen in uitzonderingsgevallen door de rijksoverheid te worden beveiligd. Iedereen die buiten deze drie categorieën valt, wordt niet op het niveau van de Rijksoverheid beveiligd, maar dient zich in geval van dreiging te wenden tot het lokale gezag in de vorm van de burgemeester of de (hoofd)officier van justitie.

Tot slot overweegt de Commissie dat er dringend behoefte is aan professionalisering van de analyse en evaluatie van bedreigingen bij zowel regionale als nationale politiekorpsen. Behalve de dreigingsanalyse wordt ‘met kracht’ het instrument van de risicoanalyse aanbevolen, waarmee wordt bedoeld dat voor bepaalde categorieën van personen niet langer met beveiliging dient te worden gewacht totdat er daadwerkelijk sprake is van een dreiging. Met behulp van een risicoanalyse kan men dat moment vóór zijn en kan beveiligingsbeleid worden ontwikkeld dat een bepaalde dreiging kan keren of zelfs kan wegnemen. Daartoe zou overwogen moeten worden om voor een kleine kring van personen een systeem van *protective intelligence* op te zetten, de in de Verenigde Staten gebruikelijke werkwijze waarbij mogelijke dreiging van de te beveiligen personen continue en actief wordt opgespoord door de beveiligingsdiensten, die daartoe dus ook diverse opsporingsbevoegdheden hebben. Kort en goed: het bestaande stelsel moet worden geïntegreerd, geprofessionaliseerd en gemoderniseerd. “Alles kan écht niet bij het oude blijven.”²⁶⁶

266 Rapport Commissie Van den Haak, p. 367.

3.1.2 Naar een nieuw Stelsel bewaken en beveiligen

Brief van de Ministers van 17 december 2002

Of het nu komt door de nog altijd zeer grote (politieke) gevoeligheid van de moord op Fortuyn of door de alarmerende toon van de Commissie: de regering levert de opmerkelijke prestatie om op dezelfde dag dat het rapport door de Commissie is gepresenteerd, een reactie van twintig pagina's op het rapport te leveren waarin de aanzet wordt gegeven tot de geadviseerde herziening van het beveiligingsstelsel.²⁶⁷ De regering stelt in die reactie met waardering te hebben kennis genomen van het rapport, de analyse van het stelsel te delen en de noodzaak tot wijziging van de toepassingspraktijk van persoonsbeveiliging te onderschrijven. Er wordt terstond overgegaan tot de door de Commissie aanbevolen aanstelling van een landelijk coördinator, de Nationaal Coördinator Bewaking en beveiliging (NCB).²⁶⁸ Deze dient een integraal bewakings- en beveiligingsbeleid te entameren, en er zorg voor te dragen dat de verschillende diensten de noodzakelijke informatie en analyses aanleveren aan de nieuwe GED. Tevens zal de nationaal coördinator toezicht houden op de uitvoering van de beveiligingstaken en de werkzaamheden van de TEC en de TUC overnemen, welke laatsten in overeenstemming met de aanbeveling van de Commissie zullen verdwijnen. In het licht van de verkiezingscampagne die voor de deur staat, zijn aan de lijsttrekkers van alle politieke partijen alsmede aan de bewindspersonen, voorzitters van de fracties en voorzitters van de beide kamers aangescherpte beveiligingsmogelijkheden aangeboden. Ook voor overige kandidaat-Kamerleden zal worden nagegaan of beveiliging geïndiceerd is. De landelijke informatiehuishouding en communicatie tussen de verschillende diensten dienen te worden verbeterd. Tot zo ver geheel in lijn met de aanbevelingen van de Commissie, maar op het gebied van de uitvoering van beveiligingsmaatregelen gaat het kabinet minder ver: het doen van proactief onderzoek naar de veiligheid van personen door inlichtingendiensten en de inzet van bijzondere opsporingsmethoden worden een brug te ver geacht. De mogelijkheden die de AIVD en de KLPD / UTBT ten dienste staan, dienen beperkt te blijven tot hun respectievelijke taakstellingen, het voortbestaan van de democratische rechtsorde en de bestrijding van aan terrorisme gerelateerde activiteiten. Los van het feit dat wordt betwijfeld of *protective intelligence* uiteindelijk dodelijke aanslagen kan voorkomen, oordeelt de regering dat de omvang van het op de privacy van een te beschermen persoon en van derden inbreuk makende onderzoek zodanig groot kan worden, dat de grenzen van wat wenselijk is binnen een democratische rechtsstaat worden bereikt. Anders gezegd, enerzijds zouden veiligheidsdiensten onderzoek moeten gaan doen naar een eindeloze reeks potentiële dreigingen en gevaren met het verregaand indringen in de persoonlijke levenssfeer van mogelijke bedreigers én de bedreigde tot gevolg, terwijl anderzijds het risico op een aanslag, met name door de later zo bekend geworden *lone wolf*, daardoor

267 Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Justitie van 17 december 2002, Kamerstukken II 2001-2002, 28374, nr. 13.

268 Later NCBB en nog weer later en tot op heden CBB. Zie voetnoot 257.

niet wezenlijk kleiner wordt. ‘Uiteindelijk gaat het om de vraag in wat voor soort samenleving we willen leven’, aldus de regering.²⁶⁹

Wat de reikwijdte van het nieuwe systeem van beveiliging betreft gaat de regering dan weer een stap verder dan de Commissie. De regering stelt dat niet alleen het stelsel van persoonsbeveiliging maar het gehele systeem van beveiliging en bewaking van personen en objecten dient te worden heroverwogen. Daarbij introduceert de regering de terminologie die vanaf de brief van 17 december 2002 het onderscheid tussen het regionale niveau en het niveau van de Rijksoverheid zal duiden: het decentrale gezag enerzijds en het rijksdomein anderzijds. Dit onderscheid, en de onderlinge verhouding tussen deze begrippen, vormt het fundament waarop het Stelsel bewaken en beveiligen dat zich sindsdien heeft ontwikkeld en zoals dat thans functioneert, rust. Er zou kunnen worden gesproken van een drietrapsraket: nog altijd is er allereerst de eigen verantwoordelijkheid van de burger; indien deze niet langer in staat is in zijn eigen veiligheid te voorzien, dient hij zich te wenden tot het decentrale gezag, welke als eerste verantwoordelijk is voor bewaking en beveiliging. Voor een beperkte groep van personen en objecten geldt als sluitstuk op dat model de verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid. Het decentrale gezag dient zelfstandig zorg te dragen voor informatievergaring, besluitvorming en uitvoering, maar kan indien nodig advies vragen aan de NCB. Wat de uitvoering betreft meent de regering dat de decentrale overheden in beginsel in staat moeten zijn dezelfde maatregelen te treffen als op landelijk niveau mogelijk is. Indien nodig kan de lokale politie op de gebruikelijke wijze om bijstand van bijvoorbeeld de KMAR of de BSB verzoeken, maar het verschil in beveiligingsmogelijkheden tussen het decentrale en nationale domein dat de Commissie constateerde, doet zich naar het oordeel van de regering in de praktijk niet voor.²⁷⁰ De regering zegt de decentrale overheden toe extra middelen ten behoeve van die uitvoeringstaak ter beschikking te zullen stellen. Voor het overheidsdomein wordt in aanvulling op de bestaande categorieën van personen en objecten die voor wat betreft bewaking of beveiliging onder de verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid vallen,²⁷¹ de mogelijkheid geschapen om nieuwe categorieën van personen en objecten aan het overheidsdomein toe te voegen. Dit wanneer sprake is van een persoon die op andere wijze een bijzondere democratische plicht of functie heeft die hij ongestoord moet kunnen uitvoeren of vervullen, of van een situatie waarin een ongewenste gebeurtenis disproportionele schade zou toebrengen aan het vertrouwen in de continuïteit en integriteit van de openbare sector.²⁷²

269 Brief van de ministers van 17 december 2002, p. 8.

270 Dit laatste zou, zoals we hierna zullen zien, een misvatting blijken te zijn.

271 Behalve buitenlandse personen, objecten en instellingen: Nederlandse personen en objecten ten aanzien waarvan de nationale of internationale democratische rechtsorde zou kunnen worden geschaad of zelfs de veiligheid van de Staat in het geding is, en personen werkzaam in de strafrechtspleging.

272 Brief van de ministers van 17 december 2002, p. 10.

De Nota van 20 juni 2003: centraal en decentraal

Na deze snelle reactie op het rapport van de Commissie Van den Haak blijft het wetgevingsproces, zeker vergeleken met de in het vorige hoofdstuk besproken gang van zaken bij de Wet toezeggingen aan getuigen, in een ongekend hoge versnelling staan. Reeds op 20 juni 2003 wordt in een Nota het nieuwe Stelsel bewaken en beveiligen aan de Tweede Kamer voorgelegd.²⁷³ In deze nota wordt in grote lijnen de blauwdruk neergelegd van het stelsel zoals dat nog steeds geldt. Opnieuw worden in de inleiding de fundamenteën van het nieuwe stelsel neergelegd: uitgangspunt is de eigen verantwoordelijkheid van de burger, daarna is op decentraal niveau de burgemeester het bevoegde gezag als het gaat om de openbare orde en de officier van justitie wanneer de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde in het geding is, terwijl slechts een specifiek bepaalde groep personen en objecten binnen de bijzondere verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid valt. In aanvulling op de brief van 17 december wordt bovendien de categorie diensten aan het stelsel toegevoegd, waarmee het eenvoudiger moet worden “om extra veiligheidsmaatregelen ter bescherming van bepaalde diensten en sectoren te duiden”, waarmee bijvoorbeeld gedacht wordt aan het transport van bepaalde gevaarlijke stoffen of van geld, of aan vitale infrastructuur zoals telecommunicatie en ICT.²⁷⁴ Wat het rijksdomein betreft is sprake van een negatief systeem: staat een persoon, object of dienst níét op de limitatieve lijst, dan valt deze dús binnen het decentrale domein. Opnieuw stelt de regering dat de beveiligingsmaatregelen die kunnen worden getroffen op beide niveaus gelijk zijn en dat het wat dat betreft dus niet uitmaakt of iemand door het regionale gezag of door de Rijksoverheid beveiligd wordt.

Binnen het decentrale domein heeft de politie de taak ‘in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag’ zorg te dragen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en hulp te verlenen wanneer dat nodig is. Daarmee wordt voor wat betreft het beschermen van personen dus aansluiting gezocht bij art. 2 Politiewet 1993.²⁷⁵ Aangezien in het Besluit Beheer regionale politiekorpsen staat opgenomen dat de regionale politiekorpsen kunnen beschikken over mobiele eenheden voor het bewaken en beveiligen van objecten, wordt aangenomen dat de bescherming van objecten daarmee ook tot de taakstelling van het regionale politiekorps behoort en dat er een wettelijke basis voor die taak voorhanden is.²⁷⁶ Nu de openbare ordehandhavingstaken en de strafrechtelijke handhavingstaken als gezien door elkaar lopen, al is het maar omdat bij ordeverstoringen vaak strafbare feiten worden gepleegd en strafbare feiten tot een verstoring van de openbare orde kunnen leiden, blijft de coördinatie binnen het decentrale domein daarmee bij de lokale gezagsdriehoek. Wie binnen de driehoek het primaat heeft, zal afhangen van ernst van de dreiging en in het bijzonder het effect en de aard van de verwachte gebeurtenis: wanneer voor het leven of de fysieke integriteit van personen of voor andere ernstige delicten valt te vrezen, ligt het primaat en dus de beslissingsbevoegdheid bij het Openbaar Ministerie,

273 Nota nieuw stelsel bewaken en beveiligen van 20 juni 2003, Kamerstukken II 2002-2003, 28974, nr. 2.

274 Idem, p. 3.

275 Deze is thans opgenomen in artikel 3 Politiewet 2012.

276 Besluit Beheer regionale politiekorpsen van 28 maart 1994, Stb. 224, artikel 6 lid 1.

ligt het te verwachten effect en de aard van de gebeurtenis met name op het terrein van de openbare orde dan ligt het primaat bij de burgemeester. Aan beiden staat een glijdende schaal van maatregelen ter beschikking. Deze begint bij lichtere maatregelen die onder de noemer ‘bewaken’ worden gebracht, waarbij bijvoorbeeld moet worden gedacht aan observeren en het treffen van (preventieve) veiligheidsmaatregelen. Dient actief rekening te worden gehouden met de inzet van zwaardere geweldsmiddelen, dan wordt opgeschaald naar ‘beveiligen’, waarmee wordt bedoeld op fysiek handelend optreden door politie om ernstige strafbare feiten te voorkomen of dreigende situaties of aanslagen te beëindigen of af te wenden.²⁷⁷

Het rijksof domein fungeert aansluitend op het decentrale stelsel voor een beperkte groep personen, objecten of diensten waarvoor de Rijksoverheid een bijzondere verantwoordelijkheid heeft vanwege het nationale belang dat met die groep is gemoeid. In de nota is de limitatieve lijst opgenomen waarin aan de hand van de hierboven al genoemde categorieën en het aanvullend criterium is bepaald welke categorieën van personen, objecten en diensten in de visie van de regering een zodanig belangrijke functie binnen de democratische rechtsstaat hebben, dat deze onder verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid zijn gebracht.²⁷⁸

Limitatieve lijst van personen, objecten of diensten waarvoor de Rijksoverheid als eerstverantwoordelijke besluit over extra veiligheidsmaatregelen

Categorie I

Personen, objecten of diensten waarvoor de Rijksoverheid als eerstverantwoordelijke *standaard* extra veiligheidsmaatregelen (veelal persoonsbeveiliging) treft

- de leden van het Koninklijk Huis
- de Minister-President
- Koninklijk bezoek
- Buitenlandse staatshoofden/regeringsleiders
- Buitenlandse ministers van buitenlandse zaken tijdens officiële bezoeken

Categorie II

Personen, objecten of diensten waarvoor de Rijksoverheid als eerstverantwoordelijke *extra* veiligheidsmaatregelen treft op basis van risico/dreiging (niet standaard)

²⁷⁷ Nota nieuw stelsel bewaken en beveiligen, p. 4-5.

²⁷⁸ Nota nieuw stelsel bewaken en beveiligen, p. 6 en 7. Overigens wordt de (mogelijk gewijzigde) limitatieve lijst in latere stukken zoals de Circulaire bewaking en beveiliging personen, objecten en diensten 2008 als ‘departementaal vertrouwelijk’ aangemerkt. Wellicht dat dit heeft samengehangen met de hierna te bespreken aanscherping van het veiligheidsbeleid na 2004, maar nu de limitatieve lijst gewoon is opgenomen in de Nota en in de Circulaire van 30 juni 2004 heb ik gemeend deze hier te kunnen weergeven.

- De overige leden van de Koninklijke familie (art. 6 en 38 Politiewet 1993)
- Bepaalde nationale politici, te weten
 - de bewindslieden
 - fractievoorzitters in en de lijsttrekkers voor de Tweede Kamer
 - de Voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer
- Bepaalde gezichtsbepalende en daardoor risico-aantrekkende personen die werkzaam zijn in de (straf)rechtspleging, te weten:
 - de president en de procureur-generaal van de Hoge Raad
 - de leden van het College van procureurs-generaal;
 - de voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak
- Bepaalde gezichtsbepalende en daardoor risicoaantrekkende functionarissen (veelal voorzitters) van een aantal Hoge Colleges van Staat, te weten
 - de vice-president van de Raad van State
 - de president van de Algemene Rekenkamer
 - de Nationale Ombudsman
- Bepaalde hoge buitenlandse gasten of diplomatieke posten in Nederland, te weten
 - buitenlandse bewindslieden in Nederland
 - alle ambassadeurs en ambassades alsmede consuls-generaal en consulaten, en de militaire attachés
 - SG's of voorzitters van enkele internationale verdragsorganisaties, te weten NAVO, EU, WEU, VN
 - President van de Wereldbank
- Bepaalde hoge militaire bezoekers, of militaire objecten, bijvoorbeeld:
 - US Chairman Joint Chiefs of Staff, Chairman Military Committee Nato, Supreme Allied Commander Europe/Atlantic
 - Afnorth²⁷⁹
- Bepaalde buitenlandse gezichtsbepalende en daardoor risico-aantrekkende functionarissen van internationale organisaties die in Nederland zijn gevestigd alsmede hun gebouwen, te weten
 - International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), te weten hoofdaanklagers en fungerend rechter en bedreigde getuigen en verdachten
 - International Criminal Court (ICC) (idem) en
 - Internationaal Gerechtshof/Vredespaleis alsmede
 - Organisation for Prohibition of Chemical Weapons (OPCW)
- Bepaalde personen, objecten of diensten, die mogelijk risico-aantrekkend zijn en bij uitval of verstoring nationale impact hebben:
 - De directeur en het gebouw van de Nederlandse Bank NV (zie art. 6 lid 1 sub 9 Politiewet 1993) alsmede bepaalde geldtransporten
 - Burgerluchtvaart (zie ook art. 6 lid 3 Politiewet 1993)

279 Waarmee waarschijnlijk wordt bedoeld op het in Brunssum gevestigde hoofdkwartier van de NAVO, tussen 2000 en 2004 Regional Command Allied Forces North Europe (RC AFNORTH) geheten (daarna Joint Force Command Brunssum).

Wanneer men er aan twijfelt of bepaalde personen, objecten of diensten die niet op de lijst staan toch binnen het overheidsdomein zouden moeten worden beschermd, kan daarover contact worden opgenomen met de NCBB. Zo lang geen expliciet besluit over uitbreiding van de lijst is genomen blijft de verantwoordelijkheid op decentraal niveau. In uitzonderlijke gevallen kan de Evaluatiedriehoek op voordracht van de NCBB besluiten incidenteel personen, objecten of diensten toe te voegen aan het rijkso domein. Dat dient duidelijk te worden gecommuniceerd aan het decentrale domein. Op deze wijze beoogt het stelsel te voorkomen dat er onduidelijkheid ontstaat over wie nu verantwoordelijk is voor wie of wat, zoals dat door de Commissie Van den Haak zo prangend naar voren was gebracht. Verder valt op, dat de personen werkzaam in de strafrechtspleging die binnen het rijkso domein worden genoemd beperkt zijn tot een zeer selecte groep van functionarissen, waarmee alle overige betrokkenen (politieambtenaren, Officieren van Justitie, rechters, advocaten) in beginsel dus binnen het decentrale domein dienen te worden beveiligd, voor zo ver de eigen organisatie niet zelf in beveiliging kan voorzien.

Risicoanalyse versus dreigingsanalyse

Over de wijze waarop beveiliging dient plaats te hebben sluit de regering zich aan bij het standpunt van de Commissie dat niet kan worden volstaan met het reageren op concrete dreiging, maar dat door middel van risicobenadering een bredere analyse van mogelijke dreigingen en risico's dient plaats te hebben. Anders dan in de eerste reactie van 17 december 2002 werd gesuggereerd, wordt er voor gekozen de systematiek van 'protective intelligence' voor een deel over te nemen, met die kanttekening dat bijzondere inlichtingsmiddelen en opsporingsmethoden slechts dan kunnen worden ingezet wanneer dit met het oog op de ernst van de dreiging noodzakelijk is en de benodigde gegevens niet via andere bronnen kunnen worden verkregen. De algemene inzet van die bijzondere inlichtingsmiddelen en opsporingsmethodes moet in het kader van de beveiligingstaken dus als niet toegestaan worden beschouwd, al laat de definiëring van respectievelijk dreigingsanalyses en risicoanalyses op dit punt wel enige ruimte. Waar dreigingsanalyse nog uitgaat van concrete en potentiële dreiging tegen bepaalde personen, objecten of diensten, wordt een risicoanalyse gedefinieerd als "een continue analyse waarbij uitvoerig gekeken wordt naar een drietal elementen: belang, dreiging (concreet en potentieel) en weerstand in hun onderlinge samenhang."²⁸⁰ Deze laatste bredere vorm van informatievergaring ten behoeve van beveiliging dient uitsluitend binnen het rijkso domein plaats te hebben, uitzonderingen die de nationale veiligheid raken daargelaten. Risicoanalyses worden gemaakt onder verantwoordelijkheid van de NCBB, die op grond van deze analyses en met afweging van diplomatieke, politieke en andere belangen adviseert omtrent extra veiligheidsmaatregelen, of deze beveelt.

Binnen het decentrale domein komen risicoanalyses niet voor en zullen dreigingsanalyses eveneens slechts sporadisch aan de orde zijn, nu de verwachting is dat de meeste veiligheidsmaatregelen op grond van de algemene politietoek zullen worden getroffen. Algemene dreigingsinformatie dient op decentraal niveau te worden verzameld door de

280 Nota nieuw stelsel bewaken en beveiligen, p. 10.

Regionale Informatieknooppunten (RIK), die deze ontvangt van de Criminele Inlichtingen Eenheden (CIE), de Regionale Inlichtingendiensten (RID) en de regionale korpsen. Is er daadwerkelijk een dreigingsanalyse noodzakelijk, dan zal deze middels tussenkomst van het Nationaal Informatieknooppunt (NIK) worden aangeleverd door het KLPD. Ten behoeve van deze informatiestroom is een wijziging van de bestaande wet- en regelgeving, met name de WIV 2002 en de Wet Politierregisters, noodzakelijk, zodat diepgaander onderzoek kan worden gedaan naar personen en organisaties waarvan mogelijk een bedreiging uitgaat naar een te beveiligen of te bewaken persoon, object of dienst. Daarbij wordt opnieuw benadrukt dat ook na de wetswijziging bij dergelijk onderzoek in ieder geval géén bijzondere inlichtingsmiddelen of bijzondere opsporingsmethoden kunnen worden ingezet, nu dit in het kader van beveiligingstaken te ingrijpend en niet proportioneel wordt geacht. Dit laat uiteraard onverlet dat wanneer een dreiging zodanig concrete vormen aanneemt dat daarmee een strafrechtelijke verdenking ontstaat, waarbij de strafbare voorbereidingshandelingen van art. 46 Sr natuurlijk het meest voor de hand liggen, dergelijke opsporingsmethoden wel kunnen worden ingezet. Dit gebeurt dan echter binnen de reguliere context van een opsporingsonderzoek, onder verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie, met alle waarborgen en vereisten die daarmee samenhangen.²⁸¹ Daarnaast blijven de bevoegdheden van de inlichtingendiensten die zij los van het Stelsel bewaken en beveiligen hadden natuurlijk ook gewoon bestaan.

Voor het vervaardigen van dreigingsanalyses en risicoanalyses binnen het rijksdomein stelt de nota zich de vraag welke organisatie daartoe het best geëquipeerd is. De NCBB, het KLPD of de AIVD zouden allen in aanmerking kunnen komen, of er zou een nieuwe organisatie in het leven kunnen worden geroepen. Dat laatste wordt onwenselijk gevonden, omdat daarmee de onoverzichtelijkheid van de betrokken diensten zou toenemen, terwijl analyse door het NCBB zelf als bezwaar heeft dat daarmee de totstandkoming, de besluitvoering én de uitvoering van maatregelen in één hand zou komen te liggen. Het KLPD heeft als nadeel dat deze alleen informatie die strafrechtelijk relevant is of de openbare orde raakt verzamelt en analyseert. Het vervaardigen van risicoanalyses op nationaal niveau past daar naar het oordeel van de regering niet bij. De AIVD is tot slot primair belast met het verzamelen en analyseren van terrorisme gerelateerde dreigingen en heeft zich nooit met het maken van risicoanalyses in het kader van persoonsbeveiliging beziggehouden. De regering constateert dan ook dat sprake is van een nieuwe taakstelling die door geen van de genoemde organisaties eerder is uitgevoerd. Daarmee wordt gezocht naar de *primus inter pares* voor het uitvoeren van deze nieuwe taken en dat is naar het oordeel van de regering de AIVD. Dit niet alleen omdat deze al verantwoordelijkheid draagt voor de nationale veiligheid en ruime ervaring heeft met het opstellen van (dreigings)inschattingen, maar ook beschikt de AIVD over de analisten

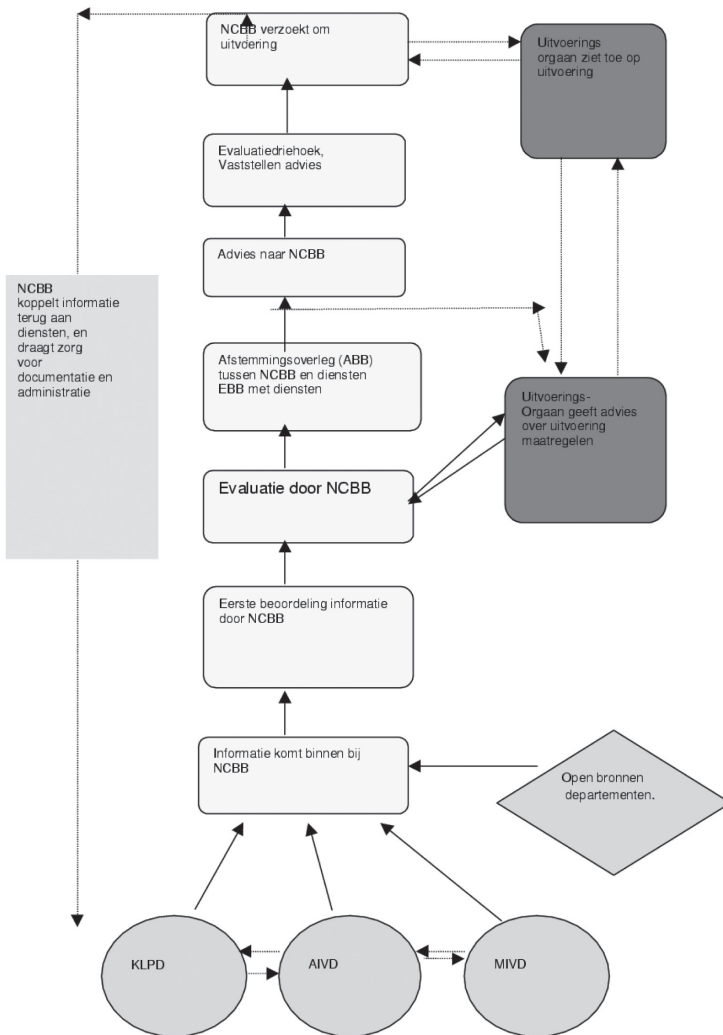
281 Zeker in het licht van de uitbreiding van het bereik van strafbare voorbereidingshandelingen zoals deze in de loop der jaren onder invloed van de hierna nog te bespreken terrorismedreiging heeft plaatsgehad, zal er bij enigszins individualiseerbare informatie al snel sprake zijn van een verdenking van strafbare voorbereidingshandelingen. Zie onder andere Janssen 2006, p. 1005-1006 en voor een uitvoerige analyse van het leerstuk strafbare voorbereiding Smith 2003.

met de benodigde ervaring en deskundigheid en, bepaald niet van ondergeschikt belang, over een optimaal beveiligde werkomgeving. De regiopolitie, het KLPD en de MIVD zullen onder andere middels de Regionale en Nationale Informatieknooppunten tijdig relevante informatie dienen te verstrekken aan de AIVD. De AIVD levert de informatie vervolgens aan bij de NCBB, die wordt ondersteund door de Eenheid Bewaken en Beveiligen (EBB). Deze evalueert de verkregen informatie en analyses welke vervolgens in een vast Afstemmingsoverleg Bewaking en Beveiliging (ABB) onder voorzitterschap van de NCBB wordt besproken met de vertegenwoordigers van de diverse diensten, waarbij meteen wordt gezien welke maatregelen geïndiceerd zouden zijn gezien de vastgestelde mate van dreiging of risico. Het advies van het ABB wordt vervolgens in lijn met de gang van zaken zoals begrepen door de Commissie Van den Haak voorgelegd aan de Evaluatiedriehoek (ED). Aangezien de verschillende ondersteunende diensten daar geen zitting meer in hebben is deze Evaluatiedriehoek kennelijk niet meer Groot, maar onveranderd is dat de directeur-generaal Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie en de directeur-generaal openbare orde en veiligheid van het Ministerie van BZK zitting hebben onder voorzitterschap van de NCBB. Voor routinematige zaken kan de NCBB zelfstandig beslissen, maar voor alle overige zaken geldt dat de NCBB de toestemming van de (vaste leden van de) ED dient te hebben.

Uitvoering: in beginsel door regiopolitie

Wat de uitvoering van de beveiligingsmaatregelen betreft wordt er in de nota tenslotte van uitgegaan dat deze zowel binnen het decentrale domein als binnen het rijkso domein in beginsel zal plaatshebben door de regiopolitie, onder verantwoordelijkheid van het lokale gezag. Op decentraal niveau kunnen immers dezelfde veiligheidsmaatregelen worden getroffen als op landelijk niveau, waarbij als voorbeeld tamelijk vergaande maatregelen als road blocks, volg- en voorverkenauto's, bewakingscontainers en bepaalde (semi-) automatische vuurwapens worden genoemd. Slechts het gebruik van zeer zware middelen zoals een pantservoertuig of lange afstandsprecisievuur is voorbehouden aan de KMAR en aan de bijzondere bijstandseenheden. Het lokale gezag kan een verzoek tot bijstand door die eenheden via de reguliere bijstandregeling indienen. Dat geldt dus ook voor het rijkso domein, zij het dat daarvoor een speciaal uitvoeringsoverleg in het leven wordt geroepen waarin behalve de functionaris van de NCBB zitting wordt genomen door deskundigen van de verschillende betrokken uitvoeringsdiensten (DKTB / KMAR / BSB / regionale politiekorpsen). Dit uitvoeringsoverleg dient zorg te dragen voor een zo effectief en flexibel mogelijke uitvoering van de veiligheidsmaatregelen. De leden dienen binnen twee uur op afroep beschikbaar te zijn en zien er namens de NCBB op toe dat geadviseerde maatregelen op landelijk niveau worden uitgevoerd. De uit te voeren en uitgevoerde maatregelen worden door het uitvoeringsoverleg teruggekoppeld aan de NCBB, die deze op zijn beurt communiceert met de te beveiligen persoon c.q. de bij het te beveiligen object of dienst betrokken personen. De nota sluit af met een schematisch overzicht van de bij beveiliging binnen het rijkso domein betrokken personen en instanties dat wellicht ook hier verhelderend kan zijn:²⁸²

282 Nota nieuw stelsel bewaken en beveiligen, p. 23.



De nota vormt de basis van de Circulaire bewaking en beveiliging personen, objecten en diensten van 30 juni 2004 die met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2004 de zo veel bekritiseerde Circulaire 1999 vervangt.²⁸³ Deze Circulaire 2004 en diens opvolger van 23 september 2008 worden in paragraaf 3.1.4 nader aan de orde gesteld.

²⁸³ Circulaire bewaking en beveiliging van personen, objecten en diensten, 30 juni 2004, EBB2004/54437.

3.1.3 Barre tijden

Terroristische dreiging

Na deze zeer voortvarende aanpak van de beveiligingsproblematiek slaat de onvermijdelijke wetgevingsrealiteit toe. Pas ruim een jaar na de nota, op 12 oktober 2004, kan de regering de Tweede Kamer informeren omtrent de voortgang van de vorming van het nieuwe Stelsel bewaken en beveiligen.²⁸⁴ de Minister informeert de Kamer dat er inmiddels een nieuwe circulaire van kracht is geworden, de al genoemde Circulaire 2004. Een voorstel tot wijziging van de Politiewet en de Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten is aangeboden respectievelijk zal binnenkort worden aangeboden aan de Raad van State en het streven is deze wetgevingsprocessen in 2005 af te ronden. De NCBB is inmiddels inclusief de EBB operationeel. De ondersteunende diensten zijn allemaal aan het uitbreiden: de AIVD groeit fors, net als het KLPD en de DKDB. Wat de laatste betreft merkt de Minister op dat er in de afgelopen periode door de DKDB regelmatig een beroep is gedaan op ondersteuning van de KMAR en de arrestatieteams, omdat er sprake is van onvoldoende eigen capaciteit. Tegelijkertijd wordt verwacht dat in toemende mate een beroep op de DKDB zal worden gedaan voor opdrachten van bewaking en beveiliging. Hetzelfde geldt voor het Nationale en de Regionale Informatieknoppunten: ook zij constateren een toename van het beroep dat door regionale korpsen op hen wordt gedaan. Zelfs op het niveau van het NCBB is een uitbreiding zichtbaar, wanneer de Minister schrijft dat aangelegenheden als de Olympische Spelen, het WK voetbal en de Nijmeegse wandelvierdaagse formeel niet tot het rijkso domein behoren, maar de NCBB desondanks actief op basis van advisering in deze evenementen participeert. Aan het eind van de brief legt de Minister een link die de inhoud van het verdere debat in aanzienlijke mate zal bepalen: naar de ontwikkelingen op het gebied van terrorismebestrijding. Dat laatste vergt een klein stapje terug in de tijd, naar de gebeurtenissen een half jaar eerder.

De dreiging van met name islamitisch terrorisme was als gevolg van de aanslagen op 11 september 2001 in de Verenigde Staten al een tamelijk veelbesproken onderwerp geworden, maar met de aanslagen op treinstations in Madrid op 11 maart 2004 had deze vorm van terrorisme ook het Europese vasteland bereikt. Daarnaast waren er de eigen 'polderislamisten' als Samir Azzouz en Nouriddin El Fahtni, die de bezorgdheid verder deden toenemen. Samir Azzouz was reeds in 2003 bij de AIVD in beeld gekomen, toen hij telefonisch contact had met een verdachte van de aanslag in Casablanca van 16 mei 2003. Vervolgens wordt hij op 7 juni 2004 waargenomen terwijl hij de omgeving rond het gebouw van de AIVD verkent. Wanneer enige tijd later zijn woning wordt doorzocht, volgens het Openbaar Ministerie op verdenking van een roofoverval waarbij hij later niet betrokken lijkt te zijn geweest, worden plattegronden, foto's, schetsen en aantekeningen aangetroffen. Hieruit kan worden afgeleid dat hij het gebouw van de AIVD en de kazerne van het Korps Commandotroepen heeft 'afgelegd', en dat hij middels internet de situatie

²⁸⁴ Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijk relaties van 12 oktober 2004, Kamerstukken II 2004-2005, 28974, 3.

bij de kerncentrale te Borssele, de gebouwen van de Tweede Kamer en Schiphol heeft bekeken. Verder wordt een 'geïmproviseerde explosievenconstructie' aangetroffen, die volgens deskundigen om verschillende redenen niet tot ontploffing zou kunnen worden gebracht. De tamelijk amateuristische staat van deze 'voorbereidingen' doet niets af aan de schok die door de samenleving gaat wanneer het nieuws rond zijn aanhouding en zijn vermeende plannen bekend wordt. Op 9 juli 2004 besluit de Nederlandse overheid op verschillende plaatsen extra beveiliging in te stellen in verband met de vermeende verhoogde dreiging van terroristische aanslagen.²⁸⁵ Op 10 september 2004 wordt onder een nieuw parlementair volgnummer 29754 het onderwerp terrorismebestrijding door de Ministers van Justitie en van BZK op de politieke agenda gezet.²⁸⁶ Wederom geldt dat het in het kader van dit onderzoek (veel) te ver voert de uitvoerige beschouwingen en vele wetswijzigingen die het gevolg zijn geweest van de al dan niet vermeende dreiging van terrorisme hier te bespreken, maar duidelijk is wel dat ook het Stelsel bewaken en beveiligen daardoor sterk is beïnvloed. De nog maar net ingevoerde NCBB en de hem ondersteunende EBB gaan integraal onderdeel uitmaken van een nieuwe eenheid die

285 Rob de Wijk 2012, p. 22. De Wijk stelt overigens dat Azzouz op 6 april 2005 is vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs, maar dat is bepaald niet het eind van diens zaak geweest. Op 18 november 2005 bevestigt het Gerechtshof in Den Haag de vrijspraak van de Rechtbank Rotterdam, niet omdat het Hof twijfelt aan de vraag of de aangetroffen goederen aan Azzouz toebehoren of aan diens terroristische intenties, maar omdat de aantekeningen een zodanig primitief en oppervlakkig karakter hadden, "dat het Hof het onmogelijk acht dat op basis van deze verregaand onvolkomen informatie een aanval op deze objecten met enige kans op succes zelfs maar in voorbereiding kan worden genomen". Over de aangetroffen 'springstoffen' (De Wijk) stelt het Hof dat deze in tweeërlei fundamenteel opzicht niet zouden kunnen werken: een verkeerde lading en een verkeerde ontsteker voor een dergelijke lading. Op grond van het totaalbeeld stelt het Hof vast dat Azzouz "nog op een kennelijk zeer onbeholpen wijze op zoek was naar wegen om een functionerende geïmproviseerde explosieve constructie te kunnen vervaardigen." Het Hof concludeert dat Azzouz ongetwijfeld kwade bedoelingen had, maar dat een en ander zich nog in een zodanig pril stadium bevond en zo onbeholpen en primitief was, dat geen reële dreiging binnen afzienbare termijn te verwachten was en daarmee van strafbare voorbereidingshandelingen geen sprake kon zijn. Zou het Hof hem veroordelen, dan zou "men hem ten gronde straffen voor zijn gedachten en intenties, hetgeen de wetgever juist uitdrukkelijk heeft willen uitsluiten." (Hof Den Haag 18 november 2005, NJ 2006, 69).

De uitspraak leidde tot een wijziging van art. 46 Sr waarbij de 'kennelijke bestemmings-eis' uit de bepaling werd geschrapt (Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, Stb. 2006, 580.) Bij de introductie van deze wetswijziging werd door de minister niet onder stoelen of banken gestoken dat het tot dat moment en door het Hof weergegeven uitgangspunt dat de kwade bedoelingen van een verdachte alleen niet voldoende kunnen zijn voor strafbaarheid, niet langer wenselijk werd geacht: "De subjectieve bestemming, het opzet van de dader, is toereikend voor strafbaarheid." (MvT, Kamerstukken 2004-2005, 30164, nr. 3, p. 49). Nadat deze wetswijziging van kracht was geworden, casseerde de Hoge Raad het arrest van het Gerechtshof Den Haag en oordeelde hij dat het Hof een te beperkte en dus onjuiste opvatting had gegeven omtrent de werking van het inmiddels oude art. 46 Sr (HR 20 februari 2007, LJN AZ 0213). Het Gerechtshof Amsterdam veroordeelde Azzouz uiteindelijk tot een gevangenisstraf voor de duur van vier jaar (Gerechtshof Amsterdam, 17 september 2007, NJFS 2007, 251).

286 Brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 10 september 2004, Kamerstukken II 2004-2005, 29754, nr. 1. Onder dit parlementaire volgnummer zouden uiteindelijk niet minder dan 326 stukken worden gepubliceerd.

onder leiding staat van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding, de NCTb.²⁸⁷ Dit betreft dus een organisatorische wijziging die weinig inhoudelijke gevolgen heeft. Dat wordt anders wanneer kort daarna Nederland voor een derde keer ernstig wordt opgeschud, door de moord op Theo van Gogh op 2 november 2004.

Opnieuw reageren de Minister van BZK en Justitie onmiddellijk met een brief aan de Tweede Kamer, maar zij kunnen niet veel meer doen dan aankondigen dat gezien zal worden of de moord aanleiding geeft tot aanvullende maatregelen op het terrein van de openbare orde of van bewaking en beveiliging.²⁸⁸ Behalve diverse moties om buitenlandse imams te gaan weren, 100 tot 200 personen die als potentiële terroristen door de AIVD in het oog worden gehouden onmiddellijk op te pakken en het land uit te zetten, en buitenlandse tv- en radiozenders die haat zaaien en geweldsoproepen doen uit de ether te weren, wordt tevens een motie ingediend om het Stelsel bewaken en beveiligen zodanig aan te passen dat ook 'scherp geprofileerde opinieleiders' worden toegelaten tot het rijksdomein.²⁸⁹ Dat zou vergaande gevolgen hebben voor de werking van het nog prille stelsel, nu daardoor het rijksdomein bijna oeverloos zou (kunnen) worden uitgebreid. Na een zeer langdurig en emotioneel debat – waarin de toonzetting van de verschillende participanten overigens opvallend gematigd is in het licht van die emotie en van hetgeen we in de jaren daarna gewend zijn geraakt – en een toezegging van minister Donner dat er meer werk zal worden gemaakt van de bestrijding van het aanzetten tot haat, agressie en geweld en van racisme en discriminatie, worden alle moties verworpen.²⁹⁰ Hoewel fysiek afwezig wordt in het debat een belangrijke rol gespeeld door Ayaan Hirsi Ali, die na de moord op Van Gogh en de aan haar gerichte open brief die Mohammed Bouyeri op het lichaam van Van Gogh achterliet, voor haar eigen veiligheid was verzocht haar woning te verlaten. Een langdurige zoektocht naar een geschikte woonruimte was het gevolg, waarbij onder andere tot aan de Hoge Raad werd geprocedeerd over de vraag of de Staat een onrechtmatige daad beging tegen de bewoners van een Haags appartementencomplex door Hirsi Ali in die woning te plaatsen.²⁹¹ Tegen de tijd dat de Hoge Raad arrest wees, was Hirsi Ali echter al geen Kamerlid meer en was zij vertrokken naar de Verenigde Staten, maar niet dan nadat het tweede kabinet Balkenende was gevallen toen de D66-ministers uit de coalitie stapten uit onvrede over het functioneren van minister Verdonk, die het Nederlanderschap van Hirsi Ali had ingetrokken op verdenking dat zij bij haar aankomst in Nederland in 1992 een onjuiste achternaam en geboortedatum had opgegeven.

287 Idem, p. 7.

288 Brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 2 november 2004, Kamerstukken II 2004-2005, 29854, nr. 1.

289 Motie van het lid Halsema c.s., Kamerstukken II 2004-2005, 29854, nr. 9.

290 Stemming over de moties bij het debat over de moord op T.H. van Gogh, 11 november 2004, Handelingen II 2004-2005, 29854, p. 22-1332. Ondanks diverse verzoeken om in lijn met de gang van zaken bij Fortuyn onderzoek te doen naar het functioneren van de AIVD rondom de moord op Van Gogh, zou het rapport daarover pas in maart 2008 verschijnen. Dit rapport zal hier verder onbesproken blijven.

291 HR 20 oktober 2006, LJN AY7463.

Onstuimige groei

Al deze ontwikkelingen leiden ertoe dat de bewaking van publieke personen in Nederland binnen korte tijd een enorme vlucht neemt. Zo wordt in de Memorie van Toelichting behorende bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Politiewet van 17 maart 2005 melding gemaakt van een ‘forse uitbreiding’ van de capaciteit bij zowel de regiokorpsen als de DKDB. De Memorie van Toelichting spreekt van een toenemende stroom bewakings- en beveiligingsopdrachten in zowel het rijksof domein als het decentrale domein, die wordt toegeschreven aan een verharding van het maatschappelijk klimaat waarbij de fysieke integriteit van publieke functionarissen, leden van de rechterlijke macht en opinieleiders steeds vaker in het geding is.²⁹² In een eerdere brief van de Ministers van Justitie en van BZK was al aangegeven dat het aantal opdrachten tot permanente beveiliging vanaf 1 juli 2003 bijna was verdubbeld. Teneinde aan die enorm toegenomen vraag te voldoen was al besloten tot een substantiële uitbreiding van de DKDB met 235 executieve fte’s.²⁹³ De Memorie van Toelichting onderstreept dat deze uitbreiding tevens dient ter ondersteuning van het decentrale domein en met het oog op de mogelijkheid om in concrete gevallen personen toe te voegen aan het rijksof domein, waarvan men kennelijk verwacht met enige regelmaat gebruik te moeten gaan maken. Verder blijkt dat de regering is teruggekomen op het eerder verwoordde uitgangspunt dat de uitvoering van beschermingsmaatregelen in beide domeinen zou plaatsvinden door regionale korpsen: de beveiliging van personen in het rijksof domein is inmiddels geheel toegekend aan de DKDB en vindt daarmee uitsluitend onder directe verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie plaats.²⁹⁴ Het wetsvoorstel tot wijziging van de Politiewet 1993 voorziet in een verruiming van de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van BZK aan de burgemeesters om in geval er nationale belangen in het geding zijn, dwingende aanwijzingen ter handhaving van de openbare orde te kunnen doen, en het verschaft een wettelijke grondslag voor de aanwijzing van de personen, objecten en diensten die op de limitatieve lijst worden opgenomen. Ook uit de Memorie van Toelichting behorend bij de wijziging van de Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten, die enkele weken later aan de Tweede Kamer wordt voorgelegd, blijkt dat het zwaartepunt van de beveiligingstaken meer en meer in het rijksof domein komt te liggen: de wijzigingen zien met name op de nieuwe AIVD-taak om dreigings- en risicoanalyses aan te leveren voor de beveiliging van personen, objecten en diensten op de limitatieve lijst.²⁹⁵

292 Memorie van Toelichting bij wijziging van de Politiewet 1993, Kamerstukken II 2004-2005, 30041, nr. 3, p. 3.

293 Brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 24 januari 2005, Kamerstukken II 2004-2005, 2974, nr. 5, p. 10.

294 Idem, p. 4.

295 In de MvT wordt benadrukt dat dergelijk onderzoek beperkt moet blijven tot de limitatieve lijst en slechts dan is toegestaan wanneer het onderzoek door zowel de minister van BZK als de minister van Justitie noodzakelijk wordt geoordeeld. Memorie van Toelichting bij wijziging van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002, Kamerstukken II 2004-2005, 30070, nr. 3, p. 4.

Met de uitbreiding van het rijksdomein in de brief van de Ministers van Justitie en BZK van 10 oktober 2005 krijgt het Stelsel bewaken en beveiligen tot slot de structuur en omvang die het momenteel nog steeds heeft.²⁹⁶ Niet alleen moet opnieuw worden onderkend dat de mogelijkheden tot bescherming tussen het decentrale domein en het overheidsdomein wel degelijk verschillen, maar ook wordt geconstateerd dat de maatregelen die de verschillende regiokorpsen (kunnen) nemen onderling uiteenlopen. Ondanks dat dit volgens de Ministers geen afbreuk hoeft te doen aan de kwaliteit van de maatregelen, schept het wel verwarring. Gezien de eerder geconstateerde toename van het aantal en de ernst van de dreigingen rechtvaardigt dit een sterkere rol van de Coördinator Bewaking en Beveiliging (CBB) bij de coördinatie van beveiligingsmaatregelen.²⁹⁷ Hiertoe wordt de limitatieve lijst, die vanwege de vertrouwelijkheid inmiddels niet meer bij de kamerstukken wordt opgenomen, uitgebreid door *alle* leden van de Eerste en Tweede Kamer toe te voegen aan categorie II van de te beveiligen personen. Daarnaast zal stelselmatiger worden bekeken of er aanleiding bestaat om bedreigde personen die niet op de limitatieve lijst staan, bij de Evaluatiedriehoek voor te dragen voor tijdelijke opname op die lijst. Dit wanneer sprake is van een ernstige en serieuze bedreiging of een hoog risico, de bedreiging samenhangt met publieke uitingen of optreden, de persoon een landelijke bekendheid heeft en zich (regelmatig) tussen verschillende politieregio's beweegt, en geen werkgever heeft die zorg kan dragen voor een adequate beveiliging. Daarmee is de door de Tweede Kamer voorafgaand aan en tijdens het debat van 11 november 2004 gevraagde uitbreiding van het rijksdomein de facto dus alsnog een feit geworden. De Ministers benadrukken, waarschijnlijk vanwege de toename van personen die (potentieel) onder de bijzondere verantwoordelijkheid van de Staat komen te vallen, dat van een generieke uitbreiding van het rijksdomein geen sprake is en dat wordt vastgehouden aan het decentrale karakter van het stelsel.²⁹⁸

In de brief wordt tevens aandacht besteed aan de rol van de bedreigde persoon zelf. De medewerking van de bedreigde persoon wordt essentieel geacht voor een efficiënte beveiliging en dat betekent dat er grenzen zijn aan de inspraak die een bedreigde persoon kan hebben in de wijze waarop de beveiliging zal plaatshebben. Uiteraard wordt indien mogelijk met de bedreigde persoon overlegd omtrent een beveiligingspakket en wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met diens persoonlijke wensen en met zijn of haar privacy, maar uiteindelijk ligt de beslissing over de aard en omvang van de beveiligingsmaatregelen niet bij de bedreigde persoon: "Beveiligingsexperts beoordelen welke beveiligingsmaatregelen noodzakelijk zijn, dit is nadrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling."²⁹⁹ Deze laatste kanttekening bij persoonsbeveiliging betreft een

296 Brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 10 oktober 2005, Kamerstukken II 2005-2006, 28974, nr. 5. De inhoud van deze brief is identiek aan de 'Evaluatie stelsel bewaken en beveiligen' van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding (5377683/05) van dezelfde datum.

297 De NCBB is als gezegd na de organisatorische samenvoeging met de NCTb de CBB geworden, waarschijnlijk om het verschil met de NCTb te benadrukken.

298 Brief van de ministers van 10 oktober 2005, p. 3-4.

299 Idem, p. 5.

aanscherping van hetgeen de Minister eerder in relatie tot de beveiliging van Hirsi Ali al aan de Kamer had kenbaar gemaakt: indien mogelijk wordt de keuze van het beveiligingspakket van tevoren met de bedreigde persoon besproken, maar de persoonlijke wensen en veiligheidswensen zijn niet altijd volledig onderling verenigbaar. Een inbreuk op de privacy van betrokkenen is niet altijd te voorkomen, hetgeen veel vergt van de te beveiligen persoon.³⁰⁰

Het aangescherpte uitgangspunt is overgenomen in de meest recente circulaire waarin het nieuwe Stelsel bewaken en beveiligen is neergelegd, alsmede in de aanwijzingen van het College van Procureurs-generaal die met die circulaires samenhangen. Over deze circulaire, waarin het wettelijk stelsel van duiding en invulling wordt voorzien, tot slot van deze paragraaf en van de beschrijving van het Stelsel bewaken en beveiligen het volgende.

3.1.4 *De Circulaire bewaking en beveiliging 2008*

Verdere invulling taken en bevoegdheden

Het nieuwe Stelsel bewaken en beveiligen zoals dat in de nota van 20 juni 2003 aan de Tweede Kamer was voorgelegd, werd vrijwel één op één overgenomen in de Circulaire bewaking en beveiliging die op 30 juni 2004 werd verzonden aan alle betrokken partijen, waaronder burgemeesters, de voorzitter van het College van Procureurs-Generaal, Hoofdofficieren van Justitie, de korpschefs en portefeuillehouders CBB van de regio-korpsen en van de KLPD. Ook voor deze circulaire geldt dat deze al vrij snel was achterhaald door de diverse ontwikkelingen op veiligheidsgebied waaronder de hierboven beschreven uitbreiding van het rijksdomein, de beslissing de bewaking en de beveiliging binnen dat rijksdomein niet meer door de regionale korpsen te laten uitvoeren maar door de DKDB en de forse uitbreiding van die laatste dienst en diverse andere diensten die daarvan het gevolg was. Daarnaast werd in 2007 in het licht van de veelbesproken terrorismebestrijding besloten de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de Minister van Justitie en de Minister van BZK te beëindigen, omdat deze op het moment van een terroristische dreiging, aanslag of crisis als onvoldoende efficiënt werd ervaren.³⁰¹ De persoons- en objectbeveiliging inclusief bewaking kwam daarmee geheel onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie te vallen. Deze verdeling werd als uitgangspunt genomen in de nieuwe Circulaire 2008.³⁰²

300 Brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 25 maart 2005, Kamerstukken II 2004-2005, 30011, nr. 2, p. 3.

301 Brief van de ministers van 5 oktober 2007, Kamerstukken II 2007-2008, 29754, nr. 105.

302 De Circulaire trad in werking op 23 september 2008 en was geldig tot 23 september 2012. In de Staatscourant van 1 november 2012 verscheen een verlengingsbeslissing van de Minister van Veiligheid en Justitie gedateerd 16 oktober 2012, waarin de geldigheid van de Circulaire met terugwerkende kracht werd verlengd tot en met 31 december 2012. (Stcrt. 1 november 2012, 21754). Op 15 januari 2013 werd een nieuwe Circulaire geïntroduceerd, geldig vanaf 1 januari 2013 (Stcrt. 13 februari 2013, 1969).

Afgezien van deze verschuiving van bevoegdheden is de werking van het Stelsel bewaken en beveiligen in de laatste Circulaire grotendeels gelijk gebleven aan de in de nota opgenomen uitgangspunten. Wel gaat de circulaire, kennelijk mede als gevolg van de opgedane ervaringen, dieper in op de materie en geeft zij een helder raamwerk voor wat betreft de verdeling van taken en bevoegdheden binnen het stelsel. De verschuiving van de verantwoordelijkheid voor persoonsbeveiliging richting Justitie zet door in het decentrale domein, waar wordt bepaald dat persoonsbedreiging altijd onder het domein van strafrechtelijke handhaving en dus onder bevoegdheid van de officier van justitie valt. Verder besteedt de circulaire aandacht aan het geval dat burgemeesters, Hoofddofficieren van Justitie of korpschefs zelf onderwerp van bedreiging zijn. In geval van de burgemeester of een korpschef vindt de besluitvorming dan plaats door de NCTb / CBB. Daarmee worden de betrokken functionarissen echter niet toegevoegd aan het rijksdomein, haast de circulaire te verduidelijken: de verantwoordelijkheid van het monitoren en analyseren van de dreiging en het risico blijft decentraal en de (lokale) portefeuillehouder CBB zal leidend zijn en voorstellen doen over het maatregelenpakket. Betreft de dreiging een Hoofddofficier van justitie dan is de Hoofddofficier van diens woonplaats verantwoordelijk voor het treffen van maatregelen; woont de bedreigde Hoofddofficier van justitie in hetzelfde arrondissement als waar hij werkt dan draagt het College van Procureurs-Generaal de verantwoordelijkheid over aan een collega-Hoofddofficier. De CBB beoordeelt de dreigingsinschatting of dreigingsanalyse, adviseert over de voorgestelde maatregelen, en stelt de maatregelen vervolgens formeel vast. Het College van Procureurs-Generaal wordt geïnformeerd wanneer het om medewerkers van het Openbaar Ministerie gaat.

Wat het rijksdomein betreft herhaalt de circulaire de in de loop der jaren geformuleerde criteria om (categorieën van) personen en objecten al dan niet tijdelijk aan het domein toe te voegen. De centrale rol van de CBB, ondersteund door de EBB, blijft gehandhaafd, net als de prominente rol van de DKDB bij persoonsbeveiliging, die in het rijksdomein uitsluitend voor uitvoering zorg draagt en in het decentrale domein ondersteuning biedt aan de regionale politiekorpsen. De circulaire onderstreept het belang van een deskundige begeleiding van de beveiligde persoon en van een zorgvuldige communicatie over het verloop van de dreiging en de getroffen en te treffen maatregelen, en bevestigt het hierboven geformuleerde uitgangspunt dat de aard en omvang van de beveiligingsmaatregelen uitdrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling met bedreigde personen vormen. Er wordt benadrukt dat medewerking van bedreigde personen en organisaties essentieel is bij de uitvoering van beschermingsmaatregelen en dat gevallen van weigering of beperkte medewerking daarom schriftelijk zullen worden vastgelegd. Gezien die vereiste medewerking is het streven om met personen die benoemd of aangesteld zullen worden in een functie die valt onder categorie I of II van de limitatieve lijst, voorafgaand aan een aantreden bindende afspraken te maken over het meewerken aan de eigen beveiliging.

Relatie tot getuigenbescherming

Anders dan al diens voorgangers besteedt de circulaire 2008 tot slot aandacht aan getuigenbescherming. In punt 2.8 staat opgenomen dat getuigenbescherming plaatsheeft aan

de hand van het Besluit Getuigenbescherming en de Instructie Getuigenbescherming van het College van Procureurs-Generaal, dat uit de nota van toelichting blijkt dat het Besluit niet ziet op de bescherming van personen en instellingen die buiten een strafvorderlijke context behoefte hebben aan beschermingsmaatregelen, en dat Besluit en Instructie dus niet zien op het Stelsel bewaken en beveiligen. Analooq daaraan wordt in de circulaire gesteld dat deze op zijn beurt niet van toepassing is op personen die krachtens de Instructie Getuigenbescherming 2006 feitelijk in getuigenbescherming zijn opgenomen. Wel is het zo dat getuigen die niet tot het getuigenbeschermingsprogramma worden toegelaten of die na verloop van tijd geen getuigenbescherming meer genieten, (terug)vallen in het decentrale domein van het Stelsel bewaken en beveiligen.

Ten tijde van het uitkomen van de circulaire 2008 is het wetgevingstraject dat in 2004 werd opgestart al geruime tijd afgerond. Zowel het wetsvoorstel tot wijziging van de Politiewet 1993 als de wijziging van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 is tamelijk probleemloos afgehandeld. De wetsvoorstellen worden respectievelijk zonder beraadslaging op 8 december 2005 en met algemene stemmen op 22 november 2005 aangenomen door de Tweede Kamer.³⁰³ Ook de Eerste Kamer gaat op 31 oktober 2006 zonder beraadslaging akkoord.³⁰⁴ Noch bij deze wetsvoorstellen, noch bij de al dan niet naar aanleiding van de moord op Fortuyn of de moord op Van Gogh gevoerde debatten of opgestelde stukken over het nieuwe Stelsel bewaken en beveiligen, is het onderwerp getuigenbescherming aan de orde gesteld, anders dan dat het één keer, als voorbeeld van bijzondere groepen voor wie speciale voorzieningen zijn getroffen, wordt genoemd in een antwoord van minister Donner.³⁰⁵ De Circulaire 2008 stelt als gezegd slechts dat getuigenbescherming niet onder het Stelsel bewaken en beveiligen valt, maar van enige afstemming, samenwerking of coördinatie blijkt niets. Dat blijft een opmerkelijk gegeven, niet alleen in het licht van het feit dat getuigenbescherming wordt gezien als een vorm van persoonsbeveiliging die bij uitstek het decentrale domein te boven gaat, maar temeer wanneer de totstandkoming én de structuur van die getuigenbescherming nader worden gezien.

Ter afronding van de totstandkoming van het Stelsel bewaken en beveiligen is tot slot nog van belang dat deze in 2011 opnieuw organisatorische wijzigingen heeft gekend. Aan het hoofd staat niet langer de NCTb, maar de nieuwe Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV). Het Stelsel bewaken en beveiligen valt onder de Directie Bewaking, Beveiliging en Burgerluchtvaart, kortweg DB3. Voor zover te achterhalen heeft deze reorganisatie behalve de toevoeging van enkele nieuwe

303 Handelingen II 2005-2006, respectievelijk p. 32-2207 en p. 24-1577.

304 Handelingen I 2006-2007, p. 4-126.

305 Behandeling van het wetsvoorstel Wijziging van de wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 in verband met de invoering van een nieuw stelsel voor bewaking en beveiliging (30070) op 17 november 2005, Handelingen II 2005-2006, p. 23-1541.

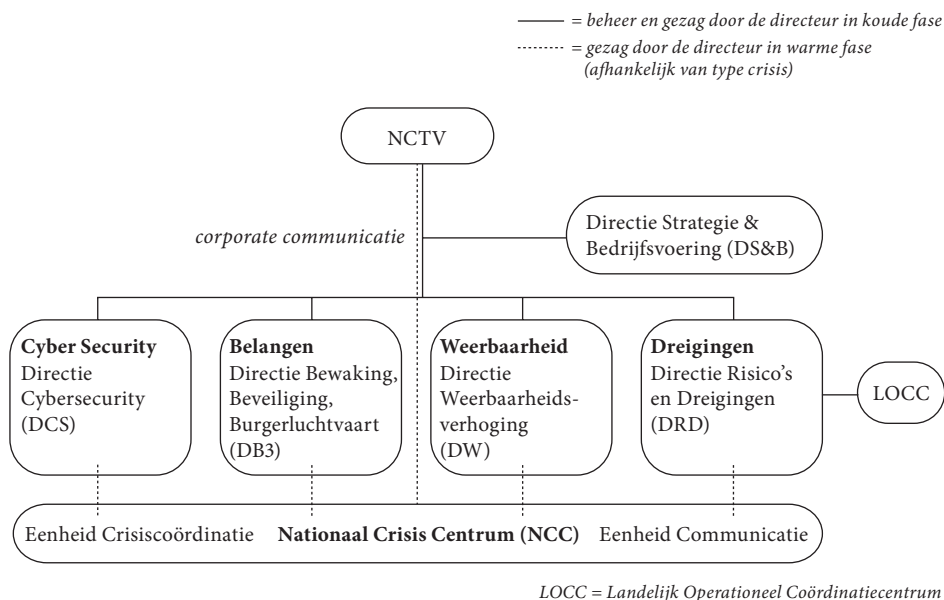
afkortingen aan de toch al indrukwekkende verzameling, geen inhoudelijke gevolgen gehad voor de werking van het Stelsel bewaken en beveiligen.³⁰⁶

3.2 HISTORISCHE CONTEXT GETUIGENBESCHERMING

Inleiding

Anders dan bij het Stelsel bewaken en beveiligen, is getuigenbescherming in de maatschappelijke en politieke discussie omtrent de invoering van de kroongetuige in het wettelijk systeem een terugkerend thema geweest. Het uitgangspunt was steeds dat een kroongetuige, die gezien de gestelde proportionaliteits- en subsidiariteitseisen vrijwel per definitie zou verklaren over ernstige strafbare feiten en dit ook op eigen naam zou moeten doen, ernstige risico's op een reactie uit het strafrechtelijk milieu zou lopen en dus bescherming van de Staat zou behoeven. Zowel de Commissie Van Traa als de Tweede Kamer heeft zich dan ook met enige regelmaat met getuigenbescherming bezig gehouden, maar anno 2013 is de discussie daarover bepaald nog niet beslecht. Op 11 september 2012 reageerde Minister van Justitie Opstelten nog op de vragen die toenmalig Kamerlid Hennis-Plasschaert (VVD) naar aanleiding van een hierna te bespreken artikel van Bleichrodt en Korten in het Nederlands Juristenblad had gesteld over de problemen die werden ondervonden in de praktijk van de getuigenbescherming.³⁰⁷ Zoals dat ook in vele

306 Ter volledigheid het nieuwe organogram:



307 Antwoord van Minister Opstelten op vragen van het Kamerlid Hennis-Plasschaert, Aangangsels II 2011-2012, 3433. Het artikel van Bleichrodt en Korten zal in paragraaf 4.2 nog uitgebreid aan de orde komen.

eerdere stukken is gebeurd, stelt de Minister voorop dat het beschermen van personen die zich in een (levens)bedreigende situatie bevinden als een zorgplicht van de Staat moet worden beschouwd, en dat dit eens te meer geldt wanneer het gevaar het gevolg is van het feit dat de betreffende persoon medewerking heeft verleend aan de met opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste autoriteiten. In een dergelijk geval is sprake van een zorgplicht in de vorm van een inspanningsverplichting van de zijde van de overheid, waarvoor het noodzakelijk is dat de te beveiligen persoon zijn of haar medewerking verleent aan de te treffen benodigde maatregelen. De Minister maakt een onderscheid tussen het reguliere Stelsel bewaken en beveiligen enerzijds en de specifieke groep van bedreigde getuigen anderzijds, waarbij het laatste traject los dient te worden gezien van de strafzaak waarin de getuige al dan niet tevens als verdachte optreedt. Hij geeft te kennen in overleg te zijn met het Openbaar Ministerie, de politie en de wetenschap over mogelijkheden om verbeteringen in de wijze van getuigenbescherming aan te brengen.

Ook voor getuigenbescherming geldt weer dat de wijze waarop deze in Nederland plaatsheeft en de problemen die daarbij worden ondervonden, niet los gezien kunnen worden van de historische context waarbinnen die getuigenbescherming tot stand is gekomen. Deze zal in deze tweede paragraaf worden besproken, waarna in paragraaf 3.3 zal worden gezien of de wetgever bij de behandeling van de Wet toezeggingen aan getuigen beslissingen heeft genomen over getuigenbescherming en de wijze waarop deze tot stand moet komen en plaats moet hebben. Met het Besluit Getuigenbescherming en de bijbehorende nota van toelichting zal deze beschrijving van het wettelijk kader van de persoonsbeveiliging in het algemeen en getuigenbescherming in het bijzonder worden afgesloten.

Ondanks dat het vertrouwelijke karakter van getuigenbescherming tot gevolg heeft dat niet alle daarover in de loop der jaren opgemaakte stukken en adviezen openbaar zijn gemaakt of kunnen worden gebruikt, kan daarmee een redelijk volledig beeld van de (totstandkoming van) getuigenbescherming en de bijbehorende getuigenbeschermingsovereenkomst worden geschetst.³⁰⁸ In het vierde hoofdstuk zullen de door de wetgever in dit verband gemaakte beslissingen vervolgens worden afgezet tegen de wijze waarop het Openbaar Ministerie de getuigenbescherming sinds de invoering van de wettelijke regeling ter hand heeft genomen.

308 Het is nadrukkelijk niet de bedoeling te pogen een al dan niet volledig beeld van de praktijk van getuigenbescherming te schetsen. Los van het feit dat het vertrouwelijke karakter zich daartegen verzet en dat dus gewoon niet zou lukken, gaat het in dit onderzoek niet om de manier waarop een getuige beschermd wordt, maar om de juridische grondslag, totstandkoming en toetsing van getuigenbeschermingsovereenkomsten in geval van kroongetuigen.

3.2.1 *Het rapport van de werkgroep Craemer*

Kinderschoenen

Het uitkomen van het rapport 'Getuigenbescherming in Nederland' van de werkgroep onder voorzitterschap van Craemer uit april 1995 kan worden gezien als het begin van een meer gestructureerde aanpak van het fenomeen getuigenbescherming in Nederland. Naar aanleiding van dit rapport besluit de Minister van Justitie tot de instelling van een Commissie Getuigenbescherming onder voorzitterschap van diezelfde Craemer.³⁰⁹ Uit het Instellingsbesluit van 21 augustus 1995 blijkt dat op dat moment van een uniform getuigenbeschermingsprogramma in Nederland nog geen sprake is, nu in art. 2 kort en goed wordt verwoord dat de commissie tot taak heeft 'het opstellen van een plan van aanpak voor het opzetten van een getuigenbeschermingsprogramma in Nederland.' Het opstellen van zo een programma was één van de aanbevelingen die in het rapport van de werkgroep Craemer was gedaan.

In het rapport worden getuigenbescherming en de kroongetuige als twee aparte maar desalniettemin nadrukkelijk met elkaar samenhangende figuren beschouwd. In de inleiding wordt verwezen naar het onderzoek van Tak zoals dat ook hierboven aan de orde is geweest, en naar de daarin vervatte conclusie dat het succes van een kroongetuigenregeling mede afhankelijk is van de wijze waarop voor de kroongetuige en zijn naasten een effectief beschermingsprogramma voorhanden is. Toenmalig minister Hirsch Ballin kondigde naar aanleiding van de bevindingen van Tak nadere voorstellen aan voor het ontwikkelen van een wettelijke kroongetuigenregeling en voor 'flankerende maatregelen ter bescherming van de kroongetuige'.³¹⁰ Deze symbiose laat onverlet dat naar het oordeel van de commissie de begrippen 'kroongetuige' en 'getuigenbescherming' scherp van elkaar dienen te worden onderscheiden: de toezeggingen aan een kroongetuige in het kader van een overeenkomst kunnen worden gezien als een beloningsregeling, waarmee beoogd wordt verdachten ertoe te bewegen politie of justitie behulpzaam te zijn bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, waarmee deze naar het oordeel van de werkgroep een zuiver strafrechtelijk karakter heeft. De getuigenbeschermingsregeling strekt niet tot beloning van een getuige, maar tot het treffen van voor hem als gevolg van zijn samenwerking noodzakelijk geworden voorzieningen. Dit is naar het oordeel van de werkgroep een wezenlijk verschil, waarbij getuigenbescherming bovendien ook betrekking kan hebben op niet-criminelen, zoals familieleden van verdachten, toevallige getuigen, informanten en infiltranten, terwijl de kroongetuigenregeling uitsluitend op verdachten ziet. Dat maakt dat de werkgroep de voor dit onderzoek uiterst relevant gebleken conclusie trekt dat een getuigenbeschermingsregeling een privaatrechtelijk karakter heeft: 'hoewel de noodzaak tot het treffen van beschermende maatregelen steeds voortvloeit uit, althans samenhangt met de strafvordering, is het karakter van de getuigenbeschermingsregeling niet strafrechtelijk van aard. Anders dan een kroongetuigenregeling hoort een regeling over getuigenbescherming dan ook niet per definitie in

309 Instelling commissie getuigenbescherming, 21 augustus 1995, nr. 512090/595/EG, Stcrt. 1995, nr. 167.

310 Rapport werkgroep Craemer, p. 8.

het Wetboek van Strafvordering thuis.³¹¹ Dit onderscheid zal de discussie over getuigenbescherming en de benadering van getuigenbeschermingsprogramma's als onderdeel van de kroongetuigenregeling, tot op de dag van vandaag blijven bepalen.

Een ander belangrijk uitgangspunt dat hierboven ook door minister Opstelten voorop werd gesteld, betreft de positieve gedragsverplichting die uit het EVRM wordt afgeleid en die verdragsstaten verplicht in beginsel voor de bescherming van een getuige zorg te dragen. De werkgroep leidt uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Getuigenbescherming af dat dit echter geen verplichting met zich brengt om in alle gevallen waarin de getuige als gevolg van zijn medewerking met justitie bedreigd wordt, adequate bescherming aan te bieden.³¹² Er is volgens de werkgroep dan ook geen sprake van een ongeclausuleerd recht van een bedreigde getuige op bescherming, noch van een ongeclausuleerde plicht die op verdragsstaten rust om elke bedreigde getuige in bescherming te nemen. Voor de kroongetuige geldt dit zelfs in nog sterkere mate, nu zijn bedreiging naar het oordeel van de werkgroep mede zijn oorzaak heeft in het (vroegere) criminele gedrag van de getuige zelf. Een gewone bedreigde getuige zou dan ook een sterkere aanspraak op bescherming moeten kunnen maken dan een criminele getuige. Dit laat onverlet dat aan kroongetuigen in beginsel getuigenbescherming geboden moet kunnen worden wanneer dat bijdraagt aan een doelmatige bestrijding van (in het bijzonder) de georganiseerde misdaad. De werkgroep benadrukt echter het in het vorige hoofdstuk ook verwoorde oordeel dat getuigenbescherming als middel om het afleggen van een verklaring te bewerkstelligen met grote terughoudendheid dient te worden toegepast. Sterker nog: het wordt met het oog op de vereiste motivatie, de kosten, de praktische uitvoerbaarheid van het getuigenbeschermingsprogramma en de ingrijpende consequenties die het heeft voor de getuigen en hun familieleden, als een absolute noodzaak gezien het aantal tot het getuigenbeschermingsprogramma toe te laten personen beperkt te houden. In combinatie met de aanzuigende werking die een getuigenbeschermingsprogramma zal hebben op potentiële getuigen, is een beperking van het aantal toelatingsen naar het oordeel van de werkgroep van essentieel belang voor het slagen van een financieel en ethisch verantwoord getuigenbeschermingsprogramma. Toelating zal moeten worden getoetst aan een aantal criteria, waaronder de mate van (on)veiligheid van de getuige, het strafvorderlijk belang, persoonlijke omstandigheden van de getuige, de kosten, het maatschappelijke belang en het politieke risico. De werkgroep concludeert dat getuigenbescherming beperkt dient te blijven tot de meest extreme noodgevallen en slechts onder strikte omstandigheden dient te worden ingezet, waarbij voor kroongetuigen bovendien geldt dat de misdrijven waarop de getuigenis ziet van ernstige aard dienen te zijn, de

311 Instelling commissie getuigenbescherming, 21 augustus 1995 (512090/595/EG), Stcrt. 1995, 167, p. 9.

312 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enig andere wetten (getuigenbescherming), Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1991-1992, 22483, nr. 3. Met dit wetsvoorstel werd onder andere de regeling voor de anonieme bedreigde getuigen van artikel 226a ev Sv ingevoerd. Anders dan de naam doet vermoeden, wordt over getuigenbescherming niet gesproken: behalve in de titel komt het woord getuigenbescherming in de Memorie van Toelichting niet voor. Zie ook Craemer in zijn hierna nog te bespreken verhoor bij de Commissie Van Traa waar hij bevestigt dat beter zou kunnen worden gesproken van de Wet anonieme getuigen.

getuigenis op initiatief van politie of justitie moet zijn afgelegd, en de getuigenis substantieel moet bijdragen aan het voorkomen, opsporen of vervolgen van misdrijven.³¹³

Inhoudelijke en procedurele aspecten

In het vierde hoofdstuk van het rapport worden de beschermingsmaatregelen besproken.³¹⁴ Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen zuivere beschermingsmaatregelen, die beogen de getuige feitelijk te beschermen tegen de bestaande dreiging, en hulpmaatregelen, die ertoe dienen de getuige te ondersteunen gedurende de periode dat hij wordt beschermd. De eerste categorie ziet met name op de identiteit en de verblijfplaats van de getuige en voorziet in woningbeveiliging, persoonsbeveiliging, identiteitsdocumenten of het onderbrengen op een veilige locatie in binnen- of buitenland. De tweede categorie is behalve psychische begeleiding en juridische bijstand met name financieel van aard en ziet op het verstrekken van middelen voor een verhuizing of het betrekken van een nieuwe woning, geldelijke toekenningen ten behoeve van sociale- en gezondheidsbehoeften, en het kunnen voorzien in het levensonderhoud door de getuige. Wat het laatste betreft is de werkgroep van oordeel dat rekening moet worden gehouden met het inkomen dat de getuige eerder op legale wijze verdiende en dat, om te voorkomen dat de schijn wordt gewekt dat de verklaringen worden gekocht, de geldelijke toekenning modaal zal moeten zijn. Dit laatste wordt herhaald in de conceptgedraglijn die als bijlage aan het rapport is gehecht. Hierin staat dat de hoogte van de uitkering voor de noodzakelijke kosten voor levensonderhoud in overeenstemming zal zijn met de in de toepasselijke sociale zekerheidswetten aanwezige normen. Er zullen geen uitkeringen worden gedaan aan familieleden die niet in het programma zijn opgenomen, met uitzondering van alimentatie, en de kosten van huisvesting of van de ten behoeve van de getuige getroffen schuldenregelingen kunnen op de uitkeringen in mindering worden gebracht.³¹⁵ Verder wordt door de werkgroep uitvoerig ingegaan op de noodzaak tot en gevolgen van identiteitswijziging en de diverse juridische consequenties die dat heeft, onder andere op het gebied van ver-

313 “De algemene criteria die geformuleerd zouden kunnen worden luiden als volgt:

- voor het leven, de gezondheid of de veiligheid van de getuige en/of zijn naasten moet – naar objectieve maatstaven gemeten – (ernstig) worden gevreesd;
- de dreiging is niet zodanig dat bescherming reeds op voorhand ontoereikend is;
- de dreiging is niet op eenvoudige wijze door de reguliere politie te pareren;
- de dreiging houdt verband met het afleggen van een getuigenis, danwel het verlenen van een belangrijke dienst ten behoeve van justitie en/of politie;
- betrokkene is gemotiveerd om volledig met de beschermende autoriteiten mee te werken;
- betrokkene is stressbestendig;
- de kosten wegen op tegen de baten;
- en de te nemen risico’s van toelating zijn (politiek) verantwoord.”

Rapport werkgroep Craemer, p. 23.

314 Vreemd genoeg wijkt de onderverdeling in hoofdstukken in het rapport af van de inhoudsopgave aan het begin van het rapport. Dit als gevolg van een doornummerfout waarbij zowel de Inleiding als het hoofdstuk met als titel ‘Wie komen voor bescherming in aanmerking?’ nummer II hebben meegekregen. Hierdoor loopt de hoofdstuknummering één nummer achter op de inhoudsopgave. Ik zal hier de nummering van de hoofdstukken zelf aanhouden.

315 Bijlage E bij Rapport werkgroep Craemer, ‘Concept afspraken’, p. 93-94.

mogensrecht, verzekeringsrecht, familierecht, erfrecht en vreemdelingenrecht. Ook hier weer wordt geconcludeerd dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen tot toepassing van identiteitswijziging zou moeten worden overgegaan.

Vervolgens wordt in het zesde hoofdstuk aandacht besteed aan de wijze van besluitvorming bij het komen tot getuigenbescherming. De werkgroep heeft naar eigen zeggen enige tijd geworsteld met de vraag wie de beslissingen zou moeten nemen omtrent toelating tot het beschermingsprogramma en omtrent voortzetting danwel stopzetting van eenmaal aangevangen beschermingsmaatregelen. Er zijn verschillende alternatieven overwogen. Zo is gedacht aan besluitvorming door een landelijke rechter-commissaris, maar dit zou naar het oordeel van de werkgroep onvoldoende recht doen aan het beleidsmatige en bestuurlijke karakter van de te nemen beslissingen. Ook besluitvorming door het Openbaar Ministerie of een vertegenwoordiging daarvan is overwogen. Die optie werd onwenselijk geacht omdat men de te nemen beslissingen niet zuiver strafrechtelijk van aard achtte, en men bovendien de vrees gerechtvaardigd achtte dat dan de indruk zou ontstaan dat het Openbaar Ministerie verklaringen 'koopt'.³¹⁶ Een geheel onafhankelijke commissie werd met het oog op de vertrouwelijkheid van de informatie ongewenst geacht. De werkgroep concludeert dan ook dat de Minister van Justitie de meest aangewezen functionaris is om de beslissingen te nemen. Daartoe wordt een gefaseerd besluitvormingsmodel neergelegd, waarin een eerste strafvorderlijke toetsing wordt uitgevoerd door een toetsingscommissie van het Openbaar Ministerie, vervolgens de Dienst Getuigenbescherming en een multidisciplinaire commissie die als Dreigings Evaluatie Commissie (DEC) wordt aangemerkt, advies uitbrengen, en de Minister tot slot op basis van al deze al dan niet schriftelijke notities en rapporten een beslissing neemt. Gelijktijdig met inwilliging van het verzoek zou de Minister op hoofdlijnen moeten bepalen welke maatregelen zullen worden getroffen, en vervolgens dient hij toezicht te houden op de feitelijke uitvoering door de Dienst Getuigenbescherming.³¹⁷

In het zevende en laatste hoofdstuk wordt tot slot aandacht besteed aan het onderwerp rechtsbescherming. Naar het oordeel van de werkgroep zal een negatieve beslissing op een verzoek om bescherming onder omstandigheden aanvechtbaar moeten zijn en zal het oordeel van een rechter moeten kunnen worden ingeroepen bij eventuele geschillen over de uitvoering van het beschermingsprogramma. De werkgroep kiest er daartoe voor, de beslissingen aangaande getuigenbescherming aan te merken als beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 van de Algemene Wet Bestuursrecht (AwB). Daarmee zouden deze beslissingen in beginsel zijn onderworpen aan de ter zake geldende bepalingen inzake voorbereiding, motivering en bekendmaking en zou er bezwaar en beroep tegen

³¹⁶ Rapport werkgroep Craemer, p. 36.

³¹⁷ In een voetnoot overweegt de commissie dat het denkbaar is dat de minister de besluitvorming in de praktijk delegeert aan één of meer hoge ambtenaren, maar de commissie acht het gewenst dat de minister de meest gevoelige kwesties zelf afdoet (p. 40). De overeenkomst met het beslismodel in het Stelsel bewaken en beveiligen waarbij de NCB toetst, de ABB adviseert en de hoogste ambtenaar van de minister (de D-G) in de Evaluatiedriehoek beslist, valt op.

die beslissingen openstaan, zij het dat gezien de vertrouwelijkheid van de procedure deze bepalingen niet onverkort van toepassing kunnen zijn. Daarnaast zou de weg naar de civiele rechter moeten openstaan voor geschillen in de precontractuele sfeer en voor conflicten over de tenuitvoerlegging van de overeenkomst. In een voetnoot staat opgenomen dat de werkgroep zich heeft afgevraagd of niet aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de strafrechtelijke raadkamerprocedure, omdat het in het algemeen gaat om beslissingen die raken aan strafvordering, “het toetsingsgebied van de strafrechter bij uitstek.” Anderzijds is het belang van de strafzaak slechts één aspect dat dient te worden gewogen. Naast de vraag of betrokkene wel beschermd zou kunnen worden en of dit financieel verantwoord is, gaat het uiteindelijk om de beoordeling van beslissingen van de Minister welke normaal gesproken juist niet door de strafrechter worden getoetst, en zou juist uitdrukkelijk zijn gekozen om de beslissing over opname in het programma niet op te dragen aan de strafrechter, hetgeen met een beroepsprocedure bij de raadkamer alsnog het geval zou zijn. Kennelijk hebben deze argumenten ertoe geleid niet te kiezen voor toetsing binnen het strafrechtelijk domein, maar voor de voorgestelde wijze van rechtsbescherming middels de AwB en het civiele recht.³¹⁸

Met het voorgaande is een tamelijk uitvoerige samenvatting gegeven van het rapport van de werkgroep, hoewel deze in het licht van de omvang van het rapport als geheel nog steeds als beknopt kan worden aangemerkt. Ik meen dat dit gerechtvaardigd is gezien de invloed die dit rapport heeft gehad op de besluitvorming over getuigenbeschermingsprogramma's én op de discussie bij de Wet Toezeggingen aan getuigen. Bij de laatste is immers ook herhaaldelijk gesproken over de relatie tussen de afspraken die met een kroongetuige kunnen worden gemaakt op het gebied van getuigenbescherming enerzijds en de hierboven zoveel besproken toezeggingen als strafvermindering anderzijds. Deze complexe wisselwerking en de gevolgen die dat heeft gehad voor het functioneren van de kroongetuigenregeling in de praktijk, zullen als gezegd hierna in hoofdstuk 4 nader worden besproken.

3.2.2 *De Commissie Getuigenbescherming*

Eerste parlementaire verkenningen

Na het rapport werd een Commissie Getuigenbescherming ingesteld, die gevraagd werd het opzetten van een getuigenbeschermingsprogramma voor te bereiden. Kort daarna, op 27 oktober 1995, werd Craemer gehoord door de Commissie Van Traa. In dit verhoor schetst Craemer de totstandkoming van zijn commissie en van het uitgebrachte rapport,

³¹⁸ Gezien hetgeen hierna in paragraaf 3.3.1 zal worden besproken over de rol van de rechter-commissaris bij de toetsing van getuigenbeschermingsovereenkomsten zoals die de wetgever bij een kroongetuige voor ogen stond, en gelet op het feit dat beslissingen omtrent getuigenbescherming uiteindelijk niet door de Minister worden genomen maar door het Openbaar Ministerie, is het de vraag of deze argumenten tegen een toetsing binnen het strafrechtelijk domein nog onverkort gelden. Daarover meer in hoofdstuk 4.

waarin hij onder meer verhaalt dat pas in de loop van de werkzaamheden duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen getuigenbescherming en de kroongetuige. Het getuigenbeschermingsprogramma is “niets anders dan het creëren van voorwaarden waardoor mensen die daadwerkelijk bedreigd worden zodanig opgevangen worden dat de bedreiging gekeerd kan worden en dat ze normaal als getuige in een proces kunnen blijven fungeren.”³¹⁹ Anonieme bedreigde getuigen zullen in beginsel niet in dat programma hoeven te worden opgenomen nu hun identiteit immers verborgen dient te blijven. De eerst aangewezen voor zo’n programma is volgens Craemer dan ook een kroongetuige. Het theoretisch onderscheid tussen de beide regelingen is er in de praktijk niet of nauwelijks: “Wij zien dat waar een beschermingsprogramma wordt geïntroduceerd dat in de eerste plaats heel vaak gekoppeld wordt aan de kroongetuige. Waar dat niet zo is ontstaat die koppeling onmiddellijk in de praktijk.”³²⁰ Verder wordt in het verhoor uitvoerig gesproken over de grote ethische problemen die ontstaan wanneer de Staat ten behoeve van het krijgen van een verklaring in een strafzaak zeer vergaand moet ingrijpen in het persoonlijk leven van een groot aantal personen, omdat zeker in geval van identiteitswijziging naast de getuige ook zijn gezinsleden, familieleden of zelfs vrienden en kennissen beperkingen zullen ondervinden van het getuigenbeschermingsprogramma. Craemer onderkent dat zijn commissie de vraag of de Staat daaraan zou moeten beginnen niet goed heeft kunnen beantwoorden. Enerzijds neigt zij naar de mening dat identiteitswijziging zoveel problemen geeft dat het antwoord daar nee zou moeten zijn, maar anderzijds heeft de commissie ook niet volledig willen uitsluiten dat zich omstandigheden kunnen voordoen waardoor het aangaan van zo een overeenkomst wel verantwoord en gerechtvaardigd is. Op de vraag van Van Traa welke grote geest in de praktijk deze afwegingen zou moeten maken, antwoord Craemer dat de conclusie van zijn commissie was dat dit niet in handen moest worden gelaten van de organisatie die aan het vervolgen is, omdat daarmee de belangen te dicht tegen elkaar zouden worden gelegd. In het rapport was daarom geadviseerd dat het Openbaar Ministerie een advies zou geven, er daarna een technisch advies zou worden opgesteld door een commissie die uitsluitend zou kijken naar de te nemen beschermingsmaatregelen en de daarbij te verwachten kosten, en dat op grond van die adviezen de Minister van Justitie de knoop zou doorhakken. Dit oordeel van de commissie bleek ‘geamendeerd’ te zijn door het College van Procureurs-Generaal, dat de eindbeslissing in eigen hand wenste te houden. “Zij hebben gezegd: de aanbevelingen van het rapport nemen wij over, met uitzondering van het onderdeel dat de Minister ingeschakeld moet worden bij de uiteindelijke beslissing.”³²¹ De vraag in hoeverre dat standpunt van het College nog aanleiding heeft gegeven om het advies

319 Openbaar verhoor Enquêtecommissie opsporingsmethoden, verhoor 75 van mr. R.W.M. Craemer, 27 oktober 1995, p. 5.

320 Idem, p. 10. Zie voor een identiek standpunt het advies van de Recherche Advies Commissie naar aanleiding van het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen: “De RAC benadrukt het belang van dergelijke (*beschermings-, SJ*) maatregelen, aangezien getuigenbeschermingsprogramma’s onlosmakelijk verbonden zijn met het aangaan van deals met criminelen. Beschermingsprogramma’s liggen naar het oordeel van de RAC in het verlengde van afspraken met criminelen.” Advies van de RAC van 3 oktober 1997, A96/4022.6/640865, p. 2.

321 “Zo, zo”, aldus Van Traa. Verhoor Craemer p. 18.

omtrent de wijze van totstandkoming van de getuigenbeschermingsovereenkomst of de rechtsbescherming die daarop van toepassing zou moeten zijn te wijzigen, wordt helaas niet aan Craemer voorgelegd. Wel wordt nog kort gesproken over de werkzaamheden van de commissie en het plan van aanpak waar deze mee bezig is. Craemer schetst dat er met grote spoed een basisprocedure wordt ontwikkeld voor getuigenbescherming en dat een Dienst Getuigenbescherming in oprichting is. Daarnaast is er naar het oordeel van Craemer een wettelijke regeling nodig voor het getuigenbeschermingsprogramma, met name gezien de consequenties van de identiteitswijzigingen. In de tussentijd voldoet naar diens oordeel een ministeriële regeling waarin één en ander is neergelegd.

Na het verschijnen van de het rapport van de Commissie Van Traa wordt in de Tweede Kamer uitvoerig gedebatteerd over de daarin vervatte aanbevelingen en hun implementatie. Daartoe wordt door de Commissie een lijst van beslispunten die parlementaire behandeling behoeven aangeleverd.³²² In de debatten over deze aanbevelingen is ook het onderwerp getuigenbescherming (kort) aan de orde gekomen. Minister Sorgdrager stelt in een debat op 8 mei 1996 de wenselijkheid van een getuigenbeschermingsprogramma te onderschrijven, maar of daartoe een uitgebreide wettelijke regeling is vereist staat voor haar nog niet vast. Bepaalde vormen van getuigenbescherming moeten ook kunnen plaatsvinden zonder dat de wet daarin voorziet, maar wanneer mocht blijken dat er behoefte is aan een programma dat bijvoorbeeld voorziet in identiteitswijziging, dan zullen daartoe verregaande bevoegdheden moeten worden geschapen die in de wet moeten worden vastgelegd.³²³ Tevens heeft de lijst met beslispunten van de Commissie geleid tot een grote hoeveelheid moties, waarin de diverse beslispunten werden aangevuld of aangescherpt. Voor de kroongetuigenregeling is met name de motie Kalsbeek-Jasperse van belang geweest. In aanbeveling nummer 45b stond dat een deal met een crimineel aan een rechter voorgelegd moest kunnen worden, en door de motie kwam het woordje *kunnen* te vervallen, als gevolg waarvan een rechterlijke toetsing een dwingend voorgeschreven uitgangspunt werd.³²⁴ De motie werd unaniem door de Tweede Kamer aangenomen, een zeldzaamheid op zich. Uit de parlementaire stukken blijkt niet duidelijk of men ten aanzien van deze motie een onderscheid heeft willen maken tussen overeenkomsten met criminelen enerzijds en getuigenbeschermingsovereenkomsten anderzijds, of dat men deze in lijn met het rapport Craemer als met elkaar samenhangend beschouwde. Daarmee volgt niet met zekerheid dat de wetgever (ten tijde van de motie) van oordeel was dat beide overeenkomsten per definitie gerechtelijk toezicht behoeften, maar zoals hierboven in paragraaf 2.3 al kort aan de orde gesteld lijkt dat bij de behandeling van de Wet Toezeggingen wel het overheersende uitgangspunt in de Tweede Kamer te zijn geweest. Ik kom daar hierna in paragraaf 3.3.1 op terug.

322 Brief van de enquêtecommissie van 22 maart 1996, Kamerstukken II 1995-1996, 24072, nr. 25.

323 Voortzetting van de behandeling van het rapport van de enquêtecommissie opsporingsmethode (24072) op 8 mei 1996, Handelingen II 1995-1996, p. 79-5355.

324 De motie werd ondersteund door de Commissie Van Traa die deze als een verbetering van de door de commissie voorgestelde aanbeveling aanmerkte. Brief van de Enquêtecommissie van 12 juni 1996, Kamerstukken II 1995-1996, 24072, nr. 83.

Naar aanleiding van het rapport van de werkgroep Craemer onderneemt de vaste Kamercommissie van Justitie een dienstreis naar de Verenigde Staten om kennis te nemen van de ervaringen aldaar op het gebied van getuigenbescherming.³²⁵ Ter plaatse wordt uitvoerig gesproken met diverse politiefunctionarissen, openbare aanklagers, rechters, advocaten en hoogleraren. De Kamerleden lijken na het verontrustende rapport van de Commissie Van Traa en de ook al niet onverdeeld positieve toon van de Commissie Craemer redelijk gerustgesteld over het functioneren van de Amerikaanse getuigenbeschermingsprogramma's en de kosten die daarmee samenhangen. Het Amerikaanse federale programma wordt als een goed werkend programma omschreven, dat ertoe strekt dat een betrokkene verhuist, een nieuwe identiteit en alles wat nodig is krijgt en na 6 maanden (ook financieel) op eigen benen moet staan. Voor New York wordt gesproken over ongeveer drie getuigen per jaar die in een dergelijk programma worden opgenomen. De kosten van het programma van New York worden geraamd op ongeveer 1 miljoen dollar per jaar.³²⁶ Niet lang na dit bezoek, op 3 maart 1998, rapporteren de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken over de voortgang van de implementatie van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa en blijkt dat Craemer en zijn Commissie (inmiddels Craemer II genoemd ter onderscheid van de werkgroep Craemer) ook niet stil hebben gezeten. De Ministers rapporteren dat een voortgangsrapportage is opgesteld over ervaringen met getuigenbescherming in het algemeen en met de basisprocedure getuigenbescherming in het bijzonder. Op grond van de voortgangsrapportage zal de basisprocedure worden aangepast en de vorm van een richtlijn krijgen. Daarnaast zal wet- en regelgeving worden aangepast ten behoeve van de (tijdelijke) identiteitswijziging voor te beschermen getuigen en wordt een AMvB voorbereid waarin getuigenbescherming van een wettelijke grondslag wordt voorzien.³²⁷

Het rapport Craemer II

In de voortgangsrapportage van de commissie Craemer II wordt allereerst aandacht besteed aan de ervaringen met de op 12 juni 1996 door het College van Procureurs-generaal vastgestelde basisprocedure getuigenbescherming. De basisprocedure is zoals door Craemer in zijn verhoor bij de Commissie Van Traa op 27 oktober van 1995 al had aangekondigd, voortgekomen uit het eerste rapport Craemer en het overleg dat naar aanleiding daarvan plaats had met de diverse betrokkenen. In de omschrijving van de ervaringen met de basisprocedure valt op, dat de verschuiving van bevoegdheden van de Minister naar het College van procureurs-generaal in paragraaf 2.3 wordt gecompliceerd met de mededeling dat op grond van de basisprocedure zowel het College als de Minister opdracht aan de afdeling getuigenbescherming kon geven, maar dat wordt

325 Dat was overigens niet het enige doel van de reis, die tevens zag op de Amerikaanse ervaringen met bijzondere opsporingsbevoegdheden, informanten, kortom alles waarover de Commissie Van Traa gerapporteerd had. Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden en wijziging van enige andere bepalingen (bijzondere opsporingsbevoegdheden), Verslag van een werkbezoek, Kamerstukken II 1997-1998, 25403, nr. 5.

326 Idem, p. 8.

327 Brief Ministers met tweede voortgangsrapportage van implementatie aanbevelingen van de parlementaire enquête opsporingsmethoden, Kamerstukken II 1997-1998, 24072, nr. 97, p. 24.

voorgesteld te bepalen dat (alleen) het College nog opdrachten kan geven. In gevoelige zaken dient één en ander wel met de Minister van Justitie te worden afgestemd. In paragraaf 2.5 wordt dit standpunt onder het kopje Verhouding Minister/College herhaald.

Daarmee heeft de commissie Craemer II dus afstand genomen van het uitgangspunt zoals dat in het eerste rapport nog werd verwoord en zoals dat bij de Commissie Van Traa werd bevestigd, te weten dat het onverstandig werd geacht de beslissingsbevoegdheid over getuigenbescherming bij de vervolgende instantie te laten.³²⁸ Wat de reden is van dit gewijzigd inzicht blijkt niet. Verder valt met name op dat de terminologie die ten aanzien van getuigenbeschermingsprogramma's wordt gebruikt, identiek is aan die welke later in de context van de Wet toezeggingen aan getuigen gebezigd zou worden: zo wordt het contract dat de te beschermen getuige met de hoofdofficier sluit als de 'deal' met het OM aangemerkt en wordt gesproken over toezeggingen die de officier van justitie in dat kader (niet) aan de getuige kan doen. In lijn met de latere Aanwijzing toezeggingen aan getuigen stelt de voortgangsrapportage daarover dat de hoofdofficier van justitie geen toezeggingen aan getuigen kan doen over opname in een getuigenbeschermingsprogramma, geen toezeggingen kan doen over de inhoud van de maatregelen, en zich dient te realiseren dat de betrokkene wellicht in het geheel niet voor getuigenbescherming in aanmerking kan komen.³²⁹ Dit laatste is wel in overeenstemming met hetgeen in het eerste rapport van de werkgroep Craemer naar voren kwam en door Craemer bij de Commissie Van Traa werd verwoord: dat getuigenbescherming er toe strekt dat een getuige in veiligheid zijn rol kan vervullen en dat het apparaat daarmee slechts heeft te voorzien in maatregelen waarmee de veiligheid van een persoon zoveel mogelijk kan worden gegarandeerd. Van een pakket afspraken en al dan niet financiële toezeggingen waarover de te beschermen persoon zou kunnen onderhandelen, is geen sprake. Dit uitgangspunt komt tamelijk prominent terug in het hierboven al genoemde rapport van de Commissie Kalsbeek, die naar aanleiding van een motie uit de Tweede Kamer als parlementaire enquêtecommissie onderzoek deed naar de effecten van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa. Behalve dat in het rapport van 9 juni 1999 mede aan de hand van nieuw geconstateerde misstanden het belang van een wettelijke basis voor bevoegdheden en de daarover te betrachten transparantie opnieuw wordt onderstreept,³³⁰ wordt door de Commissie Kalsbeek het verband tussen het sluiten van een deal met een crimineel en opname in een getuigenbeschermingsprogramma nadrukkelijk onderkend. Er wordt herhaald dat door een hoofdofficier van justitie uitsluitend kan worden toegezegd dat de mogelijkheid tot opname in zo een programma zal worden onderzocht: "Nadere toezeggingen over de inhoud van de te treffen beschermingsmaatregelen kan en mag het openbaar ministerie niet doen. De aangewezen maatregelen worden vastgesteld door de afdeling getuigenbescherming."³³¹

328 Later zou ook de voorgestelde adviserende rol van de CTC of een andere commissie komen te vervallen.

329 Voortgangsrapportage p. 4, paragraaf 2.9.

330 Zie voetnoot 32.

331 Rapport van de Commissie Kalsbeek "Opsporing in uitvoering", Kamerstukken II 1998-1999, 26269, nr. 5, p. 57. De commissie citeert naar het zich laat aanzien overigens uit de Instructie Getuigenbescher-

Het is bij deze stand van zaken op het gebied van getuigenbescherming dat het wetgevingstraject zijn aanvang neemt. Op 23 september 1998 melden de Ministers Korthals en Peper in een brief over de stand van zaken ten aanzien van de implementatie van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa en de Commissie Kalsbeek dat het College van Procureurs-Generaal een OM-Instructie Getuigenbescherming heeft vastgesteld.³³² De problematiek van identiteitswijziging zal in een afzonderlijk wetsvoorstel worden geregeld. Het “Wetsvoorstel Deals met criminelen” zal volgens de Ministers nog dat jaar worden ingezonden aan de Tweede Kamer. Na een naamswijziging wordt het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen inderdaad op 17 november 1998 aan de Tweede Kamer toegezonden,³³³ waarna de in het vorige hoofdstuk uiteengezette jarenlange behandeling van dit wetsvoorstel zich ontvouwt. Hoewel daarbij zoals hierboven gezien met name toezeggingen anders dan beschermingsmaatregelen onderwerp van debat zijn geweest, is getuigenbescherming en de wijze waarop deze tot stand zou moeten komen in de context van een met een kroongetuige te sluiten overeenkomst om verklaringen af te leggen, herhaaldelijk ter sprake gekomen. Daarover het volgende.

3.3 GETUIGENBESCHERMING IN DE CONTEXT VAN DE WET TOEZEGGINGEN AAN GETUIGEN

3.3.1 *Toetsing door de rechter-commissaris?*

Standpunt wetgever

Zoals in het vorige hoofdstuk al aangestipt, heeft de bespreking van de getuigenbeschermingsproblematiek bij de behandeling van de Wet toezeggingen aan getuigen met name in het teken gestaan van de vereiste informatieverstrekking aan de rechter-commissaris, voorafgaand aan de totstandkoming van ‘de’ overeenkomst ex art. 226g Sv tussen het Openbaar Ministerie en de kroongetuige. Ook hier wordt de problematiek reeds door de Raad van State onderkend en wordt te kennen gegeven dat de rol die getuigenbescherming zal spelen bij overeenkomsten met kroongetuigen onvoldoende uit de verf komt in het wetsvoorstel en in de Memorie van Toelichting. De Raad stelt dat het voor de inschatting van de effectiviteit van de voorgestelde regeling van belang is dat er meer duidelijkheid komt over de beschermingsmaatregelen die aan een potentiële getuige zouden kunnen worden geboden, dit met het oog op de kennisgeving aan de verdachte en de verdediging van de met de getuige gemaakte afspraken zoals de rechter-commissaris deze op voet van het voorgestelde art. 226j lid 3 Sv dient te doen.³³⁴ De Minister wijst

ming 1998.

332 Brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 23 september 1998, Kamerstukken II 1998-1999, 24072, nr. 100.

333 Prakken noemt die naamswijziging een rookgordijn om deals die men wel bereid is te sluiten er onschuldig uit te laten zien. Prakken 1996, p. 1616.

334 Het voorgestelde (en uiteindelijk onveranderd ingevoerde) derde lid van artikel 226j Sv luidt: “Zodra het belang van het onderzoek dat toelaat, geeft de rechter-commissaris van het totstandkomen van de

er in zijn reactie op het advies van de Raad op dat in deze bepaling een nadrukkelijke beperking is aangelegd 'voor zover het gaat om afspraken die de specifieke maatregelen ter bescherming van de getuigen betreffen.' Zou die informatie openbaar moeten worden gemaakt, dan zou de getuige in een extra kwetsbare positie worden gebracht. Bovendien is naar het oordeel van de Minister kennisneming van deze maatregelen voor de verdediging niet relevant voor het beoordelen van de rechtmatigheid van de afspraak. Met de invoering van het voorgestelde art. 226l Sv, inhoudende dat de Minister van Justitie op bij Algemene Maatregel van Bestuur te bepalen wijze specifieke maatregelen kan treffen voor de feitelijke bescherming van getuigen, wordt primair beoogd een formele basis te verschaffen voor de feitelijke uitvoering van getuigenbescherming die op dat moment ook al plaatsheeft. Daarbij wijst de Minister op de Instructie getuigenbescherming die middels bovengenoemde brief van 23 september 1998 aan de Tweede Kamer is toegezonden.³³⁵

Uit de reactie van de Minister van Justitie op het advies van de Raad van State kunnen aldus twee kernpunten van getuigenbescherming in de Wet toezeggingen aan getuigen worden geïdentificeerd: de wettelijke basis die de wet middels het invoeren van art. 226l Sv aan getuigenbescherming dient te bieden, en het uitgangspunt dat de rechter-commissaris in het kader van diens toetsing van een overeenkomst met een kroongetuige kennis zal nemen van de 'specifieke maatregelen ter bescherming van de getuige', maar die informatie niet of niet geheel aan het procesdossier dient toe te voegen.³³⁶ Dit laatste laat onverlet dat de rechter-commissaris kennelijk wel volledig dient te worden geïnformeerd. Dit uitgangspunt van transparantie wordt in de Memorie van Toelichting meermaals en nadrukkelijk herhaald. Met een verwijzing naar het wetsvoorstel Bijzondere Opsporingsbevoegdheden hamert de Minister op het belang van volledige openheid over de gemaakte afspraken.³³⁷ Zonder dergelijke transparantie wordt de rechter-commissaris niet in staat geacht een goede toetsing van de rechtmatigheid van de voorgenomen overeenkomst te kunnen uitvoeren. Daarbij wijst de Minister er op dat het mede in het belang van het Openbaar Ministerie is dat de rechter-commissaris een gefundeerd oordeel kan geven, en dat hij ten behoeve van de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets inzicht zal moeten hebben in de stand van het onderzoek. Ook de eventuele gemaakte afspraken voor getuigenbescherming zullen voorgelegd moeten worden, al zal daar

afpraak en de inhoud daarvan kennis aan de verdachte, te wiens laste de verklaring is afgelegd, met dien verstande dat geen mededeling behoeft te worden gedaan van de maatregelen, bedoeld in artikel 226l."

335 Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 1998-1999, 26294, A, p. 11.

336 Ook Mols stelt dat de voorgeschreven toetsing door de rechter-commissaris kennisneming van de aan de getuige gedane toezeggingen met betrekking tot beschermingsmaatregelen behelst: Mols 2003, p. 325.

337 "Uitgangspunt is tenslotte hetzelfde als dat in het wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden: het OM verstrekt volledige openheid over de inhoud van de gemaakte afspraak en de gebruikte opsporingsmethodieken; de processen-verbaal bevatten een waarheidsgetrouw en volledig beeld van de relevante handelingen tijdens de opsporing. Het betrachten van deze openheid is een noodzakelijke voorwaarde voor de mogelijkheid van rechterlijke toetsing." Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26294, nr. 3, p. 7.

hoogstens sprake kunnen zijn van een marginale toetsing: “De rechter-commissaris zal voorts op de hoogte moeten worden gesteld van eventuele afspraken die zijn gemaakt voor getuigenbescherming, voor zover deze deel uitmaken van de voorwaarden die in de afspraak worden genoemd. Het ligt in de rede dat de toetsing op dit laatste punt een marginale kan zijn; alleen in de gevallen dat aan de belangen van een der partijen kennelijk onevenredig voordeel of nadeel wordt toegebracht zal er reden voor ingrijpen zijn. De voorgestelde toetsing door de rechter-commissaris behelst geen volle toetsing, maar een toetsing van de rechtmatigheid van de voorgenomen afspraak. Het oog is daarbij in het bijzonder gericht op wat een redelijk oordelende officier van justitie met een in vrijheid verklarende getuige overeen kan komen in het licht van een door de ene zittingsrechter te beoordelen strafvermindering en de door een andere zittingsrechter te beoordelen bewijskracht van de afgelegde verklaring.”³³⁸ Zouden in de loop van de verdere procedure nog aanvullende afspraken met de getuige worden gemaakt, dan is daarop dezelfde normering als voor het maken van de eerste afspraak van toepassing.³³⁹

Overeenkomstige regeling als bij anonieme bedreigde getuige

Hoewel het niet met zoveel woorden door de wetgever wordt overwogen, lijkt de rol van de rechter-commissaris bij de toetsing van dit deel van de overeenkomst die een getuige met het Openbaar Ministerie sluit op de rol die de rechter-commissaris niet lang daarvoor had gekregen bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de anonieme bedreigde getuige. De consequentie van de toekenning van de status van anonieme bedreigde getuige is immers dat de verdediging de getuige niet kan horen zonder vergaande afschermingsmaatregelen teneinde onthulling van de identiteit van de getuige te voorkomen, en de zittingsrechter de getuige helemaal niet kan horen.³⁴⁰ In de praktijk komt het er meestal op neer dat de verdediging schriftelijke vragen aan de bedreigde anonieme getuige formuleert en de rechter-commissaris die vragen vervolgens aan de getuige voorlegt, waarbij de beantwoording ook nog eens voor een deel wordt achtergehouden. Ook het horen van personen naar aanleiding van de verklaring van de anonieme getuige kan afstuiten op het risico dat daarmee de identiteit van de getuige bekend zou kunnen worden.³⁴¹ Ter compensatie van deze inbreuk op het in art. 6 lid 3 EVRM verankerde recht van de verdachte om getuigen die tegen hem worden ingebracht te mogen ondervragen, schrijft art. 226e Sv voor dat de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de bedreigde getuige onderzoekt en daaromtrent in een proces-verbaal rekening afdraagt. De betrouwbaarheidstoets die normaal gesproken is voorbehouden aan de zittingsrechter, is ten behoeve van de bescherming van de identiteit van de bedreigde

338 Idem, p. 11. Het criterium van de redelijk handelende officier van justitie zal zoals in hoofdstuk 5 zal blijken een belangrijke rol gaan spelen in het toetsingskader dat de Amsterdamse rechtbank in het onderzoek Passage vaststelde.

339 Idem, p. 14.

340 HR 20 april 1999, NJ 1999, 677.

341 Met name de ‘afstreep-redenering’ is in dat verband berucht: door het horen van getuigen zou men mogelijk kunnen vaststellen dat een bepaalde persoon de anonieme getuige niet is, waarmee de kring van personen die de anonieme getuige wel zou kunnen zijn kleiner zou worden en men aldus (te) dicht bij de identiteit zou kunnen komen. Zie Janssen 2012.

anonieme getuige dus ondergebracht bij de rechter-commissaris. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de overeenkomst van de kroongetuige is sprake van een soortgelijk mechanisme: omdat de zittingsrechter geen kennis kan nemen van stukken die niet in het procesdossier zijn opgenomen en aldus ook voor de verdediging beschikbaar dienen te zijn, is de informatieverstrekking ten aanzien van de gemaakte afspraken op het gebied van de getuigenbescherming ondergebracht bij de rechter-commissaris die, ter compensatie van kennisneming van die informatie door de verdediging en de zittingsrechter, een gemotiveerd rechtmatigheidsoordeel over die afspraken dient te geven. De rechter-commissaris toetst dus *omdat* de verdediging en de zittingsrechter dat niet kunnen doen, maar de toetsing is er ook voor de contractpartijen zelf. Door in een vroeg stadium een rechter bij de zaak te betrekken, is er een objectieve en van het Openbaar Ministerie los staande partij die kennis draagt van de tussen dat Openbaar Ministerie en de kroongetuige overeengekomen afspraken, die in geval van conflicten omtrent de inhoud van die afspraken of de wijze waarop daar uitvoering aan wordt gegeven door zowel de kroongetuige als het Openbaar Ministerie kan worden benaderd en die met kracht van autoriteit beslissingen kan nemen. Daarmee voorzagt het wetsvoorstel dus, anders dan later is verondersteld, wel in enige mate van rechtsbescherming voor zowel de kroongetuige als het Openbaar Ministerie.³⁴²

Met de herhaalde verzekering van de Minister dat de rechter-commissaris toezicht zou houden, welke verzekering niet los kan worden gezien van de hierboven genoemde unanimiteit aangenomen motie Kalsbeek-Jasperse dat overeenkomsten met criminelen onder toezicht van een rechter tot stand dienden te komen, lijken de Kamerleden op dit punt voldoende gerustgesteld. De toetsing door de rechter-commissaris van de gemaakte afspraken omtrent getuigenbescherming heeft in de verdere behandeling van het wetsvoorstel geen rol van betekenis meer gespeeld. Na de Memorie van Toelichting is het derde lid van art. 226j Sv en de daarin opgenomen expliciete veronderstelling dat de rechter-commissaris kennis zou nemen van de op het gebied van getuigenbescherming met de kroongetuige gemaakte afspraken, nooit meer ter sprake gekomen, noch bij de uitvoerige behandeling van wetsvoorstel 26294 tussen 1999 en 2001, noch bij behandeling van het 'reparatiewetje' 28017 enkele jaren later.

Conflicterende wetgeving

Het lijkt er daarmee op dat men bij de behandeling van het wetsvoorstel zodanig verstrikt is geraakt in de hierboven in hoofdstuk 2 beschreven thema's dat dit onderdeel eenvoudigweg ondergesneeuwd is geraakt. Daardoor is niet aan de orde gesteld dat het uitgangspunt dat de rechter-commissaris kennis neemt van de ten aanzien van getuigenbescherming gemaakte afspraken zoals deze uit art. 226j lid 3 Sv in combinatie met de daarop door de Minister gegeven toelichting kan volgen, met name in het belangrijke art. 226g Sv onvoldoende tot zijn recht komt en daarmee zelfs in strijd lijkt te zijn. In het laatste artikel staat dat de officier van justitie aan de rechter-commissaris kennis geeft van de afspraak die hij voornemens is te maken met de verdachte die bereid

342 Zie Bleichrodt 2010, p. 20 en Bleichrodt & Korten 2012, p. 1570.

is een getuigenverklaring af te leggen in een strafzaak, en staat voorts in het tweede lid welke elementen daartoe nauwkeurig op schrift dienen te worden gesteld. Behalve de misdrijven en de (mede)verdachten waarover de getuige kan verklaren en de strafbare feiten waarvoor de getuige zelf zal worden vervolgd, dienen op voet van sub c en d van het tweede lid de voorwaarden die aan de kroongetuige worden gesteld en de inhoud van de toezegging van de officier van justitie te zijn opgenomen. Onder het laatste mag zoals hiervoor uitvoerig besproken uitsluitend strafvermindering worden verstaan, hetgeen verklaart dat in enkelvoud over de toezegging van de officier van justitie wordt gesproken. Dat betekent dat de in het kader van getuigenbescherming gemaakte afspraken niet zonder meer onder deze laatste sub d kunnen worden begrepen. Hetzelfde geldt voor de in sub c genoemde voorwaarden: de zinsnede 'voorwaarden die aan de kroongetuige worden gesteld' kan de getuigenbeschermingslading ook niet dekken. Nu in het derde lid tot slot wordt bepaald dat de officier van justitie de rechter-commissaris de gegevens verschaft die hij voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de *in het tweede lid* bedoelde afspraak behoeft, roept dat de vraag op of art. 226g Sv de officier van justitie ruimte laat om informatie omtrent de met een getuige gemaakte afspraken omtrent getuigenbescherming te verstrekken.

Anderzijds: wanneer de officier van justitie die gegevens niet zou hoeven verstrekken dan slaat de laatste regel van art. 226j lid 3 nergens op en worden de hierboven weergegeven overwegingen van de Minister ook enigszins onnavolgbaar, om niet te zeggen onbegrijpelijk. De gedachte zou kunnen opkomen dat die afspraken rondom getuigenbescherming dan wellicht zouden moeten worden aangemerkt als een afspraak genoemd in art. 226g lid 4 Sv, waarin wordt bepaald dat afspraken die geen toezeggingen zijn maar wel voor het onderzoek van de zaak van betekenis kunnen zijn (kleine gunsten), in een proces-verbaal dienen te worden neergelegd. Die in het vierde lid bedoelde afspraken hoeven nu echter juist niet aan de rechter-commissaris te worden voorgelegd. Bovendien is dit vierde lid van art. 226g eerst bij brief van de Minister van 18 september 2000 aan het wetsvoorstel toegevoegd, en bestond deze ten tijde van de reactie van de Minister op het advies van de Raad van State en ten tijde van de Memorie van Toelichting dus nog helemaal niet.³⁴³ De verwarring wordt nog groter, wanneer diezelfde Minister in laatstgenoemde brief de toezegging dat getuigenbeschermingsmaatregelen zullen worden bevorderd als een kleine gunst als bedoeld in dat vierde lid lijkt aan te merken. De Minister spreekt in dit verband van een algemene zorgplicht van de Staat, die in feite geen onderdeel van een overeenkomst hoeft te vormen, reden waarom er geen bezwaar is om een dergelijke toezegging op te nemen in de overeenkomst wanneer een getuige daarom verzoekt. Wel merkt de Minister 'om misverstanden te voorkomen' nog eens expliciet op dat in dergelijke toezeggingen niet kan worden vooruitgelopen op de inhoud van de beslissingen van het College van Procureurs-generaal en, zo begrijp ik de Minister mede in het licht van het voorgaande, op de inhoud van de getuigenbeschermingsmaatregelen.³⁴⁴ De koppeling tussen het vierde lid van art. 226g en getuigenbescherming

343 Verslag van het schriftelijk overleg 18 september 2000, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, 16.

344 Idem, p. 14.

ziet dus niet op de specifieke beschermingsmaatregelen die getroffen dienen te worden, doch uitsluitend op de algemene toezegging dat niet-gespecificeerde beschermingsmaatregelen indien nodig getroffen zullen worden.

Hoe één en ander zich verhoudt tot het voorgestelde derde lid van art. 226j of hetgeen dezelfde Minister daar in zijn reactie op Raad van State en in de Memorie van Toelichting over heeft gezegd, is niet duidelijk. Het aanmerken van getuigenbescherming als kleine gunst in de zin van art. 226g lid 4 Sv komt na deze brief nog maar één keer ter sprake, bij het wetgevingsoverleg van 2 april 2001. Van de Camp vraagt zich af of opgenomen worden in een getuigenbeschermingsprogramma nu als een kleine gunst kan worden aangemerkt of niet. De enige die daarop reageert is Rouvoet, die meent dat dit niet het geval is. Getuigenbescherming dient volgens hem als geheel apart staand van toezeggingen gezien te worden, waarbij hij lijkt uit te gaan van de volgorde dat er eerst een overeenkomst ex art. 226g Sv zal worden gesloten en pas daarna over getuigenbescherming zal worden gesproken.³⁴⁵ de Minister beperkt zich tot de mededeling dat het getuigenbeschermingsprogramma niet standaard is in dit soort zaken, maar dat er wel een speciale aanleiding te weten een reële bedreiging voor de getuige moet zijn.³⁴⁶

De rol van de rechter-commissaris bij de met een kroongetuige over getuigenbescherming te maken afspraken komt bij de rest van het wetgevingstraject van wetsvoorstel 26294 niet meer ter sprake. Wel komt het onderwerp getuigenbescherming zelf nog een enkele keer in de marge voorbij, maar dat leidt niet tot beschouwingen over de verhouding tussen de toezeggingen aan getuigen op voet van art. 226g Sv en de te nemen (concrete) beschermingsmaatregelen. Het lijkt er op dat mede door de invloed van de rapporten Craemer I en II de getuigenbeschermingsovereenkomst in de beleving van de parlementariërs een zodanig op zichzelf staand fenomeen is (geworden), dat men met de aanscherping van de wetssystematiek rondom toezeggingen aan kroongetuigen de compatibiliteit van de met de over getuigenbescherming te maken afspraken uit het oog is verloren. De tekst van het voorgestelde art. 226j Sv is bij de behandeling van wetsvoorstel 26294 ongewijzigd gebleven en na het aannemen van de wet dus opgenomen in het Wetboek van Strafvordering, inclusief de niet mis te verstane aanwijzing in de laatste regel van het derde lid. Voor zover financiële aspecten van getuigenbeschermingsmaatregelen al besproken zijn, zag dit vrijwel uitsluitend op de kosten van getuigenbeschermingsprogramma's en de vraag welk departement of ministerie daarvoor zou gaan betalen. Die

345 "Ik heb geen opmerkingen over artikel 226k gemaakt, omdat de regeling op dat punt voor mij acceptabel is. Ik wil wel dat onderscheid gemaakt blijft worden tussen het doen van toezeggingen door een officier van justitie en het aanbieden van een getuigenbeschermingsprogramma als er een afspraak is gemaakt (*mijn cursivering, SLJ*). Dat laatste beschouw ik meer als een consequentie dan een inhoudelijke toezegging teneinde tot een afspraak te komen. De getuigenbeschermingsprogramma's zijn een verhaal apart. Ze staan op een ander niveau dan toezeggingen tot strafvermindering. De limitativiteit komt niet in gevaar door die bepaling." Verslag van wetgevingsoverleg 2 april 2001, Kamerstukken II 2000-2001, 26294, nr. 30, p. 19.

346 Idem, p. 30, waarmee de minister overigens naar het zich laat aanzien reageert op een vraag van Niederer (p. 10) en niet op de door Van de Camp en Rouvoet besproken kwestie.

discussie werd vlot beslecht door de mededeling dat de kosten zouden worden voldaan uit de post geheime uitgaven van de begroting van Justitie en dat gelet op het geringe aantal extra personen dat al dan niet als direct gevolg van de kroongetuigenregeling gebruik zou maken van getuigenbeschermingsprogramma's die kosten zodanig klein werden geacht dat dit vooralsnog geen gevolgen zou hebben voor die begrotingspost.³⁴⁷

3.3.2 *Hernieuwde interesse in getuigenbescherming*

Opnieuw: de werkgroep Plooi

Zoals in het vorige hoofdstuk gezien nam de interesse in kroongetuigen en getuigenbescherming sterk toe als gevolg van de bedreigingen aan het adres van officier van justitie Plooi. In antwoord op de onder andere door Griffith gestelde Kamervragen beschrijft minister Donner in het kort de procedure bij de totstandkoming van getuigenbescherming, welke er op dat moment op neerkomt dat de hoofdofficier van justitie die verantwoordelijk is voor het onderzoek een schriftelijk verzoek tot het opstellen van een dreigingsanalyse en van een advies doet aan de Landelijke officier van justitie Getuigenbescherming. De Landelijke Officier beoordeelt het verzoek en zendt het door aan het College, dat daarop beslist. De Centrale Toetsingscommissie (CTC) heeft geen rol bij getuigenbescherming en geeft volgens de Minister slechts advies over keuzes in opsporings- en vervolgingsvragen, met name bijzondere opsporingsmethoden en afspraken met getuigen.³⁴⁸

Niet lang daarna zou de werkgroep van het Openbaar Ministerie waarin onder andere Plooi zelf zitting had, diens Advies Toezeggingen aan getuigen in strafzaken uitbrengen, waarin getuigenbescherming wel specifiek in relatie tot de overeenkomst ex art. 226g Sv wordt besproken. De werkgroep nam tot uitgangspunt dat in beginsel alle wederprestaties moeten kunnen worden toegezegd, zolang deze niet in strijd met de wet of anderszins ontoelaatbaar zijn, waarbij de getuige een reëel voordeel in het vooruitzicht wordt gesteld. "Wederprestaties die niet meer behelzen dan hetgeen waartoe de officier van justitie in een ander geval, zonder overeenkomst, op grond van de reguliere praktijk ook zou zijn overgegaan, kunnen om die reden niet worden toegezegd."³⁴⁹ Dat maakt dat het treffen van getuigenbeschermingsmaatregelen in de visie van de werkgroep geen toe te zeggen wederprestatie is, nu in geval sprake is van ernstige dreiging die onmiddellijk verband houdt met de verleende of te verlenen medewerking aan de politie of het Openbaar Ministerie, voor de overheid toch al een zorgplicht bestaat voor de veiligheid van de getuige. Anders dan in de Tweede Kamer het geval was, onderkent

347 Zie onder andere de brief van de Minister van Justitie van 30 maart 2000, TKTK 1999-2000, 26294, nr. 15, p. 6.

348 Aanhangel Handelingen II 2003-2004, nr. 917. Dat in de context van het laatste ook getuigenbeschermingsaspecten aan de orde (moeten) komen is opnieuw een voorbeeld van het processueel strikt handhaven van het onderscheid tussen de beide trajecten.

349 Advies toezeggingen aan getuigen in strafzaken, bijlage bij Kamerstuk 28017, p. 9.

de werkgroep wel met zoveel woorden dat een getuige beschermingsmaatregelen als voorwaarde zal stellen zonder welke de overeenkomst te getuigen niet tot stand komt, en dat de volgorde van één en ander dus niet zo eenduidig is als bij de parlementaire behandeling van de Wet Toezeggingen aan getuigen steeds al dan niet impliciet werd verondersteld. Daarmee voorziet de werkgroep dat een getuige specifieke wensen zal hebben ten aanzien van bepaalde beschermingsmaatregelen, maar dat dient buiten de sfeer van toezeggingen gehouden te worden: "Hoewel de ervaring leert dat getuigen vaak meer of andere beschermingsmaatregelen eisen dan waartoe de Staat op grond van zijn zorgplicht is gehouden, is de werkgroep van oordeel dat verdergaande bepalingen niet in deze overeenkomst kunnen worden vastgelegd."³⁵⁰ Daarmee lijkt de werkgroep stellig afstand te nemen van de gedachte dat een kroongetuige bij de totstandkoming van een overeenkomst zou kunnen onderhandelen over specifieke te nemen beschermingsmaatregelen, maar in een voetnoot die volgt op bovengenoemd citaat blijkt dat de te nemen beschermingsmaatregelen en de plichten die daar voor een getuige tegenover staan, wél vastgelegd moeten worden in een aparte overeenkomst. Hoe die aparte overeenkomst zich verhoudt tot de overeenkomst waarin de door de werkgroep voorgestelde toezeggingen zijn opgenomen en wat de volgorde of totstandkoming van de beide overeenkomsten moet zijn, blijft onbesproken in het advies. De rechter-commissaris heeft in de visie van de werkgroep geen rol bij het sluiten van een overeenkomst met een kroongetuige, hetgeen volgt uit het voorstel van de werkgroep om de procedure niet bij wet maar in een aanwijzing te regelen. Hoewel niet met zoveel woorden overwogen, betekent dit dat van een rechterlijke toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst naar het oordeel van de werkgroep geen sprake kan zijn.³⁵¹

Oorverdovende stilte

In zijn brief van 1 juli 2004 gaat de Minister niet op dit deel van het advies in. Bij de bespreking van die brief in de Tweede Kamer op 8 september 2004 stelt alleen Grif-fith enkele korte vragen over de kosten en de effectiviteit van de getuigenbeschermingsprogramma's, kennelijk in aansluiting op de eerder dat jaar door haar gestelde schriftelijke vragen.³⁵² Antwoorden op die vragen komen er niet en een inhoudelijk debat over de juridische grondslagen van getuigenbescherming of de verhouding van getuigenbeschermingsmaatregelen tot toezeggingen, blijft uit. In de Eerste Kamer blijft het onderwerp getuigenbescherming zelfs geheel onbesproken.

De vraag of in het licht van het voorgaande kan of moet worden geconcludeerd dat de wet een toetsing door de rechter-commissaris van de met een kroongetuige eventueel

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ Hoe dit uitgangspunt zich naar het oordeel van de werkgroep verhoudt tot de motie Kalsbeek-Jasperse die een rechterlijke toetsing van overeenkomsten met criminelen dringend voorschrijft, is niet duidelijk. In zijn algemeenheid overweegt de werkgroep dat het wetsvoorstel zijn oorsprong kende in de Parlementaire Enquête Opsporingsmethoden, maar dat met het verstrijken der jaren de rechtspraktijk bewezen heeft dat zij ook zonder wettelijke verankering kan. De motie Kalsbeek-Jasperse zal waarschijnlijk in datzelfde historische en (in de beleving van de werkgroep) achterhaalde licht zijn bezien.

³⁵² Debat 8 september 2004, Kamerstukken II 2004-2005, p. 96-6205.

gemaakte afspraken omtrent getuigenbescherming dwingend voorschrijft, zal hieronder in paragraaf 4.2 nader worden besproken. Voor nu volsta ik met de constatering dat het wetsvoorstel op dit punt ongewijzigd is gebleven en noch de Minister, noch de Tweede Kamer noch de Eerste Kamer een standpunt over de werking van deze bepaling heeft ingenomen dat afwijkt van hetgeen in reactie op het advies van de Raad van State en in de Memorie van Toelichting was ingebracht. Op het eerste gezicht verhoudt de redactie van dat derde lid van art. 226j Sv in combinatie met de toelichting van de Minister zich niet met de veronderstelling dat de rechter-commissaris in het geheel niet geïnformeerd zou hoeven worden omtrent de te nemen getuigenbeschermingsmaatregelen. Het beleid van het Openbaar Ministerie op het gebied van getuigenbescherming spreekt niet van enige rol voor de rechter-commissaris. Dat beleid is in de Tweede Kamer in de vorm van de toentertijd geldende Richtlijn getuigenbescherming van het College van Procureurs-Generaal enkele malen onderwerp van discussie geweest, maar dat zag vooral op de relatie met de op grond van art. 226l Sv in te voeren Algemene Maatregel van Bestuur.³⁵³ In de Richtlijn, die later de status van een instructie heeft gekregen, staat de procedure bij de totstandkoming van de opname van een getuige in een getuigenbeschermingsprogramma uiteengezet. De procedure ziet op alle gevallen van getuigenbescherming en niet alleen op bescherming van de kroongetuige. Ook voor deze richtlijn geldt dat door de Minister steeds is benadrukt dat het natuurlijk niet de bedoeling is dat de richtlijn afwijkt van de wet of van de op te stellen Algemene Maatregel van Bestuur, maar dat een richtlijn de wet slechts verduidelijkt. Ook hier zijn de wettelijke kaders dus maatgevend.³⁵⁴ Dat kader is echter beperkt: de wettelijke grondslag voor getuigenbescherming wordt (geheel) geleverd door art. 226l Sv, in combinatie met het 'Besluit houdende regels ter uitvoering van art. 226l Wetboek van Strafvordering', oftewel het Besluit Getuigenbescherming.

3.3.3 *Het Besluit Getuigenbescherming*

Opnieuw: de Raad van State

Over deze Algemene Maatregel van Bestuur had de Minister al eerder kenbaar gemaakt dat gezien de opgedane ervaringen met de Instructie Getuigenbescherming, er wat hem betreft geen aanleiding was om deze te onderwerpen aan de zogenoemde voorhang-procedure waarbij de Tweede Kamer om goedkeuring van de AMvB wordt gevraagd.³⁵⁵ In zijn brief van 30 maart 2000 zegt de Minister toe de concept AMvB inzake getuigenbescherming aan de Kamer te zullen toezenden, hetgeen hij in het verslag van het

353 Het voorstelgestelde artikel 226l: "Onze Minister van Justitie kan op bij algemene maatregel van bestuur te bepalen wijze specifieke maatregelen treffen voor de feitelijke bescherming van getuigen, bedoeld in de artikelen 226a, 226g en 226k."

354 Algemene beraadslaging 15 maart 2000, p. 56-3999.

355 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, nr. 6, p. 36. Een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) wordt beschouwd als een aan de regering gedelegeerde regelgevende bevoegdheid en vereist een advies van de Raad van State en publicatie in het Staatsblad. Het staat in hiërarchie direct onder de formele wet en boven de ministeriële regeling. Zie hierna paragraaf 4.1.1.

schriftelijk overleg van 18 september 2000 ook heeft gedaan. Vanuit de Kamer zijn voor zover te achterhalen geen kanttekeningen bij het concept Besluit Getuigenbescherming geplaatst. Wel is het concept Besluit uiteraard voorgelegd aan de Raad van State. Deze heeft op 29 oktober 2001 geadviseerd en was aanzienlijk milder dan over de Wet Toezeggingen aan Getuigen.³⁵⁶ De strekking van het ontwerpbesluit wordt onderschreven en er worden slechts enkele kanttekeningen geplaatst. Deze zijn opnieuw zeer relevant: behalve de verschillende getuigen waarop het Besluit van toepassing zal zijn, zien zij met name op de – gestelde – civielrechtelijke aard van de getuigenbeschermingsovereenkomst. De Raad wijst er op dat er niets is geregeld over geschillenbeslechting en dat het bij die stand van zaken denkbaar is dat geschillen over de uitleg van de overeenkomst tussen de Staat en de getuigen uiteindelijk door de civiele rechter worden beslecht. Er wordt geadviseerd om in de toelichting de “keuze voor de civiele overeenkomst en de civiele rechter te motiveren en om hierbij ook aandacht te schenken aan de mogelijkheden die wellicht binnen het bestuursrecht en het strafrecht aanwezig zijn voor het vastleggen van de wederzijdse verplichtingen en voor het beslechten van geschillen over de verplichtingen.” Verder vraagt de Raad aandacht voor de implicaties van identiteitswijziging op wetgevingsterrein en voor het gebruik van de term ‘bevoegd gezag’ in het ontwerpbesluit, die als verwarrend wordt aangemerkt.

Het is tekenend voor de positie van getuigenbescherming binnen de kroongetuigenregeling dat de Minister eerst op 14 december 2005 op het advies van de Raad van State reageert. Hij vindt ook dat er opmerkelijk veel tijd is verstreken, maar stelt dat dit is veroorzaakt door de parlementaire behandeling van de Wet Toezeggingen aan getuigen en de reparatiewet. De kritiek van de Raad van State dat het ontwerpbesluit in artikel 3 een ruimere categorie van personen voor bescherming in aanmerking laat komen dan waar de wet in voorziet, leidt ertoe dat nadat de beide wetsvoorstellen eindelijk waren aangenomen er meteen (weer) een reparatiewet komt die een tweede lid aan art. 126l Sv toevoegt dat getuigenbescherming voor andere categorieën van personen mogelijk maakt.³⁵⁷ Aan het advies van de Raad van State om aandacht te schenken aan de keuze voor de civiele overeenkomst en de civiele rechter zegt de Minister gevolg te hebben gegeven: in de nota van toelichting bij het Besluit wordt nader op dat onderwerp ingegaan. Ook aan de overige suggesties van de Raad van State wordt gevolg gegeven, met uitzondering van de aanbeveling om specifieke beschermingsmaatregelen die ertoe leiden dat wettelijke voorschriften buiten toepassing blijven, zoals identiteitswijziging, in het Besluit op te nemen. Het wordt vanuit het oogpunt van effectiviteit niet wenselijk geacht een opsomming te geven van specifieke beschermingsmaatregelen, omdat deze zijn toegesneden op specifieke situaties en specifieke getuigen. Een week na de reactie van de Minister op het

356 Advies Raad van State Besluit Getuigenbescherming, W03.01.0454/I, bijvoegsel Stcrt. 14 februari 2006, nr. 32.

357 Reparatiewet II Justitie, Kamerstukken II 2004-2005, 30171, nr. 1. Dat tweede lid luidt sindsdien: “Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op een persoon die medewerking heeft verleend aan de met opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste autoriteiten, voor zover daartoe een dringende noodzaak is ontstaan als gevolg van die medewerking en daarmee verband houdend overheidsoptreden.”

advies van de Raad van State wordt het Besluit Getuigenbescherming aangenomen. Op een enkele wijziging na is het Besluit gelijklopend met het concept.³⁵⁸ Het zal gelijktijdig met de Wet Toezeggingen aan Getuigen op 13 maart 2006 in werking treden.³⁵⁹

Getuigenbescherming in zeer grote lijnen

In het Besluit worden kort en in zeer grote lijnen de grondslag en de procedure van getuigenbescherming neergelegd. Na de gebruikelijke definities van de verschillende begrippen in artikel 1 en de duiding van het onderdeel getuigenbescherming bij het Korps Landelijke Politiediensten onder gezag van de officier van justitie in artikel 2, wordt in artikel 3 het bereik van het Besluit neergelegd: voor getuigenbescherming komen in aanmerking anonieme bedreigde getuigen als bedoeld in art. 226a Sv, kroongetuigen ex art. 226g Sv, en al veroordeelde personen bedoeld in art. 226k Sv. Daarnaast is er een restcategorie van andere personen die medewerking hebben verleend aan de met opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste autoriteiten, één en ander voor zover een dringende noodzaak tot beschermingsmaatregelen is ontstaan als gevolg van die medewerking en het daarmee verband houdende overheidsoptreden. Daarmee wordt getuigenbescherming dus ruimer getrokken dan uitsluitend het beschermen van personen die een rol als getuige spelen in een strafzaak en kunnen ook informanten of infiltranten een beroep op beschermingsmaatregelen doen, wanneer zij als gevolg van de bijstand aan de opsporing in gevaar zijn gekomen.³⁶⁰

De artikelen 4 tot en met 6 schetsen vervolgens de procedure die aan getuigenbescherming voorafgaat. Het College van Procureurs-Generaal is de bevoegde instantie om het Onderdeel getuigenbescherming van de KLPD (hierna: het Onderdeel getuigenbescherming) te vragen een dreigingsanalyse op te stellen ten behoeve van de in artikel 3 bedoelde persoon. Indien daaruit een dringende noodzaak tot het treffen van beschermingsmaatregelen blijkt, kan het College het Onderdeel getuigenbescherming opdragen maatregelen te treffen. In door de Minister aangewezen gevallen, dient het College de Minister in kennis te stellen van het voornemen tot het treffen van beschermingsmaatregelen. De opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen is schriftelijk en vermeldt de geldigheidsduur, met uitzondering van spoedeisende zaken in welk geval de Minister of (een lid van) het College mondeling opdracht kan geven tot het treffen van tijdelijke noodmaatregelen. Behoudens dergelijke spoedeisende gevallen, vangt de uitvoering van de beschermingsmaatregelen pas aan wanneer de officier van justitie met de te beschermen persoon een schriftelijke overeenkomst heeft gesloten waarin “in ieder geval bepalingen zijn opgenomen omtrent de verplichtingen van de te beschermen persoon en van het onderdeel getuigenbescherming alsmede de gevolgen van niet-nakoming

358 De wijzigingen bestaan er uit dat in artikel 4 het aanvankelijk voorgeschreven schriftelijk verzoek van de Hoofd-Officier van Justitie is komen te vervallen, en dat in artikel 9 verzoeken tot getuigenbescherming van internationale gerechten zijn toegevoegd, welke laatste onder verantwoordelijkheid van de minister vallen.

359 Besluit Getuigenbescherming en nota van toelichting, Stb. 2006, nr. 21.

360 Dat was de reden dat de Raad van State constateerde dat een wettelijke grondslag voor de laatste categorie ontbrak, hetgeen leidde tot een aanvulling van artikel 226l Sv.

daarvan”.³⁶¹ Met een beschrijving van de procedure die moet worden gevolgd wanneer de geldigheidsduur van de opdracht tot beschermingsmaatregelen zal verstrijken, en de gang van zaken in geval een internationaal gerecht om bescherming van een getuige vraagt, wordt het Besluit afgesloten.

Het Besluit kan eufemistisch gesteld als een open structuur worden gekenschetst. Op het niveau van de wetgever zijn er geen beslissingen genomen over de feitelijke en juridische kaders waarbinnen getuigenbescherming dient plaats te hebben, anders dan het bepalen van de doelgroep in artikel 2. Daarmee is niet alleen de wijze van getuigenbescherming en de mogelijk zeer verstreckende maatregelen die daartoe getroffen kunnen worden, geheel aan de praktijk overgelaten, maar ook is geen duidelijkheid gecreëerd omtrent de rechtspositie van de Staat of de getuige wanneer de totstandkoming of uitvoering van de overeenkomst onverhoopt tot problemen zou leiden. Er is niet vastgelegd in hoeverre de getuige invloed kan uitoefenen op de wijze waarop hij zal worden beveiligd, noch is vastgelegd welke eisen de Staat al dan niet aan een getuige kan of mag stellen en ook over een eventuele rechtsgang in geval van conflicten zwijgt het. In zoverre bevat het Besluit anders dan diens volledige naam doet vermoeden dus niet zo veel regels ter uitvoering van art. 226l Sv en dient één en ander kennelijk met name op het uitvoerende niveau van de Instructie Getuigenbescherming invulling te krijgen.

3.3.4 *De nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming*

Enkele piketpaaltjes

De keuze voor een invulling vanuit de praktijk wordt bevestigd aan het begin van de nota van toelichting, waar deze aanvangt met de mededeling dat het Besluit voor het grootste deel een formalisering van de bestaande praktijk betreft en slechts een algemeen kader voor de uitvoering van getuigenbescherming geeft, terwijl een verdere precisering van de procedures in de Instructie Getuigenbescherming is opgenomen.³⁶² Desalniettemin worden enkele belangrijke piketpaaltjes geslagen waar het dat algemene kader van getuigenbescherming betreft.

Allereerst wordt benadrukt, dat getuigenbeschermingsmaatregelen slechts worden getroffen voor de duur van de bedreiging tegen een persoon en dus geen permanent karakter hebben. Ook hebben de maatregelen volgens de nota in beginsel niet tot doel volledig in het levensonderhoud van de betrokken persoon te voorzien. De eigen verantwoordelijkheid van de te beschermen persoon wordt benadrukt, net als het feit dat wanneer de dreiging is geëindigd de zorgplicht van de overheid ophoudt en de betrokken persoon in staat wordt geacht weer zelfstandig te functioneren. Met een verwijzing naar de zojuist geschetste procedure waarbij uitsluitend het College bevoegd is te beslissen over

³⁶¹ Artikel 7 Besluit Getuigenbescherming.

³⁶² Zoals hierna in hoofdstuk 4 zal blijken bevat die Instructie nauwelijks aanvullende normering ten opzichte van het Besluit en de nota van toelichting.

het treffen van beschermingsmaatregelen wordt onderstreept dat noch de politie, noch de officier van justitie zonder onderliggend besluit van het College definitief toezeggingen kan doen omtrent het treffen van beschermingsmaatregelen.³⁶³ Beschermingsmaatregelen worden slechts dan getroffen wanneer een 'ernstige en serieus te nemen dreiging bestaat die direct verband houdt' met de door de bedreigde persoon te verlenen of verleende medewerking aan de politie of het Openbaar Ministerie en het overheidsoptreden dat daarmee verband houdt. De beoordeling van de ernst van dreiging geschiedt aan de hand van een dreigingsanalyse en kan er onder omstandigheden toe leiden dat ook het gezin of naaste familieleden van de bedreigde persoon worden beveiligd, echter alleen voor zover deze een 'nauwe betrekking' met de bedreigde persoon onderhouden.³⁶⁴

In de nota van toelichting wordt ook in geval van een kroongetuige de hand gehouden aan de aanvraag- en besluitvormingsprocedure zoals die uit het Besluit volgt. Weliswaar wordt het 'denkbaar' geacht dat degene die overweegt op voet van art. 226g Sv een deal met de officier van justitie te maken daarbij ook als voorwaarde stelt dat voor hem getuigenbeschermingsmaatregelen worden getroffen, maar er wordt benadrukt dat de beslissing of daartoe de mogelijkheid bestaat pas kan worden genomen na de dreigingsanalyse van het Team Getuigenbescherming en nadat de gebruikelijke procedure is afgewikkeld. In die dreigingsanalyse kan het Onderdeel getuigenbescherming voorstellen doen over de te treffen maatregelen om de dreiging te keren, welke afhankelijk van de aard en de ernst van de dreiging zullen variëren in duur en intensiteit. Tevens wordt het Onderdeel getuigenbescherming geacht te adviseren over de uitvoerbaarheid van de voorgestelde maatregelen, waarbij aandacht dient te worden besteed aan de gevolgen die de maatregelen kunnen hebben voor het leven van de te beschermen persoon en zijn eventuele gezinsleden, maar ook aan het psychologische profiel van de te beschermen persoon die indien nodig mag worden verzocht daartoe mee te werken aan een psychologisch onderzoek.

Een blinde vlek bij de wetgever

De regel dat in geval van een kroongetuige de gebruikelijke procedure afgewikkeld dient te worden, roept de vraag op in hoeverre de wetgever bij de totstandkoming van het Besluit onder ogen heeft gezien dat de gang van zaken bij zo een kroongetuige mogelijk een andere volgorde zou hebben dan diezelfde wetgever bij de bespreking van dat andere deel van de kroongetuigenregeling, de overeenkomst met het Openbaar Ministerie die door de Wet Toezeggingen aan getuigen wordt geregeld, voor ogen stond. Enerzijds blijkt uit de nota dat is voorzien dat de kroongetuige voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst ex art. 226g Sv als voorwaarde zou stellen dat getuigenbeschermingsmaatregelen zullen worden getroffen, terwijl anderzijds wordt vastgehouden aan de gebruikelijke procedure waarin daarover geen concrete toezeggingen kunnen worden gedaan. Dat roept de vraag op, of de wetgever er ten tijde van dit Besluit vanuit ging dat met de overeenkomst ex art. 226g Sv mocht worden gewacht tot er duidelijkheid voor de

³⁶³ Nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming, p. 4.

³⁶⁴ Idem, p. 9.

kroongetuige zou zijn ten aanzien van de vraag of beschermingsmaatregelen voor hem zouden worden getroffen, of dat men heeft vastgehouden aan het ten tijde van de behandeling van de Wet Toezeggingen aan getuigen bestaande uitgangspunt dat er éérst een overeenkomst ex art. 226g Sv zou worden gesloten, en dat pas daarna zou worden bezien of en zo ja welke beschermingsmaatregelen zouden moeten worden getroffen. In de laatste visie werden de maatregelen als een consequentie van de in de overeenkomst ex art. 226g Sv gedane toezegging gezien, en niet als een toezegging op zich.³⁶⁵ Met die laatste veronderstelling worden de gang van zaken in de praktijk en de positie en persoon van iemand die voldoende ingevoerd is in het criminele milieu om als kroongetuige te kunnen fungeren, echter onvoldoende onderkend. De nota van toelichting sluit wat dat betreft beter aan bij de realiteit wanneer deze steller van toon veronderstelt dat een kroongetuige de toezegging dat getuigenbeschermingsmaatregelen *zullen worden getroffen* als voorwaarde zal stellen. Daaruit blijkt echter niet of, zoals de werkgroep Plooi in diens advies schreef, tevens onder ogen is gezien dat een kroongetuige specifieke wensen zal hebben over de manier waarop hij zal worden beveiligd, wie er wordt beveiligd, over de financiële kant van de zaak, enzovoorts, en dat hij daar dus wél over zal willen onderhandelen. Op dit punt zwijgt de nota van toelichting.

De combinatie van de omkering van de volgorde van de te sluiten overeenkomsten en de onduidelijkheid over de onderhandelingspositie van de kroongetuige waar het de invulling van de getuigenbescherming betreft, vormt de achilleshiel van de kroongetuigenregeling. Het mag dan ook enigszins verbazingwekkend worden genoemd dat de Tweede Kamer, die zo ontzettend kritisch was op toezeggingen die met name *niet* aan een kroongetuige gedaan mochten worden en die zich zo heeft ingespannen om te voorkomen dat een kroongetuige zou kunnen onderhandelen over andere zaken dan strafvermindering, waarbij met name financiële beloningen als zeer onwenselijk werden afgewezen, de uitvoering van de getuigenbeschermingsmaatregelen en de onvermijdelijke financiële aspecten die daarmee samenhangen geheel buiten beschouwing heeft gelaten. In het licht van al hetgeen hierboven in hoofdstuk 2 is weergegeven omtrent de pogingen van die wetgever om de wettelijke regeling aan te scherpen en sluitend te krijgen en te voorkomen dat een kroongetuige in welke vorm dan ook een financiële beloning of financiële voordelen zou kunnen behalen aan het als getuige afleggen van verklaringen, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de Tweede Kamer er van uit is gegaan dat de te beschermen persoon geen inspraak zou hebben of eisen zou kunnen stellen over de specifieke aard van de jegens hem te nemen beschermingsmaatregelen. Mogelijk dat daarbij de wijze van persoonsbeveiliging zoals deze binnen het Stelsel bewaken en beveiligen plaatshad, waarbij het onderhandelen over de beschermingsmaatregelen nadrukkelijk werd uitgesloten, een rol heeft gespeeld. Ik kom daar op terug.

De getuigenbeschermingsovereenkomst

Zoals toegezegd aan de Raad van State is de nota van toelichting wel tamelijk uitgebreid over de getuigenbeschermingsovereenkomst die ten grondslag dient te liggen aan

³⁶⁵ Zie Rouvoet in voetnoot 345.

de feitelijke beschermingsmaatregelen. Wat het type rechtsbetrekking betreft is de nota echter met name declaratoir van aard: “In de overeenkomst, die civielrechtelijk van aard is, zijn de rechten en plichten van beide partijen omschreven, alsmede de gevolgen van niet-nakoming van die plichten”.³⁶⁶ Uit die overeenkomst vloeit volgens de nota voor de Staat een inspanningsverplichting voort tot het treffen van passende beschermingsmaatregelen, terwijl het voor de te beschermen persoon vooral verplichtingen betreft die het mogelijk maken de beschermingsmaatregelen doeltreffend en veilig uit te voeren. Wanneer de te beschermen persoon die verplichtingen niet nakomt, kan dit leiden tot een wijziging of zelfs beëindiging van de maatregelen. De beslissing daarover ligt opnieuw bij het College. Geschillen over de overeenkomst zullen in beginsel bij de civiele rechter worden beoordeeld, tenzij beide partijen arbitrage overeenkomen. Over normering binnen het strafrechtelijk domein middels raadkamerprocedure is de nota kort: dat kan alleen wanneer het wetboek daarin voorziet. Dat is echter niet het geval en het voorzien in zo een regeling wordt niet noodzakelijk geacht, “gelet op het uiterst geringe aantal keren dat de bedoelde geschillen voorkomen.”³⁶⁷

Hoewel in de nota uiteindelijk niet minder dan driemaal wordt gesteld dat de getuigenbeschermingsovereenkomst een civielrechtelijke overeenkomst is, wordt niet nader ingegaan op de vraag waarom dit het geval zou zijn. Mogelijk dat hier de bevindingen van de Commissie Craemer I doorwerken, die een soortgelijk standpunt innam, of dat men uitsluitend gekeken heeft naar de vorm van de rechtsbetrekking, waarin twee partijen schriftelijk de wederzijdse rechten en plichten vastleggen en welke vorm inderdaad civielrechtelijke trekken heeft. Zoals hierboven in paragraaf 1.3 beschreven is het echter de vraag of die vorm voldoende zwaarwegend kan worden geacht om de kleur van de rechtsbetrekking geheel te bepalen en of het feit dat de overeenkomst wordt aangegaan met het Openbaar Ministerie dat daarmee handelt ter handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde, niet reeds tot de conclusie dient te leiden dat de getuigenbeschermingsovereenkomst hoofdzakelijk strafrechtelijk van aard is. Dit nog los van het feit dat deze getuigenbeschermingsovereenkomst als een bijna noodzakelijke resultante van de verklaringsovereenkomst ex art. 226g Sv werd en wordt aangemerkt en deze daarmee dus op zijn minst nauw samenhangt met een overeenkomst die in ieder geval als zuiver strafrechtelijk wordt gezien. Bovendien had de Commissie Craemer de getuigenbeschermingsovereenkomst juist vanwege diens vermeende civielrechtelijke karakter ondergebracht bij de Minister van Justitie en niet bij het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie heeft bij monde van het College zelfstandig besloten dat deze de getuigenbescherming aan zichzelf wenste te houden, waarbij de samenhang met de strafrechtelijke verklaringsovereenkomst ongetwijfeld een zwaarwegende rol heeft gespeeld. Of dat naar het oordeel van Craemer en zijn eerste of tweede commissie gevolgen had voor de aard van de rechtsbetrekking, blijkt niet. Ondanks de verduidelijking die de Raad van State juist op dit punt vroeg, en de verzekering van de Minister dat aandacht zou worden geschonken aan de mogelijkheden die binnen het bestuursrecht en

366 Idem, p. 7.

367 Idem, p. 8.

het strafrecht aanwezig zouden kunnen zijn, is dit aspect vrijwel geheel onbelicht gebleven. Over de strafrechtelijke weg wordt slechts gesteld dat deze niet mogelijk is nu die op dit moment niet bestaat, maar zeker nu deze relatief eenvoudig had kunnen worden ingebracht in de sinds jaar en dag bestaande raadkamerprocedure is het argument om daar van af te zien weinig overtuigend: dat er op dat moment kennelijk weinig geschillen zijn over getuigenbescherming zegt niets over de stand van zaken in de toekomst. Zeker nu het Besluit stelt te voorzien in een (noodzakelijk geachte) wettelijke grondslag van getuigenbescherming, is het niet voorzien in een rechtsgang voor de daarbij betrokken partijen een vanuit wetgevingsperspectief moeilijk te begrijpen keuze. Dit alles nog los van het feit dat getuigenbescherming en overeenkomsten met kroongetuigen, in ieder geval volgens de daarbij betrokken Ministers, per definitie weinig voor zullen komen, en de hele exercitie dus sowieso gedaan wordt ten behoeve van een gering aantal gevallen.³⁶⁸

Uiteindelijk komt het er op neer dat ook dit formele aspect van de getuigenbeschermings-overeenkomst niet op wetgevingsniveau is vastgelegd, net zoals dat voor het grootste deel van de inhoud van de getuigenbeschermingsovereenkomst geldt. Normering en toetsing worden geacht plaats te hebben binnen het privaatrechtelijk domein, waarmee behoudens het geval dat tussen de partijen arbitrage overeen is gekomen, de civiele rechter als exclusieve toetsende instantie wordt aangewezen. Is er wel een arbitrageclausule in de overeenkomst opgenomen – en de nota lijkt daar enigszins op aan te sturen – dan is op voet van het vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering buiten de arbiter uitsluitend de voorzieningenrechter nog bevoegd.³⁶⁹ Daarmee is de kwestie buiten het gesloten verband van de arbitrage dus geheel terechtgekomen bij de ‘restrechter’ bij uitstek, met alle beperkingen van dien. Zoals de praktijk heeft uitgewezen heeft dat tot de nodige problemen geleid op het moment dat in weerwil van de in de nota opgenomen verwachting er toch hoog oplopende geschillen ontstonden tussen het Openbaar Ministerie en de beveiligde persoon, maar daarover meer in het volgende hoofdstuk. Waar met de Wet Toezeggingen aan Getuigen een strikte en tamelijk gedetailleerde wettelijke regeling is neergelegd voor het aangaan van de strafrechtelijke overeenkomst, moet worden geconstateerd dat dit voor de (al dan niet) privaatrechtelijke rechtsbetrekking die ontstaat wanneer een getuigenbeschermingsovereenkomst wordt gesloten, is nagelaten. Zowel het Besluit Getuigenbescherming als de bijbehorende nota van toelichting laat de invulling, normering en toetsing van getuigenbeschermingsovereenkomsten in zeer grote mate over aan de praktijk.

368 Een vergelijking met de wetgeving op het gebied van de afgeschermd getuige dringt zich op. Deze regeling die in art. 226m e.v. Sv is neergelegd, werd destijds naar aanleiding van een individuele strafzaak met grote spoed ingevoerd. Zeker gezien het zeer uitzonderlijke karakter van de regeling, waarbij bijvoorbeeld de beslissing of een afgelegde verklaring bij de processtukken zou worden gevoegd deels bij de afgeschermd getuige zelf werd gelegd, was er vanuit wetenschap en praktijk meteen veel kritiek op de regeling. Nadat het oordeel van de rechter in hoger beroep anders was uitgevallen was de zin aan de regeling vrijwel direct weer komen te ontvallen. Uit een recent verschenen WODC-rapport blijkt dat de bepaling in de 5 jaar sinds deze van kracht is geworden nog nooit is gebruikt. Zie o.a. Bokhorst 2012.

369 Artikel 1022 Rv.

Eerste contouren van kroongetuigenproblematiek

Juist met het oog op de zeer uitvoerige bespreking van de toezeggingen die het Openbaar Ministerie aan een kroongetuige wel of niet zou mogen doen en het gebrek aan vertrouwen in het Openbaar Ministerie zoals dat door de verschillende Kamerleden werd geëtaleerd, is het vertrouwen dat hiermee in datzelfde Openbaar Ministerie en de opsporingsfunctionarissen wordt gesteld opzienbarend te noemen. Het gevolg is niet alleen dat de grondslag voor de veronderstelling dat de getuigenbeschermingsovereenkomst een civiele rechtsbetrekking oplevert niet duidelijk is, maar ook en daarmee samenhangend, dat de rechtspositie van de bij die getuigenbeschermingsovereenkomst betrokken partijen niet is vastgelegd. Dat heeft niet alleen gevolgen voor de totstandkoming van die rechtsbetrekking en de rechten en plichten die de daarbij betrokken partijen over en weer hebben of kunnen hebben, maar ook voor de rechtsbescherming die beide partijen kunnen invoeren op het moment dat er conflicten ontstaan over die overeenkomst, of dit nu totstandkoming, inhoud of nakoming betreft.³⁷⁰ Nu er vrijwel niets is geregeld over die inhoud van de te sluiten overeenkomst en de volgorde van onderhandelingen die de gemiddelde kroongetuige er op na zal houden onvoldoende onderkend lijkt te zijn, ligt het voor de hand dat dergelijke conflicten ontstaan. De Wet toezeggingen aan getuigen voorziet, in ieder geval ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel, in een toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst door de rechter-commissaris, maar die toetsing verhoudt zich moeilijk met de per declamatie in het leven geroepen civielrechtelijke aard van de getuigenbeschermingsovereenkomst. Bovendien zwijgt het Besluit over een rol van de rechter-commissaris.

Al met al worden langzaam de contouren zichtbaar van de problematiek zoals deze in de inleiding en probleemstelling van dit proefschrift is neergelegd: een vermenging van rechtsbetrekkingen die zowel op materieelrechtelijk als op procedureel gebied niet met elkaar in overeenstemming zijn te brengen en op enkele punten zelfs lijnrecht tegenover elkaar staan.

³⁷⁰ Bleichrodt en Korten spreken in dit verband van een juridisch, door wetgeving en wetenschap verlaten niemandsland. Bleichrodt & Korten 2012, p. 1564.

4 WETGEVING EN HET BELEID VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

4.1 WETGEVING EN BELEID

Inleiding

Minister Donner stelde zich in de Eerste Kamer op het standpunt dat de wettelijke regeling zich ervoor leende om middels een aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal te worden uitgebreid. Door diverse senatoren, waaronder in het bijzonder Rosenthal, werd te kennen gegeven dat men ernstig twijfelde aan die redenering. Om een oordeel te kunnen geven over de juistheid van de ingenomen standpunten, zal eerst moeten worden stilgestaan bij de verhoudingen tussen verschillende vormen van regelgeving en bij de juridische status van aanwijzingen van het College van Procureurs-Generaal. Daartoe zullen hierna in paragraaf 4.1 de totstandkoming en hiërarchie van wet- en regelgeving worden besproken, alsmede de rol en het gewicht van de diverse daarbij betrokken personen, instituten en instanties. In geval van onduidelijkheid over de betekenis van een wettelijke regeling of een onderdeel daarvan kan aan de hand van daartoe beschikbare interpretatiemethoden immers onder andere worden getracht te bepalen wat de wil of de bedoeling van ‘de’ wetgever is geweest. Daarbij zal blijken dat in het spanningsveld van wet- en regelgeving over de kroongetuige en het beleid van het Openbaar Ministerie daaromtrent twee strafrechtelijke begrippen centraal staan: het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel. Deze beginselen en hun onderlinge verhouding zullen aan het slot van paragraaf 4.1 nader worden besproken.

Paragraaf 4.2 staat vervolgens in het teken van de inhoud van dat beleid van het Openbaar Ministerie, in dit geval de al meermalen genoemde Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen en de Instructie Getuigenbescherming. Deze zullen in diezelfde volgorde worden besproken, waarbij zowel de inhoudelijke bepalingen als de procedurele onderdelen van deze beleidsregels in samenhang met elkaar zullen worden gezien en beoordeeld. Na de hoofdzakelijk beschrijvende eerste drie hoofdstukken, wordt in deze tweede paragraaf een begin gemaakt met een analyse van de problematiek en wordt een eerste waardeoordeel gegeven over de verhouding en de wisselwerking tussen deze beide beleidsregels. Tevens wordt dit beleid afgezet tegen hetgeen de wetgever blijkens hoofdstuk 2 en 3 aan kaders heeft vastgesteld of anderszins heeft neergelegd, waarna voorlopige conclusies kunnen worden getrokken omtrent de compatibiliteit van de formele wet- en regelgeving en de wijze waarop het Openbaar Ministerie daar uitvoering aan geeft.

4.1.1 *Verhouding wet- en regelgeving*

Verschillende soorten regelgeving

Er bestaat een hiërarchie tussen verschillende soorten wet- en regelgeving waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen wetten in formele zin, algemene maatregelen van bestuur (hierna: AMvB) en ministeriële regels. Na internationale verdragen, het Statuut en de Grondwet neemt de wet in formele zin in die hiërarchie de belangrijkste positie in. De Grondwet bepaalt in art. 81 dat wetten in Nederland door de Regering en de Staten-Generaal gezamenlijk worden vastgesteld. Een wetsvoorstel, of dit nu afkomstig is van het kabinet of middels het recht van initiatief vanuit de Tweede Kamer wordt ingediend, doorloopt een vast traject: de Raad van State adviseert, vervolgens wordt het ingezonden naar de Tweede Kamer, daar wordt het in handen van een al dan niet vaste Kamercommissie gesteld die de plenaire behandeling voorbereidt en na die plenaire behandeling volgt de stemming over het wetsvoorstel en de eventueel ingediende amendementen. Het wetsvoorstel gaat dan naar de Eerste Kamer, waar het na een meestal geheel schriftelijke voorbereiding wordt besproken en in stemming wordt gebracht. Anders dan de Tweede Kamer heeft de Eerste Kamer geen recht van amendement, welke beperking soms wordt omzeild door de al genoemde novelle: de Eerste Kamer geeft te kennen slechts in te kunnen stemmen met een wetsvoorstel wanneer daar middels een nieuw wetsvoorstel bepaalde wijzigingen in worden aangebracht. Wordt het wetsvoorstel aangenomen, dan treedt het in werking nadat het is bekrachtigd en bekend is gemaakt.

De Grondwet bepaalt als gezien in paragraaf 1.1.1 voor een aantal inbreuken op rechten van burgers dat deze een basis dienen te hebben in de wet. De formulering luidt dat op bepaalde rechten van burgers geen inbreuk mag worden gemaakt tenzij deze 'bij of krachtens de wet' zijn toegestaan. Met deze formulering wordt tot uitdrukking gebracht dat niet alle beperkingen op de grondrechten daadwerkelijk en specifiek in de wet in formele zin moeten zijn voorzien maar dat zij wel hun basis in de wet dienen te hebben. In die wet in formele zin is een soortgelijk mechanisme zichtbaar wanneer wordt opgenomen dat bij of krachtens AMvB nadere regels kunnen worden gesteld ten aanzien van de werking van die wet. De formulering is ook hier van belang: indien gesproken wordt van nadere regelstelling *bij* AMvB betekent dit dat die invulling uitsluitend door middel van een AMvB kan plaatshebben en wordt gesproken van delegatie van wetgeving. Luidt de formulering *bij of krachtens* AMvB dat kan de bevoegdheid om het bedoelde nadere voorschrift vast te stellen ook worden 'doorgedelegeerd' aan de Minister en is sprake van subdelegatie.³⁷¹ Zoals gezien in paragraaf 3.3.3 wordt bijvoorbeeld in artikel 226l Sv ruimte gelaten aan de Minister om bij delegatie (AMvB) te bepalen welke specifieke maatregelen voor de feitelijke bescherming van getuigen dienen te worden getroffen. Daartoe is het Besluit getuigenbescherming opgesteld. Voor verdere delegatie biedt de wettelijke regeling over de kroongetuige geen ruimte.

371 Van der Pot 2006, p. 678. Zie ook Aanwijzing 28 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 1999, 230. De discussie of het in een AMvB aan de Minister overlaten van een nadere uitwerking nu wel of niet als subdelegatie moet worden aangemerkt, laat ik hier buiten beschouwing.

Een AMvB is een besluit van de regering dat met uitzondering van de zogenoemde voorhangprocedure niet wordt besproken in de Eerste en Tweede Kamer. Wel dient voor een AMvB advies van de Raad van State te worden gevraagd en dient deze net als een wet in het Staatsblad te worden gepubliceerd. Een AMvB behelst over het algemeen een op basis van een delegatiebepaling in de wet vastgestelde nadere uitwerking van de wet in formele zin. Een AMvB wordt indien nodig en wanneer de wet dat toestaat weer uitgewerkt in een ministeriële regeling, al kan de laatste ook een nadere uitwerking van een wet behelzen. Bij de ministeriële regeling is de formele wetgever niet betrokken, nu deze door ambtenaren op het betreffende Ministerie wordt voorbereid en door de Minister wordt vastgesteld. De ministeriële regeling staat in eerdergenoemde hiërarchie onder de AMvB. Voor wat betreft de verhouding tussen deze verschillende regelingen gelden in het staatsrecht drie elementaire regels:³⁷²

- I. “Er bestaat een hiërarchie tussen verschillende soorten regelingen: wet, algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling.
- II. Een regeling van een bepaald niveau kan slechts gewijzigd worden door een regeling van datzelfde niveau.
- III. In het verlengde van II: Afwijken van een regeling door middel van een lagere regeling is niet toegestaan.”

Het gevolg van deze hiërarchie is dat een AMvB nooit in strijd mag komen met de wet en een ministeriële regeling niet in strijd met de wet of een AMvB mag zijn. Hoewel dit in eerste instantie een verantwoordelijkheid van de wetgever zelf is, dient ook de rechter daartegen te waken. Wanneer de rechter strijd tussen een AMvB en de wet constateert, dient hij de AMvB onverbindend te verklaren of in ieder geval buiten toepassing te laten.³⁷³

Dat geldt ook voor de laatste categorie, de beleidsregels, ook wel pseudowetgeving genoemd.³⁷⁴ De Algemene wet bestuursrecht (Awb) stel hierover in het eerste lid van art. 4:81 Awb dat een bestuursorgaan beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid. In andere gevallen kan een bestuursorgaan slechts beleids-

³⁷² Van der Pot 2006, p. 673-674.

³⁷³ “Geen van deze regelingen (*alle niet-volkenrechtelijke regelingen die geen wetten zijn, SJ*) mag dus met de wet strijden, tenzij de wet zelf daartoe de bevoegdheid geeft. In algemene zin is dit nergens met zoveel woorden gezegd, maar dat de wetgever de hogere regelaar is, vloeit uit de opbouw van onze staatsrechtelijke organisatie voort. (...) Ook de rechter is verplicht om de suprematie van de wet te handhaven, en indien hij een lagere regelgeving waarvan hem de toepassing gevraagd wordt, in strijd met een wet acht, verklaart hij haar dan ook onverbindend (...). Tegen strijd van een algemene maatregel van bestuur met de wet kan alleen de rechter waken, alsook tegen het treden van de algemene maatregel van bestuur op het terrein dat aan de wetgever behoort.” Van der Pot 2006, p. 684. De uitzonderlijke gevallen waarin mogelijkheden worden gecreëerd om bij ministeriële regeling van de wet af te wijken, zullen als hier niet van toepassing buiten beschouwing worden gelaten.

³⁷⁴ Van der Pot, p. 681-682.

regels vaststellen voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald, aldus lid 2 van dezelfde bepaling. Een bestuursorgaan heeft (uiteraard) geen wetgevende bevoegdheden en kan in diens beleid slechts vastleggen hoe het in zijn algemeenheid een bepaalde bevoegdheid zal uitoefenen. Dat beleid en de uitoefening daarvan kunnen worden getoetst aan materiële normen zoals de beginselen van een behoorlijk bestuur, waaronder het verbod op *detournement de pouvoir*, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, en aan het wettelijk kader waarop de bevoegdheid is gebaseerd: het dient in overeenstemming met en binnen de grenzen van hogere wet- of regelgeving te zijn. Een beleidsregel mag dus evenmin in strijd komen met wetten in formele zin of met AMvB's of ministeriële regelingen.

Beleid van het College van Procureurs-Generaal

Het College van Procureurs-Generaal is voortgekomen uit de grootscheepse reorganisatie van het Openbaar Ministerie die volgde op de rapporten van de Commissie Donner en van de Commissie Van Traa.³⁷⁵ Tot die tijd werden de verschillende parketten aangestuurd door de Procureur-Generaal in het betreffende ressort, maar dat had naar het oordeel van de Commissie Van Traa en de politiek tot gevolg dat lokale Officieren van Justitie onvoldoende werden aangestuurd. Er was behoefte aan uniformering van de handelwijze van het Openbaar Ministerie als geheel. Het College van Procureurs-Generaal werd in het leven geroepen om onder meer via de ontwikkeling van beleid de gewenste aansturing aan het Openbaar Ministerie te kunnen geven. Daartoe werd aan het College een aanwijzingsbevoegdheid toegekend die werd neergelegd in een nieuw in te lassen art. 130 lid 4 RO. Uit de toelichting op die nieuwe bepaling blijkt dat deze aanwijzingsbevoegdheid zich net als bij andere beleidsregels richt op de organisatie die door het bestuursorgaan wordt bestuurd, te weten de leden van het Openbaar Ministerie.³⁷⁶ Overigens werd de discussie in de Tweede Kamer over de reorganisatie bij het Openbaar Ministerie met name bepaald door een andere nieuw in te voeren aanwijzingsbevoegdheid, te weten de bevoegdheid van de Minister om op grond van art. 127 RO in individuele zaken aanwijzingen te geven aan het Openbaar Ministerie. Er werd gevreesd voor politieke inmenging in de vervolgingsbeslissing en voor een inbreuk op de trias politica, wanneer de Minister te ruimhartig gebruik zou maken van die nieuwe bevoegdheid. Die angst heeft de discussie omtrent deze aspecten van de wijziging van de wet RO zodanig

³⁷⁵ Zie paragraaf 1.2.1.

³⁷⁶ "Het vierde lid kent het College uitdrukkelijk de bevoegdheid toe algemene en bijzondere aanwijzingen te geven over de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het OM. Het gaat hier om alle taken en bevoegdheden van het OM, niet alleen die krachtens het Wetboek van Strafvordering maar ook bijv. die krachtens de Politiewet. Die aanwijzingen kunnen gericht zijn tot alle leden van het OM maar kunnen ook beperkt worden tot de hoofden van de parketten of tot een of meer individuele leden van het OM. Ook door deze bepaling wordt de positie van het College als de centrale leiding van het OM onderstreept. De hier toegekende bevoegdheid moet uiteraard worden uitgeoefend met inachtneming van artikel 127; een aanwijzing van het College dient uiteraard niet in strijd te komen met bijvoorbeeld een richtlijn van de minister van Justitie." Wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), Kamerstukken II 1996-1997, 25392, nr. 3.

bepaald dat over de door het College van Procureurs-Generaal te geven aanwijzingen nauwelijks is gesproken, maar aangenomen mag worden dat hetgeen over de Minister en de gebondenheid van diens aanwijzingen aan de wet is gesteld, zonder meer ook op het College van Procureurs-Generaal van toepassing is. Die gebondenheid aan de wet werd door de Minister zelf benadrukt in de nota naar aanleiding van het verslag: “De in het wetsvoorstel neergelegde aanwijzingsbevoegdheid dient ter effectuering van dit beginsel (*dat over het gebruik van overheidsbevoegdheden politieke verantwoording wordt afgelegd jegens de volksvertegenwoordiging, Sj*) en past om die reden goed in onze democratische rechtsstaat. Uiteraard dient het gebruik van deze bevoegdheid wel steeds in overeenstemming te zijn met de wettelijke voorschriften, internationale verdragen en algemene rechtsbeginselen. Ook de Minister is hieraan gebonden.”³⁷⁷

In de hedendaagse complexe samenleving hebben delegatie van wetgeving in het algemeen en beleidsregels in het bijzonder een grote vlucht genomen.³⁷⁸ Op 28 maart 1990 is door de Hoge Raad bepaald dat beleidsregels als recht in de zin van de wet RO kunnen worden aangemerkt. Met die uitspraak ging de Belastingkamer van de Hoge Raad ‘om’ voor wat betreft diens benadering van beleidsregels, met als gevolg dat burgers een beroep op de verbindendheid van dergelijke beleidsregels konden doen.³⁷⁹ Dezelfde redenering werd al snel toegepast in strafzaken.³⁸⁰ De Hoge Raad benadrukt echter keer op keer dat van algemeen verbindende voorschriften geen sprake is omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven: “De Richtlijn is een aanwijzing als bedoeld

377 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1997-1998, 25392, nr. 7.

378 Vanuit staatsrechtelijk perspectief is dat een ontwikkeling die niet zonder bedenkingen is. Elzinga en De Lange zijn kritisch en schrijven in hun bewerking van het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* dat “terwijl van een volksvertegenwoordiging verwacht mag worden dat zij de behoeften aan een uitvoerige regeling afweegt tegen de belangen van het publiek, heeft het bestuur de neiging om vooral op eigen gerief en op de ernst van de eigen taak en verantwoordelijkheid te letten, en dus liever teveel dan te weinig te regelen. Het was niet voor niets dat de doctrine eiste dat de burgers bindende regels in overleg met hun vertegenwoordiging werden vastgesteld!”. Van der Pot 2006, p. 677. Zie in gelijke zin Corstens en Borgers: “De algemene maatregel van bestuur draagt het gevaar in zich dat bij de totstandkoming ervan meer wordt gelet op – kort gezegd – de beheersing van criminaliteit en op efficiency dan op rechtsbescherming.” Corstens & Borgers 2011, p. 14.

379 HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118: “4.5 (...) Gelet op de steeds gewichtiger rol die beleidsregels zijn gaan spelen bij het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger, en gezien de daarmee samenhangende behoefte aan eenvormige interpretatie van en zekerheid omtrent de inhoud en strekking van die regels, is het wenselijk dat de – onder meer op het bewaken van de rechtseenheid gerichte – taak van de cassatierechter zich mede tot de uitlegging van zodanige regels uitstrekt.

4.6 Een en ander geeft grond om – in aansluiting op de uitspraak van de burgerlijke kamer van de HR van 11 okt. 1985, NJ 1986, 322 – onder ‘recht’ in meergemelde zin mede te begrijpen door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden, en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast. Daaraan doet niet af dat de aard van de gebondenheid aan een zodanige regel kan meebrengen dat het bestuursorgaan daarvan onder bepaalde omstandigheden kan afwijken.”

380 HR 19 juni 1990 NJ 1991, 119, m.nt. Van Veen.

in art. 130, vierde lid, RO. De Richtlijn moet worden beschouwd als ‘recht’ in de zin van art. 79 RO. Deze Richtlijn bevat immers door het College van procureurs-generaal vastgestelde en behoorlijk bekend gemaakt regels omtrent de uitoefening van het beleid van het openbaar ministerie, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het openbaar ministerie wel op grond van beginselen van behoorlijke procesorde binden, en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.³⁸¹ Met deze jurisprudentie bevestigt de Hoge Raad impliciet dat delegatie van wetgeving aan het College van Procureurs-Generaal niet mogelijk is.³⁸² Dat betekent echter niet dat het College geen uitvoeringsmaatregelen kan uitvaardigen, noch dat de wetgever daartoe niet kan machtigen.³⁸³

Als gevolg van deze jurisprudentie ten aanzien van art. 79 RO zijn medewerkers van het Openbaar Ministerie op grond van de beginselen van een behoorlijke procesorde gebonden aan de inhoud van door het College vastgestelde en bekend gemaakte regels, wanneer deze zich er naar hun inhoud en strekking toe lenen jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast. De burger kan op dat moment dus rechten aan die regels ontleen en de rechter kan in individuele zaken toetsen of het optreden van het Openbaar Ministerie voldoet aan de (eigen) regelgeving. Daarbij lijkt de Hoge Raad, anders dan aanvankelijk wel werd aangenomen,³⁸⁴ per geval te willen bekijken of een bepaald onderdeel van een richtlijn of aanwijzing als recht in de zin van 79 RO kan worden aangemerkt. Zo werd in een arrest van 5 oktober 2010 geoordeeld dat het Gerechtshof Amsterdam terecht had geoordeeld dat dit bij het onderdeel van de Aanwijzing effectieve afdoening strafzaken jeugdigen (Stcrt. 2005, 66) dat ziet op de doorlooptijden van minderjarigenzaken niet het geval is, omdat dat onderdeel van de Aanwijzing zich er naar inhoud en strekking niet toe leent jegens de verdachte als rechtsregel te worden toegepast.³⁸⁵

De vraag of een bepaalde beleidsregel als recht in de zin van 79 RO kan worden aangemerkt of niet, staat los van het gegeven dat aanwijzingen en richtlijnen van het College van Procureurs-Generaal dienen te blijven binnen de grenzen van de discretionaire

381 HR 7 juli 2009, NJ 2010, 130.

382 Het zou niet alleen vanuit de rechtsstatelijke scheiding der machten vreemd zijn wanneer de uitvoerende macht tevens wetgeving zou kunnen opstellen, maar ook vanuit het democratisch perspectief is dat onwenselijk omdat van een democratisch mandaat aan het College van Procureurs-Generaal of het Openbaar Ministerie geen sprake is.

383 Zoals bijvoorbeeld in art. 257ba Sv maar ook in het hierna te bespreken Besluit Getuigenbescherming.

384 Zie bijvoorbeeld Van Daele die stelt dat richtlijnen en aanwijzingen voor zover behoorlijk bekend gemaakt te beschouwen zijn als recht in de zin van art. 79 RO en dat ‘uit de inhoud en strekking van richtlijnen en aanwijzingen van het openbaar ministerie (blijkt) dat zij er zich toe lenen om ten aanzien van rechtsonderhorigen als rechtsregels te worden toegepast.’ Van Daele 2003, p. 139. Corsten en Borgers nemen een soortgelijk standpunt in: “Die visie heeft tot gevolg dat voortaan rechtstreeks op een richtlijn – en dus ook een Aanwijzing – een beroep kan worden gedaan en de cassatierechter de richtlijn direct kan uitleggen.” Corstens & Borgers 2011, p. 26.

385 HR 5 oktober 2010, NJ 2010, 551.

bevoegdheid die het Openbaar Ministerie volgens de wet toekomt.³⁸⁶ Aangezien het College van Procureurs-Generaal onder de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie valt kan deze er op worden aangesproken wanneer het beleid van het College niet in overeenstemming is met de geldende wet- en regelgeving. Daar ligt vanuit diens controlerende rol dus in eerste instantie een verantwoordelijkheid voor de Tweede Kamer. Dat laat echter onverlet dat, net zoals de rechter dient te waken tegen strijd tussen wet en AMvB, deze ook kan constateren dat de inhoud of strekking van een richtlijn of aanwijzing in strijd moet worden geacht met hogere wet- of regelgeving, in welk geval de rechter de betreffende aanwijzing of richtlijn buiten toepassing dient te laten. Behalve de toetsing of de handelwijze van het Openbaar Ministerie in overeenstemming is met de eigen beleidsregels kan de rechter dus ook die beleidsregels zelf toetsen. Het uitgangspunt dat een officier van justitie *per definitie* rechtmatig handelt wanneer deze in lijn is met een aanwijzing of richtlijn van het College van Procureurs-Generaal, zoals door officieren van justitie nog wel eens wordt gesteld en zoals ten aanzien van de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen meermalen naar voren is gebracht, is niet juist.

Of sprake is van strijd met hogere wet- of regelgeving is in het algemeen echter niet eenvoudig te bepalen. De wettekst of AMvB zal geen eenduidig antwoord bieden en zeker wanneer de in de loop van het wetgevingsproces betrokken ministers en Kamerleden verschillende of zelfs tegengestelde standpunten hebben ingenomen, is het de vraag hoe de bedoeling van de wetgever met een bepaalde regeling moet worden vastgesteld en hoe de verhoudingen tussen de bij dat wetgevingsproces betrokken personen en instanties moeten worden geduid.

4.1.2 *De wil van de wetgever*

Interpretatiemethoden

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat wettelijke bepalingen slechts zelden specifiek zullen zien op een concrete situatie. Het is ondoenlijk regels te schrijven voor alle gevallen die zich in de praktijk zouden kunnen voordoen en dus zal wetgeving vrijwel per definitie in algemene termen zijn verrat. Het is vervolgens aan de rechter om te toetsen of die algemene regels van toepassing zijn op concrete gevallen. Daarbij kan het gebeuren dat een bepaald geval voor het eerst aan de rechter wordt voorgelegd, met de vraag of de regel op dat geval van toepassing is.³⁸⁷ De rechter zal de regel daartoe moeten

³⁸⁶ Naast richtlijnen en aanwijzingen kent het Openbaar Ministerie tevens handleidingen en instructies. Deze laatste zijn uitsluitend intern gericht en zullen hierna in de inleiding van paragraaf 4.2 nog kort aan de orde komen. Kort gezegd lenen deze beleidsregels zich in beginsel niet om naar hun inhoud en strekking jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast en worden zij in het algemeen ook niet 'behoorlijk' bekend gemaakt, hetgeen onverlet laat dat zij ook niet in strijd mogen komen met hogere wet- of regelgeving.

³⁸⁷ Beroemde strafrechtelijke voorbeelden zijn het als 'goed' dat gestolen kan worden aanmerken van elektriciteit (HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564, Elektriciteit) en van een virtueel amulet en virtueel masker (HR 31 januari 2012, NJ 2012, 536, Runescape). Corstens vat de dynamiek van het interpreteren in dit

interpreteren, waartoe hem verschillende methoden ter beschikking staan: er kan worden gekeken naar de betekenis van een woord of term (grammaticale interpretatie), naar de plek die een bepaling in een wetboek of regeling inneemt (wetssystematische interpretatie) of naar beslissingen die de wetgever bij het maken van de regeling heeft genomen over de betekenis of het bereik van bepaalde begrippen (wethistorische interpretatie; wanneer het daarbij met name gaat om niet door de wetgever voorziene gevallen kan de bepaling aan de hand van de veronderstelde bedoeling van de wetgever met die wet als geheel worden geïnterpreteerd, de zogenoemde teleologische interpretatie). De toepassing van de interpretatiemethoden wordt in het straf(proces)recht beperkt door het legaliteitsbeginsel, dat in art. 1 Sr bepaalt dat feiten niet strafbaar zijn dan op grond van een voorafgaande wettelijke strafbepaling en dat in art. 1 Sv voorschrijft dat strafverdeling alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.³⁸⁸ Een redenering naar analogie is daarom niet toegestaan, omdat daarmee een geval binnen het bereik van een wettelijke bepaling zou worden gebracht dat juist buiten die bepaling moet (blijven) vallen. De rechter zou dan op de stoel van de wetgever gaan zitten.

Er is veel geschreven over rechtsvinding, interpretatiemethoden en de vraag of binnen die verschillende interpretatiemethoden een bepaalde hiërarchie of rangorde kan worden aangebracht. Uiteraard lopen de meningen uiteen. Het staat in ieder geval vast dat de betekenis van wettelijke bepalingen niet zodanig mag worden geïnterpreteerd dat de strekking van die bepalingen verandert. Het hangt van de rechtsvraag af welk type interpretatiemethode zich het beste leent voor beantwoording van de vraag hoe een bepaalde wettelijke term moet worden geïnterpreteerd. Desalniettemin wordt binnen de interpretatiemethoden een belangrijke rol vervuld door de wethistorische interpretatie, al is het maar nu deze methode het best aansluit bij de uitgangspunten van de trias politica en de gedachte dat de volksvertegenwoordiging wetten creëert, welke door de rechter worden toegepast. De gebruikelijke methode is dat in de parlementaire stukken, daaronder niet alleen begrepen het voorstel van wet en de memorie van toelichting maar ook alle amendementen, moties, handelingen, discussies, ingebrachte stukken, kortom het geheel aan parlementaire geschiedenis, wordt gezien of de wetgever een standpunt heeft ingenomen of een oordeel heeft gegeven omtrent de wijze waarop een wet of een bepaald onderdeel van een wet moet worden begrepen of moet worden toegepast.³⁸⁹ Is dat het geval, dan voegt de rechter zich in de afweging van belangen van de democratisch gelegitimeerde wetgever, tenzij strijd bestaat met geschreven verdrags- of volkenrecht.³⁹⁰ De context waarbinnen de wetgever diens overwegingen heeft gegeven en de tijd die sindsdien is verstreken kan natuurlijk worden meegewogen. Maatschappelijke verhoudingen en opvattingen kunnen immers veranderen (en doen dat ook regelmatig),

verband bondig samen met de oneliner “Het gaat er niet om wat je steelt, maar dat je steelt.” Corstens 2013, p. 9.

388 Zie paragraaf 1.1.

389 Op soortgelijke wijze kunnen in geval van een lagere wetgeving de notulen van de Gemeenteraad of van de Provinciale Staten worden geconsulteerd. De lagere wetgever wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

390 Voermans 2011, p. 67.

waarmee niet is gezegd dat dergelijke veranderingen zonder meer tot een wijziging van de interpretatie van de wet- of regelgeving moeten of kunnen leiden: op het moment dat een bepaald onderdeel van de wetgeving niet meer in overeenstemming is met het recht of met de *communis opinio* en de wet geen ruimte biedt voor interpretatie die tot de gewenste uitkomst leidt, is het aan de wetgever om zorg te dragen voor een verandering van die wetgeving en niet aan de rechter om die rol over te nemen door met een nieuwe uitleg de wet in feite uit te breiden of te veranderen.³⁹¹

Zo lang uit de parlementaire geschiedenis helder en ondubbelzinnig naar voren komt wat het standpunt van ‘de’ wetgever is geweest, biedt de wetshistorische argumentatie een tamelijk overtuigend argument om aan een wettelijke bepaling wel of niet een bepaalde betekenis toe te kennen. Daarbij wordt vaak in eerste instantie gekeken naar de inhoud van de memorie van toelichting of hetgeen de Minister over een wetsvoorstel heeft gezegd. Dit zal voortkomen uit de veronderstelling dat, tenzij er een ondubbelzinnige verwerping van het aldus door de regering ingenomen standpunt vanuit de Tweede Kamer volgt, die lezing van het wetsvoorstel als juist mag worden aangemerkt, al is het maar omdat de opsteller van een wet over het algemeen zal weten wat hij daarmee heeft bedoeld. Anderzijds wordt de wet uiteindelijk niet aangenomen door de Minister en kan hij daar zelfs niet over stemmen. Zeker wanneer de Tweede Kamer zich uitvoerig met een wet heeft bezig gehouden en daar wijziging in heeft aangebracht of heeft willen aanbrengen, zijn de door de Tweede Kamer ingenomen standpunten, schriftelijke of mondeling, minstens zo relevant voor zorgvuldige wetshistorische interpretatie. Juist in die Tweede Kamer speelt echter het gegeven dat deze wordt gevormd door 150 individuele leden, wiens mentale processen niet altijd te reconstrueren of zelfs maar te volgen zijn, voor zover deze al in de stukken zijn neergelegd. Bovendien is er ook nog de Eerste Kamer, die zich óók zowel schriftelijk als in een mondelinge behandeling over een wetsvoorstel kan uitlaten, waarbij wederom sprake is van verschillende senatoren met verschillende standpunten en ideeën over hoe een wet(svoorstel) dient te worden geïnterpreteerd. Er wordt in dat verband dan ook met enige regelmaat gesteld dat ‘de wetgever’ als zodanig niet bestaat, maar dat deze wordt gevormd door een grote hoeveelheid instanties en personen, wiens gedachten en bedoelingen niet op individueel niveau bekend zijn. Anders gezegd: wat de ene minister vindt, hoeft de andere minister niet te vinden, en wat het ene Kamerlid zegt, zal door het andere Kamerlid worden bestreden.

Wanneer de parlementaire stukken aan onduidelijkheid of zelfs aan innerlijke tegenstrijdigheid lijden, is het moeilijk om aan de wetsgeschiedenis een dwingende argumentatie te ontnemen.³⁹² Het is dan immers bijzonder lastig te bepalen wat de bedoeling of de wil van de wetgever is geweest. De stelling dat geen enkele bedoeling of wil van enige wetgever kan worden vastgesteld met uitzondering van die zeldzame gevallen dat alle bij

391 Zie in de context van de kroongetuige hetgeen de Hoge Raad voorafgaand aan de behandeling van de Wet Toezeggingen aan Getuigen in de zaak Lorsé overwoog over de toelaatbaarheid van de figuur van de kroongetuige (paragraaf 2.2.1).

392 De Hullu 2006, p. 96.

een bepaalde wet betrokken personen of instanties het eens waren en een gelijkkluidend oordeel hebben gegeven, wordt in de rechtsmethodologische literatuur in het algemeen echter verworpen. Zo wordt door bijvoorbeeld Fleuren gesteld dat er niets mis is met de onbekommerde manier waarop juristen reppen van de bedoeling van de wetgever. Het feit dat aan een samengesteld ambt geen mentale toestanden of processen kunnen worden toegeschreven, vormt volgens hem geen bezwaar tegen deze uitdrukking, omdat die mentale toestanden of processen niet hoeven te worden vastgesteld om van de bedoeling van een wetgever te kunnen spreken. Deze laatste hangt immers af van de bewoordingen en de context van een wetsvoorstel, welke de wijze waarop een wet tot stand is gekomen nader kunnen duiden en richting kunnen geven omtrent de betekenis van bepaalde onderdelen van die wet.³⁹³ Hij wijst er flijntjes op dat de veelgehoorde kritiek dat de wetsgeschiedenis vaak geen uitsluitsel geeft en verschillende conclusies toelaat “niet zelden wordt geuit door een auteur die constateert dat een andere auteur of een rechter onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis een uitleg motiveert die niet de zijne is. De klacht heeft dan al gauw iets van selectieve verontwaardiging: wetsgeschiedenis is prachtig als zij het eigen standpunt ondersteunt, en een grabbelton als zij als argument gebezigd wordt ter motivering van een andersluidende opvatting.”³⁹⁴ Volgt uit de parlementaire stukken geen ondubbelzinnig en gelijkkluidend standpunt van de verschillende betrokken personen, dan zal in het algemeen worden gekeken naar de mening van de meerderheid. In een situatie van toenemende polarisatie en versnippering van het politieke landschap is dat zelfs onvermijdelijk, omdat het maar zelden zal voorkomen dat de Minister(s) en alle Kamerleden het eens zijn. Ook Borgers zoekt aansluiting bij meerderheidsbeslissingen binnen een groep van actoren, om te kunnen bepalen wat het standpunt of de beweegreden van die groep is geweest.³⁹⁵

Verhouding tussen de bij wetgeving betrokken personen en partijen

Bij de kroongetuigenregeling zit het probleem niet zozeer in de (on)dubbelzinnigheid van de door de bij de wetgeving betrokken Kamerleden en functionarissen ingenomen standpunten, nu die standpunten over het algemeen helder naar voren zijn gebracht.³⁹⁶ Ook het bepalen van de mening van de meerderheid is gezien de zeer uitvoerige en gedetailleerde verslaglegging van dit vrij recente wetgevingsproces niet zo ingewikkeld. Het probleem zit veeleer in het feit dat het wetgevingsproces zodanig lang heeft geduurd dat de individuele personen die tezamen de wetgever vormen gedurende dat proces vrijwel allemaal een andere positie zijn gaan bekleden, hetgeen voor een deel tot gewijzigde standpunten heeft geleid. Dat geldt in het bijzonder voor de betrokken Minister van Justitie: waar minister Korthals een zeer beperkte en rigide wettelijke regeling voorstond die geen ruimte bood voor uitbreiding of interpretatie naar gelang de behoeften in de opsporing-spraktijk, was minister Donner genegen het Openbaar Ministerie meer ruimte te bieden en tegemoet te komen aan zijn klachten. Dit leidde er niet alleen toe dat de in de Tweede

393 Fleuren 2009, p. 160.

394 Idem, p. 155.

395 Borgers 2003, p. 55.

396 Enkele uitzonderingen in het debat van 8 september 2004 daargelaten.

Kamer onder minister Korthals reeds aangenomen wet in diezelfde Tweede Kamer door minister Donner opnieuw ter discussie werd gesteld, maar ook dat de inhoud en systematiek van het wetsvoorstel door minister Donner in de Eerste Kamer werden uitgelegd op een wijze die fundamenteel anders is dan zijn voorganger had gedaan. De vraag die opkomt is wie belangrijker of zelfs bepalend is bij de interpretatie van wetgeving: de Minister die verantwoordelijk was voor de memorie van toelichting, de bespreking van het wetsvoorstel in de vaste Kamercommissie en in de plenaire debatten en die in functie was bij de stemming in de Tweede Kamer, of de Minister die aanwezig is geweest bij de discussie in de Eerste Kamer bij gelegenheid waarvan een nieuwe interpretatie van het wetsvoorstel is ingebracht en onder wiens bewind het wetsvoorstel is aangenomen en kracht van wet heeft gekregen? Zou het zwaartepunt helemaal niet bij de Minister liggen maar bij de Staten-Generaal, is dan het standpunt van de Tweede Kamer bepalend, waar het voorstel in het algemeen diepgaander wordt bediscussieerd en welke de kaders vastlegt die de Eerste Kamer slechts kan aannemen of kan verwerpen, of gaat het om het recentere oordeel van de Eerste Kamer, in welk oordeel eventuele nieuwe ontwikkelingen zoals een wijziging van de opvattingen van de Minister kunnen zijn meegenomen in de afweging en in de keuze het wetsvoorstel al dan niet aan te nemen?

Te beginnen met de laatste: de verhouding tussen de Tweede Kamer en de Eerste Kamer is al sinds jaar en dag onderwerp van discussie, zowel in de rechtsliteratuur als in de politiek. Er lijkt overeenstemming te bestaan over het uitgangspunt dat staatsrechtelijk gezien het primaat bij de Tweede Kamer ligt. Dit wordt allereerst afgeleid uit art. 51 Grondwet (Gw), dat in afwijking van de voor de hand liggende numerieke volgorde stelt dat “De Staten-Generaal bestaan uit de Tweede Kamer en de Eerste Kamer.” Verder wordt gewezen op de zwakkere democratische legitimatie van de Eerste Kamer, die anders dan de Tweede Kamer niet direct maar via de Provinciale Staten wordt gekozen, en op de verdergaande bevoegdheden van de Tweede Kamer ten opzichte van de Eerste Kamer, in het bijzonder het recht van initiatief en het recht van amendement.³⁹⁷ De rol van de Eerste Kamer in het wetgevingsproces is een wezenlijk andere dan die van de Tweede Kamer: waar de Tweede Kamer het politieke primaat heeft, de wet vooral op inhoud beoordeelt en die inhoud al dan niet aan de hand van amendementen vaststelt, richt de Eerste Kamer zich met name op een toetsing van het wetsvoorstel op zijn juridische merites en aan kwaliteitseisen zoals rechtsstatelijkheid, democratische legitimiteit en effectiviteit. De Eerste Kamer werd vanuit dat perspectief van oudsher geacht een dempende rol te vervullen op de voorstellen van de Tweede Kamer, die mede als gevolg van diens directe verkiezing naar het oordeel van de Grondwetgever in 1848 eerder geneigd zou zijn te handelen naar ‘de driften’ van het volk.³⁹⁸ De heroverweging van wetsvoorstellen wordt dan ook tot de voornaamste taak van de Eerste Kamer gerekend.

397 Zie Kummeling, Van Maurik en Nehmelman 2009.

398 “Indien eene Kamer, vertegenwoordigende het volk, onmiddellijk met voorstellen of wijzigingen in voordrachten tot den troon kan gaan, staat de Regering bloot, om, in een oogenblik van opgewondenheid, als de driften het bedaart overleg hebben verbijsterd, ten onrechte te worden omver geworpen.

Minder lang geleden heeft de Huishoudelijke Commissie van de Eerste Kamer deze functie bevestigd en overwogen dat de Eerste Kamer met een heroverweging op hoofdlijnen een laatste toetsing van voorgestelde wetgeving dient te verzorgen, voordat de voorstellen daadwerkelijk tot wet worden verheven. Het is niet de bedoeling dat de Eerste Kamer het werk van de Tweede Kamer gaat overdoen: juist in het ‘beschouwen op afstand’ is de kracht van de Kamer gelegen.³⁹⁹ Het debat over de inhoud en reikwijdte van het wetsvoorstel wordt geacht met name te worden gevoerd in de Tweede Kamer. De zogenoemde consoliderende functie van wetgeving, waarbij de diverse belanghebbenden en betrokkenen hun wensen, opvattingen en belangen kunnen proberen te realiseren en waarin een compromis tussen al die belangen en wensen dient te worden bereikt teneinde een meerderheid in het parlement te krijgen, vindt in de Tweede Kamer plaats.⁴⁰⁰ Nadat aldus het wetsvoorstel is bediscussieerd en daar eventueel wijzigingen in zijn aangebracht, wordt het voorstel in stemming gebracht. Indien het wetsvoorstel wordt aangenomen, staat de tekst van het wetsvoorstel vast en kan de regering het wetsvoorstel niet meer wijzigen maar slechts op grond van art. 86 Gw intrekken. Ook de Eerste Kamer kan inhoudelijk geen wijzigingen in het wetsvoorstel aanbrengen behoudens de eerdere besproken novelle, hetgeen onverlet laat dat ten tijde van de behandeling in de Eerste Kamer vaak pas duidelijk(er) is op wat voor wijze de regering uitvoering aan het wetsvoorstel wil gaan geven. Daarmee is het mogelijk dat problemen die in de uitvoeringssfeer kunnen gaan spelen, pas in de Eerste Kamer aan de orde komen. Vanuit dat perspectief zijn de beschouwingen in de Eerste Kamer voor de betekenis van wetgeving weer van groot belang.⁴⁰¹

Voor de verhouding tussen bij een wetsvoorstel betrokken ministers geldt in grote lijnen hetzelfde, al is hier in de literatuur vrijwel niets over te vinden. Enerzijds zou gesteld kunnen worden dat de Minister die betrokken is bij de memorie van toelichting en bij de behandeling in de Tweede Kamer met name kan worden geacht te weten wat hij met ‘zijn’ wetsvoorstel beoogt. Anderzijds kunnen in de loop van het wetgevingsproces problemen opkomen in verband met de voorgenomen uitvoering van een wet en kan de wijze waarop de latere minister daarop reageert een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de vraag hoe volgens de regering met dergelijke problemen zou moeten worden omgegaan. Daarmee volgt de positie van de betrokken minister in feite die van het wetgevingsorgaan waarbinnen hij acteert: Hoewel de inhoudelijke beslissingen over een wetsvoorstel voor het overgrote deel in de Tweede Kamer worden genomen en voor het bepalen van de betekenis van onderdelen van een wet de overwegingen van de Tweede Kamer als zwaarwegender moeten worden beschouwd, zijn in de Eerste Kamer wetssystematiek en uitvoeringsaspecten regelmatig indringender aan de orde gesteld

De Eerste Kamer is daartegen een dam.” Handelingen van de Regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet 1847-1848, deel 1, p. 343, aangehaald in Van der Pot 2006, p. 550.

399 Organisatie en werkwijze van de Eerste Kamer, brief van de Huishoudelijke Commissie d.d. 26 maart 1991, Kamerstukken I 1990-1991, nr. 220, p. 7.

400 Veerman 2009, p. 140.

401 Bovend'eert en Kummeling 2010, p. 50.

dan in de Tweede Kamer en geldt voor dat aspect van wetsinterpretatie dat de bespiegelingen in de Eerste Kamer doorslaggevend kunnen zijn.

Het staatsrecht biedt dus geen eenduidig antwoord op de vraag of de behandeling van de kroongetuigenregeling in 2001 en 2002 leidend moet worden geacht, of dat de ontwikkelingen in 2004 en 2005 bepalend zijn voor de betekenis en reikwijdte van de wettelijke regeling zoals deze een jaar later werd ingevoerd. In beginsel is elke uiting van een bij wetgeving betrokken persoon of instantie van belang bij de vraag wat de bedoeling van de wetgever is geweest en is het vaststellen van die bedoeling dus uitermate casuïstisch. Wel kan op grond van het voorgaande worden gesteld, dat waar het interpretatievraagstuk primair ziet op de inhoudelijke betekenis en de materiële kaders van een wetsvoorstel, de Tweede Kamer leidend dient te zijn, en dat waar het gaat om de vertaling naar de uitvoeringsfase en formele en rechtsstatelijke noties bij een wetsvoorstel, de Eerste Kamer een zwaarwegende stem toebedeeld krijgt.⁴⁰² Voordat die conclusie kan worden toegepast op de geconstateerde kroongetuigenproblematiek, dient echter eerst nog stil te worden gestaan bij de twee strafrechtelijke leerstukken die de discussie gedurende het gehele proces hebben bepaald, zowel bij de Commissie Van Traa, als in de Tweede Kamer, als in de Eerste Kamer, te weten het (strafvorderlijk) legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel, en hun onderlinge verhouding.

4.1.3 *Legaliteit en opportuniteit*

Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel

Zoals in het eerste hoofdstuk al kort aan de orde gesteld, neemt het legaliteitsbeginsel zeker in het strafrecht een bijzonder prominente positie in. Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vormt een waarborg dat wetgeving die ziet op de opsporing en vervolging van strafbare feiten op een zorgvuldige wijze tot stand komt en biedt rechtszekerheid aan de burger dat de overheid zich bij de toepassing van diens bevoegdheden zal houden aan hetgeen wettelijk is vastgelegd. Ook Meijers onderscheidt deze twee rechtsbescherming biedende aspecten van het legaliteitsbeginsel: voorzienbaarheid van het overheidsoptreden, en binding van de overheid aan de regels: “Op rechten en vrijheden van burgers mag de overheid slechts dan inbreuk maken indien het recht daarvoor een wettelijke basis biedt.”⁴⁰³ Corstens en Borgers spreken van een kwaliteitsgarantie en een belangrijke waarborg aan de burgers, dat op het zo gevoelige terrein van het strafprocesrecht steeds de zware procedure die geldt voor het aannemen van wetten in formele zin moet worden doorlopen.⁴⁰⁴

402 Uiteraard voor zover deze onderwerpen bij de behandeling in de Eerste Kamer aan de orde zijn gesteld.

403 Meijers 2012, p. 92. Zij ziet daarin net als Corstens & Borgers een opdracht aan de overheid: “Dit rechtsbeschermende aspect verklaart en rechtvaardigt een sterke binding van de overheid aan de wet in formele zin. Het aspect richt zich in die zin tot de overheid.”

404 Corstens & Borgers 2011, p. 14.

In art. 1 Sv wordt de voor strafvordering geldende legaliteitseis geconcretiseerd met het voorschrift dat strafvordering alleen plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien. Zoals hierboven gezien is daarmee niet gezegd dat alle regelgeving binnen het strafvorderlijk domein expliciet in de wet moet worden genoemd. Dat is natuurlijk niet mogelijk en dus biedt ook het Wetboek van Strafvordering inclusief art. 1 Sv naar huidige interpretatie ruimte voor delegatie en interpretatie.⁴⁰⁵ Daarnaast kan en mag het Openbaar Ministerie beleid ontwikkelen ten aanzien van de wijze waarop de door de wetgever verstrekte bevoegdheden zullen worden aangewend bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Dat beleid kan geen algemeen verbindende voorschriften behelzen omdat van door de wetgever verleende gedelegeerde normstellende bevoegdheden immers geen sprake is. Het Openbaar Ministerie kan dus uitsluitend opereren binnen de door de wetgever gestelde kaders. Juist in het licht van de strikte legaliteitseis van art. 1 Sv zal per geval moeten worden bekeken of de wetgever kaders heeft aangelegd, zo ja, of deze ruimte laten voor interpretatie of invulling door het Openbaar Ministerie, en waar de begrenzing van die interpretatie of invulling ligt.

In haar oratie over de betekenis van artikel 1 Sv onderscheidt Cleiren ten behoeve van dat onderscheid bevoegdheidsverlenende bepalingen en taakstellende organisatienormen. Hoewel voor de eerste categorie geldt dat niet alle handelingen van organen van strafrechtspleging die met de uitoefening van bevoegdheden samenhangen impliciet of expliciet juridisch genormeerd zijn, dient het uitgangspunt te zijn dat deze 'normen van het primaire niveau' berusten op een wettelijke bepaling.⁴⁰⁶ Cleiren citeert met instemming De Bosch Kemper die al in 1840 schreef dat rechterlijke ambtenaren in het onderzoek alle handelingen kunnen verrichten die door de wet niet uitdrukkelijk zijn verboden, maar dat ten aanzien van die handelingen die tot een beperking van de persoonlijke vrijheid kunnen leiden geen anderen ten uitvoer mogen worden gebracht dan waartoe die wet een uitdrukkelijk recht geeft. De geslotenheid van het stelsel van strafvordering is daarmee niet zo zeer gelegen in de formulering van de verschillende (individuele) bevoegdheidsverlenende bepalingen, waar altijd ruimte is voor eigen beslissingen, maar in art. 1 Sv zelf, in welk artikel de wetgever uitdrukking heeft gegeven aan de intentie een gesloten stelsel te creëren, aldus Cleiren.⁴⁰⁷ Binnen dat stelsel is het aan het Openbaar Ministerie om beleid te ontwikkelen om de discretionaire bevoegdheden (zoals de hierna te bespreken opportuniteit) die de wet aan dat Openbaar Ministerie laat te normeren, en aan de rechter om de wijze waarop dat gebeurt te controleren en te toetsen aan de principes die aan het wettelijke stelsel, de rechtsstaatgedachte en het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggen.⁴⁰⁸

405 Idem, p. 15. Zoals beschreven in paragraaf 1.1.1 heeft de Hoge Raad daarnaast bepaald dat geringe inbreuken op grondrechten kunnen worden gebaseerd op de algemene bevoegdheden in (inmiddels) art. 3 Politiewet in samenhang met art. 141 Sv (o.a. in het Zwolsman-arrest van 19 december 1995, NJ 1996, 249).

406 Cleiren 1992, p. 25.

407 Idem, p. 28-29.

408 Idem, p. 34.

Bij het geven van uitvoering aan door de wetgever toegekende strafvorderlijke bevoegdheden bestaat dus ruimte voor interpretatie voor zo ver de wetgever die ruimte heeft gelaten. Daarbij is de aard van de verleende bevoegdheid of de ernst van de inbreuk die toepassing van die bevoegdheid met zich kan brengen niet doorslaggevend. Weliswaar dicteert het legaliteitsbeginsel dat bevoegdheden die ernstig inbreuk maken op rechten en vrijheden van burgers een wettelijke grondslag behoeven, maar als gezien bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden staat het de wetgever vrij ook andere, minder inbreuk makende bevoegdheden van een expliciete wettelijke grondslag of inkadering te voorzien. Indien de wetgever besluit een bevoegdheid wettelijk te regelen en te normeren middels de wet in formele zin, dan kan deze nog slechts worden gewijzigd of worden aangevuld door een regeling van hetzelfde niveau, dus door de formele wetgever.

Het opportuniteitsbeginsel

Terug naar de voorliggende problematiek betekent dit dat ook het door de wetgever in art. 167 Sv neergelegde opportuniteitsbeginsel door diezelfde wetgever van een beperking kan worden voorzien. Het opportuniteitsbeginsel regardeert dus aan het legaliteitsbeginsel, waarbij de betekenis van de laatste nadrukkelijk moet worden onderscheiden van het begrip legaliteit zoals dit in de context van het opportuniteitsbeginsel wordt gebruikt. Enigszins verwarrend worden binnen de context van de vervolgingsbeslissing opportuniteit en legaliteit immers tegenover elkaar geplaatst, en betekent legaliteit in dit kader dat de vervolgende instantie altijd tot vervolging over dient te gaan wanneer een veroordeling haalbaar wordt geacht. Het opportuniteitsbeginsel geeft het Openbaar Ministerie daarentegen de bevoegdheid een eigen afweging te maken en om redenen van maatschappelijk belang van een vervolging van een verdachte af te zien, ook wanneer deze in beginsel tot een veroordeling zou kunnen leiden.⁴⁰⁹ De Nederlandse wetgever heeft met art. 167 Sv nadrukkelijk gekozen voor de laatste benadering, maar dat wil niet zeggen dat de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie onbeperkt is. Net als alle andere bevoegdheden van het Openbaar Ministerie is ook deze bevoegdheid immers afkomstig van de formele wetgever, die de grenzen van deze bevoegdheid en de context waarbinnen deze mag worden toegepast kan en moet bepalen. Ook dat grijpt weer terug op de rechtsstatelijke verdeling tussen wetgevende en uitvoerende macht, zoals ook Corstens en Borgers betogen onder het kopje ‘Grenzen opportuniteitsbeginsel’: het Openbaar Ministerie staat nog altijd onder gezag van de wetgever.⁴¹⁰

409 Volgens De Doelder wordt het opportuniteitsbeginsel door de overheid slechts gebruikt om tot bepaalde beleidsdoeleinden te komen en wordt alles dat wordt opgespoord ook daadwerkelijk vervolgd. “De persoon van de dader is naar de achtergrond verdwenen, en de publieke reactie op de daad staat op de voorgrond.” De Doelder 2012, p. 110.

410 Corstens & Borgers 2011, p. 527: “Het Openbaar Ministerie is evenals andere bestuursorganen en de rechter onder gezag van de wetgever gesteld. Dat roept de vraag op of het aan het Openbaar Ministerie vrij staat stelselmatig de vervolging van een bepaalde categorie van strafbare feiten achterwege te laten op grond van de negatieve waardering van de inhoud van de desbetreffende wettelijke bepaling, het zogenoemde generaal sepot. In een democratische rechtsstaat past een negatief antwoord op die vraag. Een positief antwoord zou inhouden dat het Openbaar Ministerie zijn oordeel boven dat van de wetgever stelt, hetgeen uit democratisch gezichtspunt inacceptabel is (...) Er zullen steeds keuzes moeten worden

Los van de beperkingen die de wetgever binnen een specifieke context kan aanbrengen, kent het opportuniteitsbeginsel ook zijn eigen intrinsieke begrenzing. Deze wordt kort gezegd gevormd door het begrip vervolging enerzijds en het begrip algemeen belang anderzijds. Te beginnen met de laatste: de term ‘algemeen belang’ is uiteraard een tamelijk abstracte en open norm. Het Openbaar Ministerie heeft daarmee een ruime beleidsvrijheid gekregen om van vervolging af te zien, die in de loop der jaren in diverse beleidsregels is uitgewerkt. Voor zo ver het opportuniteitsbeginsel niet door de wet wordt begrensd, zijn het dan ook met name de eigen beleidsregels van het Openbaar Ministerie die deze begrenzing aanbrengen, in combinatie met de beginselen van een behoorlijke procesorde die voorschrijven dat het Openbaar Ministerie zich aan die eigen beleidsregels houdt. Bij het bepalen en toepassen van die beleidsregels komt het Openbaar Ministerie een grote mate van vrijheid toe, waar de rechter naar vaste jurisprudentie slechts met grote terughoudendheid in mag treden. Slechts wanneer het Openbaar Ministerie in redelijkheid niet tot vervolging had kunnen besluiten zal de rechter ingrijpen. Diverse pleidooien voor een stringenter toetsing van het opportuniteitsbeginsel door de rechter, met name in zogenoemde flutzaken, hebben tot op heden niet tot een andere benadering geleid.⁴¹¹ Dit alles laat onverlet dat beleidsregels van het Openbaar Ministerie uiteraard niet in strijd met de wet of hogere regelgeving mogen zijn en dat de belangenafweging die het Openbaar Ministerie in de context van de vervolgingsbeslissing kan maken geen zelfstandige grondslag biedt voor de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden, net zo min als andere algemene beginselen die grondslag kunnen bieden.⁴¹²

Het vervolgingsbegrip is aanzienlijk minder elastisch dan het algemeen belang en vindt zijn grenzen met name in de wet, al is ook dit begrip aan verandering onderhevig.⁴¹³ Aanvankelijk werd onder vervolging begrepen het betrekken van een rechter bij de zaak, door het openen van een gerechtelijk vooronderzoek, het doen van een vordering tot voorlopige hechtenis, of het dagvaarden van een verdachte. Sinds het van kracht worden van de Wet OM-afdoening wordt echter ook het uitvaardigen van een strafbeschikking als een daad van vervolging aangemerkt. Het openen van een strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO) wordt eveneens als zodanig beschouwd.⁴¹⁴ Ook voor de laatste is op voet van art. 126 lid 3 Sv immers een machtiging van de rechter-commissaris vereist en

gemaakt. Daarbij zal het Openbaar Ministerie niet voorbij mogen gaan aan de wil van de wetgever. Indien die bijvoorbeeld bepaalde vormen van discriminatie strafbaar heeft gesteld, zal het Openbaar Ministerie niet met soevereine minachting de vervolging van dergelijke gedragingen achterwege mogen laten. Dan geeft het te kennen dat het een ander oordeel over de innerlijke waarde van de wet dan de wetgever had.”

411 Zie o.a. Buruma 2006 en P.W. van der Kruijs 2010. De Hoge Raad heeft de ingezette lijn recent nog bevestigd: HR 6 november 2012, NJ 2013, 109.

412 Zo ook 't Hart in Spong & Mols 1997, p. 49: “De algemene ongeschreven rechtsbeginselen zoals proportionaliteit en subsidiariteit verruimen in het strafprocesrecht niet de armslag van politie en justitie, maar zij normeren de discretionaliteit en in die zin beperken zij juist de armslag. Verruiming van de armslag zou inbreuk maken op de specifieke strafrechtelijke en strafvorderlijke eisen van legaliteit.”

413 Zie hierover recent Borgers 2013.

414 Ook een vordering tot doorzoeking heeft inmiddels als een daad van vervolging te gelden: HR 13 maart 2012, NJ 2012, 191.

aldus wordt een rechter bij de zaak betrokken.⁴¹⁵ Of het instellen van een SFO daarmee als een volwaardige daad van vervolging kan worden aangemerkt, is echter niet zonder meer duidelijk. Dit laatste zou immers betekenen, dat op grond van de sinds 1 januari 2013 geldende nieuwe regels terzake het vooronderzoek,⁴¹⁶ een verdachte reeds als gevolg van het instellen van zo een SFO onderzoekshandelingen zou kunnen vragen aan de rechter-commissaris, en gebruik zou kunnen maken van alle andere rechten die strafvordering hem als gevolg van een daad van vervolging toekent, zoals het recht kennis te nemen van stukken en het recht op een raadsman. Deze problematiek zal hier niet verder worden uitgediept, en ik zal er vanuit gaan dat de instelling van een SFO in de context van art. 167 lid 2 Sv als een vervolging kan worden aangemerkt. Dat betekent niet alleen dat het Openbaar Ministerie van het instellen van een dergelijk SFO kan afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend, hetgeen voor de hand ligt, maar ook dat de omvang van een eventuele ontnemingsvordering welke blijkens art. 126 lid 2 Sv als doel van het SFO moet worden aangemerkt, onder het bereik van het opportuniteitsbeginsel valt. Met andere woorden: bij het bepalen van de omvang van het te ontnemen voordeel, komt het Openbaar Ministerie als *dominus litis* een grote mate van beleidsvrijheid toe en kan de omvang van die vordering op gronden aan het algemeen belang ontleend worden gewijzigd of kan de vordering zelfs geheel achterwege blijven. Die afweging kan slechts marginaal door de rechter worden getoetst.⁴¹⁷

Daarmee zijn we ten volle terug bij de kroongetuigenproblematiek. Als gezien is het opportuniteitsbeginsel bij de behandeling van de Wet Toezeggingen aan getuigen nadrukkelijk onderwerp van (hevig) debat geweest in de Tweede Kamer, al heeft de discussie zich daar met name toegespitst op de toen geldende enge definitie van het vervolgingsbegrip en werd voornamelijk over het sepotverbod gesproken. Dat bracht Buruma ertoe de wetgever te waarschuwen zich niet op dat aspect van het opportuniteitsbeginsel en van het wetsvoorstel blind te staren, maar duidelijk aan te geven met wie en wanneer afspraken mogen worden gemaakt tegen welke beloning.⁴¹⁸ In zijn noot onder het Hakkelaar-arrest gaat Schalken uitgebreid in op de algemene bevoegdheden van het Openbaar Ministerie enerzijds en de betekenis van het legaliteitsbeginsel anderzijds. Hij benadrukt dat het Openbaar Ministerie bij het doen van toezeggingen gebonden is aan het wettelijk systeem en dat het ruim omschreven opportuniteitsbeginsel alsmede het daaruit voortvloeiende eigen beleid niet met dat wettelijk systeem in strijd mag komen. “Dat neemt natuurlijk niet weg dat het OM zich in een interne richtlijn meer beperkingen kan opleggen dan door het recht strikt genomen worden gevorderd”, aldus Schalken. Hij beschouwt het arrest van de Hoge Raad als een bevestiging van het uitgangspunt dat in de complexe en fundamentele discussie rondom de voorwaarden voor gebruik van een

415 HR 2 oktober 2007, LJN BA5825.

416 Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, Stb. 2011, 601.

417 Het bepalen van de hoogte of omvang van een te eisen maatregel valt net als de omvang van de te eisen straf van oudsher onder de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie, hetgeen onverlet laat dat de rechter geheel vrij is die eis wel of niet te volgen.

418 Buruma 1999, p. 597.

kroongetuige het primaat van de wetgever heeft te gelden en dat de grenzen van het recht niet kunnen worden bepaald door de rechter, laat staan door het Openbaar Ministerie.⁴¹⁹

De Tweede Kamer heeft zich juist in de context van het opportuniteitsbeginsel de nodige moeite getroost om duidelijkheid te krijgen omtrent de reikwijdte van het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen. Daar werd steeds op gereageerd met het standpunt dat er over de grenzen van het opportuniteitsbeginsel geen discussie zou kunnen ontstaan, aangezien het Openbaar Ministerie gebonden zou zijn aan de door de wetgever te nemen beslissingen en een beroep op het opportuniteitsbeginsel dat niet anders zou maken. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel werd in die context bij herhaling en met nadruk genoemd als voorbeeld van een niet aanvaardbare toezegging.⁴²⁰ Ondanks deze geruststellende woorden bleef in de Tweede Kamer echter de vrees bestaan dat het Openbaar Ministerie zich met verwijzing naar het opportuniteitsbeginsel mogelijkheden zou toekennen die men dat Openbaar Ministerie juist niet wenste te geven. Telkens werd daar van de zijde van de Minister tegenover gesteld, dat die vrees onterecht was omdat met uitzondering van toezeggingen van relatief geringe omvang (de kleine gunsten) het Openbaar Ministerie niet meer of andere toezeggingen zou kunnen doen dan vermindering van de strafeis. Van een grijs gebied zou volgens de Minister geen sprake zijn, temeer nu het Openbaar Ministerie ervan doordrongen zou zijn dat het uitgangspunt dat alles dat niet in de wet verboden is dus is toegestaan, onjuist is. Naar het oordeel van de Minister was het wettelijke systeem voldoende waterdicht om te voorkomen dat het Openbaar Ministerie met gebruikmaking van het opportuniteitsbeginsel andere toezeggingen zou kunnen doen dan de toezegging tot strafvermindering en de eventuele kleine gunsten.⁴²¹

419 Noot Schalken onder HR 6 april 1999, 1999, 566 (Johan V.).

420 Zie bij wijze van voorbeeld Minister Korthals in de nota naar aanleiding van het verslag: "Ik zal aan het college van procureurs-generaal vragen of een richtlijn kan worden opgesteld waaruit in ieder geval blijkt welke toezeggingen niet mogen worden gedaan. Daarbij denk ik in de eerste plaats aan het toezeggen van een sepot (immunititeit), het afzien van actieve opsporing al dan niet in het buitenland of aan het intrekken van een uitleveringsverzoek. Door een dergelijke toezegging wordt voorkomen dat iemand zich voor zijn handelen voor de strafrechter moet verantwoorden en er bestaat brede overeenstemming over dat dit niet acceptabel is. Toezeggingen op het terrein van het zonder toestemming van de rechter afzien van de tenuitvoerlegging van een rechterlijk vonnis of het onnodig lang uitstellen van de tenuitvoerlegging zijn evenmin aanvaardbaar. (...) Ten slotte noem ik nog de toezeggingen die betrekking hebben op het afzien van het requireren van bijkomende straffen en maatregelen (in het bijzonder de vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel) en het aanbieden van geldelijk voordeel, als voorbeelden van toezeggingen die ik niet aanvaardbaar acht." Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, nr. 6.

421 Brief van de minister van justitie van 30 maart 2000, Kamerstukken II 1999-2000, 26294, nr. 15. Zie ook hierboven paragraaf 2.3.3.

4.2 AANWIJZING EN INSTRUCTIE

Inleiding

Zoals gezien in hoofdstuk 1 werd het door de wetgever wenselijk geacht dat het Openbaar Ministerie beleid zou ontwikkelen waardoor opsporing en vervolging van strafbare feiten op uniformere wijze tot stand zouden kunnen komen. Deze wens was één van de redenen om tot de reorganisatie als beschreven in paragraaf 1.2.1 te komen. Het Openbaar Ministerie heeft zich wat dat betreft niet onbetuigd gelaten. In de loop der jaren is een grote hoeveelheid beleidsregels tot stand gekomen, die zien op het hele spectrum van optreden door het Openbaar Ministerie. Ingevolge de Instructie Beleidsregels zijn daarin vier categorieën te onderscheiden, te weten aanwijzingen, instructies, handleidingen en richtlijnen voor strafvordering. Aanwijzingen worden gedefinieerd als publiekrechtelijke rechtshandelingen van algemene aard met dwingende, normatieve beleidsregels, afkomstig van het College van Procureurs-Generaal en gericht aan de hoofden van de parketten. In een aanwijzing zijn beleidsregels neergelegd over de uitoefening van taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie. Een instructie is een meer intern georiënteerd document, met normatieve regels welke onder andere wordt gebruikt voor administratieve regels, gedragsregels en procedurele regels. Een handleiding is een schriftelijke mededeling van beschrijvende aard, die wordt gebruikt voor een toelichting op een wetbepaling of op een bepaalde praktijk, of voor het verschaffen van andere informatie.⁴²² De bekende richtlijnen voor strafvordering bevatten tot slot de uitgangspunten voor de straffen die het Openbaar Ministerie in beginsel bij requisitoir eist of bij een transactie aanbiedt. Deze worden net als aanwijzingen als publiekrechtelijke rechtshandelingen van algemene aard met dwingende, normatieve regels inzake Strafvordering aangemerkt.

4.2.1 *De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken*

Toezeggingen

Gelijktijdig met de Wet toezeggingen aan getuigen werd de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen van kracht.⁴²³ Deze verving de eerdere Tijdelijke Aanwijzing die van kracht was gedurende de behandeling van het wetsvoorstel. In de nieuwe Aanwijzing is de uitbreiding zoals Minister Donner deze op aangeven van het Openbaar Ministerie in 2004 introduceerde verwerkt. De Aanwijzing is gezien het belang voor dit proefschrift in zijn geheel opgenomen als bijlage II.

⁴²² Meijer 2012, p. 16.

⁴²³ Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken (2006A004), Stcrt. 2006, 56. De Aanwijzing zou aanvankelijk geldig zijn tot 1 april 2010. De geldigheidsduur werd verlengd tot 30 september 2010 (Stcrt. 2010, 4483) en vervolgens tot 30 september 2011 (Stcrt. 2010, 14636), tot 30 september 2012 (Stcrt. 2011, 16778) en meest recent tot 30 september 2014 (Stcrt. 2012, 19134).

De wijze waarop de uitbreiding van de Aanwijzing werd gerealiseerd, laat zich het best illustreren door de nieuwe Aanwijzing te vergelijken met diens voorganger. In de Tijdelijke Aanwijzing was het strikte kader neergelegd dat de Tweede Kamer en Minister Korthals hadden vastgesteld bij de behandeling van en voorafgaand aan het aannemen van wetsvoorstel 26294. Kort gezegd viel daarin te lezen dat behoudens toezeggingen op het gebied van strafvermindering, geen toezeggingen aan een kroongetuige konden worden gedaan. Het bereik van de Tijdelijke Aanwijzing werd nadrukkelijk gelimiteerd tot de verschillende strafverminderingsmodaliteiten, waarmee de kleine gunsten van art. 226g lid 4 Sv buiten het bereik van de Aanwijzing werden gehouden:

“De aanwijzing heeft eveneens geen betrekking op het gebruik van wettelijke bevoegdheden door de officier van justitie die op enigerlei wijze een begunstigende invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring, maar die niet strekken tot strafvermindering (beslissingen over regiem e.d.). Toepassing van dergelijke bevoegdheden behoort tot de reguliere taken van het OM en is van relatief geringe impact en raakt niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Wetboek van Strafvordering. Indien er sprake is van een uitdrukkelijk en causaal verband tussen toepassing van dergelijke bevoegdheden en de door de getuige af te leggen verklaring, dan dient deze toepassing te worden vastgelegd bij proces-verbaal en aan het strafdossier van de getuige en de verdachte te worden toegevoegd.”

In de nieuwe Aanwijzing wordt onder punt 1.2 nagenoeg dezelfde formulering weergegeven, met dat cruciale verschil dat wordt gesteld dat de Aanwijzing wél (“voorts”) betrekking heeft op het gebruik van ‘dergelijke bevoegdheden’ en dat aan het eind wordt verwezen naar het inmiddels ingevoerde art. 226g lid 4 Sv. Het is niet waarschijnlijk dat dit verschil in benadering veel inhoudelijke betekenis heeft, maar het is wel van belang vast te stellen dat de categorie van kleine gunsten die voortvloeit uit het gebruik van wettelijke bevoegdheden van de officier van justitie, opnieuw wordt onderscheiden van de grote(re) toezeggingen. De wetssystematiek ten aanzien van het onderscheid tussen deze kleine gunsten ex art. 226g vierde lid enerzijds en de grote toezeggingen van art. 226g eerste lid anderzijds wordt dus gehandhaafd. Daarmee kan in ieder geval worden geconcludeerd dat de categorie van grote toezeggingen die in de Tijdelijke Aanwijzing met uitzondering van strafvermindering ontoelaatbaar was verklaard, niet (deels) is overgeheveld naar de kleine gunsten van art. 226g vierde lid Sv. Wel is een deel van die grote toezeggingen in de nieuwe Aanwijzing verplaatst, van de categorie ‘ontoelaatbaar’ naar de categorie ‘toelaatbaar’. Het intrekken van een uitleveringsverzoek, waaronder begrepen het intrekken van een internationaal aanhoudingsbevel, en het afzien van het vorderen van bijkomende straffen en maatregelen, in het bijzonder de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, stonden in de Tijdelijke Aanwijzing onder respectievelijk nummer 3 en 6 opgenomen als ontoelaatbare toezeggingen. In de nieuwe Aanwijzing is een alinea toegevoegd onder het kopje toelaatbare toezeggingen, en daar zijn de eerste twee door de Minister in zijn brief van 1 juli 2004 met begrip ontvangen uitbreidingen ondergebracht:

“Overige toelaatbare toezeggingen zijn:

- a) het intrekken van een uitgaand verzoek tot uitlevering of een Europees arrestatiebevel ter fine van strafvervolgning;
- b) het verminderen van de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel met ten hoogste de helft, ook in het kader van de schikking op grond van art. 511c Sv.⁴²⁴

De werking van het gunstbetoon wordt in een ten opzichte van de Tijdelijke Aanwijzing nieuw ingevoerd punt 8 nader uiteen gezet. Hier is de laatste uitbreiding van de wettelijke regeling opgenomen, nu het gunstbetoon in de nieuwe Aanwijzing een ruimere werking krijgt dan deze onder de Tijdelijke Aanwijzing had: ook het “verlenen van voorspraak” bij bestuursorganen als de IND en de Belastingdienst wordt als gunstbetoon aangemerkt, al wordt benadrukt dat het om een inspanningsverplichting gaat. Net als voor de andere kleine gunsten geldt dat wanneer sprake is van een uitdrukkelijk en causaal verband tussen deze voorspraak en de door de getuige af te leggen verklaring, op voet van art. 226g lid 4 Sv proces-verbaal moet worden opgemaakt dat ten spoedigste bij de processtukken moet worden gevoegd.⁴²⁵

Komt er onverhoopt geen overeenkomst met de getuige tot stand, dan zullen de stukken in het geheel niet aan het dossier worden toegevoegd en mag het Openbaar Ministerie de door de getuige afgelegde verklaring niet gebruiken. De Aanwijzing onderstreept verder in lijn met de in de Tweede Kamer steeds benadrukte noodzaak tot transparantie en zorgvuldigheid dat de behandelend officier van justitie het verloop van de onderhandelingen met de getuigen nauwkeurig en schriftelijk in een journaal dient vast te leggen.

Procedure

Wat de procedure betreft wordt door zowel de Tijdelijke Aanwijzing als door de Aanwijzing voorgeschreven dat een officier van justitie pas na toestemming van de Hoofd-officier van justitie in gesprek kan gaan met een getuige die te kennen heeft gegeven een deal te willen sluiten. Vervolgens wordt in grote lijnen de verklaring die een getuige zegt te kunnen afleggen op papier vastgelegd. De officier van justitie beoordeelt of die verklaring voldoende basis vormt om een onderhandelingsproces te starten. Wanneer dat het geval is, bevordert de officier van justitie dat de getuige zich laat bijstaan door een raadsman en wordt de uitkomst van dat onderhandelingsproces op schrift gesteld. Daarin

424 Voor het overige blijft het verbod op het afzien van het vorderen van bijkomende straffen en maatregelen gehandhaafd, maar waar in de Tijdelijke Aanwijzing werd gesteld dat dit verbod *in het bijzonder* gold voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, stelt de nieuwe Aanwijzing onder punt 5 van de niet toelaatbare toezeggingen dat de ontneming van de wederrechtelijk verkregen voordeel daarvan juist is uitgezonderd. Dat mag een tamelijk volledige draai worden genoemd.

425 Over de vraag in hoeverre dit gunstbetoon terecht onder de ‘kleine gunsten’ wordt gerubriceerd valt in het licht van de besproken wetssystematiek ook nog wel het één en ander te zeggen. Dat is bij de veelbesproken behandeling van wetsvoorstel 28017 8 september 2004 ook gebeurd, maar het punt heeft duidelijk geen prioriteit gekregen. Algemene beraadslaging 8 september 2004, Handelingen II 2004-2005, 28017 p. 96-6191 ev.

dient in ieder geval een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van de misdrijven en de verdachten waarover de getuige bereid is te verklaren te worden gegeven, dienen de strafbare feiten waar de getuige in de zaak zelf van wordt verdacht te worden genoemd, en dienen de voorwaarden die aan de getuigen worden gesteld enerzijds en de inhoud van de toezegging (*enkeltvoud, Sf*) anderzijds te worden opgenomen. Verder dient in ieder geval op schrift te worden gesteld dat de getuige zich bereid verklaart tot het afleggen van een getuigenverklaring ten overstaan van de rechter op de openbare terechtzitting en dat hij volledige informatie en opening van zaken geeft over zijn aandeel in de strafbare feiten waar zijn getuigenverklaring betrekking op heeft. Daarbij dient tevens aandacht te worden besteed aan de mate waarin de getuige zich op zijn verschoningsrecht zou kunnen beroepen, waarbij het ‘in de rede ligt’ dat wordt afgesproken dat de getuige van dat verschoningsrecht geen gebruik zal maken. Deze op schrift gestelde voorgenomen afspraak wordt vervolgens door tussenkomst van de CTC en vergezeld van diens advies en het advies van de landsadvocaat voorgelegd aan het College van Procureurs-Generaal. Indien daarvoor aanleiding bestaat, en in ieder geval wanneer politiek gevoelige aspecten aan de afspraak zijn verbonden, treedt de Voorzitter van het College in overleg met de Minister van Justitie. Indien het College instemt met de voorgenomen afspraken, legt de officier van justitie deze voor aan de rechter-commissaris en vordert de toetsing van de rechtmatigheid. Nadat de rechter-commissaris de overeenkomst rechtmatig heeft geoordeeld, ondertekenen de officier van justitie en de getuige de schriftelijke overeenkomst. De officier van justitie voegt vervolgens een afschrift van de overeenkomst in het strafdossier van de verdachte(n) en geeft ter terechtzitting “volledige opening van zaken met betrekking tot de feiten en omstandigheden die van belang zijn geweest voor de totstandkoming van de overeenkomst.” In requisitoir dient hij melding te maken van de straf die het Openbaar Ministerie tegen de getuige zou hebben gevraagd wanneer deze geen deal zou hebben gesloten en de bijdrage die de kroongetuige door het afleggen van zijn verklaringen aan de opsporing en vervolging heeft geleverd.

Al met al een zorgvuldige en helder omschreven procedure, met die kanttekening dat geen enkele aandacht wordt besteed aan het fenomeen getuigenbescherming, anders dan dat het toezeggen van getuigenbeschermingsmaatregelen als niet toelaatbaar wordt aangemerkt. Het enige dat de officier van justitie in dit verband mag toezeggen, is dat zo nodig maatregelen ter bescherming van de getuige in opdracht van het College van Procureurs-Generaal en op grond van het Besluit Getuigenbescherming zullen worden getroffen. Daarmee gaat de Aanwijzing, net als de wetgever had gedaan, voorbij aan de opsporingsrealiteit dat kroongetuigen nu juist voorafgaand aan het sluiten van een deal met het Openbaar Ministerie duidelijkheid zullen willen hebben over hetgeen zij op het gebied van getuigenbescherming van de Staat kunnen en mogen verwachten, zoals dit onder andere in de adviezen van de Commissie Getuigenbescherming, de Recherche Advies Commissie en de werkgroep Plooi wel werd onderkend. Als gevolg daarvan is in de Aanwijzing niets opgenomen over de rol van de rechter-commissaris waar het de toetsing van de met de kroongetuige gemaakte afspraken omtrent getuigenbescherming betreft. Dat is voor een deel verklaarbaar vanuit de gedachte dat de Aanwijzing niet ziet op activiteiten van de rechter-commissaris en zich slechts richt op medewerkers

van het Openbaar Ministerie, maar dat laat onverlet dat aan de officier van justitie wél duidelijkheid gegeven had kunnen worden omtrent de informatie die deze aan dient te leveren bij de rechter-commissaris, in het bijzonder omtrent de vraag of daar informatie over getuigenbeschermingsmaatregelen bij moet zitten en zo ja, welke. De Aanwijzing beperkt zich geheel tot het strafrechtelijke traject en laat getuigenbescherming buiten beschouwing. Hetzelfde geldt zoals hierna te bespreken in spiegelbeeld voor de Instructie Getuigenbescherming. De Aanwijzing handhaaft aldus de strikte scheiding tussen de verklaringsovereenkomst enerzijds en de getuigenbeschermingsovereenkomst anderzijds, een scheiding die op theoretisch niveau goed te maken is, maar die in de praktijk een stuk lastiger zo niet onmogelijk is. Voordat ik daar nader over kom te spreken allereerst nog een kanttekening bij het begrip ‘toezegging’.

Het begrip ‘toezegging’

De term toezeggingen is als gevolg van de discussie in de Tweede Kamer en de formulering van de Aanwijzing een nogal beladen begrip geworden, nu deze een kwalificatieve betekenis heeft gekregen. Door een afspraak met een getuige als een toezegging te betitelen, wordt vrijwel automatisch aangenomen dat er sprake zal zijn van een afspraak als bedoeld in art. 226g Sv, waarmee de polemiek over het al dan niet toelaatbaar zijn van die toezegging niet ver weg meer is. Dit bemoeilijkt het op een objectieve wijze vaststellen welke wederzijds bindende afspraken er met een getuige zijn gemaakt, doordat als gevolg van de terminologie voortdurend dreigt dat er al een conclusie wordt getrokken over de status van de afspraken, in plaats dat nog slechts geïnventariseerd wordt wat die partijen nu overeen zijn gekomen.⁴²⁶ Dat ‘toezegging’ in het normale spraakgebruik gewoon een synoniem is voor afspraak, zoals Minister Donner destijds in de Eerste Kamer inbracht, maakt het er niet eenvoudiger op.⁴²⁷ De Aanwijzing stelt in dit verband dat van belang is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen de prestatie van de ene partij en de tegenprestatie van de andere partij en dat aan de getuige een reëel voordeel in het vooruitzicht moet worden gesteld: “Een toezegging die niet meer behelst dan hetgeen de officier van justitie onder normale omstandigheden met toepassing van het bestaande beleid zou hebben besloten (bij voorbeeld sepot gering feit), is geen toezegging in de zin van deze aanwijzing.”⁴²⁸ Dat ziet echter allemaal vooral op de materiële kant van het begrip toezegging, en niet op de vraag of er formele eisen aan dat begrip moeten worden gesteld. Is het om als toezegging in de zin van de wet en de Aanwijzing te kunnen worden aangemerkt voor een tussen partijen gemaakte afspraak bijvoorbeeld noodzakelijk dat deze op schrift is gesteld, of kunnen ook mondeling toezeggingen worden gedaan? Nog strikter gesteld: is een afspraak pas een toezegging wanneer deze in een op voet van art. 226g Sv gesloten overeenkomst een toezegging wordt genoemd? Bepaalt het Openbaar Ministerie of een

426 Vanuit die problematiek koos Rouvoet er als gezien voor de term toezeggingen los te laten en te spreken over ‘do ut des’ (“ik geef met de bedoeling dat jij geeft”), daarmee doelende op alle beloften die het Openbaar Ministerie aan een getuige zou doen die zouden bijdragen aan het tot stand komen van de bereidheid van de getuige om een overeenkomst te sluiten.

427 Behandeling wetsvoorstel 26294 en 28017 op 8 maart 2005, Kamerstukken I 2005-2006, p. 18-809.

428 Deze aanvulling ten opzichte van de Tijdelijke Aanwijzing komt rechtstreeks voort uit het advies van de werkgroep Plooi (p. 9). Zie voetnoot 174.

in het kader van het onderhandelingsproces met een kroongetuige gedane belofte een toezegging mag heten, of is mede bepalend hoe de kroongetuige de belofte heeft ervaren?

Deze problematiek is bij uitstek een voorbeeld van een vermenging van rechtsgebieden, omdat bovenstaande vragen binnen het civiele recht aan de orde van de dag zijn en daar al geruime tijd geleden zijn beantwoord. Al sinds begin jaren tachtig wordt aangenomen, dat bij de vraag hoe afspraken moeten worden uitgelegd, niet uitsluitend naar de taalkundige uitleg van de betreffende afspraken moet worden gekeken, maar tevens naar de verwachtingen die beide partijen redelijkerwijs van die afspraken mochten hebben. In het bekende Haviltex-arrest stelt de Hoge Raad dat het voor de beantwoording van de vraag hoe een bepaalde bepaling moet worden uitgelegd aankomt “op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”⁴²⁹ De Hoge Raad heeft deze civielrechtelijke lijn doorgetrokken in een arrest dat zag op de voorganger van de Tijdelijke Aanwijzing, de Richtlijn Afspraken met criminelen uit 1997. Advocaat-Generaal Fokkens had bij de vraag of mondelinge afspraken betreffende de tegenprestaties van het Openbaar Ministerie als toezeggingen konden worden aangemerkt, aansluiting gezocht bij de formulering uit het Haviltex-arrest en bij de werking van het vertrouwensbeginsel.⁴³⁰ De Hoge Raad lijkt dezelfde mening toegedaan. Het aan zijn oordeel onderworpen standpunt van het Gerechtshof dat sprake kan zijn van toezeggingen wanneer in meer of mindere mate scherp omschreven en harde toezeggingen omtrent een tegenprestatie van het Openbaar Ministerie zijn gedaan waaraan de betrokkene concrete verwachtingen kon ontlelen, wordt in stand gelaten, met die aanvulling dat de Hoge Raad meent dat de enkele omstandigheid dat eventuele toezeggingen niet schriftelijk zijn vastgelegd niet tot de conclusie kan leiden dat er geen sprake kan zijn van (door de rechter te toetsen) aan een getuige gedane toezeggingen.⁴³¹

Op grond daarvan moet worden aangenomen dat de formalistische benadering dat een toezegging slechts een toezegging is wanneer deze als zodanig in een schriftelijke overeenkomst met het Openbaar Ministerie wordt benoemd, niet juist is. Het zal telkens moeten gaan om afspraken die min of meer scherp omschreven c.q. helder en hard zijn en die bij één van de partijen concrete verwachtingen hebben gewekt omtrent de prestatie die van die partij werd verwacht en de tegenprestatie die daar aan de zijde van de wederpartij tegenover zou staan. Dit geldt zowel voor het gebruik van de term toezeggingen in de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen, als voor de invulling van datzelfde woord in de Instructie Getuigenbescherming, in welk verband ook wordt gesproken over toezeggingen die al dan niet aan de te beschermen persoon gedaan mogen worden.

429 Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

430 “Niet elke toezegging die bij de betrokkene een verwachting heeft opgewekt, dient als rechtens relevant te worden opgemerkt. Alleen toezeggingen waardoor gerechtvaardigde verwachtingen zijn opgewekt dienen te worden gehonoreerd (vgl. Corstens 2011, p. 61 e.v. inzake het vertrouwensbeginsel). Daarvan zal slechts sprake kunnen zijn indien, gelijk het Hof heeft overwogen, de gedane toezeggingen dusdanig helder en hard zijn dat bij degene aan wie die toezegging is gedaan concrete verwachtingen zijn gewekt.”

431 HR 2 april 2000, NJ 2002, 357.

Conclusie: verhouding tussen wet en Aanwijzing

Met name op het terrein van die toezeggingen is het gerechtvaardigd te stellen dat de gang van zaken bij de behandeling van het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen zeer opmerkelijk is geweest. Rouvoet verweet zichzelf en zijn collega's dat zij er een rommel-tje van maakten, en terugkijkend kan niet anders dan worden geconstateerd dat hij zich daarmee nog mild uitdrukte. Nadat het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel bijna drie jaar lang had stilgelegen, komt een nieuwe Minister van Justitie met een voornemen dat de neergelegde systematiek doorbreekt en het hele aangelegde systeem wordt vervolgens in de context van een reparatiewetje waarmee een stemfout moest worden gecorrigeerd opnieuw ter discussie gesteld. De Tweede Kamer verzet zich in meerderheid tegen dat voornemen, hetgeen de Minister er niet van weerhoudt daar in de Eerste Kamer aan vast te houden. Gedurende de behandeling in de Eerste Kamer komt de Minister vervolgens met een fundamenteel andere lezing van de systematiek en betekenis van het wetsvoorstel, als gevolg waarvan deze een totaal andere kleur en strekking heeft gekregen dan het wetsvoorstel dat de Tweede Kamer voorstond, had aangenomen én had gehandhaafd. De Eerste Kamer wijst de Minister er op dat hij een andere lezing aan het wetsvoorstel geeft dan de Tweede Kamer had gedaan, wijst er op dat in zijn beleving het wetsvoorstel de Minister geen ruimte biedt voor die lezing, en wijst er op dat de door de Minister aangekondigde verruiming van de mogelijkheden die het Openbaar Ministerie heeft om toezeggingen te doen aan getuigen, mogelijk in strijd met de (aan te nemen) wet zal worden geacht, als gevolg waarvan de later oordelende rechter de van de kroongetuige verkregen verklaringen als onrechtmatig zou kunnen bestempelen. Ondanks dat de Minister geen afstand doet van zijn voornemen – maar wel toezegt in discussie met de Tweede Kamer te zullen blijven over zijn voornemen en de Aanwijzing die daar het gevolg van zal zijn – gaat de Eerste Kamer akkoord met het wetsvoorstel.

Daarmee wordt echter niet de interpretatie van de Minister tot wet verheven, maar het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel, inclusief de daarin vervatte wets-systematiek. Deze wetssystematiek was eindeloos bediscussieerd, waarbij de uitbreiding van de toezeggingen die naar het oordeel van de Minister toelaatbaar geacht zouden moeten worden keer op keer met naam en toenaam als ontoelaatbaar zijn aangemerkt. In eerste instantie is het wetsvoorstel daartoe bij amendement aangescherpt en in tweede instantie heeft de Tweede Kamer vastgehouden aan deze aanscherping.⁴³² De uiteindelijk aangenomen wettekst laat er, gezien in het licht van die aanscherping en hetgeen daar zowel in 2001 als in 2004 over is gezegd, geen misverstand over bestaan dat de Tweede Kamer in meerderheid van oordeel was dat van de zogenoemde grote toezeggingen uitsluitend de vermindering van de strafeis aan een getuige kon worden toegezegd

432 Zie paragraaf 5.2.2 voor een nadere onderbouwing van dit punt.

en dat de andere toezeggingen dus niet mochten worden gedaan.⁴³³ Het afzien van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel is expliciet benoemd als een toezegging die niet mocht worden gedaan, net als het intrekken van een uitleveringsverzoek of arrestatiebevel en het gunstbetoon door derden. De Aanwijzing van het College van Procureurs-generaal is waar het die toezeggingen toelaatbaar verklaart, in strijd met de wet. Het Openbaar Ministerie heeft zich middels deze aanwijzing dus ruimte toegeëigend die het op grond van de wet en de voor het College kenbare wetsgeschiedenis, niet toekwam.⁴³⁴

Ten aanzien van de rol van de rechter-commissaris en de omvang van diens toetsing is de gang van zaken minder eenduidig, met name omdat dit onderwerp na de aanvangsfase bij de Raad van State en de Memorie van Toelichting niet meer aan de orde is gesteld. Nu de wetgever daarmee niet is teruggekomen op de expliciete stelling van de Minister dat de rechter-commissaris in het kader van diens toets van de rechtmatigheid van de met de getuige gesloten overeenkomst kennis diende te nemen van de met die getuige gemaakte afspraken op het gebied van getuigenbescherming, en gezien de tekst en totstandkoming van art. 226j lid 3 Sv, meen ik te mogen concluderen dat de Aanwijzing, waar deze niet in die toetsing voorziet, eveneens in strijd is met de wet. De Aanwijzing dient in dit verband in samenhang te worden gezien met de Instructie Getuigenbescherming, omdat de Aanwijzing zich uitsluitend richt op de strafrechtelijke overeenkomst. Het opnemen van specifieke richtlijnen ten aanzien van de getuigenbeschermingsovereenkomst ligt in die context minder voor de hand. Bovendien zou onder hetgeen in punt 7 van de Aanwijzing is gesteld over de vordering van de toetsing van de rechtmatigheid van de afspraak die de officier van justitie bij de rechter-commissaris dient te doen, in theorie de toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst kunnen worden begrepen. De Aanwijzing sluit dit in ieder geval niet uit, dus gaat het om de inhoud van de Instructie.

433 Ik meen dan ook dat Crijns de wetshistorie niet juist interpreteert wanneer hij schrijft dat daaruit zou blijken “dat andere toezeggingen dan strafvermindering ook toelaatbaar zouden kunnen zijn, maar dat deze hun grondslag vinden in de bestaande bevoegdheden van het Openbaar Ministerie.” Hij lijkt zich (blijkens de voetnoot) daarbij te baseren op de in paragraaf 2.5 uitvoerig besproken brief van de Minister van Justitie aan de Eerste Kamer van 18 maart 2005. Zoals beschreven is de weergave die de minister in die brief van het wettelijk systeem geeft echter niet in overeenstemming met hoe de Tweede Kamer dat systeem bij de totstandkoming in 2000 en 2001 en bij de heropende discussie in 2004 zag, en met de invulling die aan het legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel dient te worden gegeven. Crijns 2012, p. 79.

434 Of de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen als recht in de zin van art. 79 RO kan worden aangemerkt doet voor deze vaststelling niet ter zake, maar ik meen dat dit wel het geval is. De Aanwijzing ziet immers op de door het Openbaar Ministerie in acht te nemen regels bij het aangaan van een overeenkomst met een burger. Die burger mag er met het oog op de beginselen van een behoorlijke procesorde op vertrouwen dat het Openbaar Ministerie zich aan die regels zal houden. Er is met andere woorden sprake van ‘door het College van Procureurs-Generaal vastgestelde en behoorlijk bekend gemaakte regels omtrent de uitoefening van het beleid van het openbaar ministerie (...) die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’ HR 7 juli 2009, NJ 2010, 130; zie paragraaf 4.1.1.

4.2.2 *De Instructie Getuigenbescherming.*

Procedure volgens de Instructie

Een instructie van het College van Procureurs-Generaal is bedoeld voor intern gebruik binnen het Openbaar Ministerie en de Instructie Getuigenbescherming (hierna: de Instructie) is dan ook niet openbaar gemaakt.⁴³⁵ Behalve het doel van de Instructie zou dit volgens het Openbaar Ministerie samenhangen met de vertrouwelijkheid van het fenomeen getuigenbescherming in het algemeen. Hoewel in de Instructie nauwelijks concrete informatie is opgenomen over getuigenbeschermingsmaatregelen, die als zodanig vertrouwelijk zouden kunnen worden aangemerkt dat het openbaar worden van die informatie risico's voor het getuigenbeschermingsprogramma of de daarbij betrokken personen zou kunnen opleveren, zal ik de inhoud van de Instructie desalniettemin met enige terughoudendheid bespreken en mij beperken tot een beschrijving van de procedure waarnaar in de nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming wordt verwezen.⁴³⁶ De daar genoemde specificering van de procedure biedt echter weinig nieuws. In de artikelen 3 tot en met 6 wordt het traject vanaf de eerste aanvraag van getuigenbescherming tot en met het besluit van het College nader beschreven. Deze behelst kort gezegd, dat de Hoofdofficier van justitie de met getuigenbescherming belaste officier van justitie bij het Landelijk Parket (LP) benadert met een verzoek om getuigenbescherming. Het Onderdeel getuigenbescherming van het KLPD stelt een dreigingsanalyse op en brengt advies uit aan de officier van justitie LP, die op zijn beurt het College adviseert. Op grond van de adviezen beslist het College en geeft indien nodig schriftelijk opdracht tot getuigenbescherming. De officier van justitie LP informeert de Hoofdofficier van justitie die de aanvraag heeft gedaan over de beslissing. Indien de opdracht tot getuigenbescherming is gegeven, schrijft artikel 7 voor dat de officier van justitie LP in overleg met het Team Getuigenbescherming (TGB) een conceptovereenkomst opstelt, waarin de te maken afspraken worden neergelegd. In die overeenkomst staan in ieder geval de bepalingen opgenomen met betrekking tot de verplichtingen van de te beschermen persoon en de Staat, alsmede de gevolgen van niet-nakoming. Deze conceptovereenkomst wordt aangeboden aan de te beschermen persoon, die deze dient te ondertekenen samen met de officier van justitie LP. Verder stipuleert de Instructie in lijn met het Besluit Getuigenbescherming dat getuigenbescherming voor bepaalde tijd geschiedt en worden vingerwijzingen gegeven betreffende de wijze van communiceren met het (zaaks-)OM en over de geldende vertrouwelijkheid. Een niet onbelangrijke afsluiting van de Instructie betreft de bepaling dat het College in bijzondere gevallen van de Instructie kan afwijken.

⁴³⁵ De Instructie Getuigenbescherming kan daarmee niet als recht in de zin van art. 79 RO worden aangemerkt. Zie de vorige voetnoot.

⁴³⁶ Ook van deze Instructie bestaan twee varianten. De eerste dateert van 1 april 2006, en is opgevolgd door de Instructie van 1 november 2010. De beide Instructies zijn in grote lijnen gelijklopend; de Instructie getuigenbescherming 2010 betreft hoofdzakelijk een nadere specificering van de Instructie 2006. Daarnaast voorziet de instructie 2010 in een betere afstemming met het Stelsel bewaken en beveiligen waar het de eventuele overgang van een getuige naar dat stelsel betreft.

Beschermingsafspraken: de eerste barsten in de systematiek

Over de inhoud van de met de te beschermen persoon te sluiten overeenkomst en met name over de afspraken die al dan niet met hem mogen worden gemaakt, laat de Instructie zich niet uit. Hoogstens kan worden opgemerkt, dat het hierboven genoemde artikel 7 slechts voorziet in het opnemen van *verplichtingen* van de te beschermen persoon en van de Staat en dat over *rechten* die de te beschermen persoon zou kunnen hebben of voorwaarden die deze zou kunnen stellen, niet wordt gerept. Dat laat onverlet, dat de Instructie het College in grote mate de vrije hand laat om de aard en omvang van de te nemen beschermingsmaatregelen te bepalen. Dat is binnen de voorgeschreven procedure waarbij aard en omvang van die maatregelen uitsluitend op grond van de analyse van het onderdeel getuigenbescherming tot stand komt niet zo problematisch, aangezien dan uitsluitend die maatregelen genomen worden die met het oog op het daadwerkelijk nastreven van de veiligheid van de te beschermen persoon noodzakelijk zijn. Op het moment dat er ruimte wordt gelaten voor onderhandeling betekent dit echter dat zeker in het licht van de hiervoor benoemde omgekeerde volgorde van onderhandelingen, waarbij de getuigenbeschermingsovereenkomst voorafgaat aan de verklaringsovereenkomst, de vanuit de praktijk geuite vrees dat een kroongetuige eisen zal stellen ten aanzien van de wijze waarop hij zal worden beveiligd al snel bewaarheid wordt. In ieder geval wordt daar ruimte toe geboden. Op dat moment verplaatst het onderhandelingsproces zich dus van de mogelijkheden die art. 226g Sv en de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen (niet) biedt naar de getuigenbeschermingsovereenkomst en naar de ruimte die de Instructie (wel) aan partijen laat. Het zal duidelijk zijn dat de eerder genoemde open structuur van het Besluit Getuigenbescherming, in combinatie met de even zo open structuur van deze Instructie Getuigenbescherming, de deur openzet naar toezeggingen aan een getuige die in strafrechtelijke overeenkomst niet, maar in de getuigenbeschermingsovereenkomst mogelijk wel kunnen worden gedaan. De Instructie zegt daarover weliswaar in lijn met de gedragsinstructie van de Commissie Craemer dat de (hoofd)officier van justitie geen toezeggingen in de sfeer van getuigenbescherming aan de getuige mag doen omdat het College van Procureurs-Generaal daar uiteindelijk over beslist, maar het feit dat specifieke maatregelen niet kunnen worden toegezegd wil natuurlijk niet zeggen dat daarover niet kan worden gesproken of worden onderhandeld, en dat de officier van justitie LP in diens advisering aan het College van Procureurs-Generaal geen rekening kan houden met de wensen of eisen van de kroongetuige op dit gebied. Bovendien zal de getuige eerst duidelijkheid van het College eisen over de getuigenbeschermingsafspraken en pas daarna over de verklaringsovereenkomst willen spreken. Het is dan onvermijdelijk dat er wel al toezeggingen in de sfeer van getuigenbescherming gedaan moeten worden.

Verhouding tot het Stelsel bewaken en beveiligen

De afwezigheid van enige inkadering van de afspraken die in het kader van de getuigenbescherming met een kroongetuige kunnen worden gemaakt, valt met name op wanneer de getuigenbescherming opnieuw wordt gezien in het licht van het overkoepelend thema persoonsbeveiliging en de wijze waarop met de kwestie van inspraak van de te beveiligen persoon wordt omgegaan in het Stelsel bewaken en beveiligen. Zoals aan het eind van paragraaf 3.1.3 geschetst, wordt daar immers tot uitgangspunt genomen dat

de Staat zelf beslist op welke wijze tot beveiliging van een persoon wordt overgegaan en welke maatregelen daartoe noodzakelijk en geëigend zijn. Het standpunt van de Minister van 10 oktober 2005 dat door beveiligingsexperts wordt beoordeeld welke beveiligingsmaatregelen noodzakelijk zijn en dat dit nadrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling is, komt prominent terug in de Circulaire bewaking en beveiliging 2008. Onder het kopje ‘Grenzen aan inspraak bedreigde personen’ komen de mededelingen die de Minister in de context van de beveiliging van Hirshi Ali op 25 maart 2005 deed en het citaat van 10 oktober 2005 letterlijk terug.⁴³⁷ In de Circulaire 2004 werd over dit punt nog niet gerept, maar het heeft er de schijn van dat daarin nog slechts een weergave werd gegeven van het procedureel functioneren van het Stelsel bewaken en beveiligen zoals dit door de regering in de nota van 20 juni 2003 was neergelegd. In de Circulaire 2004 wordt over de uitvoering van beschermingsmaatregelen nauwelijks gesproken en de rol van de te beschermen persoon blijft zelfs geheel onbelicht. Desalniettemin kan worden aangenomen dat de praktijk van beveiligen en bewaken al ruim vóór 2008 tot uitgangspunt had genomen dat de te beveiligen persoon geen inspraak had bij de beslissing welke beschermingsmaatregelen zouden worden getroffen. Dit niet alleen nu de Minister daarover als gezien reeds in maart en oktober 2005 heeft gesproken (en zoals het gaat met ministers zal deze de betreffende mededelingen niet helemaal zelf hebben bedacht doch daarin zijn geadviseerd door de ter zake verantwoordelijke ambtenaren) maar ook nu in de Aanwijzing beveiliging van personen van het College van Procureurs-Generaal van 10 mei 2005 eveneens een passage staat opgenomen, die omtrent de rechten die een te beschermen persoon kan doen gelden waar het de wijze van beveiliging betreft geen enkele twijfel laat bestaan: “De bedreigde persoon volgt de aanwijzingen van de hoofdofficier van justitie op en onthoudt zich van elke inhoudelijke bemoeienis met betrekking tot zijn beveiliging. Dat geldt ook voor eventuele beslissingen over opschaling of afschaling en voor de beslissing tot beëindiging van de beveiliging. De hoofdofficier houdt de bedreigde persoon en/of diens contactpersoon op de hoogte van de voor hen relevante informatie.”⁴³⁸ In de Aanwijzing beveiliging van personen, objecten en diensten van 13 oktober 2008 wordt dit uitgangspunt zelf nog verder aangescherpt en wordt gesteld dat de bedreigde persoon geacht wordt volledig mee te werken, zo veel mogelijk openheid van zaken dient te geven over de informatie die relevant kan zijn voor de beveiligingsmaatregelen, en zich dient te onthouden van elke inhoudelijke bemoeienis met betrekking tot de beveiliging.⁴³⁹

437 “De essentie van persoons- en objectbeveiliging is dat er bepaalde beveiligingsmaatregelen moeten worden genomen omdat sprake is van dreiging en risico. Uitgangspunt daarbij is dat een beveiligd persoon – binnen de beperkingen van de beveiliging – zijn privé- en maatschappelijke activiteiten moet kunnen voortzetten en een zo normaal mogelijk leven moet kunnen leiden. Beveiligingsdeskundigen beoordelen welke beveiligingsmaatregelen noodzakelijk zijn, dit is uitdrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling. Indien mogelijk wordt de keuze van het beveiligingspakket van te voren besproken met de bedreigde persoon. Vanzelfsprekend zijn de persoonlijke wensen en veiligheidseisen niet altijd verenigbaar. Bij een hoog dreigingsniveau is een beperking van de privacy niet altijd te voorkomen.”

438 Aanwijzing beveiliging van personen (2005A010), Stcrt. 8 juni 2005, nr. 108, p. 3.

439 Aanwijzing beveiliging van personen, objecten en diensten van 13 oktober 2008, Stcrt. 28 oktober 2008, nr. 333, p. 4.

De aanwijzingen van het College van Procureurs-Generaal zien uitsluitend op de beveiliging van personen in het decentrale domein en niet op de wijze van beveiliging binnen het rijksoord. Dat kan ook niet anders omdat het College van Procureurs-Generaal slechts gaat over de eigen organisatie en dus slechts richtlijnen kan opstellen die zien op de wijze waarop het Openbaar Ministerie dient te handelen. De handelwijze van de rijksoverheid en de daaraan gelieerde diensten als de DKDB, valt daar nadrukkelijk niet onder. Hoewel minder strikt geformuleerd, is een soortgelijk uitgangspunt als in de aanwijzingen echter ook in de Circulaire 2008 opgenomen. Los daarvan is getuigenbescherming nu juist uitgesloten van de normale werking van het Stelsel bewaken en beveiligen en valt deze niet binnen het rijksoord maar (uitsluitend) onder verantwoordelijkheid van het College van Procureurs-Generaal. Nog afgezien van de meer fundamentele vraag waarom getuigenbescherming in deze uitzonderingspositie is gemanoeuvreed, is niet duidelijk waarom het uitgangspunt dat de te beveiligen persoon zich dient te onthouden van inhoudelijke bemoeienis zoals dit in de beide aanwijzingen over het beveiligen van personen is neergelegd, niet ook is opgenomen in het Besluit Getuigenbescherming of in de Instructie Getuigenbescherming. Weliswaar is op het niveau van de wetgever overwogen dat het Besluit niet in de weg mag staan aan het kunnen leveren van maatwerk waar het het bepalen van de benodigde beschermingsmaatregelen betreft, maar dat geldt naar moet worden aangenomen voor het beschermen van andere personen dan getuigen evenzeer. Verder voorziet de nota van toelichting bij het Besluit nadrukkelijk in een in de Instructie Getuigenbescherming vast te stellen “verdere precisering van de procedures die bij de uitvoering van getuigenbescherming moeten worden gevolgd”, maar die precisering blijft op dit punt juist uit. Daarmee creëert de Instructie een uitzonderingspositie voor getuigen ten opzichte van alle andere bedreigde personen, waar het de (mogelijke) inspraak in de wijze van beveiliging betreft.

De vraag is waarom dat zo is. Waarom zou het College niet ook in diens Instructie opnemen dat beveiligingsmaatregelen uitdrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling zijn of dat de te beveiligen getuige zich dient te onthouden van elke inhoudelijke bemoeienis met betrekking tot zijn beveiliging, zoals dat voor alle andere wijzen van persoonsbeveiliging geldt? Het gegeven dat getuigen hun medewerking verlenen aan strafzaken en daarmee een belangrijke bijdrage leveren aan de strafrechtspleging kan het verschil niet geheel verklaren: immers waarom zouden politici, rechters, officieren, advocaten, journalisten enzovoorts zo’n achtergestelde positie ten opzichte van getuigen moeten innemen? Hun werkzaamheden zijn toch ook maatschappelijk relevant om niet te zeggen van groot belang voor een goed functionerende rechtsstaat, en wanneer zij als gevolg van die werkzaamheden ernstig bedreigd worden hoeft de Staat toch niet minder zijn best te doen of minder rekening met hen te houden dan wanneer een verdachte of veroordeelde bij het nastreven van zijn eigen belangen besluit een deal met het Openbaar Ministerie te sluiten en te gaan getuigen tegen zijn voormalige criminele contacten? Waarom dan toch dat verschil tussen de Circulaire en de daarbij horende Aanwijzingen enerzijds en de Instructie anderzijds, tussen het Stelsel bewaken en beveiligen en getuigenbescherming?

Reikwijdte van de zorgplicht: verdergaand bij getuigenbescherming?

In hun bijdrage in het Nederlands Juristenblad met de veelzeggende titel ‘Het onontgonnen terrein van getuigenbescherming’ betogen Bleichrodt en Korten ook dat het Besluit Getuigenbescherming nauwelijks aanknopingspunten biedt voor het bepalen van de concrete inhoud van beschermingsmaatregelen. Zij constateren dat de invulling van de zorgplicht voor de getuigen daarmee goeddeels aan de praktijk is overgelaten.⁴⁴⁰ Het bevreemdt hen in dat licht niet dat “het vaststellen van de grenzen aan die zorgplicht van de Staat in de praktijk vaak onderwerp van discussie is tussen de te beschermen persoon en degenen die hem moeten beschermen, in het bijzonder daar waar de discussie ziet op financiële voorzieningen.” Anders dan destijds de Commissie Craemer, die van oordeel was dat een kroongetuige diens behoefte aan beveiliging voor een deel te danken had aan zijn eigen criminele gedrag,⁴⁴¹ menen Bleichrodt en Korten dat de bijzondere zorgplicht van de Staat voor een getuige die in gevaar is gekomen als gevolg van het verlenen van medewerking aan de opsporing en vervolging van strafbare feiten, de verantwoordelijkheid van de Staat voor andere burgers ‘in ruime mate’ te boven gaat. Zij baseren zich daarbij blijkens de voetnoot op een tweetal uitspraken van de Haagse rechter, één van het Hof Den Haag van 24 maart 2009 en één van de Rechtbank Den Haag van 1 februari 2012.⁴⁴²

Uit deze uitspraken kan de veronderstelling dat bij getuigen in strafzaken sprake zou moeten zijn van ‘aanzienlijk hogere eisen’ die aan getuigenbescherming zouden moeten worden gesteld, naar mijn oordeel echter niet zonder meer volgen. Zo gaat de passage van het Hof Den Haag waarnaar wordt verwezen niet over een getuige, maar over een (burger)infiltrant die binnen de context van de IRT-affaire door toedoen van de Staat steeds dieper verzeild was geraakt in het criminele milieu.⁴⁴³ Kort gezegd had justitie, nadat de burger op diens instigatie steeds verder betrokken was geraakt bij steeds zwaardere strafbare feiten, zijn handen van hem afgetrokken toen zijn dubbelrol in het milieu bekend raakte en hij ernstig voor zijn leven had te vrezen. Dat het Hof onder die omstandigheden stelt dat een aanzienlijke zorgplicht bij de Staat was komen te liggen, is weinig verbazingwekkend, maar dat er dáármee aanzienlijk hogere eisen aan getuigenbescherming zouden moeten worden gesteld dan aan de bescherming van ‘gewone’ burgers kan uit dit arrest niet worden afgeleid. Behalve de zeer uitzonderlijke omstandigheden van het geval, dat een prominent onderdeel van de IRT-affaire opleverde en dat uitvoerig

440 Bleichrodt en Korten 2012, p. 1567. De auteurs waren ten tijde van het verschijnen van dit artikel respectievelijk lid van de CTC en senior medewerker van het Parket-Generaal van het Openbaar Ministerie, en mogen daarmee geacht worden een bovengemiddelde kennis te hebben van de gang van zaken bij getuigenbescherming.

441 Zie paragraaf 3.2.1.

442 Respectievelijk LJN BH6193 en LJN BV3453.

443 16. “Het hof stelt voorop dat [appellant], van wie niet is gesteld of gebleken dat hij tevoren criminele antecedenten had, op verzoek en door toedoen van de Staat diep (en steeds dieper) verzeild is geraakt in het criminele milieu. Daardoor rust op de Staat na afloop van de inzet van [appellant] in dat milieu een zorgplicht jegens hem die de verantwoordelijkheid van de Staat voor andere burgers in ruime mate te boven gaat.”

door de Commissie Van Traa is onderzocht, zijn kroongetuigen en (burger)infiltranten niet zonder meer als gelijkwaardig te beschouwen, al is het maar nu de eerste al in het criminele milieu verkeert en op grond van zijn ervaringen in het verleden verklaringen aflegt, terwijl de laatste juist op verzoek van justitie binnendringt in dat milieu om actief informatie te gaan verzamelen. Waarom de redenering van het Hof ook voor (alle) getuigen en in het bijzonder de kroongetuige zou moeten gelden, is dan ook niet duidelijk.

Het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 1 februari 2012 biedt evenmin voldoende grond voor die algemene stelling van Bleichrodt en Korten. In deze zaak ging het over de vraag of de Staat gehouden was meer beveiliging te bieden aan de (later vermoorde) Thomas van der Bijl, nadat deze te kennen had gegeven te willen verklaren tegen Holleeder maar zich ernstig zorgen maakte over zijn veiligheid. De rechtbank stelt onder meer vast dat Van der Bijl zelf getuigenbeschermingsmaatregelen had geweigerd, maar onderschrijft dat sprake zal zijn van een verdergaande zorgplicht voor de Staat wanneer de dreiging die een getuige ondervindt, samenhangt met de omstandigheid dat in het criminele milieu wordt vermoed of zelfs bekend is dat hij samenwerkt met justitie.⁴⁴⁴ Ook voor deze uitspraak geldt dat daaruit geen generieke verhoogde of verdergaande zorgplicht van de Staat voor alle getuigen kan worden afgeleid, en in het bijzonder volgt niet dat die verdergaande zorgplicht zonder meer van toepassing is of dient te zijn op de kroongetuige. Natuurlijk leidt de medewerking aan de opsporing en vervolging van (ernstige) strafbare feiten ertoe dat de kroongetuige risico's zal lopen en natuurlijk mag op grond daarvan van de Staat worden verwacht dat deze zich inspent om die risico's zo veel als redelijkerwijs mogelijk te keren, zeker wanneer diezelfde Staat te kennen geeft de rol die de kroongetuige vervult belangrijk en noodzakelijk te achten. Dat laat echter onverlet dat er bij de kroongetuige anders dan bij reguliere getuigen een direct verband bestaat tussen diens eerdere criminele gedrag en het feit dat hij bescherming behoeft. Dat verband mag er niet toe leiden dat hij die bescherming niet zou kunnen krijgen en de Staat, die hem naar eigen zeggen nodig heeft voor het oplossen van strafbare feiten, hem aan zijn lot mag overlaten, maar voor een verdergaande zorgplicht dan bij andere bedreigde personen, laat staan het verlenen van inspraak in de wijze waarop die bescherming plaats heeft, is op het eerste gezicht ook geen aanleiding. Een verdergaande zorgplicht om in iemands veiligheid te voorzien impliceert niet de plicht een ruimer of meer comfortabel pakket aan beveiligingsmaatregelen aan te bieden of toe te passen.

444 "4.9. De rechtbank stelt in dit kader voorop dat op de Staat in beginsel een zorgplicht rust ten opzichte van een (anonieme bedreigde) getuige indien de Staat beschikt over concrete en specifieke aanwijzingen dat deze getuige moet vrezen voor zijn leven vanwege dreiging vanuit enig crimineel circuit. Voor beantwoording van de vraag of genoemde zorgplicht bestaat, is dan ook van doorslaggevend belang of de dreiging voldoende concreet en specifiek is. Indien de dreiging (in overwegende mate) samenhangt met de omstandigheid dat binnen genoemd crimineel circuit bekend is geraakt of sterke vermoedens zijn ontstaan dat de getuige samenwerkt met politie of justitie, zal eerder een zorgplicht op de Staat rusten die bovendien verdergaand zal zijn dan bij een dreiging die geen verband houdt met de contacten van de getuige met justitie en politie."

De rol die een kroongetuige in een strafproces vervult kan mede gezien de totstandkoming van die rol, dus geen rechtvaardiging bieden om die kroongetuige ten opzichte van andere te beveiligen personen een voordeliger positie toe te kennen waar het de inspraak in de wijze van beveiliging betreft. Dat geldt eens te meer, wanneer die inspraak financiële aspecten kent, hetgeen bijna per definitie het geval is. Beschermingsmaatregelen kosten immers geld: een woning dient te worden beveiligd, een auto dient gepantserd te zijn, mogelijk dienen in de bredere omgeving van de kroongetuige maatregelen te worden getroffen, om over het huisvesten in een ander land en het mogelijk maken van een nieuw leven nog maar te zwijgen. Dat dergelijke maatregelen indien noodzakelijk moeten kunnen worden genomen staat buiten kijf, maar op het moment dat de kroongetuige de ruimte wordt gelaten hierover in de context van zijn getuigenbeschermingsovereenkomst te onderhandelen met het Openbaar Ministerie, wordt de deur naar een verkapte financiële vergoeding open gezet. Dit terwijl zowel het geven van een financiële beloning als het doen van toezeggingen omtrent specifieke beschermingsmaatregelen door de wetgever in de context van de strafrechtelijke overeenkomst juist onwenselijk werd geacht, en in de Aanwijzing Toezeggingen nog altijd als ontoelaatbaar is aangemerkt.

Getuigenbescherming in internationale context

Dat Nederland dient te voorzien in adequate bescherming van getuigen die bedreigd worden in hun veiligheid staat dus niet ter discussie. Daar heeft Nederland zich in internationaal verband ook toe verplicht. Zo heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 20 april 2005 een aanbeveling vastgesteld betreffende de bescherming van getuigen en met justitie samenwerkende personen.⁴⁴⁵ In de aanhef wordt benadrukt dat er een plicht bestaat voor de lidstaten om getuigen te beschermen indien daartoe aanleiding bestaat, en dat het onacceptabel is wanneer het rechtssysteem verdachten niet zou kunnen berechten aangezien getuigen ontmoedigd worden om vrijelijk en naar waarheid te verklaren. De lidstaten worden opgeroepen om zowel op het gebied van wetgeving als in praktische zin maatregelen te treffen opdat getuigen veilig kunnen verklaren, opdat zij indien nodig anoniem kunnen blijven en opdat indien van toepassing getuigenbeschermingsprogramma's worden opgezet met als belangrijkste doel het veiligstellen van het leven en de persoonlijke veiligheid van de getuigen en de personen om hen heen.⁴⁴⁶ Opvallend is verder dat in de aanbeveling gesteld wordt dat indien personen die samenwerken met justitie opzettelijk misdrijven plegen terwijl zij onder bescherming van de Staat staan, zij die bescherming verliezen.

445 'Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice (Committee of Ministers 2005).

446 "Where appropriate, witness protection programmes should be set up and made available to witnesses and collaborators of justice who need protection. The main objective of these programmes should be to safeguard the life and personal security of witnesses/collaborators of justice, and people close to them, aiming in particular at providing the appropriate physical, psychological, social and financial protection and support." Committee of Ministers 2005, pt. 22.

Het is juist de problematiek van onder bescherming gestelde personen die zich niet aan de regels houden die ten grondslag ligt aan een recent arrest van het EHRM in een zaak tegen Hongarije.⁴⁴⁷ De zaak was aangespannen door de Servische staatsburger R.R. en zijn Hongaarse vrouw en drie minderjarige kinderen. R.R. had in 2007 in ruil voor bescherming een boekje open gedaan over de strafbare feiten die hij had gepleegd met een Servische criminele organisatie, waarna zijn gezin werd ondergebracht in een getuigenbeschermingsprogramma. Dit hield in, dat zij onder een nieuwe identiteit in een andere stad werden geplaatst en dat de Staat in hun inkomen voorzag door een maandelijks toelage en betaling van de huur, vaste lasten, gezondheidszorg en scholingskosten. In de tussentijd bevond R.R. zich in een penitentiaire inrichting, waar hij een straf van uiteindelijk negen jaar uitzat voor de (ook) door hem gepleegde strafbare feiten.

De problemen ontstaan, wanneer in februari 2012 een laptop met internettoegang in zijn cel wordt ontdekt waaruit blijkt dat hij contact had onderhouden met 'criminele kringen'. Daarnaast was de samenwerking naar het oordeel van de Hongaarse dienst getuigenbescherming al langere tijd bijzonder moeilijk geworden aangezien R.R. over diverse zaken zou hebben geklaagd en voordelen zou hebben geëist waar zijn getuigenbeschermingsovereenkomst niet in voorzag. Als gevolg van één en ander wordt de hele familie in april 2012 uit het getuigenbeschermingsprogramma gezet. Het gezin van R.R. wordt na een overgangsperiode van een maand gedwongen diens oude identiteit op te nemen, als gevolg waarvan bekend raakt dat zij gedurende meerdere jaren in een getuigenbeschermingsprogramma hebben gezeten. De enige 'beveiliging' die hen nog wordt geboden is een telefoonnummer dat zij in noodgevallen zouden kunnen bellen en een sporadisch bezoek van politieagenten die hen slechts vragen of er problemen zijn. R.R. zelf wordt 'voor zijn eigen veiligheid' in isolatie in een extra beveiligde afdeling van de gevangenis geplaatst, waar hij een cel van zes vierkante meter krijgt toebedeeld.

In diens beoordeling van de klachten verwijst het Europese Hof naar de hierboven genoemde aanbevelingen van de Raad van Europa, en naar het belang van getuigenbescherming zoals deze in eerdere jurisprudentie doorklinkt.⁴⁴⁸ Verder wijst het Hof op het gegeven dat artikel 2 EVRM onder omstandigheden een positieve verplichting oplevert om preventieve maatregelen te nemen om individuen wiens leven gevaar loopt te beschermen. Naar het oordeel van het Hof werd het gezin van R.R. door hen te dwingen om onder hun oude identiteit hun leven te hervatten, blootgesteld aan potentiële levensbedreigende vergelding uit criminele kringen, en was er diensgevolge sprake van een schending van artikel 2 EVRM ten aanzien van vrouw en kinderen van R.R. Het beroep op schending van artikelen 3, 5 en 6 EVRM van R.R. zelf wordt door het Hof ongegrond verklaard.

447 EHRM R.R. en anderen tegen Hongarije, 4 december 2012, zaaknummer 19400/11.

448 Het Hof verwijst naar de eigen zaken EHRM Ahorugese tegen Zweden van 27 oktober 2011 (zaaknummer 37075/09) en Doorson tegen Nederland van 26 maart 1996 (NJ 1996, 741).

Het arrest van het EHRM levert een stevige onderstreping van het gegeven dat lidstaten verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de veiligheid van hun burgers, en dat dit in het bijzonder geldt wanneer die burgers een rol als getuige vervullen of anderszins een bijdrage leveren aan de (straf)rechtspleging. Daarmee is echter niet gezegd hóe die bescherming dient plaats te hebben of in hoeverre de te beschermen persoon daar inspraak in moet krijgen. Daarmee zijn we dus terug bij de wijze van bescherming en de financiële aspecten van getuigenbescherming. Ook in internationale context geldt wat dat laatste betreft het uitgangspunt dat de getuige geen financieel voordeel mag onderkennen van het feit dat deze een rol als getuige vervult, met name wanneer het een criminele getuige betreft. Uit het in 2008 ontwikkelde Handboek getuigenbescherming van de Verenigde Naties blijkt dat in de meeste landen die in het rapport worden besproken, financiële ondersteuning slechts voor korte tijd mag plaatshebben (gesproken wordt over een periode van maximaal één tot twee jaar.) Daarna vallen getuigen in het algemeen binnen de toepasselijke sociale zekerheidswetten.⁴⁴⁹ Verder wordt benadrukt, dat getuigenbescherming niet mag resulteren in een verhoging van de levensstandaard en niet de levensstandaard die met een criminele levenswijze samenhangt als uitgangspunt mag nemen. Dit om te voorkomen dat betalingen aan beschermde getuigen om in hun levensonderhoud te voorzien zo geconstrueerd worden dat dit de facto beloningen voor het vervullen van de rol als getuige worden.⁴⁵⁰ Om diezelfde reden wordt gewaarschuwd voor de variant dat een getuige een geldbedrag ter beschikking wordt gesteld waarmee deze naar eigen inzicht zijn beveiliging kan inrichten. Naar het oordeel van het handboek zal daartoe slechts overgegaan dienen te worden in zaken waarin de dreiging laag is en de getuige gezien de omvang of de mate van populatie van een land relatief gemakkelijk in een nieuwe omgeving kan functioneren zonder dat dit ongewenste aandacht trekt. Het probleem aan deze wijze van ‘bescherming’ is dat er geen enkele controle meer is over de keuze van een nieuwe locatie en de risico’s die de getuige voor zijn nieuwe omgeving oplevert onvoldoende in kaart kunnen worden gebracht of in de gaten kunnen worden gehouden.⁴⁵¹ Bleichrodt en Korten beschouwen deze laatste modaliteit van beveiliging slechts mogelijk wanneer de getuige om wat voor reden dan ook niet kan worden opgenomen in een programma en de dreiging laag is.⁴⁵²

Afwezige normering en de spagaat van het Openbaar Ministerie

Het handboek van de Verenigde Naties zal bekend zijn bij het College van Procureurs-Generaal en bij de met getuigenbescherming belaste functionarissen. Hetzelfde zal

449 United Nations Office on Drugs and Crime Vienna 2008, p. 56. Eenzelfde standpunt werd in het vierde hoofdstuk van het Rapport van de werkgroep Craemer I ingenomen.

450 “The harshest criticism made of witness protection programmes is that subsistence payments to protected witnesses can be construed as a reward for assisting the investigation and giving evidence. To address that issue, programmes operate on the principle that the main aim of granting admission to a witness protection programme is to save a witness’s life, not to substantially enhance his or her living standard. Furthermore, the financial benefits granted by a witness protection programme are not meant to maintain a criminal’s standard of living if his or her lifestyle was financed by illegal activities.” Idem, p. 69.

451 Idem, p. 41.

452 Bleichrodt en Korten 2012, p. 1568.

gelden voor de aanbevelingen die zijn opgenomen in het rapport van de werkgroep Craemer van 1995. Dat maakt de vraag waarom het College in diens Instructie desalniettemin geen beperkingen aanbrengt in de inspraak van getuigen in beschermingsmaatregelen des te interessanter. Het College moet zich gerealiseerd hebben dat met het open laten van dit bij de totstandkoming van de Wet toezeggingen aan getuigen zo veel-besproken thema, kroongetuigen die ruimte in de praktijk zouden willen benutten om voorwaarden die zij binnen de strafrechtelijke overeenkomst niet konden bedingen, op te eisen in de context van de getuigenbeschermingsovereenkomst. Sterker nog: dit werd in het advies van de werkgroep Plooi uit 2004 waar het College zich grotendeels bij had aangesloten met zoveel woorden onderkend. Een verklaring om in weerwil van de diverse waarschuwingen uit de wetenschap en de praktijk toch van het neerleggen van enige kaders af te zien zou gelegen kunnen zijn in de wens zich niet te hoeven beperken bij het maken van afspraken omtrent de aard en invulling van de getuigenbeschermingsmaatregelen, in het bijzonder bij een kroongetuige. Of dit voortkomt uit de hierboven besproken veronderstelling dat de zorgplicht van de Staat bij getuigenbescherming verder zou (moeten) gaan dan bij andere personen,⁴⁵³ of uit het inzicht dat dit de door verschillende OM-functionarissen noodzakelijk geachte ruimte zou bieden die de strafrechtelijke overeenkomst niet bood en dus bewust van het aanleggen van kaders is afgezien, is niet eens zo relevant. Het College had zich moeten realiseren dat het strafvorderlijke kader van de kroongetuige geen ruimte biedt voor de wens om met kroongetuigen te kunnen onderhandelen over getuigenbeschermingsmaatregelen, en had die mogelijkheid dus moeten uitsluiten.

Door enerzijds een strikte strafvorderlijke regeling inclusief de daarbij behorende rigide strafrechtelijke overeenkomst te hanteren, en anderzijds een civiele overeenkomst te introduceren die op het gebied van de wensen van een kroongetuige en de toezeggingen die daaromtrent zouden kunnen worden gedaan ruimte biedt die er in de strafrechtelijke overeenkomst niet is, zijn twee rechtsbetrekkingen gecreëerd die direct met elkaar samenhangen, in elkaars verlengde liggen, maar tegengestelde uitgangspunten hanteren. Dat creëert een hellend vlak aan beide kanten van de onderhandelingen: niet alleen de kroongetuige zal in de context van zijn getuigenbeschermingsovereenkomst willen bereiken wat hij binnen de strafrechtelijke overeenkomst niet kan krijgen, maar ook voor het Openbaar Ministerie leidt de systematiek tot prikkels om creatief om te gaan met mogelijkheden om de kroongetuige tegemoet te komen, al is het maar omdat de onder- en bovengrenzen van de onderhandelingen niet zijn vastgelegd en daarmee *open for negotiation* zijn.

Het is bovendien vrijwel onmogelijk voor het Openbaar Ministerie een strikt onderscheid tussen de beide rechtsbetrekkingen te (blijven) handhaven, al is te maar nu de uiteindelijke beslissing omtrent beide overeenkomsten bij hetzelfde orgaan ligt, te weten het College van Procureurs-Generaal. Door vervolging en getuigenbescherming

⁴⁵³ Voor alle duidelijkheid: de jurisprudentie waar Bleichrodt en Korten zich op baseren dateert van respectievelijk drie en zes jaar na de Instructie.

in handen te leggen van één en dezelfde organisatie, ontstaat zoals door de commissie Craemer werd voorzien (en benoemd) een potentieel belangenconflict.⁴⁵⁴ Het risico daarop wordt door de procedurele totstandkoming van de beide overeenkomsten verder vergroot: anders dan bij de strafrechtelijke overeenkomst ex art. 226g Sv, waar de CTC een enigszins onafhankelijke adviserende rol heeft, wordt deze rol bij getuigenbescherming niet vervuld. In de verschillende parlementaire stukken wordt dit verklaard vanuit het feit dat de CTC met name een rol zou vervullen bij de toetsing van bijzondere opsporingsbevoegdheden,⁴⁵⁵ maar het is vreemd dat de CTC wél geacht wordt kennis te nemen van de strafrechtelijke overeenkomst van de getuige maar niet in kennis wordt gesteld van de afspraken die met diezelfde getuige zijn gemaakt op het gebied van getuigenbescherming. Daarmee bevindt de CTC zich in dezelfde positie als de rechter-commissaris, die eveneens onvolledig wordt voorgelicht over het gehele pakket aan met de kroongetuige gemaakte afspraken. De enige instantie die een volledig beeld van dat pakket heeft, is het College van Procureurs-Generaal, oftewel het Openbaar Ministerie, dat dus geacht wordt zichzelf te normeren én te controleren bij de totstandkoming van de beide overeenkomsten. Van een systeem van ‘*checks and balances*’, laat staan van een onafhankelijke toetsing van dit precaire en veel bekritiseerde opsporingsmiddel, is dus geen sprake.⁴⁵⁶ En daar blijft het niet bij.

Immers, doordat de beide overeenkomsten als los van elkaar staand worden aangemerkt en geacht worden verschillende rechtsbetrekkingen op te leveren, is van een onafhankelijke rechterlijke normering of toetsing van het (volledige) pakket aan afspraken niet alleen vooraf maar ook achteraf geen sprake. Dat wrekt zich zowel in het civielrechtelijke domein als op het strafrechtelijke vlak. De strafrechter die heeft te oordelen over de vervolging van de kroongetuige en de door hem beschuldigde verdachten, kan geen kennis nemen van de getuigenbeschermingsovereenkomst, welke geacht wordt een civielrechtelijk stuk te zijn dat los staat van de strafzaak. Mogelijke met de kroongetuige gemaakte afspraken die een wezenlijke rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de

454 Zie in dat verband ook de hierboven besproken aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa waarin staat te lezen dat “staff dealing with the implementation of protection measures should be afforded operational autonomy and should not be involved either in the investigation or in the preparation of the case where the witness/collaborator of justice is to give evidence. Therefore, an organisational separation between these functions should be provided for.” Wel dient er te worden voorzien in samenwerking en contact, aldus de Aanbeveling. Committee of Ministers 2005, pt. 28.

455 Zie bijvoorbeeld Donner op 19 februari 2004 in antwoord op vragen van Wolfsen en Van Heemst, Aanhangel Handelingen II 2003-2004, nr. 917.

456 De figuur van de kroongetuige wordt zowel een opsporingsmiddel als een bewijsmiddel genoemd. Voor beide benaderingen valt wat te zeggen: de verklaringen van de kroongetuige spelen in het algemeen een cruciale rol in de opsporing en de wijze waarop het verkrijgen van deze verklaringen aan diverse vereisten en aan beginselen als proportionaliteit en subsidiariteit is onderworpen, doet denken aan de bijzondere opsporingsmethoden. Anderzijds is duidelijk dat die verklaringen uiteindelijk natuurlijk (mogelijk cruciale) bewijsmiddelen opleveren. Het onderscheid is met name van belang is de context van (de gevolgen van) vormverzuimen en zal bij de bespreking in paragraaf 5.1 nog kort aan de orde komen. Voor het overige is het maken van onderscheid een wat academische aangelegenheid (maar dat is dit proefschrift in eerste instantie natuurlijk ook).

bereidheid om een rol als kroongetuige te vervullen, onttrekken zich aan zijn zicht. Zou de kroongetuige bijvoorbeeld financiële eisen stellen voorafgaand aan het willen vervullen van een rol als getuige, dan zijn die in de strafrechtelijke overeenkomst ontoelaatbaar, maar of dat voor de getuigenbeschermingsovereenkomst eveneens geldt is niet duidelijk. In de strafrechtelijke overeenkomst is het toezeggen van concrete beschermingsmaatregelen verboden, maar in de getuigenbeschermingsovereenkomst is dat op een gegeven moment noodzakelijk, en wat als dat moment vóór het tekenen van de strafrechtelijke overeenkomst ligt? Het begunstigen van anderen dan de getuige zoals diens levenspartner is een verboden toezegging volgens de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen, maar het voorzien in beschermingsmaatregelen voor diezelfde partner is indien van toepassing een verplicht onderdeel van de getuigenbeschermingsovereenkomst. De strafrechter, die geacht wordt erop toe te zien dat het Openbaar Ministerie in de strafrechtelijke context geen toezeggingen doet die verboden zijn, kan die toetsing helemaal niet uitvoeren omdat hij over het grootste deel van die afspraken niet wordt geïnformeerd.

Rechtsbescherming

Niet alleen de toetsing van de rechtmatigheid van de met de kroongetuige gesloten overeenkomst in de zaken van de verdachten levert daarmee problemen op, maar ook in geval van niet-nakoming van de in de strafrechtelijke overeenkomst gemaakte afspraken door het Openbaar Ministerie dan wel de kroongetuige staat de strafrechter vrijwel met lege handen. Zou het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld besluiten af te zien van een toegezegde verminderde strafeis, dan kan de strafrechter daarvan slechts kennis nemen en in het kader van beginselen van een behoorlijke procesorde beoordelen of die beslissing van het Openbaar Ministerie strafrechtelijk gezien rechtmatig kan worden geacht. De kroongetuige heeft anders dan een beroep op die beginselen van een behoorlijke procesorde, geen mogelijkheden het Openbaar Ministerie tot nakoming van de overeenkomst en het alsnog formuleren van een lagere strafeis te dwingen. Hoogstens kan hij zijn medewerking opschorten en stoppen met het afleggen van verklaringen, maar daarmee maakt hij zich schuldig aan het juist daartoe ingevoerde art. 192 lid 2 Sr, dit nog los van het feit dat het Openbaar Ministerie zijn verklaringen op dat moment waarschijnlijk al 'binnen heeft' en het niet langer willen afleggen van nieuwe verklaringen weinig indruk zal maken. Anderzijds: wanneer de kroongetuige om andere redenen zijn medewerking staakt en de vervolging daardoor wél in de problemen zou komen, kan het Openbaar Ministerie ook niet veel meer doen dan dreigen met het opzeggen van de overeenkomst, en het als gevolg daarvan loslaten van de toegezegde verlaagde strafeis. De strafrechter kan slechts lijdelijk van dit alles kennis nemen: hij beschikt niet over enig instrumentarium om de partijen tot nakoming van de verbintenis te dwingen of bijvoorbeeld een dwangsom op te leggen indien nakoming uitblijft. Hij kan aan de zijde van het Openbaar Ministerie slechts een oordeel geven over de vraag of deze heeft gehandeld binnen de beginselen van een behoorlijke procesorde, en kan ten aanzien van de kroongetuige zijn oordeel slechts vertalen in de strafmaat.

Minstens zo ingewikkeld is het wanneer conflicten ontstaan over de getuigenbeschermingsovereenkomst. Deze kan in beginsel door het College van Procureurs-Generaal

worden opgezegd, maar daarmee kan de kroongetuige niet geheel zonder beveiliging worden gelaten. Indien deze onverminderd gevaar loopt zal hij immers bescherming door de Staat behoeven en valt hij binnen het decentrale domein van het Stelsel bewaken en beveiligen, oftewel onder verantwoordelijkheid van datzelfde Openbaar Ministerie. Ervan uitgaande dat de wijze van beveiliging primair wordt ingegeven door de dreiging die richting een bepaalde persoon bestaat en door het antwoord op de vraag welke maatregelen noodzakelijk zijn om die dreiging te keren, zou een dergelijke stelselwijziging nauwelijks verschil moeten maken voor de kroongetuige. Zou dat anders zijn – en dat is natuurlijk waar het gebrek aan inkadering in de Instructie de schoen doet wringen – dan staat de kroongetuige buiten de arbitrageprocedure slechts de weg naar de voorzieningenrechter ter beschikking. Deze kan kennis nemen van de getuigenbeschermingsovereenkomst en het geschil dat partijen daarover hebben,⁴⁵⁷ maar het feit dat deze overeenkomst onder uitsluitend toezicht van het Openbaar Ministerie tot stand is gekomen draagt het risico in zich dat conflicten zullen ontstaan over de wijze waarop die beschermingsovereenkomst dient te worden uitgelegd. Van de totstandkoming van de overeenkomst en al hetgeen in dat kader is voorgevallen en is afgesproken heeft de voorzieningenrechter immers geen wetenschap. De belangrijkste bron van informatie zal het Openbaar Ministerie zijn, die partij is bij het conflict. Verder zal de voorzieningenrechter geen, althans geen volledige kennis kunnen nemen van het strafrechtelijk traject dat met de totstandkoming van de getuigenbeschermingsovereenkomst heeft samengehangen en waarin zich mogelijk (eveneens) feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die van belang zijn geweest voor de totstandkoming van die getuigenbeschermingsovereenkomst, of de betekenis en interpretatie die partijen daar aan mochten geven of hebben gegeven.

Ook de burgerlijke rechter zal dus onvolledig geïnformeerd zijn en zal zich geen compleet beeld kunnen vormen van alle voor het geschil relevante feiten en omstandigheden. Uit het hierboven besproken arrest van het EHRM in de zaak R.R. tegen Hongarije zou bovendien afgeleid kunnen worden dat het Europees Hof een dergelijke procedure in geval van conflicten over getuigenbescherming niet als een effectieve rechtsgang ziet. Zo een rechtsgang (*effective remedy*) wordt door het EHRM wel wenselijk acht.⁴⁵⁸

Op het moment dat het conflict binnen de ene overeenkomst voortkomt uit de andere overeenkomst is de chaos compleet: welke rechter wordt geacht een oordeel te geven wanneer de kroongetuige weigert nog verklaringen af te leggen omdat het Openbaar Ministerie de over getuigenbescherming gemaakte afspraken niet nakomt? Hoe moet de civiele rechter zich een oordeel vormen over de rechtmatigheid van de beëindiging van de getuigenbeschermingsovereenkomst, wanneer deze beëindiging het gevolg is van het feit dat een kroongetuige zijn strafrechtelijke overeenkomst geweld heeft aangedaan

457 Waarbij de kroongetuige afhankelijk is van het Openbaar Ministerie om de voorzieningenrechter van een afschrift van die getuigenbeschermingsovereenkomst te voorzien nu hij daar zelf geen afschrift van krijgt.

458 EHRM R.R. tegen Hongarije, 4 december 2012, zaaknr. 19400/11, par. 24.

door niet de waarheid te spreken over in die overeenkomst benoemde strafbare feiten? Welk juridisch kader moet in dergelijke omstandigheden worden aangelegd: het Zwolsman-criterium, de beginselen van een behoorlijke procesorde, de uitgangspunten van het contractenrecht, de redelijkheid en billijkheid? Mag de strafrechter de uitgangspunten van het contractenrecht betrekken bij zijn oordeel omtrent de rechtmatigheid van het handelen van het Openbaar Ministerie, nog los van de vraag of hij daartoe geëquipeerd is? Kan de civiele rechter oordelen dat het niet nakomen van de getuigenbeschermingsovereenkomst door het Openbaar Ministerie niet onrechtmatig kan worden geacht, omdat het Openbaar Ministerie het recht van de kroongetuige op een eerlijke behandeling van zijn strafzaak daarmee niet op grove wijze heeft veronachtzaamd? Al deze vragen vloeien voort uit het feit dat de figuur van de kroongetuige twee verschillende rechtsbetrekkingen in zich verenigt, en zoals theoretische problemen vroeg of laat altijd opspelen in de praktijk is dat ook in dit geval gebeurd. In hoofdstuk 5 zal dit verder worden besproken.

Uitsluitend getuigenbescherming

De normering en toetsing van afspraken met getuigen worden aanzienlijk verder bemoeilijkt wanneer door het Openbaar Ministerie geheel van het sluiten van een overeenkomst ex art. 226g Sv wordt afgezien en uitsluitend een getuigenbeschermingsovereenkomst wordt gesloten. Ook die route betreft een maas in de wettelijke regeling, nu het Openbaar Ministerie zodoende afspraken kan maken met getuigen die zich geheel aan het door de wetgever neergelegde kader en aan enig rechterlijk toezicht onttrekken. De hiervoor beschreven problematiek van toezeggingen die wel of niet kunnen worden gedaan speelt hier immers niet, nu onder de noemer van de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen een groot aantal afspraken kan worden gemaakt dat formeel niet als toezeggingen is aan te merken, maar materieel wel degelijk een (sterk) begunstigend effect voor de getuige kan opleveren. Het Openbaar Ministerie hoeft daar geen rekenschap over af te leggen omdat de getuigenbeschermingsovereenkomst slechts wordt getoetst door het College van Procureurs-Generaal en in de strafrechtelijke procedure waarin de getuige verklaringen aflegt tegen de verdachte geen rol speelt. Onder die omstandigheden is het wel heel verleidelijk voor het Openbaar Ministerie om het strakke keurslijf van art. 226g Sv en verder te omzeilen en het gehele pakket aan afspraken met de getuige onder te brengen in de getuigenbeschermingsovereenkomst. Aldus bezien levert het volledig ongenormeerde terrein van die getuigenbeschermingsovereenkomst een perverse prikkel aan het Openbaar Ministerie om zich te onttrekken aan de door de wetgever neergelegde kaders en afspraken met een getuige in ruil voor zijn bereidheid in een strafzaak verklaringen af te leggen buiten die kaders en buiten enig onafhankelijk toezicht te houden.

Juist op dit punt wrekt zich ook het onderscheid zoals dat steeds is gemaakt tussen algemene persoonsbeveiliging en getuigenbescherming. Of sprake is van afspraken op het gebied van bescherming van een getuige die verder gaan dan redelijkerwijs nodig is en die daarmee materieel als beloningen voor de bereidheid van die getuige om verklaringen af te leggen moet worden aangemerkt, is immers nauwelijks vast te stellen wanneer deze afspraken niet kunnen worden vergeleken met wat normaal gesproken aan

beschermingsmaatregelen zou worden toegepast. Die vergelijking kan doordat sprake is van twee gescheiden trajecten die los van elkaar tot stand komen en worden getoetst, en die door verschillende overheidsdiensten worden uitgevoerd, niet of in ieder geval onvoldoende plaatshebben. Dat leidt er niet alleen toe dat op controlerend niveau geen oordeel kan worden gevormd over de vraag of materieel sprake is van beloning van een getuige, maar ook dat op uitvoerend niveau onvoldoende aandacht kan worden besteed aan de verhouding tussen de overeen te komen getuigenbeschermingsmaatregelen en 'normale' beveiligingsmaatregelen. Het zou de positie van alle bij die onderhandelingen betrokken personen en instanties aanzienlijk vergemakkelijken wanneer hen duidelijk voor ogen zou staan op welk moment de kaders van de reguliere persoonsbeveiliging worden verlaten en verdergaande afspraken die het niveau van een beloning benaderen worden gemaakt. Ook dat pleit voor een duidelijkere wederzijdse oriëntatie tussen het Stelsel bewaken en beveiligen en getuigenbescherming, en voor een structuurwijziging die dat mogelijk maakt. Ik kom daar in hoofdstuk zes op terug.

Conclusie: verhouding tussen wet, Besluit en Instructie

Voor nu volsta ik met de constatering dat op operationeel niveau de uitgangspunten die het Openbaar Ministerie in het eigen beleid hanteert, zowel waar het de totstandkoming als de inhoud van het pakket aan afspraken met de kroongetuige betreft, zodanig met elkaar in strijd zijn dat dit vrijwel per definitie tot op zijn minst schurende en regelmatige botsende rechtsbetrekkingen leidt. De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen en de Instructie Getuigenbescherming, die beiden van toepassing zijn op het moment dat sprake is van een kroongetuige, stellen verschillende eisen aan hetgeen tussen het Openbaar Ministerie en de kroongetuige overeen kan worden gekomen. Van onafhankelijk toezicht op het geheel aan afspraken dat tussen het Openbaar Ministerie en de kroongetuige wordt gemaakt voorafgaand aan de rol die de kroongetuige in een strafzaak gaat vervullen, is geen sprake en behoudens het Openbaar Ministerie, dat zelf partij is bij beide overeenkomsten, heeft niemand een volledig beeld van die gemaakte afspraken. Om dezelfde reden is een toetsing van de rechtmatigheid van de overeenkomsten achteraf niet mogelijk, net zo min als dat wordt voorzien in een effectieve rechtsgang in geval conflicten ontstaan over de nakoming van een overeenkomst door één van de partijen. Door uitsluitend afspraken omtrent getuigenbescherming te maken kan de wettelijke regeling zelfs geheel worden omzeild en is er helemaal geen toezicht of toetsing meer, zelfs niet de uiterst marginale toetsing die de zittingsrechter uitvoert wanneer er wel een overeenkomst ex art. 226g Sv is gesloten. Daarmee wordt de kiem gelegd voor de problemen die zoals in de inleiding gesteld in de praktijk (zijn) ontstaan. De vraag hoe dit komt, door tekort schietende normering van de zijde van de wetgever, of door een onjuiste uitvoering van de wetgeving, beantwoord ik in het licht van het voorgaande met: allebei.

Waar ten aanzien van de Aanwijzing zojuist werd geconcludeerd dat daarin niet werd uitgesloten dat de rechter-commissaris een toetsende rol zou kunnen spelen bij de ten aanzien van getuigenbescherming gemaakte afspraken met een kroongetuige, blijkt uit de Instructie Getuigenbescherming duidelijk dat van een dergelijke rol geen sprake is. Uit de beide beleidsstukken, in samenhang met elkaar bezien, blijkt dat het College

van Procureurs-Generaal het doen toetsen van die getuigenbeschermingsovereenkomst gelijktijdig met de strafrechtelijke overeenkomst niet voorschrijft en dat deze overeenkomst zich zelfs geheel aan rechterlijke controle onttrekt. Ook op dat punt is het beleid van het Openbaar Ministerie in strijd met de formele wet, althans met hetgeen omtrent de bedoeling van de wetgever met die formele wet uit de voorhanden zijnde stukken kan worden afgeleid.⁴⁵⁹ Het gevolg is dat van een adequate rechterlijke toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst geen sprake is, waarmee niet alleen het kroongetuigenpakket als geheel zich aan onafhankelijke controle onttrekt, maar de bij de overeenkomsten betrokken partijen onvoldoende rechtsbescherming genieten in geval van conflicten over de invulling, interpretatie of nakoming van de overeenkomsten.

Ten aanzien van het in de Instructie achterwege laten van enige inkadering waar het de met een kroongetuige te maken afspraken omtrent getuigenbescherming betreft, is het beeld nog diffuser. Het is duidelijk dat het Besluit Getuigenbescherming een dergelijke inkadering niet biedt. Integendeel, het Besluit laat de precisering van de wijze waarop getuigenbescherming plaats heeft, nadrukkelijk over aan het College van Procureurs-Generaal dat daarin dus verregaande discretionaire bevoegdheden krijgt toegekend. Los van de vraag hoe wenselijk het is dat dit soort ingrijpende regelgeving door de wetgever vrijwel geheel aan een bestuursorgaan wordt overgelaten zou daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het College geacht werd in de Instructie kaders waarbinnen getuigenbescherming dient plaats te hebben op te nemen. Van die verwachting blijkt verder echter niets en in de Instructie is enige concretisering uitgebleven. Bleichrodt en Korten zijn terecht kritisch ten aanzien van de afwezigheid van daadwerkelijke richtinggeving van de wetgever, met name waar het financiële aspecten van getuigenbescherming betreft,⁴⁶⁰ maar ik meen dat het Openbaar Ministerie in deze ook zelf zijn verantwoordelijkheid had kunnen en moeten nemen. Uit de behandeling van de Wet Toezeggingen aan Getuigen blijkt immers duidelijk dat de wetgever fel gekant was tegen het geven van financiële vergoedingen aan een kroongetuige in ruil voor zijn bereidheid verklaringen af te leggen. Het beeld dat de wetgever daarbij van getuigenbescherming heeft gehad, lijkt op grond van de beschikbare stukken aldus te moeten worden samengevat dat de Staat 'slechts' zorg zou dragen voor beveiliging van een getuige die gevaar liep, op een zodanige wijze dat deze zijn rol als getuige normaal zou kunnen blijven vervullen, waarbij de aard en

459 Zie behalve de Wet toezeggingen de motie Kalsbeek- Jasperse (zie voetnoot 324).

460 "Duidelijk is dat de wetgever de praktijk op dit delicate terrein aan haar lot heeft overgelaten. Het ontgonnen terrein staat in schril contrast met de gedetailleerde regeling van de toezeggingen die aan getuigen die tevens verdacht of veroordeeld zijn, kunnen worden gedaan. De getuige tast in het duister over welke afspraken in het kader van getuigenbescherming gangbaar en toelaatbaar zijn. Daarmee ontstaat ook het risico dat getuigen naar het traject van getuigenbescherming proberen uit te wijken voor andere toezeggingen dan die welke in het kader van de 'deal' toelaatbaar zijn. De wet en het Besluit Getuigenbescherming zouden de getuige en de met getuigenbescherming belaste autoriteiten hier naar onze mening meer handvatten moeten bieden. (...) Voorts zal tot uitdrukking moeten worden gebracht welke maatstaven gelden voor de financiële ondersteuning van de getuige gedurende een periode waarin de betrokkene op weg wordt geholpen. De invulling daarvan zou niet afhankelijk moeten worden gemaakt van het min of meer toevallige wensenpakket van de individuele getuige." Bleichrodt en Korten 2012, p. 1568.

omvang van de getuigenbeschermingsmaatregelen geen onderdeel zouden uitmaken van enig onderhandelingsproces. Sterker nog: de veronderstelling van de wetgever lijkt te zijn geweest dat er éérst een strafrechtelijke overeenkomst ex art. 226g Sv tot stand zou komen en pas daarna, nadat de kroongetuige zijn verminderde straf had uitgezeten, gezien zou worden of en zo ja op welke wijze een kroongetuige zou moeten worden beveiligd. De mogelijkheid om in de context van de getuigenbeschermingsovereenkomst financiële toezeggingen aan een getuige te kunnen doen, zeker voorafgaand aan het sluiten van de strafrechtelijke overeenkomst, lijkt de wetgever niet onder ogen te hebben gezien. Op grond van de stellige uitlatingen omtrent de onwenselijkheid van financiële vergoedingen aan kroongetuigen meen ik dat moet worden aangenomen dat de wetgever daar niet mee akkoord zou zijn gegaan, en in ieder geval is voor het maken van dergelijke afspraken geen wettelijke grondslag gecreëerd.

De enige regelgeving die op het niveau van de wetgever iets zegt omtrent (de wijze van) persoonsbeveiliging, de Circulaire bewaking en beveiliging personen, objecten en diensten, voorziet nadrukkelijk niet in inspraak van de bedreigde persoon waar het de aard, omvang en invulling van de beschermingsmaatregelen betreft. De Instructie, die dit punt onbesproken laat, detoneert wat dat betreft met die Circulaire en de bijbehorende eigen Aanwijzing Bewaking en beveiliging. Een Instructie die meer in het verlengde van die Circulaire en Aanwijzing zou liggen zou dus beter hebben aangesloten bij de parlementaire geschiedenis en bij het geldende reguliere kader van persoonsbeveiliging. Dit alles nog los van het feit, dat het ten principale een vreemde gang van zaken is geweest dat in strijd met de gedane aanbevelingen de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van getuigenbescherming geheel en uitsluitend bij het Openbaar Ministerie is komen te liggen en dat in de grootscheepse stelselwijziging die tot het Stelsel bewaken en beveiligen heeft geleid getuigenbescherming geheel buiten beschouwing is gebleven. Er waren op zijn minst goede redenen te bezien in hoeverre deze variant van persoonsbeveiliging in dat nieuwe stelsel zou moeten worden meegenomen, teneinde de besluitvorming (ook) op dat terrein gecentraliseerd onder te brengen bij het Ministerie van Justitie, en de voor de hand liggende en benoemde belangenverstrengeling tussen opsporingsbelangen en beveiligingsbelangen te voorkomen of in ieder geval te verminderen.

Uiteindelijk geeft dat echter niet de doorslag bij het oordeel over de compatibiliteit van de Instructie met het wettelijk kader: het is met name op grond van de expliciete stellingneming door de wetgever tegen financiële beloningen *in welke vorm dan ook*, dat ik meen dat het beleid van het Openbaar Ministerie om geen kaders te stellen aan de met een getuige te maken beveiligingsafspraken voor zover dit zou resulteren in het onderhandelen met een kroongetuige over financiële aspecten van zijn getuigenbescherming voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst ex art 226g Sv, in strijd met de wet, althans met de bedoelingen van de wetgever in formele zin met die wet, moet worden geacht.

Daarmee kleven er zowel bij een interne vergelijking van het beleid van het Openbaar Ministerie als bij een vergelijking van dat beleid met de door de wetgever gestelde eisen

en geformuleerde wensen, aanzienlijke gebreken aan de kroongetuigenregeling zoals deze sinds 2006 ten uitvoer wordt gelegd. Die problemen hebben zich bijna één op één vertaald naar de praktijk en zijn, zoals door onder andere Rosenthal werd gevreesd, dus inderdaad op het bordje van de rechter terecht gekomen.

5 HET OORDEEL VAN DE RECHTER

5.1 DE VERKLARINGSOVEREENKOMST EN VORMVERZUIMEN

Inleiding

Zoals besproken in paragraaf 2.2 is er een omvangrijke hoeveelheid jurisprudentie over de kroongetuige van vóór de inwerkingtreding van de wettelijke regeling. Kort en goed stelde de Hoge Raad zich in die jurisprudentie op het standpunt dat deze complexe materie beslissingen op het niveau van de wetgever vergde en dat in de tussentijd de rechter diende te volstaan met een toetsing in individuele zaken of sprake is van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM. Van omvangrijke jurisprudentie van na de inwerkingtreding van de wettelijke regeling is nog geen sprake, laat staan dat de Hoge Raad zich een oordeel heeft kunnen vormen over de verhouding tussen die wettelijke regeling en het beleid en de wijze van tenuitvoerlegging door het Openbaar Ministerie zoals deze hiervoor aan de orde is gesteld.

Weliswaar zijn er enkele arresten en uitspraken van de Hoge Raad, van Hoven en Rechtbanken die zien op onderdelen van de kroongetuigenregeling of waarin een standpunt werd ingenomen over de werking van art. 226 Sv, maar de eerste keer dat de regeling in zijn volle omvang ter toetsing aan de rechter werd voorgelegd betreft het veelgenoemde onderzoek Passage. Voordat die zaak en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam kunnen worden besproken, zal in deze paragraaf kort worden stilgestaan bij de jurisprudentie op deelonderwerpen. Daarbij zal ook in grote lijnen de stand van het recht op het gebied van vormverzuimen worden besproken, omdat dit in het Passage-onderzoek een prominente rol speelt en omdat de vraag hoe de rechter om zou moeten gaan met onrechtmatige toezeggingen door het Openbaar Ministerie of andere schendingen van het recht herhaaldelijk onderwerp van discussie is geweest in zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer. Met een bespreking van de Passage-zaak en enkele kanttekeningen bij het vonnis van de rechtbank, zal dit hoofdstuk over rechterlijke beslissingen over de kroongetuigenregeling worden afgesloten.

5.1.1 *Beslissingen op onderdelen*

HR 13 maart 2012

Wat de wettelijke regeling betreft is er één arrest waarin de toepassing van art. 226g Sv inhoudelijk wordt besproken, te weten het arrest van de Hoge Raad van 13 maart 2012.⁴⁶¹ Het arrest richt zich met name op het verschil tussen toezeggingen en kleine gunsten zoals neergelegd in art. 226g lid 1 resp. lid 4 Sv. Het ging in deze zaak om mededelingen

⁴⁶¹ HR 13 maart 2012, NJ 2012, 190. De jurisprudentie waarin is vastgesteld dat de situatie van 226g Sv niet aan de orde was zal hier buiten beschouwing blijven: zie onder andere HR 2 februari 2010, *LJN* BJ8641.

van verbalisanten aan een verdachte over de mogelijke plaatsing in een afkickprogramma, over de wijziging van adresgegevens van de vriendin van de getuige en over een zo spoedig mogelijke overplaatsing naar een ander Huis van Bewaring. Het oordeel van het Hof Den Haag, dat van toezeggingen in de zin van art. 226g Sv geen sprake was, wordt door de Hoge Raad bevestigd. De Hoge Raad verwijst ter duiding van het verschil tussen toezeggingen en kleine gunsten naar de wetshistorie, in het bijzonder naar de memorie van antwoord en de aanvullende brief aan de Eerste Kamer van de Minister van Justitie van respectievelijk 24 januari 2005 en 18 maart 2005.⁴⁶² Op grond van die stukken oordeelt de Hoge Raad dat de door de verbalisanten gemaakte afspraken geen toezeggingen als bedoeld in art. 226g lid 1 Sv zijn en dat het ook geen kleine gunsten als bedoeld in het vierde lid zijn omdat de afspraken niet door het Openbaar Ministerie maar door verbalisanten zijn gemaakt,;

2.3.2. De geschiedenis van de totstandkoming van art. 226g Sv houdt met betrekking tot het verschil tussen de toezeggingen als bedoeld in het eerste en het vierde lid onder meer het volgende in:

“De behandeling in de Tweede Kamer heeft geleid tot twee preciseringen. De eerste is de aanvaarding van het amendement Rouvoet en Van der Staay, Kamerstukken II 2000/01, 26 294, nr. 26, dat behelst dat de afspraken bedoeld in artikel 226g Sv uitsluitend betrekking mogen hebben op strafvermindering bedoeld in artikel 44a Sr. De tweede is de bij nota van wijziging opgenomen aanvulling van dit artikel 226g Sv met het vierde lid. Daarin is bepaald dat van afspraken die niet worden aangemerkt als een afspraak bedoeld in het eerste lid, en die voor het onderzoek in de zaak van betekenis kunnen zijn, proces-verbaal wordt opgemaakt. Dit wordt door de officier van justitie ten spoedigste bij de processtukken gevoegd.

Beide toevoegingen strekten ertoe zoveel mogelijk greep te krijgen op de “grote” toezeggingen tot strafvermindering die ter goedkeuring aan de rechter-commissaris moeten worden voorgelegd en de “kleine gunsten” die in ieder geval in een proces-verbaal moeten worden neergelegd. Uit de toelichting op het amendement van de heren Rouvoet en Van der Staay blijkt, dat ook zij andere, gebruikelijke processuele afspraken niet hebben willen uitsluiten. De Tijdelijke Aanwijzing geeft op dit punt aan dat zij geen betrekking heeft op het gebruik van wettelijke bevoegdheden door de officier van justitie die op enigerlei wijze een begunstigende invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring, maar die niet strekken tot strafvermindering.

Toepassing van dergelijke bevoegdheden behoort tot de reguliere taken van het OM, is van relatief geringe betekenis en raakt niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Indien er sprake is van een uitdrukkelijk en causaal verband tussen toepassing van dergelijke bevoegdheden en de door de getuige af te leggen verklaring, dient deze

⁴⁶² Kamerstukken I, 26294 en 28017, C en E.

toepassing te worden vastgelegd bij proces-verbaal en aan het strafdossier te worden toegevoegd.”

(Memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 2004/05, 26 294 en 28 017, C, p. 4).

Alsmede:

“Vanaf het begin van het wetsvoorstel is onderkend dat in de gevallen waar het niet gaat om strafvermindering, getuigen ook wensen hebben, waaraan het OM tegemoet kan komen door het gebruik van bestaande bevoegdheden. Vaak wordt dit gepresenteerd als een voorwaarde om te gaan verklaren. Het betreft bevoegdheden die het OM reeds heeft. Het gaat dan bv om teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen als een auto of een computer, die ook door huisgenoten van de verdachte kunnen worden gebruikt of plaatsing in een nabijgelegen huis van bewaring opdat familiebezoek wordt vergemakkelijkt. Van deze en andere toezeggingen (niet betreffende strafvermindering) is in het voorgestelde artikel 226g, vierde lid, gestipuleerd dat zij alle in een proces-verbaal moeten worden vastgelegd opdat de verdediging en de rechter daarvan kennis kunnen nemen. Aan de hand van deze mededeling kunnen zij de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van de getuige ten overstaan van de zittingsrechter aan de orde stellen. Deze afspraken behoeven niet aan de rechter-commissaris te worden voorgelegd. Zij zijn – in tegenstelling tot de strafvermindering – niet direct van invloed op de omvang van de beslissingen die de rechter ingevolge de artikelen 348 en 350 Sv. heeft te nemen.

Toepassing van de bevoegdheden van het OM in het kader van de hier bedoelde toezeggingen heeft evenmin voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris. De toetsing van de rechter-commissaris strekt zich niet uit tot de toepassing van bevoegdheden die reeds aan het openbaar ministerie zijn toegekend en niet aan voorafgaande machtiging voor de uitoefening van die bevoegdheid zijn gebonden. Het ligt niet in de rede om die machtiging wel te verbinden aan de toepassing van OM-bevoegdheden in het kader van een afspraak met een getuige, met dien verstande dat de inhoud van die afspraak in een proces-verbaal is gerelateerd en in het dossier is gevoegd.”

(Aanvullende brief aan de Eerste Kamer van de Minister van Justitie, Kamerstukken I, 2004/05, 26 294 en 28 017, E, p. 3).

“2.4. Het middel stelt de vraag aan de orde of aan de getuige H. toezeggingen zijn gedaan in de zin van art. 226g, eerste of vierde lid, Sv. Mede in aanmerking genomen hetgeen blijktens de wetsgeschiedenis door de wetgever is beoogd, moet het ervoor worden gehouden dat de in het eerste lid van art. 226g Sv bedoelde toezeggingen slechts zien op het geval dat bij de vervolging van de getuige in zijn strafzaak strafvermindering als bedoeld in art. 44a Sr zal worden gevorderd alsmede op andere kwesties die rechtstreeks verband houden met de beslissingen als bedoeld in de art. 348 en 350 Sv, en dat de in het vierde lid van art. 226g Sv bedoelde toezeggingen zien op afspraken

die anderszins op enigerlei wijze een gunstige invloed kunnen hebben op de bereidheid van een getuige tot het afleggen van een verklaring.

2.5. Het Hof heeft vastgesteld dat de opsporingsambtenaren verbalisant 1 en verbalisant 2 aan de getuige H. mededelingen hebben gedaan over de vermoedelijke advisering door de reclassering om hem te plaatsen in een afkickprogramma, over de wijziging van de adresgegevens van zijn vriendin in een proces-verbaal en over de zo spoedig mogelijke overplaatsing van de verdachte naar een ander huis van bewaring. Omdat de mededelingen van de opsporingsambtenaren geen betrekking hebben op een toezegging tot strafvermindering of op andere kwesties die rechtstreeks raken aan de beslissingen van de art. 348 en 350 Sv in de strafzaak van de getuige H., is het oordeel van het Hof dat geen toezeggingen in de zin van het eerste lid van art. 226g Sv zijn gedaan in ruil voor een door hem af te leggen of afgelegde verklaring, juist.

2.6. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de onderhavige mededelingen niet kunnen worden aangemerkt als afspraken in de zin van het vierde lid van art. 226g Sv. Daarin ligt besloten dat die mededelingen als zodanig kunnen worden toegerekend aan het Openbaar Ministerie. Aldus verstaan getuigt dat oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen hetgeen de verslaglegging inhoudt omtrent de aard en inhoud van de mededelingen.”

Het is allereerst de vraag of de Hoge Raad er verstandig aan heeft gedaan diens redenering hoofdzakelijk te baseren op de hiervoor zo uitvoerig besproken Eerste Kamerstukken, waarin de Minister op fundamentele punten afwijkt van de door zijn voorganger in samenspraak met de Tweede Kamer vastgestelde wetssystematiek. De verwijzing in die stukken naar het amendement Rouvoet-Van der Staaij en naar de verhouding tussen het wetsvoorstel en de algemene bevoegdheden van het Openbaar Ministerie, kan zoals besproken minst genomen kwestieus worden genoemd. Het lijkt er bovendien op dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 2.4 een *mutatis mutandis* –redenering bezigt wanneer hij stelt dat nu de kleine gunsten van art. 226g Sv zien op de kwesties die geen rechtstreeks verband houden met de beslissingen als bedoeld in de artikelen 348 en 350 Sv, alle kwesties die wél rechtstreeks verband houden met deze artikelen onder het bereik van art. 226g lid 1 Sv moeten worden begrepen. Zou dat de strekking van deze rechtsoverweging zijn, dan is die interpretatie van de bedoeling van de wetgever en van de neergelegde wetssystematiek zoals deze hiervoor uiteen is gezet, in mijn ogen onjuist.

Ik zou op grond van deze overweging van de Hoge Raad echter niet durven stellen dat hij die mening is toegedaan, al is het maar nu de formulering ruimte laat voor interpretatie. Het is niet duidelijk wat de Hoge Raad bedoelt met ‘andere kwesties die rechtstreeks verband houden met de beslissingen als bedoeld in de art. 348 en 350 Sv.’ Is de toezegging dat niet tot voordeelsontneming zal worden overgegaan bijvoorbeeld een dergelijke andere kwestie? Een dergelijke toezegging raakt aan de laatste vraag van art. 350 Sv omdat zij ziet op oplegging van straf of maatregel, dus in die context zou een ontnemingstoezegging als een dergelijke ‘andere kwestie’ kunnen worden aangemerkt. Op het

moment dat een rechter dient te oordelen over de rechtmatigheid van een overeenkomst met een kroongetuige in de zaak van een verdachte die door de kroongetuige wordt beschuldigd, maakt de toezegging om geen voordeel te ontnemen aan die kroongetuige echter geen onderdeel uit van de vraag welke straf of maatregel moet worden opgelegd. Ook het in de Aanwijzing genoemde intrekken van een uitgaand verzoek tot uitlevering of een Europees arrestatiebevel, kan op het eerste gezicht niet als een dergelijke ‘andere kwestie’ worden aangemerkt. Vanuit dat perspectief heeft de Hoge Raad de uitbreiding van toezeggingsmogelijkheden in de Aanwijzing niet gefiatteerd, in ieder geval niet met zoveel woorden. Anderzijds zijn de rechtsoverwegingen ook zeker niet zo te lezen dat de Hoge Raad de toezeggingen ex art. 226g lid 1 Sv in lijn met de wetgever nadrukkelijk heeft beperkt tot strafvermindering maar spreekt hij spreekt over ‘de in het eerste lid van art. 226g Sv bedoelde toezeggingen’ (meervoud). In het licht van al het voorgaande zal duidelijk zijn dat ik van oordeel ben, dat het juist ware geweest wanneer de Hoge Raad die beperking wel had aangebracht of beter gezegd bevestigd.

Dat de in deze zaak met de verdachte / getuige gemaakte afspraken materieel bij uitstek als kleine gunsten kunnen worden aangemerkt, staat verder buiten kijf. Ze komen voor een deel letterlijk overeen met de in de parlementaire stukken genoemde voorbeelden van dergelijke kleine gunsten. De Hoge Raad lijkt daar ook niet over te twijfelen. Desalniettemin krijgen de afspraken niet die wettelijke status van art. 226g lid 4 Sv, omdat deze niet gemaakt zijn door een officier van justitie of een andere vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie, maar door de politieverbalisanten. Daarmee handhaaft de Hoge Raad de strikte hiërarchische lijnen zoals deze bijvoorbeeld ook gelden voor sepotmededelingen, die slechts een gerechtvaardigd vertrouwen bij een verdachte kunnen opleveren wanneer deze zijn gedaan door een vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie.⁴⁶³ De verdachte wordt ook in de context van een verhoor waarin hem bepaalde voordelen worden aangeboden dus geacht zich te realiseren dat politieagenten niet namens het Openbaar Ministerie kunnen spreken en dat dergelijke afspraken nauwelijks enige juridische betekenis hebben zolang deze niet door een officier van justitie worden bekrachtigd.⁴⁶⁴

Overige jurisprudentie

Een principiële beslissing over de verhouding tussen art. 226g Sv en de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen kan in dit arrest dus niet worden gevonden. Andere jurisprudentie die ziet op die rechtsvraag is niet voorhanden. De wettelijke regeling is voor het eerst in zijn volle omvang toegepast bij de getuige La Serpe en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam zoals dat hierna zal worden besproken betreft tot nu toe de enige rechterlijke

⁴⁶³ Zie bijvoorbeeld HR 30 september 2008, LJN BD4878.

⁴⁶⁴ Dat dit de deur naar misbruik van de regeling zo niet wagenwijd open dan toch zeker op een kier zet moge duidelijk zijn, temeer nu het de vraag is welke consequenties de Hoge Raad zou verbinden aan in een verhoor van een verdachte door politieverbalisanten gedane onrechtmatige beloften. Zie hierna paragraaf 5.1.2.

beslissing die op deze fundamentele kwestie ziet.⁴⁶⁵ Echter ook in andere zaken is de kroongetuige en de toepassing van art. 226g Sv in meer of mindere mate aan de orde geweest.

Zo is de in de inleiding genoemde zaak van Rob Z en Edwin T. inmiddels afgedaan door de Rechtbank Amsterdam.⁴⁶⁶ Over de toezeggingen die wel of niet mogen worden gedaan is in deze zaak echter nauwelijks gesproken nu aan de kroongetuige uitsluitend strafvermindering en een positieve advisering bij een eventueel gratieverzoek voor een (kleine) openstaande straf was toegezegd. Over eventuele bedongen voorwaarden voor getuigenbescherming is niet gesproken. De rechtmatigheidstoetsing is hoofdzakelijk beperkt gebleven tot de proportionaliteitstoets. De rechtbank overweegt dat gelet op de wetsgeschiedenis het maken van een afspraak met een kroongetuige alleen toelaatbaar is als uiterste redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of in zaken van leven of dood. Nu de verdenking in de zaken zag op het tweegbrengen van een ontploffing, (de voorbereiding van) een poging tot moord en meerdere brandstichtingen komt de rechtbank tot het oordeel dat het Openbaar Ministerie het op goede gronden dringend noodzakelijk heeft geacht om tot een afspraak met de kroongetuige te komen. Ook de geformuleerde (met de helft verminderde) strafeis is naar het oordeel van de rechtbank redelijk en in ieder geval niet zo onverklaarbaar laag dat kennelijk sprake zou zijn van een verkapte tegenprestatie voor het afleggen van verklaringen. De rechtbank beoordeelt de overeenkomst met T. als rechtmatig.

In het vonnis van de Rechtbank Breda in de Chemiepack-zaak was naar het oordeel van de rechtbank vast komen te staan dat aan een getuige die mogelijk verdachte was voorafgaand aan zijn verhoor namens de officier van justitie was meegedeeld dat hij ‘tijdens dit onderzoek, ongeacht zijn mogelijke uitspraken, niet meer de status van verdachte zal krijgen.’⁴⁶⁷ Naar het oordeel van de verdediging was daarmee in strijd met de wettelijke regeling een immuniteitstoezegging gedaan. Hoewel de rechtbank van oordeel is dat de gedane mededeling inderdaad slechts kan worden opgevat als een onvoorwaardelijke toezegging dat de getuige nooit meer als verdachte in het betreffende onderzoek zal worden aangemerkt, worden hier geen gevolgen aan verbonden aangezien de rechtbank meent dat “dat de wettelijke regeling inzake toezeggingen aan getuigen geen gesloten stelsel is en dat een toezegging aan een getuige als bedoeld in artikel 226g Sv – zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis – niet was bedoeld verandering te brengen in de reikwijdte of werking van het hierna besproken opportuniteitsbeginsel. Hieruit volgt dat ruimte is

465 Ik noem voor de volledigheid nog de arresten van de Hoge Raad van 8 april 2003 (NJ 2003, 349) en van 13 september 2005 (NJ 2005, 352). Behalve dat deze arresten uiteraard zijn gewezen voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wettelijke regeling, zien deze bovendien niet op de rechtmatigheid van bepaalde toezeggingen. Het eerste arrest ziet met name op de gevolgen die de geconstateerde gebreken van de gemaakte overeenkomst al dan niet moeten hebben. In het tweede arrest was geen sprake van een verdachte. De Tijdelijke Aanwijzing was daarmee niet van toepassing, net zo min als de wettelijke regeling dat zou zijn geweest.

466 Rechtbank Amsterdam 3 mei 2013, LJN BZ9379.

467 Rechtbank Breda 21 december 2012, LJN BY7000.

blijven bestaan tot het doen van toezeggingen anders dan strekkende tot strafvermindering op grond van het opportuniteitsbeginsel en dat het wettelijk systeem door de toezegging aan de getuige niet in de kern is geraakt.” Van een toezegging in de zin van art. 226g Sv is daarmee naar het oordeel van de rechtbank geen sprake.

Het zal weinig verbazing wekken dat ik meen dat de rechtbank met deze wel zeer summiere overweging een onjuiste lezing geeft van het wettelijk systeem zoals dat in art. 226g e.v. Sv is neergelegd en dat de niet onderbouwde verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat niet anders maakt. Met de beslissing om toezeggingen aan getuigen van een expliciete en strikte wettelijke basis te voorzien heeft de wetgever de werking van het opportuniteitsbeginsel, voor zover deze al zou (kunnen) inhouden dat vervolgingsbeslissingen onderhevig worden gemaakt aan bewijsgaringsoverwegingen, wel degelijk aan banden gelegd. Dat juist ten aanzien van het zo veelbesproken immuniteitsverbod wordt gesteld dat uit de wetsgeschiedenis zou blijken dat deze toezegging op grond van het opportuniteitsbeginsel binnen het wettelijk systeem kan worden gedaan getuigt op zijn minst van enige ironie.

Behalve beslissingen over de toepasbaarheid of werking van art. 226g Sv zijn er nog enkele uitspraken waarin uiteindelijk geen afspraak met een getuige werd gemaakt, of van in de wettelijke regeling bedoelde afspraken geen sprake was. Ik noem in dat verband nog het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 13 april 2010, waarin de status van de door een getuige afgelegde kluisverklaringen die aan het al dan niet maken van afspraken met een getuige voorafgaan, centraal stond.⁴⁶⁸ Het Hof oordeelde in die zaak dat dergelijke kluisverklaringen niet als processtukken kunnen worden aangemerkt wanneer er uiteindelijk geen afspraak tot stand komt. Dat betekent dat de kluisverklaringen niet bij het dossier te hoeven worden gevoegd en dat de verdachte daar dus geen kennis van kan nemen. Indien de getuige ondanks het feit dat een overeenkomst niet tot stand komt alsnog het initiatief neemt om de verklaring te openbaren of daar anderszins toestemming voor geeft, kan de verklaring uiteraard wel bij de stukken worden gevoegd.⁴⁶⁹ Het bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer besproken uitgangspunt dat het voor een effectieve opsporing noodzakelijk is dat een getuige erop kan vertrouwen dat een kluisverklaring slechts dan uit de kluis wordt gehaald wanneer hij daar mee instemt, is met deze jurisprudentie bevestigd.

Over jurisprudentie op het gebied van getuigenbescherming kan ik tot slot kort zijn. Behalve de in paragraaf 4.1.2 besproken jurisprudentie van de rechtbank en het Gerechtshof Den Haag zijn er geen recente openbare gerechtelijke beslissingen die zien op getuigenbeschermingsovereenkomsten of getuigenbeschermingsprogramma's, of op de eisen die de bij een overeenkomst betrokken partijen over en weer zouden kunnen stellen. Wel was er de Raptus-zaak bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch waarin een getuige centraal stond die volgens de officier van justitie weliswaar getuigenbescherming ontving,

⁴⁶⁸ Gerechtshof Amsterdam 13 april 2010, LJN BP2459.

⁴⁶⁹ HR 13 januari 2009, NJ 2009, 61.

maar niet in een getuigenbeschermingsprogramma was opgenomen.⁴⁷⁰ Deze getuige had bescherming als voorwaarde gesteld om te willen verklaren. Ten behoeve van getuigenbescherming diende de getuige echter over een legale verblijfsstatus te beschikken. Het Hof oordeelt dat weliswaar niet kan worden uitgesloten dat het verkrijgen van een legale verblijfsstatus door de getuige werd gezien als een beloning voor zijn medewerking, maar dat het Openbaar Ministerie deze verblijfsstatus heeft gezien als noodzakelijk middel om het doel – bescherming van de getuige tegen de als reëel beschouwde dreiging indien zijn verklaringen in de Raptus-zaken zouden worden gebruikt – te bereiken. Daarmee was naar het oordeel van het hof van een ongeoorloofde toezegging door het Openbaar Ministerie geen sprake, temeer nu van een getuige als bedoeld in art. 226g Sv geen sprake was omdat hij geen verdachte was in de zaak en de straf in zijn eigen (niet gerelateerde) strafzaak al had uitgezeten.

Bij deze laatste zaak zou gesproken kunnen worden van een geval als bedoeld in paragraaf 4.2.2 waarbij uitsluitend getuigenbescherming wordt aangeboden in ruil voor de verklaringen van een getuige. Uit de Raptus-zaak blijkt wel dat er op zo'n moment grote onduidelijkheid kan ontstaan over hetgeen aan een getuige is toegezegd en of de geboden getuigenbescherming de gebruikelijke beveiligingsmaatregelen van de Staat overtreffen en daardoor het karakter van een beloning krijgen – de overwegingen van het Hof over de verblijfsstatus kunnen in ieder geval als welwillend voor het Openbaar Ministerie worden aangemerkt. De verhouding tussen de getuigenbeschermingsovereenkomst en de verklaringsovereenkomst speelde in deze zaak in ieder geval geen rol en is behalve in het Passage-onderzoek voor zo ver vast te stellen in geen enkele procedure aan de orde gesteld. Ook de verhouding tussen getuigenbescherming en het reguliere kader van bewaken en beveiligen en de verschillen tussen de beide varianten van persoonsbeveiliging, welke in de Raptus-zaak mogelijk dienstbaar had kunnen zijn aan het maken van onderscheid tussen noodzakelijke beveiliging en beloning, is voor zo ver te achterhalen nooit aan enige rechter voorgelegd.

Daarmee resteert voor wat betreft de bespreking van de jurisprudentie voorafgaand aan het vonnis in de Passage-zaak nog slechts de stand van het recht ten aanzien van vormverzuimen, meer in het bijzonder de vraag of en onder welke omstandigheden de rechter gevolgen zou kunnen verbinden aan onrechtmatig handelen door het Openbaar Ministerie bij het sluiten van overeenkomsten met een kroongetuige.

5.1.2 *Vormverzuimen: het bereik van art. 359a Sv*

Bij de behandeling in de Eerste Kamer vertrouwde Minister Donner er op dat zou de door hem voorgestelde uitbreiding van de toezeggingen die de officier van justitie aan een kroongetuige kon doen onrechtmatig (blijken te) zijn, de rechter daar geen consequenties

⁴⁷⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2012, LJN BV1524. Hoe dat laatste feitelijk verenigbaar is wordt uit het arrest niet helemaal duidelijk.

aan zou verbinden. De kroongetuige zelf zou door die onrechtmatige toezegging immers niet in zijn belang zijn geschaad en verdachten tegen wie de verklaringen van de kroongetuige zouden worden ingebracht zouden evenmin in hun rechten zijn geraakt, en zouden zich dus niet op de onrechtmatigheid kunnen beroepen. De Minister vertrouwde met andere woorden op de werking van de Schutznorm, waardoor onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie de facto zonder gevolgen zou blijven.

Los van het feit dat het enigszins schokkend kan worden genoemd dat op het hoogste niveau van wetgeving te kennen wordt gegeven dat onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie niet als problematisch wordt beschouwd zolang dat maar geen gevolgen heeft voor de uitkomst van individuele strafzaken, hetgeen als een nogal cynische en in ieder geval uiterst instrumentalistische benadering van het (strafproces) recht kan worden aangemerkt, is het de vraag of de Minister het bij het juiste eind had. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder de in paragraaf 1.2.2 besproken Karman-jurisprudentie, zou immers kunnen worden afgeleid dat ook wanneer een verdachte niet direct in zijn belangen is geschaad, onrechtmatig handelen van het Openbaar Ministerie onder uitzonderlijke omstandigheden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of tot bewijsuitsluiting in de zaak van die verdachte kan leiden. Daarnaast had de Hoge Raad al enkele jaren eerder het bekende Zwolsman-arrest gewezen, waarin is bepaald dat de rechter het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk kan verklaren wanneer het optreden van opsporingsambtenaren een ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.⁴⁷¹ Deze arresten zijn gevolgd door het zogenoemde Afvoerpijparrest van 30 maart 2004, waarin de Hoge Raad de kaders waarbinnen vormverzuimen in opsporing en vervolging dienen te worden beoordeeld, nader heeft gespecificeerd.⁴⁷² Naar aanleiding van dit arrest is er discussie ontstaan over de status van het Zwolsman-criterium en het Karman-criterium, in het bijzonder over de vraag of de strafrechter nog consequenties kan of mag verbinden aan onrechtmatig overheidsoptreden wanneer dat optreden de zaak of belangen van een specifieke verdachte niet direct heeft geraakt.

Het voorbereidend onderzoek

Het kader van de beoordeling van onrechtmatig overheidsoptreden in strafzaken begint sinds het van kracht worden van de Wet vormverzuimen op 2 november 1996 met

471 HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (Zwolsman).

472 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 (Afvoerpijp).

art. 359a Sv.⁴⁷³ In dit toen ingevoerde artikel wordt bepaald dat de rechtbank,⁴⁷⁴ indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld, daar consequenties aan kan verbinden, te weten het verminderen van de op te leggen straf, het uitsluiten van de bewijsvoering van het resultaat van het onderzoek waardoor het verzuim is verkregen, en het niet ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie. De laatste sanctie komt in beeld wanneer door het verzuim geen sprake meer kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet. De rechtbank dient daarbij blijkens het tweede lid rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. De wetgever beoogde daarmee te voorzien in een wettelijke regeling voor de beoordeling van onrechtmatig overheids-optreden in strafzaken.

Artikel 359a Sv ziet dus slechts op vormverzuimen die begaan zijn bij *het voorbereidend onderzoek*. De Hoge Raad interpreteert de wetshistorie in het Afvoerpijparrest aldus dat de wetgever daarmee met name het oog heeft gehad op normschendingen bij de opsporing van strafbare feiten. Dat leidt tot een redelijk restrictieve uitleg van het bereik van deze bepaling: alleen wanneer de normschending is begaan in het onderzoek naar een feit of feiten waarvoor de verdachte op dat moment terecht staat, is art. 359a Sv van toepassing.⁴⁷⁵ In latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad strikt de hand gehouden aan deze lezing van het begrip voorbereidend onderzoek. Zo werd in een arrest van 29 november 2005 geoordeeld dat het zonder een machtiging en tegen de uitdrukkelijke wens van de bewoner binnentreden in een woning teneinde tot aanhouding van een veroordeelde persoon over te gaan, geen vormverzuim was dat de rechter kon meenemen bij de beoordeling van de daaropvolgende bedreiging van de politieagenten door die veroordeelde (inmiddels verdachte).⁴⁷⁶ De handelwijze van de verbalisanten, die zonder meer

473 Een ander zeer belangrijke wijziging die met de Wet Vormverzuimen werd doorgevoerd betreft de aanpassing van artikel 313 Sv. Onder het oude artikel 313 Sv kon de tenlastelegging na aanvang van het requisitoir van de Officier van Justitie niet meer worden aangepast. Dit leidde ertoe dat wanneer de tenlastelegging bijvoorbeeld abusievelijk een onjuiste plaats of tijd vermeldde, de rechter niet anders kon dan de verdachte vrijspreken, welke verdachte het strafbare feit immers niet op het ten laste gelegde moment of in de ten laste gelegde plaats had begaan. Deze ‘vormfouten’ leidden maatschappelijk tot grote beroering en waren de belangrijkste reden voor de Wet Vormverzuimen. Als gevolg van de wijziging van artikel 313 Sv kan de tenlastelegging in alle fasen van behandeling, bij zowel de rechtbank als het gerechtshof, worden aangepast. De parlementaire behandeling heeft met name in het teken van de vormfouten gestaan en over het nieuw in te voeren artikel 359a Sv is relatief weinig gesproken.

474 De regeling is als gevolg van de algemene schakelbepaling in art. 415 Sv uiteraard ook van toepassing in hoger beroep.

475 “3.4.2 (...) ‘Het voorbereidend onderzoek’ uit art. 359a Sv heeft uitsluitend betrekking op het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte terzake het aan hem tenlastegelegde feit waarover de rechter die in art. 359a Sv wordt bedoeld, heeft te oordelen. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van dit voorbereidend onderzoek. Dat doet zich onder meer voor als het vormverzuim is begaan in het voorbereidend onderzoek inzake een ander dan het aan de verdachte tenlastegelegde feit.”

476 HR 29 november 2005, NJ 2006, 193. De verbalisanten in kwestie hadden net gedaan alsof ze wél een machtiging hadden en die ook onder de neus van de vrouw van de verdachte geduwd, maar deze bleek

als onrechtmatig was aan te merken, bleef dus zonder gevolgen in de strafzaak tegen de verdachte. Hetzelfde geldt voor een later arrest, waarin weliswaar werd vastgesteld dat er sprake was van een schending van art. 8 EVRM door een verdachte in het Huis van Bewaring stelselmatig af te luisteren, maar nu dat af luisteren niet was begaan in het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte terzake aan hem ten laste gelegde feiten waarover de rechter diende te oordelen, was naar het oordeel van de Hoge Raad van een grond voor niet-ontvankelijkheid of bewijsuitsluiting geen sprake.⁴⁷⁷

Zowel bij de wetgever als bij de Hoge Raad lijkt bij de beoordeling van het begrip voorbereidend onderzoek steeds het uitgangspunt te zijn geweest dat deze eindigt met de aanvang van de behandeling van de zaak door de rechtbank. De wetgever heeft immers met name gesproken over opsporing, en ook de Hoge Raad spreekt met verwijzing naar art. 132 Sv over het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Dat wordt bevestigd in een arrest over de werking van art. 30 Sv (oud), waarin de Hoge Raad overweegt dat na aanvang van de terechtzitting geen sprake meer is van een voorbereidend onderzoek.⁴⁷⁸ Die veronderstelling is juist voor een groot deel van de strafzaken, waar het politieonderzoek voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de zaak wordt afgerond, maar dit geldt (helemaal) niet in grote of complexe strafzaken. Daar kan na aanvang van de zitting het opsporingsonderzoek nog in volle gang zijn, en kan de politie al dan niet onder directe aansturing van de officier van justitie nog een grote hoeveelheid onderzoekshandelingen verrichten. Dat is zelfs eerder regel dan uitzondering: de drie en een halve maand tussen de aanhouding(en) van de (eerste) verdachte(n) en de verplichte eerste zitting, is vrijwel per definitie te kort om het onderzoek af te ronden. Zeker wanneer in ogenschouw wordt genomen dat de wet geen onderscheid maakt tussen pro forma-zittingen en inhoudelijke zittingen zoals een regiezitting, leidt dit tot de onwerkbare situatie dat reeds met een eerste pro forma-zitting het voorbereidend onderzoek als formeel beëindigd zou moeten worden beschouwd. Niet alleen

blanco te zijn. De vrouw weigerde hen binnen te laten waarop zij alsnog de woning betraden, en in de kinderslaapkamer de latere verdachte aantreffen. Het gebruik van een blanco machtiging bleek in die periode bepaald geen uitzondering bij de Amsterdamse politie. Het arrest van de Hoge Raad heeft dan ook tot enig onbegrip geleid, in ieder geval bij mijzelf: zie Janssen 2006, p. 232. Ook Buruma is kritisch in zijn noot onder het arrest. Hij wijst op de mogelijk uit artikel 41 EVRM voortkomende verplichting om schendingen van door het EVRM beschermde rechten niet zonder consequenties te laten: "a judgment in which it finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation under that provision to put an end to the breach and to make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach."

⁴⁷⁷ HR 27 september 2011, NJ 2011, 557.

⁴⁷⁸ HR 10 januari 2012, NJ 2012, 48: "De klacht die het oog heeft op art. 30 Sv faalt. Met juistheid heeft het Hof die bepaling niet van toepassing geacht nu blijkens de vaststelling van het Hof geen sprake is van een verzoek van de verdediging als in die bepaling bedoeld, terwijl ook overigens na aanvang van de terechtzitting geen sprake meer is van een voorbereidend onderzoek." Ook Advocaat-Generaal Jörg lijkt er blijkens zijn conclusie bij dit arrest van uit te gaan dat met de aanvang van het onderzoek ter zitting het voorbereidend onderzoek is afgerond, nu hij in de context van art. 30 Sv (oud) overweegt dat op dat moment alle stukken uit dat voorbereidend onderzoek aan de verschillende procespartijen ter beschikking worden gesteld.

zouden op dat moment alle resultaten van het opsporingsonderzoek voor zover deze in het procesdossier horen ter beschikking van de verdediging en de rechtbank moeten worden gesteld, hetgeen bij een niet afgerond onderzoek vaak niet mogelijk is, bovendien zou al hetgeen na de zitting nog aan onderzoek plaatsheeft buiten het toetsingskader van art. 359a Sv vallen. De diverse onderzoekshandelingen van politie en justitie die zeker na pro forma-zittingen maar ook na regiezittingen nog worden uitgevoerd, zouden daarmee niet aan de door de wetgever neergelegde rechtmatigheidstoetsing van art. 359a Sv onderworpen zijn.

Dat zou gezien de ratio voor het invoeren van dat artikel een vreemde stand van zaken zijn, en zou er bovendien toe leiden dat de rechter in het kader van het toetsen van het opsporingsonderzoek een arbitraire scheiding zou moeten aanbrengen tussen onderzoekshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan de eerste behandeling ter zitting, en alle onderzoekshandelingen daarna. Een onlogische en in de praktijk moeilijk werkbare gang van zaken en een dergelijk onderscheid wordt door feitenrechters dan ook niet gemaakt. In het hierna te bespreken Passage-vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 29 januari 2013 wordt de kwestie met zoveel woorden benoemd en wordt geoordeeld dat de Hoge Raad bij de strikte beperking van de werking van art. 359a Sv tot het voorbereidend onderzoek, niet het oog heeft gehad op voortgezet opsporingsonderzoek dat onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie wordt uitgevoerd parallel aan het onderzoek ter terechtzitting. Dergelijk onderzoek, dat niet als direct uitvloeisel van het onderzoek ter zitting en niet in opdracht van een rechterlijke autoriteit plaatsheeft, wordt door de rechtbank als parallel opsporingsonderzoek aangemerkt en materieel gelijk gesteld met onderzoekshandelingen in verband met het voorbereidend onderzoek. Dit parallelle opsporingsonderzoek dient naar het oordeel van de rechtbank op gelijke wijze als het vooronderzoek te worden getoetst op voet van art. 359a Sv.⁴⁷⁹

De Schutznorm

Een tweede specificering uit het standaardarrest van 30 maart 2004 betreft de werking van de al genoemde Schutznorm, zoals deze ligt vervat in het tweede lid van art. 359a Sv. Bij de beoordeling van “het nadeel dat wordt veroorzaakt” is volgens de Hoge Raad onder meer van belang, of en in hoeverre de verdachte door dat verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Bovendien merkt de Hoge Raad op dat indien niet de verdachte maar een ander door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de zaak van die verdachte als regel geen rechtsvervolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim. De werking van de Schutznorm is daarmee tweeledig: de onrechtmatigheid die heeft plaatsgehad in het voorbereidend onderzoek dient de verdachte zelf te hebben getroffen en het belang dat de overtreden norm beoogt ter beschermen dient daadwerkelijk geschonden te zijn. Alleen wanneer aan beide vereisten is voldaan, kan de rechter toepassing geven aan art. 359a Sv en één van de daar genoemde consequenties verbinden aan de geconstateerde onrechtmatigheid. Is een ander dan de verdachte de dupe van het begane (vorm)verzuim of heeft

479 Rechtbank Amsterdam, 29 januari 2013, LJN BM2493, p. 10-11.

dit niet tot een schending van de norm geleid, zoals bijvoorbeeld het geval is wanneer wordt verzuimd de cautie te geven aan een verdachte die er blijk van heeft gegeven te weten dat hij het recht heeft te zwijgen, dan staat de Schutznorm aan het verbinden van consequenties aan onrechtmatig overheidshandelen in de weg. Natuurlijk is er een uitzondering op deze regel: deze doet zich voor, wanneer sprake is van een “flagrante strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde”⁴⁸⁰ of, in de woorden van AG Wortel in zijn conclusie bij het hierboven genoemde arrest van 29 november 2005, bij “een grove en onherstelbare schending van één van de fundamentele normen van ons strafproces.” Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij het algemene belang dat uit de ratio van het geschonden voorschrift voortkomt, zoals de Hoge Raad deed in het arrest van 12 januari 1999 betreffende het af luisteren van een geheimhouder.⁴⁸¹ Prakken sprak in een artikel in het Nederlands Juristenblad over een relativering van de Schutznorm bij schending van een norm die strekt ter verdediging van iedereen.⁴⁸²

De relativering van de Schutznorm wordt met name verbonden met het in paragraaf 2.2.2. besproken Karman-arrest. De Hoge Raad had in navolging van het Hof de handelwijze van het Openbaar Ministerie daar aangemerkt als in strijd met de grondslagen van het strafproces, met name met de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de rechter. Dat laatste aspect lijkt doorslaggevend te zijn geweest wanneer de Hoge Raad in een zaak waarbij sprake was van een schending van het medisch beroepsgeheim, oordeelt dat de niet-ontvankelijkheid die het Gerechtshof op die schending liet volgen niet aan de Karman-criteria voldoet, nu deze schending niet ziet op die bevoegdheidsverdeling en op het fundamentele belang dat de gemeenschap heeft bij het in acht nemen van die verdeling.⁴⁸³ Een klein jaar later wordt die redenering nog eens herhaald.⁴⁸⁴

480 Memorie van Toelichting bij Wet Vormverzuimen, Kamerstukken II 1993-1994, 23075, nr. 3.

481 HR 12 januari 1999, NJ 1999, 290. Zie ook Rechtbank Rotterdam 10 oktober 2005, LJN AU4036 en (anders) Hof Den Haag, 10 februari 2006, LJN AV1454.

482 Prakken 1999, p. 245 e.v.

483 HR 3 juli 2001 NJ 2002, 8: “Voorzover het Hof, dat spreekt van een zeer belangrijk rechtsbeginsel dat in ernstige mate is geschonden, het oog mocht hebben gehad op HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567, heeft het de strekking van die uitspraak miskend. Weliswaar vormt dat arrest in zoverre een uitzondering op hetgeen hierboven onder 3.4 is vooropgesteld dat er toen geen sprake was van schending van de belangen van de verdachte als hiervoor bedoeld. Maar in die zaak ging het om een handelwijze van de Officier van Justitie – het doen van een toezegging aan de verdachte die erop neer kwam dat onder omstandigheden een rechterlijke uitspraak op een in te stellen vervolging niet (geheel) zou worden tenuitvoergelegd – die in strijd was met de grondslagen van het strafproces en met name met de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het openbaar ministerie en de rechter; aldus werd het wettelijk systeem in de kern geraakt. Aan de orde was toen derhalve het fundamentele belang dat de gemeenschap heeft bij inachtneming van de bevoegdheidsverdeling tussen het openbaar ministerie en de onafhankelijke rechter, zoals die in het wettelijk systeem ten aanzien van vervolging, berechting en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen is vervat. Van een dergelijk geval is hier geen sprake.”

484 HR 25 juni 2002, NJ 2002, 518.

Hoewel het criterium daarmee lijkt te zijn aangescherpt ten opzichte van Karman, aanzien wat in dat arrest nog een voorbeeld leek te zijn tot norm lijkt te worden verheven, logenstraffen deze arresten de later wel ingenomen stelling dat Karman éénmalig is geweest en de Hoge Raad de redenering daarna niet meer heeft willen herhalen; de redenering is weliswaar niet opnieuw toegepast maar is wel expliciet herhaald. De gedachte dat sprake zou zijn geweest van een ‘witte raaf’ wordt onder andere gevoed door het feit dat de Hoge Raad in het Afvoerpijparrest het Zwolsman-criterium wél heeft opgenomen (zonder expliciet naar dat arrest te verwijzen), maar het Karmancriterium niet. Dit brengt onder meer Ter Haar en Meijer ertoe tamelijk categorisch te stellen dat het er voor moet worden gehouden “dat de Hoge Raad alleen nog ruimte ziet voor niet-ontvankelijkheid wanneer verdachtes recht op een eerlijk proces is gefrustreerd.”⁴⁸⁵ Voor relativering van de Schutznorm is in die visie geen ruimte meer. Die – vergaande – conclusie kan mijns inzien niet op het ontbreken van het Karman-criterium in het Afvoerpijparrest worden gebaseerd omdat het laatste arrest nadrukkelijk ziet op de toepassing van art. 359a Sv, en de niet-ontvankelijkheid specifiek in die context wordt besproken.⁴⁸⁶ Het Karman-criterium komt juist per definitie pas in beeld wanneer dat artikel níet van toepassing is, bijvoorbeeld als gevolg van de Schutznorm of, naar moet worden aangenomen, wanneer een uitzonderlijk ernstige schending van de rechten van een verdachte heeft plaatsgehad buiten het bestek van het voorbereidend onderzoek.⁴⁸⁷ Het niet noemen van dit criterium rechtvaardigt dan niet de gevolgtrekking dat het kennelijk niet meer geldt. Zo wordt het in de rechtspraktijk in het algemeen ook niet opgevat: een herhaaldelijk terugkerend uitgangspunt luidt dat niet-ontvankelijkheid in beginsel slechts aan de orde is bij schending van het Zwolsman-criterium en de ‘Karman-uitzondering’ slechts kan worden gemaakt wanneer de gewraakte gedraging in strijd is met de grondslagen van het strafproces of wanneer grotere belangen zoals de integriteit van de rechtspleging op het spel staan.⁴⁸⁸

485 Ter Haar en Meijer 2011, p. 96. Dat besef lijkt alleen nog “niet volledig doorgedrongen te zijn tot de feitenrechter”, aldus de auteurs op p. 97.

486 “Niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging komt *als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg* (mijn cursivering, SLJ) slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.”

487 Voor een andersluidende opvatting zie Buruma in zijn noot onder HR 29 november 2005, NJ 2006, 193, waarin hij stelt dat in geval van een normschending buiten het bestek van het voorbereidend onderzoek (de ‘salaminorm’) er geen enkele ruimte is om consequenties aan het onrechtmatig optreden te verbinden. Bij de Schutznorm heeft de Hoge Raad volgens Buruma nog een ‘muizengaatje’ open gelaten.

488 Zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 27 april 2007 (NJFS 2007, 156), welke door Buruma met verwijzing naar de hierboven genoemde ‘post-Karmanarresten’ uit 2001 en 2002 overigens ‘opmerkelijk’ wordt genoemd (Buruma 2008, p. 87). Een ander bekend voorbeeld is de Hell’s Angels zaak van diezelfde rechtbank Amsterdam (20 december 2007, NJFS 2008, 33), waar de rechtbank zonder dit met zoveel woorden te benoemen de Schutznorm buiten werking stelde: “De geconstateerde ernstige, grootschalige en herhaaldelijke inbreuken op de regelgeving welke het verschoningsrecht moet waarborgen door het Openbaar Ministerie ondergraven het vertrouwen van de burger in dat wat hij in vertrouwen met een advocaat bespreekt ook geheim blijft. Het gebrek aan verantwoording hieromtrent door het Openbaar Ministerie versterkt die vertrouwensbreuk. Deze kwestie stijgt uit boven schending van de individuele

Samenhangend met deze problematiek is de vraag of het Zwolsman-criterium als losstaand van het kader van art. 359a Sv moet worden beschouwd, of daar dwingend onderdeel van uitmaakt. Anders gezegd: is toepassing van het Zwolsman-criterium uitsluitend onderdeel van het beslissingsschema dat de Hoge Raad op 30 maart 2004 aan art. 359a Sv heeft gekoppeld, of heeft dat criterium zelfstandige betekenis buiten art. 359a Sv? Het Zwolsman-arrest is gewezen op een moment dat art. 359a Sv nog niet bestond, althans nog niet in werking was getreden, maar dat kan geen op zichzelf staand argument zijn.⁴⁸⁹ Mede op grond van het feit dat in het Afvoerpijparrest niet de gebruikelijke verwijzing naar (de vindplaats van) het Zwolsman-arrest is opgenomen, maar de kernoverweging omtrent het doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort doen, wel (precies) gelijkluidend is, meen ik dat mag worden aangenomen dat sprake is van twee op dit punt weliswaar gelijkluidende, maar op zichzelf staande arresten. Dit temeer nu uit diverse uitspraken kan blijken, dat ook wanneer de officier van justitie buiten het voorbereidend onderzoek handelt in strijd met de Zwolsman-criteria, dit tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan leiden.⁴⁹⁰ Dat de rechter buiten het verband van art. 359a Sv het optreden van de officier van justitie kan beoordelen en daar consequenties aan kan verbinden, blijkt tot slot uit een arrest van 8 juli 2008, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een door de officier van justitie aan Thailand gedaan verzoek tot uitlevering weliswaar niet tot het voorbereidend onderzoek kon worden gerekend, maar dit het Hof er niet van hoefde te weerhouden buiten het verband van art. 359a Sv te toetsen of aan de verdachte een eerlijk proces was onthouden. Het oordeel van het Hof dat dit niet het geval was en er dus geen grond was voor niet-ontvankelijkheid, maar dat er wel redenen waren de gang van zaken te betrekken bij de strafmaat, wordt door de Hoge Raad in stand gelaten.⁴⁹¹

Dat alles betekent dat niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie op grond van het Zwolsman-criterium (en de daarin vervatte aan het Openbaar Ministerie toerekenbare schending van art. 6 EVRM) óók in beeld kan komen buiten het verband van art. 359a Sv. Dat geldt zowel voor ‘gewone’ opsporingsambtenaren als voor Officieren van Justitie: wanneer de activiteiten van opsporingsambtenaren na aanvang van het onderzoek ter zitting of anderszins buiten het verband van het voorbereidend onderzoek als onrechtmatig moeten worden beschouwd, kunnen die activiteiten los van toepassing van art. 359a Sv worden getoetst aan het Zwolsman-criterium. Wanneer geoordeeld wordt dat door die activiteiten doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort is gedaan, kan dat leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege een ernstige

rechtsbelangen van een verdachte in een concrete strafzaak en raakt het vertrouwen in de rechtspleging in zijn geheel.”

489 Als gezegd is de Wet Vormverzuimen in werking getreden op 2 november 1996. Het Zwolsman-arrest dateert van een klein jaar daarvoor, 19 december 1995.

490 Zie bijvoorbeeld het eerdergenoemde arrest betreffende Officier van Justitie Teeven die een getuige had geïnstrueerd vragen van het Hof niet te beantwoorden (HR 8 september 1998, NJ 1998, 879) en voor een vrijwel identieke casus Gerechtshof’s-Hertogenbosch 23 december 2011 (NJFS 2012, 56).

491 HR 8 juli 2008, NJ 2009, 440.

schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde. Ook strafvermindering behoort nadrukkelijk tot de mogelijkheden.

Conclusie: toetsingskader vormverzuimen

Kort gezegd dient in geval van gesteld onrechtmatig optreden van politie of justitie dus allereerst te worden gezien of deze gestelde onrechtmatigheden zijn begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek naar een specifieke verdachte. Is dat het geval, dan kunnen aan dat onrechtmatig optreden de in art. 359a lid 2 Sv genoemde gevolgen worden verbonden, voor zo ver de werking van de Schutznorm zich daar niet tegen verzet. Niet-ontvankelijkheid is slechts dan aan de orde, wanneer sprake is van een ernstige inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak te kort is gedaan. Is de verdachte zelf niet in zijn belangen geschaad, dan staat de Schutznorm aan niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de weg, tenzij er sprake is van strijd met de grondslagen van het strafproces waardoor het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt. Dat laatste is in ieder geval aan de orde, wanneer de officier van justitie handelt in strijd met de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de rechter, nu de inachtneming van die verdeling een fundamenteel belang voor de gemeenschap oplevert. Dat de Hoge Raad de werking van het Karman-criterium daarmee heeft beperkt tot *uitsluitend* gevallen waarin die bevoegdheidsverdeling tussen het Openbaar Ministerie en de onafhankelijke rechter in het geding is, staat in mijn optiek niet vast. Ik meen dat de Hoge Raad de mogelijkheid openlaat dat ook andere uitzonderlijk ernstige onrechtmatigheden van het Openbaar Ministerie in de zaak van de ene verdachte, gevolgen kunnen hebben voor de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de zaak van een andere verdachte. Behalve gevallen van normschendingen die de integriteit van de rechtspleging in het geheel raken, denk ik daarbij aan gevallen waarbij het Openbaar Ministerie andere grondbeginselen van de rechtsstaat dan de verdeling tussen Openbaar Ministerie en de rechter (opzettelijk) met voeten treedt.

Zoals geconcludeerd in hoofdstuk 4 heeft het Openbaar Ministerie uitvoering gegeven aan de kroongetuigenregeling op een wijze die inbreuk maakt op de door de wetgever genomen beslissingen. Dat verwijt is dan ook bij de rechtbank neergelegd in het al herhaaldelijk genoemde Passage-proces. Daarover het volgende.

5.2 PASSAGE: WHERE IT ALL COMES TOGETHER

Inleiding

In de zomer van 2006 meldt zich bij de Amsterdamse CIE een zekere Peter la Serpe.⁴⁹² Deze La Serpe had in november 2003 ook al contact gezocht met de CIE en had te kennen

⁴⁹² Ook de naam La Serpe is uitvoerig in de media genoemd, reden om zijn naam niet slechts met initialen weer te geven. Hetzelfde geldt voor andere verdachten die met naam en toenaam bekend zijn, zoals Willem Holleeder en Dino Soerel.

gegeven in ruil voor een bedrag van € 3.000.000 te kunnen verklaren over gepleegde liquidaties. In de loop van 2004 vonden vervolgens gesprekken plaats over de voorwaarden waaronder een overeenkomst kon worden gesloten, maar aangezien La Serpe niet bereid bleek om te zakken naar een bedrag dat ook maar in de buurt kwam van wat het Openbaar Ministerie zou kunnen bieden, werden de gesprekken op last van de toenmalige CIE-officier van justitie afgebroken. Bij de hervatting van de gesprekken in augustus 2006 was La Serpe gezakt tot een bedrag van € 1.500.000.

Het Openbaar Ministerie kon dus direct met de nog maar enkele maanden daarvoor vastgestelde nieuwe Aanwijzing toezeggingen aan getuigen aan de slag en heeft het traject richting de CTC, het College van Procureurs-Generaal en de Minister in gang gezet. Ondertussen werd La Serpe vijf dagen lang verhoord door de CIE, hetgeen in ieder geval heeft geleid tot vijftien kluisverklaringen.⁴⁹³ Dertien van die vijftien kluisverklaringen zijn uiteindelijk ten grondslag gelegd aan de vervolging van in totaal elf verdachten voor betrokkenheid bij liquidaties of één of meer pogingen daartoe of voorbereidingen daarvan, met zeven dodelijke slachtoffers tot gevolg. Zes verdachten werden tevens beschuldigd van het vormen van een criminele organisatie gericht op liquidaties en van verschillende wapendelicten. Het onderzoek was ongekend omvangrijk: nadat er door de politie een dossier was samengesteld van ruim 300 ordners waarin circa 300 getuigen en 30 verdachten waren gehoord, er bijna 170.000 tapgesprekken waren geregistreerd en honderden processen-verbaal van uiteenlopend onderzoek waren opgenomen, hebben er nog ongeveer 68 getuigenverhoren bij de rechter-commissaris plaatsgehad. De inhoudelijke behandeling van de zaak is aangevangen op 9 februari 2009 en het vonnis is uiteindelijk gewezen op 29 januari 2013, waarmee er (buiten ruim 30 pro formadagen) 151 inhoudelijke behandelingsdagen ter zitting zijn geweest hetgeen heeft geresulteerd in ruim 3200 pagina's proces-verbaal van de zitting. Kroongetuige La Serpe is ongeveer 40 dagen gehoord bij de politie en de rechter-commissaris en nog eens ongeveer 35 dagen op zitting.⁴⁹⁴

Een belangrijke oorzaak van die ongekend langdurige behandeling ter zitting betrof de kroongetuige zelf. Niet alleen was zijn overeenkomst met alle juridische haken en ogen van meet af aan een belangrijk onderdeel van de procedure, daarnaast diende op feitelijk niveau zijn betrouwbaarheid te worden getoetst en roerde de getuige zich met grote regelmaat uit onvrede over de wijze waarop het Openbaar Ministerie met hem omging. Die onvrede zag met name op getuigenbeschermingsgebied, waarover La Serpe kort en goed stelde dat de met hem gemaakte afspraken niet werden nagekomen. Het conflict tussen de kroongetuige en het Openbaar Ministerie laaide telkens weer op, bij gelegenheid waarvan La Serpe mondjesmaat informatie verstreekte over zijn onderhandelingen met het Openbaar Ministerie en de afspraken die daarbij al dan niet tot stand zouden zijn gekomen. Hij kon echter geen volledige openheid van zaken geven, omdat zijn getuigen-

493 Volgens mededelingen van het Openbaar Ministerie heeft La Serpe ook nog over andere verdachten en andere zaken verklaard, maar deze zijn buiten het bestek van het onderzoek Passage gebleven.

494 De laatste cijfers zijn ontleend aan de opsomming in het requisitoir van het Openbaar Ministerie van 14 mei 2012.

beschermingsovereenkomst een geheimhoudingsplicht bevatte en schending daarvan ertoe zou kunnen leiden dat het Openbaar Ministerie de overeenkomst zou ontbinden. Dat Openbaar Ministerie was nog aanzienlijk terughoudender met het verstrekken van informatie, al was het maar nu de zaaksofficieren van Justitie naar eigen zeggen niet op de hoogte waren van de onderhandelingen die La Serpe met de CIE-officier van justitie had gehad, en ook niet op de hoogte waren van de in de jaren daarna plaatshebbende voortdurende onderhandelingen tussen La Serpe en de TGB-officier van justitie / het College van Procureurs-Generaal. Het College zelf was zo mogelijk nog minder genegen informatie te vertrekken en slechts wanneer de rechtbank dergelijke informatie nadrukkelijk opeiste werd daar met nauwelijks verholten tegenzin aan voldaan. Desalniettemin dwongen de steeds verdergaande beschuldigingen van La Serpe het Openbaar Ministerie bij herhaling tot informatievertrekking over de totstandkoming en inhoud van de met La Serpe gemaakte afspraken. Voor een juist begrip van de complexe situatie die als gevolg van de verschillende betrokken onderdelen van het Openbaar Ministerie en de gevolgen voor (het verloop en de duur van) het strafproces ontstond, is het van belang voorafgaand aan de bespreking van het vonnis een korte schets te geven van de in de loop der jaren door La Serpe gemaakte afspraken en van hetgeen daarover bij de behandeling van de strafzaak naar voren werd gebracht.

5.2.1 *De met La Serpe gesloten overeenkomsten*

Onderhandelingen 2006-2007

Eind augustus 2006 vinden er gesprekken plaats tussen La Serpe en medewerkers van de Amsterdamse CIE, waarin La Serpe in grote lijnen vertelt wat hij zou kunnen verklaren. Na daartoe verkregen toestemming van Hoofdofficier van justitie wordt de bespreking op 5 september 2006 voortgezet met de Amsterdamse CIE-officier van justitie De Haas. In dat gesprek worden de basisvoorwaarden voor het komen tot een afspraak besproken. Volgens het proces-verbaal dat over dit gesprek en de latere gesprekken door De Haas is opgemaakt, wordt daar onder meer aan de orde gesteld dat nooit méér kan worden toegezegd dan vermindering van de strafeis met de helft, dat La Serpe volledig naar waarheid zal moeten verklaren over zijn eigen rol bij de in de overeenkomst opgenomen zaken en daarover volledige openheid van zaken moet geven en dat hij gebruik kan maken van een advocaat ten behoeve van de totstandkoming van de overeenkomst, wiens kosten het Amsterdamse parket zal vergoeden. Op 11 en 12 september 2006 wordt La Serpe uitvoerig gehoord door CIE-verbalisanten en ditmaal worden zijn verklaringen neergelegd in twee kluisverklaringen. De daarin besproken strafbare feiten worden rechnermatig bekeken. Vervolgens wordt La Serpe in de loop van oktober en begin november 2006 in totaal nog vijf dagen ondervraagd door de CIE, waarmee er uiteindelijk 15 kluisverklaringen liggen.

In de maanden daarna heeft La Serpe gesprekken met diverse medewerkers van het Openbaar Ministerie over zijn verklaringsovereenkomst enerzijds (in het Passage-proces wordt deze de OM-deal genoemd) en zijn getuigenbeschermingsovereenkomst ander-

zijds. De onderhandelingen verlopen niet gemakkelijk: met name over de invulling van het getuigenbeschermingsprogramma komen de wensen van La Serpe niet overeen met de voorstellen van het Openbaar Ministerie. In het bijzonder blijkt La Serpe zijn eerder geuite financiële verwachtingen nog niet te hebben laten varen. Met name de financiële aspecten van het getuigenbeschermingsprogramma zijn punten waarover de partijen niet nader tot elkaar lijken te kunnen komen. Hoewel CIE-officier De Haas in beginsel geen rol heeft bij de gesprekken over getuigenbescherming, is hij wel gebrand op het sluiten van de OM-deal en wanneer de onderhandelingen tussen de TGB-officier en La Serpe in december 2006 zodanig zijn vastgelopen dat La Serpe dreigt de stekker uit het hele traject te trekken, is het dan ook De Haas die op slag en sprong afreist in een poging de vastgelopen onderhandelingen vlot te trekken. De kern van het conflict blijkt gelegen in de 'geldelijke garantie' die de Staat kan geven. Omdat het Openbaar Ministerie en La Serpe op dat punt niet nader tot elkaar komen is er nog steeds geen overeenkomst over de invulling van de getuigenbescherming nadat La Serpe zijn straf zal hebben uitgezeten. La Serpe geeft in de jaren daarna consequent aan dat zijn prioriteit bij die getuigenbeschermingsovereenkomst lag en dat hij had geweigerd enige overeenkomst met het Openbaar Ministerie te sluiten zo lang de getuigenbeschermingsovereenkomst niet rond was.

Er wordt die dag in december 2006 uitvoerig door De Haas met La Serpe gesproken over zijn wensen en verwachtingen, waarbij ook een zogenoemde 'lumpsum' vergoeding aan de orde komt. De raadsman van La Serpe is niet aanwezig bij dit onaangekondigde gesprek. La Serpe noemt een concreet bedrag en geeft expliciet aan een dergelijk bedrag en een zelfstandige inkomensvoorziening noodzakelijk te achten om terugval in het criminele milieu in de toekomst te voorkomen. De Haas belooft in het gesprek naar eigen zeggen de wensen van La Serpe over te brengen aan de TGB-officier Van der Bel. Het gesprek wordt afgesloten met een handdruk, welke La Serpe gepaard laat gaan met de mededeling "deal". Volgens De Haas heeft hij op dat moment benadrukt dat van een deal (nog) geen sprake is en dat La Serpe nader in gesprek zal moeten met de TGB-officier van justitie; La Serpe betwist dit en stelt dat er overeenstemming was over de door hem gestelde (financiële) voorwaarden. Bovendien stelt hij dat in genoemd gesprek de bewuste keuze is gemaakt de geëiste financiële garanties onder te brengen in de getuigenbeschermingsovereenkomst, met als voordeel dat deze afspraken dan geheim kunnen blijven.

Op 18 december 2006 is er overleg tussen La Serpe, zijn raadsman en medewerkers van het getuigenbeschermingsprogramma. Onderwerp van gesprek is een concept intentieverklaring getuigenbescherming. De TGB-officier Van der Bel is niet aanwezig, maar neemt via de speaker van de telefoon deel aan het gesprek. De concept intentieverklaring wordt op 22 december 2006 opnieuw besproken tussen De Haas, La Serpe en diens raadsman, waarbij de financiële kant van de zaak nog eens aan de orde wordt gesteld. Dit leidt tot een aangepaste concept intentieverklaring die op 8 januari 2007 door Van der Bel, medewerkers van het Team Getuigenbescherming en La Serpe en zijn advocaat wederom wordt besproken. Men komt er opnieuw niet uit. Op 17 januari 2007 wordt de bespreking voortgezet en wordt na een uitvoerige discussie overeenstemming bereikt

over de inhoud van een “Intentieverklaring financiële bepalingen.” Dit document houdt volgens het daarbij betrokken hoofd van het Team getuigenbescherming de bepalingen in die met La Serpe zijn overeengekomen en die hem hebben bewogen zijn medewerking te verlenen als kroongetuige. De Intentieverklaring is uiteindelijk gedateerd op 23 januari 2007. La Serpe stelt zijn handtekening te hebben gezet, volgens officier van justitie Van der Bel is het document uitsluitend door hem ondertekend (hetgeen abusievelijk eerst op 18 december 2007 plaats heeft gehad) en was de handtekening van La Serpe niet nodig omdat het een eenzijdige intentieverklaring van de Staat betreft. La Serpe krijgt vanwege veiligheidsredenen geen afschrift van het stuk. Op 2 februari 2007 zet La Serpe zijn handtekening onder de kluisverklaringen en op 20 februari 2007 wordt de OM-deal gesloten.

Verdere onderhandelingen: 2008-2010

Daarmee is het onderhandelingstraject echter bepaald nog niet ten einde. Nadat het College van Procureurs-Generaal medio oktober 2007 toestemming geeft voor de voorgestelde beschermingsmaatregelen, worden vanaf januari 2008 de gesprekken met La Serpe gestart ten behoeve van de nadere invulling van die maatregelen. Deze gesprekken raken meermalen in een impasse, waarbij La Serpe uiteindelijk te kennen geeft zelfstandig zorg te willen dragen voor zijn veiligheid na detentie en geen gebruik meer te willen maken van het Team Getuigenbescherming. In maart 2009 worden door het College van Procureurs-Generaal concrete kaders vastgesteld waarbinnen de maatregelen moesten worden vormgegeven. Op 11 maart 2009 leidt dit tot het eerste incident op zitting dat al snel de naam ‘incident La Serpe’ krijgt. La Serpe geeft bij de openbare behandeling te kennen dat het vertrouwen tussen hem en het Openbaar Ministerie weg is omdat zijn veiligheid niet wordt gegarandeerd. Op 25 maart 2009 escaleert het conflict en geeft La Serpe aan geen verklaringen meer te zullen afleggen in de strafzaak. De OM-deal en de getuigenbeschermingsovereenkomst betreffen in zijn overtuiging nadrukkelijk een ‘package deal’ en nu het Openbaar Ministerie de verplichtingen uit de ene overeenkomst (naar het oordeel van La Serpe) niet nakomt acht hij zich gerechtigd zijn verplichtingen uit de andere overeenkomst op te schorten. La Serpe heeft weinig vertrouwen in de arbitrageprocedure zoals deze kennelijk dwingend wordt voorgeschreven in de getuigenbeschermingsovereenkomst. Hij kondigt dan ook aan de gang naar de civiele rechter te willen inzetten.

Het incident wordt gesust en op 2 juni 2009 wordt een overeenkomst op hoofdlijnen gesloten. Volgens het proces-verbaal van de betrokken TGB-Officiëren wordt daarmee voorzien in een financiële ondersteuning die de getuige de mogelijkheid biedt om een veilig en legaal sociaaleconomisch bestaan op te bouwen na ommekomst van zijn detentie, welke ondersteuning, deels in de vorm van een lening, is gebonden aan voorwaarden en gefaseerd zal plaatshebben over een langere periode. De overeenkomst zou binnen de door het College in maart 2009 gestelde kaders zijn gebleven. De in het televisieprogramma NOVA vervatte berichtgeving dat La Serpe een groot geldbedrag zou hebben bedongen wordt door het Openbaar Ministerie van de hand gedaan: de suggestie dat La Serpe een groot geldbedrag zou ontvangen dat hij naar eigen inzicht zou mogen besteden

is “beslist onjuist.” Het door NOVA genoemde bedrag van € 1.000.000 euro en het beeld dat daar omheen is geschetst worden eveneens onjuist genoemd.

Nog geen jaar later volgt in maart 2010 het tweede incident La Serpe. De procedure die La Serpe bij de arbiter heeft gevoerd is niet naar zijn tevredenheid verlopen en La Serpe wil opnieuw het podium in de strafzaak gebruiken om zijn problemen met het Openbaar Ministerie op te lossen. Hij klapt in toenemende mate uit de school omtrent zijn onderhandelingen met het Openbaar Ministerie en met officier van justitie De Haas in 2006 en spreekt in dat verband van ‘handjeklap’ tussen hen beiden. Zo zou hij gevraagd hebben of hij geen beloning kon krijgen in verband met de opgeloste moorden, maar dat bleek niet mogelijk. In ruil daarvoor werd afgesproken dat zou worden afgezien van een ontnemingsvordering in de zaak Houtman, met welke zaak La Serpe naar eigen zeggen €65.000,- had verdiend. La Serpe stelt dat hij door het Openbaar Ministerie onder druk wordt gezet om te blijven verklaren en dat de weigering daartoe consequenties zal hebben voor zijn getuigenbeschermingsovereenkomst. Daaruit blijkt dat er ook in de beleving van het Openbaar Ministerie sprake is van één traject en van samenhangende overeenkomsten, aldus La Serpe. Behalve dat het Openbaar Ministerie La Serpe er doorlopend op wijst dat hij door te verklaren over zijn conflict de in de getuigenbeschermingsovereenkomst opgenomen geheimhoudingsverplichting schendt en dit consequenties kan hebben voor die overeenkomst, dwingen de uitlatingen van La Serpe het Openbaar Ministerie nadere informatie te verstrekken omtrent de met La Serpe in 2006 en daarna gemaakte afspraken. In een proces-verbaal van 9 april 2010 benoemt TGB-officier Verwiel de voorwaarden van de intentieverklaring d.d. 23 januari 2007: de Staat zal een rentedragende lening verstrekken om La Serpe te voorzien van een startkapitaal voor het starten of overnemen van een onderneming, met als voorwaarden dat La Serpe een jaarlijks rentepercentage over de hoofdsom van de lening betaalt, dat hij een realistisch en aanvaardbaar ondernemingsplan overlegt en dat hij zo veel mogelijk zekerheden aan de Staat verschaft. Verder heeft de Staat zich in aanvulling op de lening garant gesteld om voor een periode van drie jaar het bruto-inkomen van La Serpe aan te vullen tot een bedrag iets hoger dan een modaal inkomensniveau. Nadat La Serpe vervolgens aan heeft gegeven zelf in zijn veiligheid te willen voorzien, is zoals ook in 2009 al aangegeven opnieuw met hem onderhandeld. Dat heeft geresulteerd in de overeenkomst op hoofdlijnen van 2 juni 2009. Hierin is de intentieverklaring van 23 januari 2007 nader uitgewerkt en vervangen, aldus nog steeds de TGB-officier van justitie.

Het conflict woedt de hele zomer voort en in oktober 2010 worden door de verdediging van La Serpe allerhande verzoeken aan de rechtbank gedaan, waarin onder andere wordt gesteld dat de geheimhoudingsverplichting die het Openbaar Ministerie aan La Serpe oplegt, een schending oplevert van zijn onder art. 6 EVRM gegarandeerde recht zichzelf in zijn strafzaak te kunnen verdedigen. Nog voordat de rechtbank daarop heeft kunnen beslissen, vindt er echter een herstel van vertrouwen tussen La Serpe en het Openbaar Ministerie plaats: in november 2010 worden alle verzoeken ingetrokken. De verdediging van de verdachten die door La Serpe worden beschuldigd zit ondertussen echter ook niet stil. Zowel in 2009 als in 2010 worden naar aanleiding van de uitlatingen van La

Serpe uitgebreid verzoeken aan de rechtbank gedaan om nader onderzoek te bevelen naar de gang van zaken bij de totstandkoming van de getuigenbeschermingsovereenkomst van La Serpe, waarbij onder andere wordt gevraagd de betrokken Officieren van Justitie als getuigen te mogen horen. Dit leidt tot de zeer uitvoerige tussenbeslissing van 27 april 2010 waarin de rechtbank het juridisch kader voor het doen van onderzoek naar getuigenbeschermingsperikelen in het kader van de strafzaak neerlegt.⁴⁹⁵ Deze tussenbeslissing zal ten behoeve van een overzichtelijke weergave van deze toch al complexe materie hierna bij de bespreking van het eindvonnis worden betrokken. Op de plaats kan worden volstaan met de mededeling, dat de rechtbank onvoldoende aanleiding ziet om nader onderzoek naar die getuigenbeschermingsovereenkomst te bevelen, waarmee na het intrekken van de diverse nog uitstaande verzoeken van La Serpe het tweede incident La Serpe tot een einde komt.

Naar een afronding: 2011-2012

Niet voor lang: in 2011 volgt een herhaling van zetten wanneer de verdediging van La Serpe op 29 september te kennen geeft dat de eerder ingetrokken verzoeken opnieuw op tafel worden gelegd. La Serpe doet een hele reeks van beschuldigingen aan het adres van het Openbaar Ministerie, variërend van misleiding, bedreiging, bedrog en misbruik van bevoegdheden. Hij zegt dat hem toezeggingen zijn gedaan die niet worden nagekomen, van welke toezeggingen hij stiekem geluidsopnames heeft gemaakt en die hij (naar eigen zeggen) dus kan bewijzen. Dat bewijs kan hij echter niet openbaren omdat hem is gezegd dat de OM-deal zal worden opgezegd en zijn getuigenbeschermingsovereenkomst zal worden beëindigd. Opnieuw wordt de kwestie uitgebreid ter zitting bediscussieerd en op een onbewaakt ogenblik noemt La Serpe de hoogte van het eerder genoemde lumpsum bedrag dat hij met De Haas zou hebben besproken: dat ging over een bedrag van € 300.000,-. Opnieuw wordt door de verdediging van de medeverdachten gesteld dat de schijn van verkapte financiële beloningen er inmiddels zo dik bovenop ligt dat nader onderzoek onvermijdelijk is, opnieuw stelt het Openbaar Ministerie dat deze suggestie een apert onjuiste weergave van de werkelijkheid geeft en opnieuw wijst de rechtbank de verzoeken tot nader onderzoek af.

De kwestie nadert zijn ontknoping wanneer de NOS op 18 maart 2012 bericht over stukken te beschikken, waaronder de overeenkomst van juni 2009, waaruit onder andere blijkt dat de afspraken met La Serpe een bedrag van in totaal € 1.400.000,- belopen. Dit bedrag zou bestaan uit een renteloze lening van € 600.000,- welke eerst na verloop van 25 jaar (ineens) zou moeten worden terugbetaald, alsmede een bedrag van € 800.000,- dat in de loop van 10 jaar zal worden uitgekeerd als vergoeding voor eigen beveiliging en voor het verwerven van een garantie inkomen. Daarnaast zou La Serpe een schadevergoeding van € 2.300.000,- hebben geëist voor onder meer gedeelde levensvreugde van hem en zijn zoon.⁴⁹⁶ Het Openbaar Ministerie reageert als door een wesp gestoken

⁴⁹⁵ Tussenbeslissing Rechtbank Amsterdam 27 april 2010, LJN BM2493.

⁴⁹⁶ <http://nos.nl/artikel/352929-kroongetuige-la-s-krijgt-14-miljoen.html> (laatst bekeken 17 juli 2013).

en geeft een dag later een persbericht uit onder de kop ‘OM koopt geen verklaringen.’⁴⁹⁷ Hierin wordt benadrukt dat noodzakelijke beschermingsmaatregelen geen financieel voordeel voor een getuige zijn, maar voortvloeien uit de zorgplicht van de overheid. De door de NOS genoemde bedragen worden door het Openbaar Ministerie niet betwist en niet bevestigd, maar later blijkt dat de NOS zich baseert op processtukken die La Serpe in het kader van zijn civiele procedure tegen de Staat zelf heeft ingebracht. Bovendien doet de civiele advocaat La Serpe al snel na de berichtgeving door de NOS aangifte van het lekken van informatie door politie of het Openbaar Ministerie. Daarmee kan worden aangenomen dat de bedragen die de NOS heeft genoemd, juist zijn.

Opnieuw worden door de verdediging van de medeverdachten verzoeken tot nader onderzoek gedaan, waarbij behalve op de materiële inhoud van de getuigenbeschermings-overeenkomst van La Serpe inmiddels ook wordt gewezen op de formele kant van de zaak, in het bijzonder de informatieverstrekking van de zijde van het Openbaar Ministerie. Van een lineaire en eenduidige verstrekking van informatie over de met La Serpe gemaakt afspraken was immers bepaald geen sprake geweest: deze was gefragmenteerd, in een grote hoeveelheid processen-verbaal, in de loop der jaren ingebracht. Als gevolg daarvan werd pas in 2010 duidelijk wat er in januari 2007 overeen was gekomen en werd pas in 2012 bekend wat er met die afspraken uit 2007 was gebeurd in de overeenkomst van juni 2009. De laatste overeenkomst werd kort daarna alweer vervangen door een eindovereenkomst die in mei 2012 zou zijn gesloten, welke helemaal onbekend is gebleven. Waar in processen-verbaal uit 2007 werd gesuggereerd dat een volledige weergave was gegeven van de contactmomenten tussen La Serpe en het Openbaar Ministerie, bleek die weergave uiteindelijk allesbehalve volledig en waren verschillende onderhandelingsmomenten die een cruciale rol hadden gespeeld bij de totstandkoming van beide overeenkomsten van La Serpe niet genoemd. Pas naar aanleiding van de verklaringen van La Serpe werd dat beeld gecorrigeerd en werd toegegeven dat er voorafgaand aan de OM-deal door La Serpe met De Haas over geld was gesproken, en dat er eveneens voorafgaand aan de OM-deal financiële toezeggingen waren gedaan door TGB-officieren. De verdediging van de medeverdachten betoogt bovendien dat de inhoud van de informatie over de overeenkomsten van januari 2007 en juni 2009, zoals deze informatie in 2009 en 2010 was ingebracht, zodanig afwijkt van hetgeen in 2012 bekend was geworden, dat de vraag of nog kon worden gesproken van een juiste informatievoorziening van de zijde van de (verschillende onderdelen van) het Openbaar Ministerie, inmiddels gerechtvaardigd was. Opnieuw wordt verzocht om nader onderzoek naar de getuigenbeschermings-overeenkomst en diens totstandkoming, opnieuw wijst de rechtbank de verzoeken af.⁴⁹⁸

De met La Serpe op het gebied van getuigenbescherming gemaakte afspraken en in dat verband gesloten overeenkomsten, zijn dus nooit onderdeel geweest van de procedure. Zij niet onderworpen geweest aan een toetsing door enige instantie buiten het Openbaar

497 http://www.om.nl/organisatie/rijksrecherche/werken_bij/@158571/koopt-verklaringen/ (laatst bekeken 17 juli 2013).

498 Tussenbeslissing Rechtbank Amsterdam 16 april 2012.

Ministerie. Dat geldt uiteraard niet voor de OM-deal, de overeenkomst die op grond van art. 226g Sv is gesloten. Die laatste overeenkomst bevindt zich vanaf het begin van het proces bij de stukken, maar ziet niet op enige getuigenbeschermingsaspecten. Dat wil zeggen: getuigenbescherming komt aan de orde wanneer onder het kopje dat ziet op de omvang van de vervolging van La Serpe wordt overwogen dat om redenen van opportuniteit in de zaak Houtman geen ontnemingsmaatregel zal worden gevorderd. Zo een maatregel verdraagt zich volgens de overeenkomst niet met de financiële positie van La Serpe op dat moment, mede gezien “in het licht van de naar verwachting te nemen (financiële) maatregelen van de getuigenbescherming” en het feit dat de getuige afstand doet van het recht op enige beloning voor het ‘oplossen’ van de zaken als bedoeld in de Regeling Bijzondere opsporingsgelden.⁴⁹⁹ In hetzelfde onderdeel van de overeenkomst wordt neergelegd dat voor een deel van de feiten waarover La Serpe heeft verklaard, vanwege het ontbreken van voldoende wettig en overtuigend bewijs of vanwege opportunititsredenen is besloten van vervolging in die zaken af te zien. La Serpe zal uiteindelijk worden vervolgd voor het medeplegen van een moord, voor het medeplegen van een poging tot moord of de voorbereidingen daartoe, en voor het medeplegen van een poging tot uitlokking van moord. Er wordt overeengekomen dat het Openbaar Ministerie bij onverkorte nakoming van de belofte van La Serpe dat hij volledig en naar waarheid zal verklaren geen 16 jaar zal eisen, zoals zonder overeenkomst zou zijn gebeurd, maar de helft, acht jaren gevangenisstraf.

Zowel over deze strafrechtelijke overeenkomst als over de (deels onbekend gebleven) privaatrechtelijke overeenkomst heeft de rechtbank zich een oordeel moeten vormen. Bij de eerste overeenkomst speelt met name de vraag naar de gedane toezeggingen, waaronder de afspraak dat van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel zou worden afgezien. Bij de privaatrechtelijke overeenkomst gaat het vooral om de vraag of daar afspraken zijn ondergebracht die als verkapte toezeggingen moeten worden aangemerkt en of het Openbaar Ministerie daar (voldoende) transparant of zelfs maar waarheidsgetrouw over is geweest.

5.2.2 *Het oordeel over de verklaringsovereenkomst: de ontnemingstoezegging*

Het verschil in wetssystematiek 2001-2004/2005: verschuivende panelen?

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de aan La Serpe gedane toezeggingen en de daaraan ten grondslag liggende Aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal bespreekt de rechtbank eerst in grote lijnen de wetsgeschiedenis, in het bijzonder de verhouding tussen art. 226g Sv en de ‘reguliere bevoegdheden’ van het Openbaar Ministerie. Na een korte samenvatting van de wetshistorie zoals deze hierboven in hoofdstuk 2 zeer uitgebreid aan de orde is gesteld, komt de rechtbank onder het kopje ‘beschouwing’ tot een interpretatie van die wetshistorie. Gezien het belang voor dit onderzoek zal die beschouwing integraal worden opgenomen en worden besproken.

⁴⁹⁹ Regeling Bijzondere opsporingsgelden, 5389067/505 Stcrt. 2006, 39.

Over het verschil tussen de wetssystematiek van het door de Tweede Kamer in 2001 aangenomen wetsvoorstel enerzijds en de interpretatie van onder andere minister Donner in 2004 en 2005 anderzijds overweegt de rechtbank als volgt:

“Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat de wetgever in eerste instantie een gesloten formeel-wettelijk systeem tot stand heeft willen brengen en dat daarbij alleen de toezegging van verlaging van de strafeis en beperkte gunsten toelaatbaar werden geacht. Met de toevoeging bij amendement van de laatste volzin aan artikel 226g, eerste lid, is dit nog eens extra benadrukt.

Nadat enige jaren praktijkervaring was opgedaan met de voorgestane regeling (in de vorm van de Tijdelijke Aanwijzing) en deze door het openbaar ministerie in de praktijk ontoereikend was bevonden, zijn de panelen echter gaan schuiven. Een minderheid van de Tweede Kamer wilde er onverkort aan vasthouden dat alleen strafvermindering en beperkte gunsten aan criminele getuigen zouden mogen worden toegezegd. Een meerderheid stond – in meerdere of mindere mate – welwillend tegenover de wensen van de Minister maar wilde een nadere juridische en/of inhoudelijke toelichting op het door hem voorgestane systeem. Omdat men in ieder geval geen verdere vertraging wilde oplopen bij het creëren van enige formeelwettelijke basis voor de overeenkomst met de kroongetuige, is de discussie met stemming over een amendement en met de aankondiging door de Minister van een ruimere aanwijzing geëindigd. Toezending van die ruimere, ten tijde in geding geldende aanwijzing op een later moment heeft niet tot enige reactie van de Tweede Kamer geleid.

In de Eerste Kamer heeft het debat zich met name toegespitst op de vraag of artikel 167 Sv een voldoende specifieke wettelijke basis bood voor toezeggingen aan criminele getuigen, maar tot een eenduidig antwoord is het niet gekomen. Kennelijk onder het motto: “Beter iets dan niets” is het wetsvoorstel aangenomen.

Uit de geschetste gang van zaken leidt de rechtbank af dat een meerderheid in beide Kamers ten tijde van de inwerkingtreding van de kroongetuigenregeling niet zozeer de wens had de toezeggingen aan criminele getuigen te beperken tot uitsluitend verlaging van de strafeis en kleine gunsten. Men wilde de overeenkomst formeelwettelijk vastleggen en men wilde geen toezeggingen waarvoor geen enkele wettelijke basis bestond. Gebruikmaking van reeds bestaande bevoegdheden lijkt door de meerderheid van beide Kamers op zich niet onaanvaardbaar te zijn geacht, mits bij aanwijzing duidelijk zou worden geregeld welke toezeggingen wel en welke toezeggingen niet toelaatbaar waren en mits het openbaar ministerie over gemaakte afspraken volledige openheid zou betrachten. Of een dergelijke inrichting van de regelgeving rondom toezeggingen aan kroongetuigen juridisch kon standhouden, werd betwijfeld maar is ter beoordeling aan de rechter gelaten. Uit het feit dat de

Tweede Kamer sinds de toezending van de huidige Aanwijzing in maart 2006 het stilzwijgen heeft bewaard, maakt de rechtbank op dat er binnen het parlement geen overwegende materiële bezwaren leven tegen de wijze waarop het openbaar ministerie volgens de Aanwijzing zijn bevoegdheden mag hanteren om met criminele getuigen tot overeenstemming te komen.”

De rechtbank stelt bij de aanvang van haar beschouwing dus dat de wetgever ‘in eerste instantie’ een gesloten formeel-wettelijk systeem tot stand heeft willen brengen, en dat het amendement Rouvoet-Van der Staaij als uitdrukking van die wens van de wetgever moet worden beschouwd. Dat kan als een bevestiging worden beschouwd van de hierboven betrokken stelling dat ten tijde van het in de Tweede Kamer aannemen van wetsvoorstel 26294 een gesloten systeem werd neergelegd. Nu daarmee op grond van de in het staatsrecht geldende regels de tekst van het wetsvoorstel werd vastgelegd, en daar door de Minister of de Tweede Kamer geen wijzigingen meer in konden worden aangebracht, roept dat de vraag op of het juridisch relevant is of de panelen enkele jaren later zijn gaan schuiven, zoals de rechtbank overweegt. Dit nog los van het feit dat niet duidelijk is op grond waarvan de rechtbank meent dat deze panelen zouden zijn gaan schuiven, of waar de rechtbank de stelling op baseert dat een minderheid van de Tweede Kamer onverkort wilde vasthouden aan dat gesloten systeem, maar een meerderheid welwillend tegenover de wensen van de Minister zou staan. Het voorstel van de Minister tot uitbreiding van het wettelijk systeem zoals dat op 8 september 2004 na het aannemen van het aanvankelijke wetsvoorstel onderwerp van debat in de Tweede Kamer is geweest, is niet in stemming gebracht. Een kwantificering van het oordeel van de Tweede Kamer is reeds daarom lastig. Wel hebben woordvoerders van de verschillende partijen zich uitgesproken, maar dat de meerderheid van die woordvoerders in meer of mindere mate welwillend zou zijn valt uit het verslag van het debat van 8 september 2004 niet af te leiden. Zoals besproken in paragraaf 2.4.2 blijft een duidelijke standpuntbepaling over de vraag of de Minister middels een wijziging van de Aanwijzing de werking van het wetsvoorstel kan verruimen, bij een deel van de woordvoerders uit. Rouvoet (CU) is duidelijk tegen, zowel inhoudelijk als vanuit staatsrechtelijk perspectief en wat hij de zorgvuldigheid van het wetgevingsproces noemt.⁵⁰⁰ Ook Vos (Groenlinks) spreekt zich nadrukkelijk uit tegen het voornemen van de Minister en vóór behoud van de in 2001 getrokken grenzen.⁵⁰¹ Hetzelfde geldt voor Van der Staaij (SGP) en De Wit (SP).⁵⁰² Wolfsen (PvdA) staat welwillend tegenover het verlenen van meer mogelijkheden aan het Openbaar Ministerie, maar lijkt te betogen dat een wetswijziging daarvoor noodzakelijk is, al kan dit niet met zekerheid uit zijn moeilijk navolgbare bijdrage worden afgeleid. Van Haersma Buma (CDA) meent dat het Openbaar Ministerie ruimte moet hebben om de deal te kunnen sluiten, maar zegt niet mee te willen gaan met de voorstellen van de werkgroep Plooi en lijkt die ruimte te willen beperken tot een uitbreiding van de strafvermindering tot maximaal de helft (en dus niet met de uitbreiding die de Minister voorstelt). Hij meent dat dit niet middels

500 P. 96-6199.

501 P. 96-6197.

502 Respectievelijk p. 96-6210 en 96-62111.

een uitbreiding van de Aanwijzing kan geschieden, maar dat de wet zou moeten worden aangepast en stelt in dat verband voor een novelle op te stellen ten behoeve van de Eerste Kamer, al realiseert hij zich naar eigen zeggen dat dit een merkwaardige procedure is.⁵⁰³ Griffith (VVD) wenst met name meer informatie van de Minister te krijgen over de vraag waarom een uitbreiding van de mogelijkheden nu ineens noodzakelijk zou zijn. Zij vraagt aandacht voor de mogelijke slachtoffers van een kroongetuige (overigens naar het zich laat aanzien met name in relatie tot de door de Minister niet voorgestelde immuniteitstoezegging) en lijkt van oordeel te zijn dat onvoldoende duidelijk is gemaakt waarom er een verruiming van de toezeggingen die het Openbaar Ministerie mag doen, zou moeten komen. Anderzijds stelt zij dat de VVD-fractie voorstander is van bestrijding van criminaliteit en van het inzetten van middelen die op dat moment onbenut blijven. Zij lijkt te stellen dat de wet eerst maar eens door de Eerste Kamer moet worden aangenomen en van kracht moet worden, en dat daarna kan worden beoordeeld of de noodzaak tot uitbreiding bestaat.⁵⁰⁴

De situatie is daarmee aldus dat de woordvoerders van de kleinere partijen zich ondubbelzinnig en zowel inhoudelijk als procedureel tegen het voornemen van de Minister hebben uitgesproken. De bijdragen van de grotere partijen zijn verre van ondubbelzinnig, maar dat zij akkoord zouden zijn gegaan met het toekennen van meer mogelijkheden aan het Openbaar Ministerie, los van de vraag hoe en op welke wijze dit zou moeten gebeuren en of dit staatsrechtelijk in die fase nog mogelijk was zonder aanpassing of zelfs intrekking van de wet, kan niet worden gesteld. Dat was zoals besproken ook de conclusie van de Minister, die in zijn brief aan de Eerste Kamer van 24 januari 2005 onderkende dat behoudens een wijziging van de toe te zeggen strafvermindering zoals opgenomen in het amendement Wolfsen en Van Haersma Buma, er geen meerderheid in de Tweede Kamer aanwezig was voor een verdere verruiming of substantiële wijziging van het wetsvoorstel.

Het is juist dat het debat zich in de Eerste Kamer hoofdzakelijk heeft toegespitst op de formele kant van de zaak en op de vraag of het opportuniteitsbeginsel zoals de Minister stelde voldoende wettelijke grondslag bood om buiten het bestek van het wetsvoorstel toezeggingen te doen aan kroongetuigen. Hoewel verschillende senatoren het op verschillende wijze hebben verwoord, is de conclusie over de door de Minister voorgestelde verruiming van de wet aan de hand van de Aanwijzing best eenduidig: de meerderheid van de senatoren meent dat dit juridisch niet kan. Wagemakers (CDA), Rosenthal (VVD), Kox (SP), de Wolf (Groenlinks) en Holdijk (SGP) stellen allemaal dat aanvullende wetgeving noodzakelijk wordt geacht om de door de Minister voorgestelde uitbreiding van toezeggingsmogelijkheden te realiseren. Dit leidt tot de herhaalde verzekering van die Minister dat zou de vrees van de senatoren dat een uitbreiding van de toezeggingsmogelijkheden buiten het wettelijk systeem door de rechter onrechtmatig wordt geacht bewaarheid worden, hij alsnog aanvullende wetgeving zal bevorderen.

503 P. 96-6208.

504 P. 96-6203.

In de Passage-zaak leidt de rechtbank uit de gang van zaken echter af dat een meerderheid in beide kamers “ten tijde van de inwerkingtreding van de kroongetuigenregeling niet zozeer de wens had” om de toezeggingen aan kroongetuigen te beperken tot de strafeis en de kleine gunsten. Daarmee lijkt de rechtbank de beoordeling van het standpunt van de wetgever te verplaatsen van het moment van het aannemen van de wet, naar het moment van de inwerkingtreding van de wet. Die inwerkingtreding lag echter bijna vijf jaar na de stemming in de Tweede Kamer en anderhalf jaar na het door de Tweede Kamer in meerderheid ingenomen standpunt dat aan verdere verruiming of substantiële wijziging van het wetsvoorstel, anders dan een verhoging van de maximale strafvermindering, geen behoefte bestond.⁵⁰⁵ Waar de rechtbank een gewijzigd inzicht van de wetgever te tijde van het in werking treden van de wet uit afleidt is bovendien niet duidelijk, anders dan dit is ingegeven door de veronderstelling dat er na toezending van de nieuwe Aanwijzing in maart 2006 geen verzet vanuit de Tweede Kamer is geweest, zoals binnen twee pagina’s niet minder dan vier keer wordt gesteld. Daarmee lijkt het er op dat noch de in 2001 op democratische wijze tot stand gekomen wetssystematiek, noch de bevestiging van die systematiek in 2004, door de rechtbank doorslaggevend wordt geacht, maar dat de wil van de wetgever wordt afgeleid uit het uitblijven van een reactie wanneer die systematiek in 2006 wordt doorbroken.⁵⁰⁶

Dat is een opmerkelijke benadering van het wetgevingsproces en lijkt mij een miskennen te zijn van het uitgangspunt dat wanneer een wetsvoorstel door de Tweede Kamer wordt vastgesteld, dat wetsvoorstel inhoudelijk niet meer kan worden gewijzigd maar slechts kan worden ingetrokken. Indien in de loop der jaren de panelen zijn gaan verschuiven, zoals de rechtbank veronderstelt, dan is het aan de wetgever om de wet met gebruikmaking van het daartoe voorgeschreven en met waarborgen omklede instrumentarium te wijzigen of in te trekken. Door te stellen dat ‘men’ er naar verloop van tijd anders over denkt en door op grond daarvan een (blijkens de overweging over het gesloten systeem ook volgens de rechtbank) evident andere uitleg aan een wet te geven, worden de fundamenteën onder het wetgevingsproces weggeslagen. De rol van de wetgevende macht en het democratisch systeem waarbinnen deze functioneert worden daardoor in de kern geraakt, nu de democratisch verkozen volksvertegenwoordiging in die lezing er niet meer op zou kunnen vertrouwen dat wetten die door hen worden vastgesteld enige waarde zullen hebben wanneer een anders samengestelde volksvertegenwoordiging

505 Waar de rechtbank de uitkomst van dit debat verwoordt door te stellen dat voor “ingrijpende aanpassingen in het wetsvoorstel op korte termijn geen meerderheid te vinden was” (laatste alinea p. 18 van het vonnis) is dit een onjuiste weergave van deze uitkomst en van hetgeen in de memorie van antwoord van 24 januari 2005 wordt gesteld. Immers niet alleen voor ingrijpende aanpassingen in het wetsvoorstel was geen meerderheid te vinden, hetzelfde geldt voor ‘verdere verruiming’ in het algemeen. Of dit op lange termijn anders zou zijn dan op korte termijn, kan niet blijken.

506 Anders dan Mols meen ik dan ook dat de weergave van de wetgeschiedenis door de rechtbank geen juist beeld geeft van de door de wetgever neergelegde regeling en dat deze weergave daarmee dus niet als ‘voorbeeldig’ kan worden aangemerkt. Mols 2013, p. 302.

enkele jaren later nalaat te protesteren wanneer de uitvoerende macht op eigen houtje besluit dat het anders moet.⁵⁰⁷

Opportuniteit en de algemene bevoegdheden

De redenering om tot relativering van het door de rechtbank vastgestelde gesloten wettelijke systeem te komen wordt in het tweede deel van de beschouwing voortgezet. Dat vervolg geeft blijk van een instrumentalistische benadering van het recht en van de figuur van de kroongetuige in het bijzonder:

“De rechtbank zal tegen deze achtergrond bezien of er een toereikende juridische grondslag is voor de in de Aanwijzing geregelde inzet van algemene bevoegdheden door het openbaar ministerie om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen. Daarbij zal de rechtbank vooral letten op de hoofddoelen die destijds bij de wetgever hebben voorgezeten, te weten: een wettelijke basis, transparantie en toetsbaarheid door de rechter. De rechtbank overweegt dan als volgt.

De Aanwijzing betreft de hantering van bevoegdheden die het openbaar ministerie op grond van de wet heeft, met het doel om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen. Bij de Aanwijzing heeft het openbaar ministerie beleidsregels vastgesteld waarmee het zichzelf beperkt in de wijze waarop het voor dat doel van die wettelijke bevoegdheden gebruik maakt. Daarbij zijn de instrumenten die tijdens de parlementaire behandeling steeds onaanvaardbaar zijn bevonden, zoals onderhandelingen over de inhoud van de tenlastelegging en het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit, gekwalificeerd als ontoelaatbare toezeggingen.

Het enkele feit dat algemene bevoegdheden, die door het openbaar ministerie mogen worden gehanteerd vanuit het opportuniteitsbeginsel, worden ingezet voor het specifieke doel om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen, betekent naar het oordeel van de rechtbank op zichzelf niet dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Het kan immers in het algemeen belang zijn om over de verklaringen van een criminele getuige te kunnen beschikken. Wel zal de wijze waarop de algemene bevoegdheden in het concrete geval zijn ingezet moeten voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.

De Aanwijzing vormt recht in de zin van artikel 79 van de Wet RO. De rechter kan daarom gemaakte afspraken aan de Aanwijzing toetsen en aan eventuele

507 Dit nog los van de vraag of Kamerleden de taakstelling laat staan de tijd en gelegenheid hebben om in de gaten te houden of wetgeving, die is aangenomen in een periode dat zij zelf nog niet in de Kamer zaten door collega's die inmiddels weg zijn en waarmee zij weinig tot niets te maken hebben gehad, in overeenstemming is met beleid of andere lagere regelgeving. De vraag stellen is hem beantwoorden, lijkt me.

overschrijding van de bij de Aanwijzing geformuleerde grenzen consequenties verbinden. Verder is de Minister over de inhoud en de toepassing van de Aanwijzing verantwoording verschuldigd aan het parlement. De toezending aan het parlement van de Aanwijzing, waarin aan het openbaar ministerie werd toegestaan om bepaalde algemene bevoegdheden in te zetten om tot overeenstemming met de getuige te komen, heeft voor zover valt na te gaan niet geleid tot enig kritisch geluid vanuit het parlement.

Ten slotte voorziet de Aanwijzing in duidelijke procedurele waarborgen doordat de Centrale Toetsingscommissie, het College van Procureurs-Generaal en zo nodig de Minister van Justitie de voorgenomen overeenkomst toetsen alvorens deze tot stand komt. De wet en de Aanwijzing voorzien in transparantie over de (totstandkoming van de) gemaakte afspraken naar de rechter en de verdediging, en in toetsing van de uiteindelijke overeenkomst door de rechter-commissaris en de zittingsrechter aan de eisen van o.a. proportionaliteit en subsidiariteit.

Naast het bestaan van een formeelwettelijke basis en de aanwezigheid van procedurele waarborgen acht de rechtbank voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de Aanwijzing van groot belang dat de kroongetuigenregeling in het leven is geroepen met het oog op de bestrijding van zeer zware criminaliteit met behulp van getuigenverklaringen vanuit het criminele circuit. Van een potentiële kroongetuige die uiterst belastend kan verklaren over zeer ernstige delicten, wordt veelal gevraagd inzicht te geven in eigen, ernstig strafbaar handelen en zijn eigen veiligheid ernstig en zeer langdurig op het spel te zetten. Het openbaar ministerie zal het vertrouwen van de potentiële getuige langzaam maar zeker moeten winnen. In een dergelijke situatie heeft het openbaar ministerie per definitie een zekere speelruimte nodig om effectief te kunnen opereren. Een interpretatie waarbij vrijwel iedere speelruimte aan het openbaar ministerie wordt ontnomen doet het nuttig effect van de regeling teniet.”

Allereerst is in deze overwegingen van de rechtbank de echo van de benadering van minister Donner hoorbaar, wanneer wordt gesteld dat het Openbaar Ministerie zichzelf in de Aanwijzing beperkt in de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de wettelijke bevoegdheden, in plaats van dat (het systeem van) de wet die beperkingen aan het Openbaar Ministerie oplegt. Bijzonder is ook dat de rechtbank daarbij overweegt dat instrumenten die tijdens de parlementaire behandeling steeds onaanvaardbaar zijn bevonden zoals strafrechtelijke immuniteit, door het Openbaar Ministerie zelf als ontoelaatbare toezeggingen zijn aangemerkt. Die twee uitgangspunten lijken moeilijk verenigbaar. Immers wanneer de rechtbank meent dat door het feit dat bepaalde instrumenten bij de parlementaire behandeling steeds onaanvaardbaar zijn bevonden het Openbaar Ministerie gedwongen is die instrumenten niet te gebruiken, is van een zichzelf beperken door het Openbaar Ministerie geen sprake. Het Openbaar Ministerie wordt dan immers

beperkt door de kaders zoals de wetgever deze vastlegt. Het lijkt er echter op dat de rechtbank bedoelt dat het Openbaar Ministerie *niét* gebonden is aan de beslissing omtrent de onaanvaardbaarheid van de bij de parlementaire behandeling besproken instrumenten. Dat standpunt komt voort uit de wijze waarop de rechtbank het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel in de context van het wetsvoorstel uitlegt.

Vooropgesteld moet worden dat het opportuniteitsbeginsel primair ziet op de vervolgingsbeslissing en geen vrijbrief voor het Openbaar Ministerie vormt om allerhande toegekende bevoegdheden naar believen in te zetten wanneer het maatschappelijk belang daar naar het oordeel van het Openbaar Ministerie mee is gediend. Dat het in het algemeen belang kan zijn om over de verklaringen van een criminele getuige te kunnen beschikken, betekent dan ook niet dat het opportuniteitsbeginsel een wettelijke grondslag biedt om al het mogelijke te kunnen doen om die verklaringen te verkrijgen, dit nog los van het feit dat het algemeen belang daarmee wel erg gemakkelijk wordt vereenzelvigd met het vervolgingsbelang. Bovendien heeft de wetgever, die het Openbaar Ministerie middels het opportuniteitsbeginsel bepaalde mogelijkheden toekent, die mogelijkheden aan grenzen verbonden wanneer overeenkomsten met kroongetuigen worden gesloten. Daarmee werd uitdrukking gegeven aan het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel dat strafvordering plaatsheeft op de wijze bij de wet voorzien, en dat het Openbaar Ministerie slechts bevoegdheden heeft waar de formele wet deze bevoegdheden toekent en voor die gevallen waarvoor de formele wet die bevoegdheden heeft toegekend. Een lezing van art. 167 Sv die erop neer komt dat het opportuniteitsbeginsel het Openbaar Ministerie machtigt om al datgene te doen dat het Openbaar Ministerie in het algemeen belang acht, is in strijd met het legaliteitsbeginsel én het opportuniteitsbeginsel en zou in haar meest doorgevoerde vorm tot het door de Commissie Van Traa gelogenstrafte uitgangspunt leiden dat al wat niet in de wet verboden is, mag. Natuurlijk is het zo dat het enkele feit dat algemene bevoegdheden worden ingezet voor het specifieke doel om met een criminele getuige tot overeenstemming te komen, niet betekent dat sprake is van misbruik van bevoegdheden, maar dat wordt anders op het moment dat de wetgever die algemene bevoegdheden specifiek niet van toepassing heeft verklaard op een overeenkomst met een kroongetuige. Bovendien keert de rechtbank de redenering om: de toets zou moeten zijn of het Openbaar Ministerie zich houdt aan de bevoegdheden die het toegekend heeft gekregen, niet of het zich niet schuldig maakt aan *detournement de pouvoir*.⁵⁰⁸ Anders gezegd: het Openbaar Ministerie handelt slechts rechtmatig wanneer het de hem in de wet toegekende bevoegdheden gebruikt in die gevallen waarvoor de wet die bevoegdheden verleent en niet door geen misbruik te maken van de hem toegekende bevoegdheden.

Na (voor een vierde en laatste keer) te hebben gewezen op het uitblijven van een reactie van de Tweede Kamer en een vermelding van de procedurele waarborgen die in die Aanwijzing zijn vervat, te weten dat de CTC, het College van Procureurs-generaal en zo nodig de Minister van Justitie de voorgenomen overeenkomst toetsen, wordt de laatste stap in de redenering van de rechtbank gezet. De rechtbank overweegt dat voor de

508 Zie hierover ook de discussie in de Eerste Kamer tussen Rosenthal en Minister Donner.

beoordeling van de rechtmatigheid van de Aanwijzing van belang moet worden geacht dat deze in het leven is geroepen met het oog op de bestrijding van zeer zware criminaliteit en dat van een kroongetuige veel wordt gevraagd. Met het oog daarop moet het Openbaar Ministerie in deze visie van de rechtbank een zekere speelruimte hebben om effectief te kunnen opereren en een interpretatie waarbij vrijwel iedere speelruimte aan het Openbaar Ministerie wordt ontnomen, doet het nuttig effect van de regeling naar het oordeel van de rechtbank teniet.

Met verwijzing naar de consoliderende functie van wetgeving zoals deze hierboven in paragraaf 4.2.2 is aangestipt, miskent de rechtbank met deze overwegingen dat de afweging tussen een effectieve regeling enerzijds en andere belangen anderzijds al gemaakt is door de wetgever, en dat het niet aan de rechtbank is die overweging over te doen met een ander resultaat tot gevolg. Zoals herhaaldelijk besproken is het in art. 226g Sv neergelegde gesloten model nu juist tot stand gekomen als gevolg van een zeer langdurig wetgevingsproces waarin door de verschillende daarbij betrokken Kamerleden alle voors en tegens zijn afgewogen, met de wettelijke regeling tot gevolg. De rechtbank kan wel menen dat een ‘interpretatie’ waarbij het Openbaar Ministerie weinig speelruimte krijgt gevolgen heeft voor het nuttig effect van die regeling, maar daarmee neemt de rechtbank plaats op de stoel van de wetgever, nog los van het feit dat de rechtbank met deze overweging weinig recht doet aan de zeer uitvoerige deliberatie die de Tweede Kamer aan deze wettelijke regeling heeft gewijd. Dat de rechtbank en passant de door de wetgever neergelegde wetssystematiek degradeert tot een interpretatie en onomwonden stelt dat de gekozen wetssystematiek de regeling nutteloos maakt, maakt het er niet beter op.

De conclusie van de rechtbank: voldoende juridische grondslag

Na deze beschouwingen laten de conclusies van de rechtbank zich raden. Er wordt geen probleem gezien in de handelwijze van het Openbaar Ministerie en de Aanwijzing die aan het Openbaar Ministerie toezeggingsmogelijkheden biedt die de wetgever keer op keer expliciet heeft willen uitsluiten, wordt als een voldoende en rechtmatige juridische grondslag voor het doen van die toezeggingen aangemerkt:

“De rechtbank komt dan tot de volgende conclusies ten aanzien van het juridisch kader.

In de eerste plaats blijven algemene bevoegdheden van het openbaar ministerie, zoals de bevoegdheid om de verdachte voor bepaalde zaken niet te vervolgen op grond van het opportuniteitsbeginsel en de bevoegdheid om schikkingen te treffen met betrekking tot wederrechtelijk verkregen voordeel bestaan, ook al wordt met de verdachte een overeenkomst ex artikel 226g Sv gesloten. Niet uit te sluiten valt echter dat deze bevoegdheden worden gebruikt op een wijze die geen andere conclusie toelaat dan dat sprake is van een verkapte toezegging voor verklaringen. In dat geval rijst de vraag of er sprake is van een geoorloofde toezegging.

In de tweede plaats bieden artikel 226g Sv, de wettelijke bepalingen waarbij aan het openbaar ministerie algemene bevoegdheden worden toegekend en de Aanwijzing in hun onderlinge samenhang een toereikende wettelijke grondslag aan het openbaar ministerie om deze algemene bevoegdheden op de door de Aanwijzing voorziene wijze in te zetten om met een getuige tot overeenstemming te komen. Van een intransparant gebruik van een omstreden opsporingsmethode zonder wettelijke grondslag, voor welk gevaar in het rapport van de commissie Van Traa werd gewaarschuwd, is bij naleving van de Aanwijzing in het geheel geen sprake. Uiteraard dient het openbaar ministerie bij het sluiten van een overeenkomst niet alleen de grenzen van de Aanwijzing in acht te nemen, maar dient het geheel van toezeggingen ook te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en dient het openbaar ministerie (met een uitzondering waar het gaat om getuigenbescherming) transparant te zijn over gemaakte afspraken.

Meer in het bijzonder vormen naar het oordeel van de rechtbank de artikelen 36e Sr (inzake de ontnemingsvordering) en 511c Sv (inzake de bevoegdheid van het openbaar ministerie om met de verdachte of veroordeelde tot een schikking te komen totdat de rechter op de ontnemingsvordering heeft beslist), het opportuniteitsbeginsel en punt 4 van de Aanwijzing, beschouwd in onderlinge samenhang, een voldoende juridische grondslag voor de bevoegdheid van het openbaar ministerie om in het kader van een overeenkomst met een criminele getuige toe te zeggen voor ten hoogste de helft van een ontnemingsvordering af te zien, waarbij moet worden voldaan aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en transparantie.”

Anders dan de rechtbank meen ik dat de wetgever door de expliciete beslissing het doen van toezeggingen aan getuigen van een wettelijke grondslag te voorzien, een beperking heeft aangebracht op wat door de rechtbank als de algemene bevoegdheden van het Openbaar Ministerie worden aangemerkt. Daardoor is die wettelijke regeling leidend geworden en kunnen die algemene bevoegdheden niet onverkort door het Openbaar Ministerie ingezet worden bij het sluiten van een overeenkomst met een getuige. De grenzen van het opportuniteitsbeginsel (en van de andere aan het Openbaar Ministerie toegekende bevoegdheden) worden bepaald door de wetgever, die daar in dit geval ook beslissingen over heeft genomen. Als gevolg daarvan is het Openbaar Ministerie bij het sluiten van een overeenkomst niet primair gebonden aan de grenzen van de Aanwijzing en de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, maar aan de wet, in het bijzonder aan art. 226g lid 1 Sv, dat uitsluitend voorziet in de toezegging dat een lagere straf zal worden geëist. De koppeling naar de bepalingen betreffende de ontnemingsvordering en de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om tot een schikking over zo een vordering te komen, lijdt aan eenzelfde manco, nu ook die bepalingen derogeren aan het in art. 226g neergelegde kader. Deze aan het Openbaar Ministerie toekomende bevoegdheden zijn op het moment dat deze worden ingezet teneinde te komen tot een overeenkomst met een getuige (*do ut des*) onderworpen aan het wettelijke regime van de kroongetuigenregeling.

Hetzelfde geldt voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in zijn meest zuivere betekenis, de beslissing omtrent vervolging. Ook die beslissing, die zowel ziet op de vraag of voor een strafbaar feit dient te worden vervolgd als op de vraag op welke wijze dat dient te gebeuren, is in haar algemeenheid onbetwist voorbehouden aan het Openbaar Ministerie. Op het moment dat deze bevoegdheid wordt ingezet in de context van een overeenkomst met de kroongetuige is ook deze bevoegdheid echter onderworpen aan de wettelijke regeling en daarmee niet toegestaan. Het opportuniteitsverbod is niet het gevolg van “eigen beperking” door het Openbaar Ministerie, maar van de uitdrukkelijke beslissing van de wetgever dat immuniteit niet aan een kroongetuige mag worden toegezegd. De meest cynische consequentie van het oordeel van de rechtbank dat het Openbaar Ministerie diens algemene bevoegdheden op grond van het opportuniteitsbeginsel behoudt, is wel dat dit eindeloos besproken immuniteitsverbod door de rechtbank onderuit wordt gehaald, en dat het overhevelen van de immuniteitstoezegging van de categorie van verboden toezeggingen naar toelaatbare toezeggingen in die visie slechts een aanpassing van de Aanwijzing vergt. Immuniteit zou in de lezing van de rechtbank, in weerwil van de door de Commissie van Traa, de Commissie Kalsbeek en alle bij de totstandkoming van het wetsvoorstel betrokken partijen genomen expliciete beslissing dat die toezegging in ieder geval buiten de orde is, door het Openbaar Ministerie eigenhandig aan het arsenaal van mogelijkheden om een overeenkomst met een kroongetuige te maken kunnen worden toegevoegd.⁵⁰⁹ De voorzitter van het College van Procureurs-Generaal Bolhaar kondigde op de dag van het vonnis van de rechtbank in het programma Pauw en Witteman dan ook al aan, dat het Openbaar Ministerie van de immuniteitstoezegging gebruik wenst te gaan maken.

Een andere complicatie van deze redenering betreft de definitie van een deal-getuige zoals de rechtbank die zelf geeft. Bij de bespreking van de status van kluisverklaringen verderop in het vonnis,⁵¹⁰ stelt de rechtbank dat een dealgetuige een verdachte is die eerst bereid is gevonden een getuigenverklaring af te leggen in de strafzaak tegen andere verdachten in ruil voor een toezegging dat bij de vervolging in zijn eigen strafzaak strafvermindering (tot maximaal de helft) zal worden gevorderd. Daarmee beperkt de rechtbank de figuur van de kroongetuige tot een getuige aan wie de toezegging van strafvermindering is gedaan. Dat was ook het uitgangspunt van de wetgever in 2001, maar dit hing direct samen met het genoemde gesloten stelsel en met de veronderstelling dat andere toezeggingen dan strafvermindering, behoudens de kleine gunsten, niet zouden kunnen worden gedaan. Van dat laatste uitgangspunt is de rechtbank echter afgeweken, als gevolg waarvan op grond van de veronderstelde algemene bevoegdheden zelfs immuniteit aan een kroongetuige zou kunnen worden toegezegd. Dat zou tot de bizarre consequentie leiden dat een getuige aan wie immuniteit wordt toegezegd geen kroongetuige is op wie het regime van art. 226g e.v. Sv van toepassing is, diens overeenkomst dientengevolge niet

509 Daarmee gaat de rechtbank overigens minder ver dan de Rechtbank Breda die als gezien in paragraaf 5.1.1 in de Chemiepack-zaak kort en goed stelde dat de immuniteitstoezegging los van de Aanwijzing op grond van het opportuniteitsbeginsel kon worden gedaan.

510 Zie hierna paragraaf 5.3.4.

aan de rechter-commissaris behoeft te worden voorgelegd en op wiens positie het hele wettelijk regime van de kroongetuigenregeling niet van toepassing is, terwijl een getuige die 'slechts' strafvermindering toegezegd heeft gekregen, wél een kroongetuige is en wél volgens dat wettelijk regime, inclusief het bijzondere bewijsminimum van art. 344a lid 4 Sv en de bijzondere motiveringsplicht van art. 360 lid 2 Sv, dient te worden beoordeeld.

Alleen uit deze laatste consequentie blijkt al dat de lezing van de rechtbank niet als juist kan worden aanvaard. Ik handhaaf mijn stelling, dat de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen, waar deze voorziet in andere toezeggingen dan strafvermindering en kleine gunsten, in strijd is met de wet, en om die reden op die punten buiten toepassing had moeten worden gelaten. Dat wil niet zeggen dat er geen goede redenen zouden kunnen zijn om de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie op dit punt uit te breiden, maar dat zal op de daartoe voorgeschreven wijze moeten gebeuren. Ik kom hier in hoofdstuk 6 op terug.

De ontnemingstoezegging aan La Serpe

Wat de beoordeling van de met La Serpe gemaakte afspraak dat er helemaal geen voordeel zou worden ontnomen terwijl de Aanwijzing slechts voorziet in vermindering tot maximaal de helft betreft, stelt de rechtbank dat deze niet onrechtmatig is aangezien de betreffende afspraak geen toezegging in ruil voor af te leggen verklaringen is. Dit nu het Openbaar Ministerie, anders dan La Serpe stelt, volgens de rechtbank niet heeft onderhandeld over het achterwege laten van een ontnemingsvordering, hoewel in de overeenkomst staat vermeld dat van die vordering wordt afgezien om redenen van opportuniteit. Het argument dat het wederrechtelijk verkregen voordeel van € 65.000,- kon worden weggestreept tegen (een) beloning(en) waar La Serpe aanspraak op zou kunnen maken, zoals het Openbaar Ministerie op zitting meermalen naar voren heeft gebracht en zoals ook in de overeenkomst is opgenomen, wordt door de rechtbank buiten beschouwing gelaten, aangezien onvoldoende vast is komen te staan dat La Serpe recht zou hebben gehad op die gelden.⁵¹¹ Ondanks dat de rechtbank dus stelt dat het Openbaar Ministerie op grond van onjuiste argumenten stelt dat van het niet ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel is afgezien, vindt de rechtbank dat het Openbaar Ministerie tot die beslissing kon komen om redenen van opportuniteit, te weten het mede in het licht van het getuigenbeschermingstraject ontbreken van verhaalsmogelijkheden bij La Serpe. Dat acht de rechtbank niet een "zo onbegrijpelijke beslissing dat er in feite slechts sprake kan

511 Door de verdediging was op dit punt aangevoerd dat uit de wetsgeschiedenis duidelijk kan blijken dat het doen van uitkeringen op grond van de Regeling tip- en toondergelden (de latere Regeling bijzondere opsporingsgelden) onaanvaardbaar werd geacht, nu dit werd beschouwd als een financiële beloning voor het afleggen van verklaringen (onder andere in de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1999-200, 26294, nr. 6, p. 14). Bovendien was La Serpe in een deel van de zaken waarvoor hij een beloning zou kunnen vragen zelf als verdachte aangemerkt, waarmee de Regeling zich tegen betaling verzette, en bleek dat in die zaak én een andere zaak de beloningen ruim na het tactisch beschikbaar komen van de verklaringen van La Serpe nog openstonden. Kennelijk was men in die zaken dus niet van oordeel dat de verklaringen van La Serpe de zaken hadden opgelost. Het wegstrepen van beloningen tegen de ontneming is dan moeilijk te begrijpen.

zijn van een verkapte financiële beloning.” Van handelen in strijd met de Aanwijzing is volgens de rechtbank dan ook geen sprake.

Los van het feit dat deze redenering van de rechtbank aan hetzelfde manco leidt ten aanzien van de werking van het opportuniteitsbeginsel, welke werking anders dan de rechtbank veronderstelt (juist ook) ten aanzien van het wederrechtelijk verkregen voordeel door de wetgever van een beperking is voorzien, is ook hier bovendien sprake van een vermenging van het civiele recht met het strafrecht. Immers, vanuit civielrechtelijk perspectief kan heel wel betoogd worden dat het gegeven dat deze afspraak tussen het Openbaar Ministerie en La Serpe in de overeenkomst is opgenomen, maakt dat die afspraak onderdeel vormt van de overeenkomst en dat beide partijen zich daar op kunnen beroepen. Nu die overeenkomst de rechten en plichten van de bij die overeenkomst betrokken partijen vastlegt, is de voor de getuige van evident belang zijnde beslissing dat van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel ten bedrage van € 65.000 zal worden afgezien, en die volgens La Serpe wel degelijk onderwerp van gesprek is geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst, moeilijk los te zien van de voorwaarden waaronder hij zich tot het afleggen van de verklaringen bereid heeft verklaard. De afspraak is aan het sluiten van de overeenkomst vooraf gegaan en is op zijn minst onderwerp van gesprek geweest bij het komen tot die overeenkomst. Nu La Serpe daar de overtuiging aan heeft overgehouden dat het Openbaar Ministerie niet tot ontneming zou overgaan, dit een rol heeft gespeeld bij zijn beslissing de overeenkomst met Openbaar Ministerie aan te gaan, en het het Openbaar Ministerie op grond van die overeenkomst niet vrij staat alsnog tot ontneming over te gaan, is het standpunt van de rechtbank dat geen sprake is van een toezegging naar mijn oordeel moeilijk te begrijpen. Er is immers sprake van een afspraak die scherp omschreven, helder en hard is en die bij de kroongetuige concrete verwachtingen heeft gewekt over wat hij van het Openbaar Ministerie mocht verwachten.

Tot slot is voor dit aspect van het vonnis vooral nog van belang dat uit de gang van zaken in ieder geval volgt dat het College van Procureurs-Generaal akkoord is gegaan met het geheel afzien van een ontneming tot wederrechtelijk verkregen voordeel, met als uitgangspunt dat daarvan werd afgezien omdat de kroongetuige afstand zou doen van beloningen op grond van de Regeling Bijzondere opsporingsgelden. Dat akkoord werd gegeven terwijl het College geweten moet hebben of kon hebben wat het standpunt van de wetgever over het aanbrengen van een scheiding tussen de toepassing van die Regeling en toezeggingen aan getuigen was. Bovendien kon uit de gedachte dat de ontneming zou worden weggestreept tegen de bijzondere opsporingsgelden blijken dat wel degelijk sprake was geweest van onderhandelingen en van een afspraak waaraan La Serpe rechten kon ontleen, die een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van zijn bereidheid om de overeenkomst met het Openbaar Ministerie te sluiten. Zowel vanuit civielrechtelijk perspectief als vanuit strafrechtelijk perspectief was daarmee ten tijde van de toetsing door het College van Procureurs-Generaal in ieder geval sprake van een toezegging die de kaders van de eigen Aanwijzing te buiten ging. Dat heeft het College er niet van weerhouden diens fiat aan de voorgenomen afspraak te geven. Dat geeft te

denken, temeer nu de toetsing door het College, daarbij geadviseerd door de Centrale Toetsingscommissie, door de rechtbank als een waarborg voor de rechtmatigheid van de overeenkomst wordt beschouwd en toetsing door het College een nog veel grotere rol speelt bij de tweede rechtsbetrekking, de getuigenbeschermingsovereenkomst.⁵¹²

5.2.3 *Het oordeel over de getuigenbeschermingsovereenkomst: De afspraken op het gebied van getuigenbescherming*

De toezegging dat beschermingsmaatregelen zullen worden getroffen

Ondanks dat uiteindelijk geen zekerheid was verkregen omtrent de met La Serpe op het gebied van getuigenbescherming gemaakte afspraken, kwam volgens de verdediging op grond van de in paragraaf 5.2.1 geschetste totstandkoming van deze afspraken met La Serpe en hetgeen daarover in de loop van het proces naar voren was gekomen, een aantal mogelijk verboden toezeggingen in beeld. De Aanwijzing heeft in lijn met de wet het geven van een financiële beloning en het treffen van getuigenbeschermingsmaatregelen, anders dan de toezegging dat deze zo nodig zullen worden bevorderd, immers als niet toelaatbaar aangemerkt. Er werd betoogd dat de in de 'Intentieverklaring financiële bepalingen' met hem gemaakte afspraken alsmede de later in juni 2009 gewijzigde afspraken als (verkapte) financiële beloningen moesten worden aangemerkt. Omdat de door La Serpe gestelde eis dat voorafgaand aan het sluiten van de OM-deal duidelijkheid zou worden gegeven omtrent de (invulling van) getuigenbeschermingsmaatregelen had geresulteerd in het sluiten van die intentieverklaring voorafgaand aan de OM-deal, zou verder moeten worden vastgesteld dat de toezegging dat (specifieke) getuigenbeschermingsmaatregelen zouden worden getroffen, was gedaan. Daarmee was naar het oordeel van de verdediging sprake van een tweede verboden toezegging.

Te beginnen met het laatste punt: naar uit de wetshistorie kan worden afgeleid is de achtergrond van deze verboden toezegging gelegen in het uitgangspunt van de wetgever dat er met een getuige niet zou worden onderhandeld omtrent de aard van de te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen, zoals dit uitgangspunt ook in het reguliere kader van persoonsbeveiliging heeft te gelden. Dit uitgangspunt moet in samenhang worden gezien met de wens van de wetgever om de (schijn van) financiële beloningen in ruil voor getuigenverklaringen te voorkomen. De enigszins naïeve veronderstelling lijkt te zijn geweest dat het mogelijk zou zijn eerst afspraken met een getuige te maken omtrent diens bereidheid om verklaringen in een strafzaak af te leggen en pas daarna te gaan spreken over getuigenbescherming. Die latere gesprekken zouden bovendien buiten de officier van justitie die zich met de strafzaak bezighoudt moeten plaatshebben, al lijkt de gedachtegang op dit punt niet geheel te zijn uitgewerkt. Zo heeft men er voor zo ver te achterhalen valt niet bij stilgestaan, dat de gesprekken over getuigenbescherming uiteindelijk óók door een officier van justitie gevoerd zouden worden en dat zowel de zaaksofficier als de

⁵¹² Zie wat dat betreft ook hieronder in paragraaf 5.3.4 de door de CTC en het College genomen beslissing omtrent de zogenoemde Holleeder-weglating.

TGB-officier uiteindelijk onder verantwoordelijkheid en aansturing van één en hetzelfde College van Procureurs-Generaal valt. Bovendien ligt het uiteindelijke oordeel over beide overeenkomsten bij datzelfde College van Procureurs-Generaal, waarmee los van de daarover te voeren onderhandelingen met de kroongetuige één en hetzelfde orgaan binnen het Openbaar Ministerie uiteindelijk beide overeenkomsten (vrijwel gelijktijdig) beoordeelt. Zowel op een abstracter hiërarchisch niveau, als op het niveau van de feitelijke totstandkoming van deze overeenkomsten, geldt dus dat het Openbaar Ministerie als één en ondeelbaar instituut in geval van een kroongetuige per definitie toezeggingen doet omtrent de te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen wanneer hierover voorafgaand aan of gelijktijdig met de OM-deal afspraken worden gemaakt. Dat op een lager niveau in de piramide sprake is van verschillende natuurlijke personen die bij de twee rechtsbetrekkingen betrokken zijn, doet daar niets aan af. Daarbij kan niet onopgemerkt blijven dat de wetgever nu juist nadrukkelijk het oog had op een ondeelbaar Openbaar Ministerie toen deze het Openbaar Ministerie reorganiseerde, en voorop stelde dat dit Openbaar Ministerie om aan diens doelstelling te kunnen voldoen noodzakelijkerwijs moest worden geconstrueerd als één organisatie, die als een eenheid fungeert. Het aanbrengen van een kunstmatige scheiding tussen verschillende onderdelen van het ene en ondeelbare Openbaar Ministerie past niet in die zienswijze, nog afgezien van het feit dat in de top van de piramide die scheiding als gezegd niet bestaat.

Daar komt in de Passage-zaak nog bij dat bij de totstandkoming van beide rechtsbetrekkingen een zwaarwegende rol wordt gespeeld door één en dezelfde natuurlijke persoon, te weten CIE-officier van justitie De Haas. Niet alleen is de OM-deal waarin de bereidheid van La Serpe tot het afleggen van verklaringen werd vastgelegd door hem met La Serpe uit onderhandeld, gesloten en ondertekend, bovendien was hij nauw betrokken bij de onderhandelingen met La Serpe op het gebied van getuigenbescherming en heeft hij daarin in ieder geval een bemiddelende rol gespeeld. Zeker nu voor La Serpe die getuigenbeschermingsafspraken de hoogste prioriteit hadden, hij consequent te kennen gaf pas tot sluiting van de OM-deal over te zullen gaan wanneer op dat punt overeenstemming was bereikt en nu bovendien de volgorde ook is geweest dat er eerst overeenstemming werd bereikt over getuigenbescherming en pas daarna tot ondertekening van de kluisverklaringen en de OM-deal werd overgegaan, wordt de juridische scheiding tussen beide rechtsbetrekkingen feitelijk wel erg dun. Voor La Serpe is die scheiding er nooit geweest: hij heeft keer op keer te kennen gegeven dat er in zijn beleving sprake was van één traject, dat hij het grootste deel van de afspraken over dat traject heeft gemaakt met één en dezelfde persoon en dat hij van de zijde van het Openbaar Ministerie nooit de indruk heeft gekregen dat de trajecten los van elkaar staan. Daarbij wees hij op het feit dat hij bij de totstandkoming van de uiteindelijke afspraken omtrent getuigenbescherming zoals deze in mei 2012 zijn vastgelegd, opnieuw steeds onderhandelde met diezelfde De Haas, inmiddels geen officier van justitie meer maar senior beleidsmedewerker bij het Parket-Generaal. Verder zou tijdens conflicten met het Openbaar Ministerie in de jaren die daaraan voorafgingen steeds zijn bedreigd met het opzeggen van de getuigenbeschermingsovereenkomst, wanneer hij zijn verplichting om te verklaren op grond

van de OM-deal niet zou nakomen. Ook daaruit blijkt dat onderhandelingen direct met elkaar samenhangen, aldus La Serpe.⁵¹³

In ieder geval staat vast dat de grotendeels financiële afspraken op het gebied van getuigenbescherming voor La Serpe een volstrekte *conditio sine qua non* waren om tot een overeenkomst met het Openbaar Ministerie te komen. De vraag is of deze daarmee niet in ieder geval binnen het brede ‘do ut des-verband’ zoals dat in de Tweede Kamer steeds werd besproken moeten worden gebracht en daarmee als vallend binnen de context van de strafrechtelijke rechtsbetrekking moeten worden aangemerkt. In combinatie met de constatering dat afspraken zijn gemaakt die als dusdanig helder en hard kunnen worden aangemerkt dat deze bij de daarbij betrokken partijen concrete verwachtingen hebben gewekt, roept dit de vraag op in hoeverre de getuigenbeschermingsovereenkomst niet de facto een binnen de strafrechtelijke rechtsbetrekking geldende toezegging oplevert, te weten dat bepaalde maatregelen zullen worden getroffen. Die toezegging is in strijd met het wettelijk kader en met de eigen Aanwijzing. Voor alle helderheid: het is helemaal niet vreemd dat een kroongetuige voorafgaand aan het aangaan van een overeenkomst met het Openbaar Ministerie duidelijkheid wenst over wat hij van dat Openbaar Ministerie kan verwachten in het kader van getuigenbescherming. Het is zelfs niet vreemd dat hij eist dat daarover bindende afspraken worden gemaakt, voordat hij een handtekening zet onder de overeenkomst waarmee hij zich verplicht verklaringen af te leggen. Geconstateerd moet echter worden dat de wet-en regelgeving daar op dit moment niet in voorzien. Opnieuw is daarmee niet gezegd dat dit niet anders zou kunnen of zelfs zou moeten. Ook dit zal in hoofdstuk 6 verder aan de orde komen.

Verkapte financiële beloning

Nu de met La Serpe gemaakte afspraken hoofdzakelijk zagen op financiële aspecten van de getuigenbescherming, komt de vraag op in hoeverre hier geen sprake is van een (verkapte) financiële beloning. Ook dat aspect van de getuigenbeschermingsafspraken is immers voorafgaand aan het ondertekenen van de OM-deal met La Serpe overeengekomen en deze heeft zelfs verklaard dat het een bewuste keuze was dit onderdeel van de afspraken onder te brengen in de getuigenbeschermingsovereenkomst omdat de OM-deal daartoe geen ruimte bood. De precieze inhoud van de intentieverklaring financiële bepalingen van januari 2007 is niet bekend geworden en of de door La Serpe genoemde lump sum van € 300.000,- daar deel van uitmaakte staat dus ook niet vast. Wel mag worden aangenomen dat de door de NOS genoemde bedragen uit de overeenkomst op hoofdlijnen uit juni 2009 juist zijn. Het ging daarbij als gezegd om een renteloze lening van € 600.000,- met een looptijd van 25 jaar, en om uitkering van in totaal € 800.000,- over een periode van 10 jaar. Daarmee is er vanuit fiscaal perspectief een aanzienlijk hoger bedrag met die overeenkomst gemoeid dan de € 1.400.000 die de NOS noemt, nu de rente van een niet direct opeisbare renteloze lening naar vaste jurisprudentie van de

513 Een soortgelijke beschuldiging werd gedaan door de in de Inleiding genoemde getuige Van L., die stelde dat het Openbaar Ministerie bij herhaling dreigde zijn bescherming te beëindigen wanneer hij zou (blijven) weigeren verklaringen af te leggen.

Hoge Raad als een schenking dient te worden aangemerkt.⁵¹⁴ Uitgaande van de volledige looptijd van 25 jaar en een gemiddeld hypothecair rentepercentage van 5% is met dit deel van de overeenkomst dus een bedrag van in totaal € 750.000,- gemoeid. Dit alles nog los van de vraag in hoeverre redelijkerwijs mag worden verwacht dat de lening na verloop van die 25 jaar daadwerkelijk wordt terugbetaald en los van de mogelijkheden die de Staat binnen de beperkingen van het getuigenbeschermingsprogramma heeft om maatregelen te treffen op het moment dat die terugbetaling uitblijft.⁵¹⁵ Ook dit laatste aspect is civielrechtelijk niet zonder relevantie, nu de Hoge Raad zich al sinds jaar en dag op het standpunt stelt dat niet de naam en vorm van een overeenkomst bepalend zijn voor de aard van die overeenkomst, maar de verhoudingen die in werkelijkheid tussen partijen bestaan. De terugbetalingsplicht wordt daarbij als essentieel onderdeel van een geldlening aangemerkt.⁵¹⁶ Het zijn slechts andere voorbeelden van complicaties die ontstaan wanneer privaatrechtelijke en strafrechtelijke rechtsbetrekkingen zich vermengen en wanneer de zorgplicht van de staat op het gebied van persoonsbeveiliging onderwerp van onderhandeling wordt of zelfs kan worden afgekocht.

Toetsingskader rechtbank: de tussenbeslissing van 27 april 2010

Voorafgaand aan de beantwoording van de vraag of deze in de getuigenbeschermingsovereenkomsten gemaakte afspraken materieel als toezeggingen in strafrechtelijke zin kunnen worden aangemerkt, bespreekt de rechtbank het kader waarbinnen onderzoek naar getuigenbeschermingsafspraken dient te worden beoordeeld. Daartoe wordt allereerst het in de tussenbeslissing van 27 april 2010 genoemde kader herhaald.⁵¹⁷ In die tussenbeslissing heeft de rechtbank na een korte bespreking van de wet- en regelgeving op het gebied van getuigenbescherming en zijn totstandkomingsgeschiedenis, geconcludeerd dat het uitgangspunt van meet af aan is geweest dat het verstrekken van financiële beloningen voor verklaringen niet toelaatbaar werd geacht. In de loop van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is meer inzicht verkregen in de wisselwerking tussen de bereidheid van een criminele getuige om een overeenkomst ex art. 226g Sv te sluiten en de door de Staat te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen. Desalniettemin heeft de wetgever geen wettelijke grenzen aangelegd waarbinnen de met de getuige te maken afspraken omtrent getuigenbescherming dienen te blijven. Wel is ontoelaatbaar geacht dat getuigen, behalve strafvermindering en een begunstigend gebruik van reguliere officiersbevoegdheden, voor hun verklaringen meer of andere beschermingsmaatregelen zouden kunnen bedingen dan waartoe de Staat op grond van zijn zorgplicht is gehouden. De lagere regelgever, waarmee wordt bedoeld op het Openbaar Ministerie, heeft daartoe getuigenbescherming bewust buiten de sfeer van afspraken in ruil voor verklaringen willen laten, en heeft dat mede vormgegeven door getuigenbescherming op

514 HR 13 december 1972, BNB 1973/82; HR 20 mei 1981, BNB 1981/198 en HR 25 april 1990, BNB 1990/200.

515 Die beperkte mogelijkheden waren volgens het Openbaar Ministerie nu juist een reden om van ont-neming bij La Serpe af te zien.

516 Zie bijvoorbeeld de conclusie van Advocaat-Generaal Van Ballegooijen voor HR 8 september 2006, LJN AV2327.

517 Tussenbeslissing Rechtbank Amsterdam 27 april 2010, LJN BM2493.

te dragen aan een van de reguliere opsporing afgezonderd dienstonderdeel van de KLPD en aan een officier van justitie belast met getuigenbescherming, aldus de rechtbank.

Met verwijzing naar de nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming stelt de rechtbank verder dat geschillen over de getuigenbeschermingsovereenkomst bij uitsluiting zijn opgedragen aan de civiele rechter en dat de strafrechter daarmee niet bevoegd is om een oordeel te vellen over geschillen tussen een kroongetuige en de Staat over het getuigenbeschermingstraject. Wel kan de rechtbank zich op voet van art. 359a Sv een oordeel vormen over de vraag of onherstelbare vormverzuimen hebben plaatsgevonden die één van de in dat artikel voorziene rechtsgevolgen tot gevolg zouden moeten of kunnen hebben. De rechtbank verwijst naar het Afvoerpijparrest en resumeert dat de in art. 359a Sv genoemde gevolgen slechts aan de orde zijn wanneer het vormverzuim is begaan in het verband van het voorbereidend onderzoek. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan aan onrechtmatig handelen jegens de verdachte buiten het voorbereidend onderzoek een gevolg worden verbonden, bijvoorbeeld wanneer blijkt “dat de opsporings- dan wel vervolgingsautoriteiten, actieve bemoeienis hebben (gehad) met dat onrechtmatig handelen teneinde daarvan in het kader van de opsporing of vervolging te profiteren, waardoor doelbewust en/of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte/kroongetuige aan diens recht op een eerlijke behandeling wordt tekortgedaan.”⁵¹⁸ Zo zou van onrechtmatige verkrijging van de verklaringen van de kroongetuige sprake kunnen zijn, wanneer het Openbaar Ministerie met welbewust gebruik van misleidende informatieverstrekking door TGB-functionarissen getuigen overhaalt een OM-deal aan te gaan, of wanneer vóór het aangaan van die OM-deal ontoelaatbare toezeggingen zijn gedaan. In zijn algemeenheid wordt niet uitgesloten dat in het kader van een getuigenbeschermingsovereenkomst afspraken worden gemaakt die materieel hetgeen in dat kader rechtmatig kan worden geacht te boven gaan, en afhankelijk van de omstandigheden kan er dan ook aanleiding zijn om getuigenbeschermingsmaatregelen niet volledig buiten het onderzoek in een strafproces te laten.

Vervolgens plaatst de rechtbank drie kanttekeningen. In de eerste plaats wordt erkend dat het Besluit Getuigenbescherming nauwelijks concrete aanknopingspunten biedt voor een zinvolle rechterlijke toetsing, omdat het Besluit in een zeer ruime beoordelingsvrijheid voor het Openbaar Ministerie voorziet en de verantwoordelijkheid tot het waarborgen van de rechtmatigheid van de getuigenbeschermingsmaatregelen bij het College en in voorkomende gevallen bij de Minister rust. In de tweede plaats meent de rechtbank dat de met een getuige overeengekomen financiële voorzieningen ter bescherming van die getuige niet goed kunnen worden beoordeeld zonder gedetailleerde kennisname van het totaal van maatregelen, waartegen de veiligheid van de getuige en van het programma als geheel zich verzet. Ten derde is er volgens de rechtbank niet noodzakelijkerwijs sprake van een onrechtmatige situatie wanneer de onderhandelingen over een OM-deal en over getuigenbeschermingsmaatregelen synchroon lopen, ook niet wanneer één specifieke officier van justitie bij beide onderhandelingen een belangrijke rol speelt. Ook het feit dat

⁵¹⁸ Tussenbeslissing p. 10.

een toezegging inzake te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen door een TGB-officier van justitie plaats heeft voordat de OM-deal wordt gesloten, acht de rechtbank op zichzelf niet in strijd met de regelgeving. Met een verwijzing naar de effectiviteit van de kroongetuigenregeling, stelt de rechtbank dat de eis dat over getuigenbescherming pas toezeggingen zouden mogen worden gedaan nadat de OM-deal is gesloten in de regelgeving niet te vinden is en dat een dergelijke eis de kroongetuigenregeling aanmerkelijk minder hanteerbaar zou maken. Naar het oordeel van de rechtbank verbiedt de Aanwijzing uitsluitend toezeggingen over getuigenbescherming door de zaakofficier van justitie in het kader van de OM-deal en kunnen dergelijke maatregelen niet worden aangemerkt als een reëel voordeel voor het afleggen van verklaringen. Dat brengt de rechtbank tot de conclusie dat er in een strafzaak slechts onderzoek naar getuigenbeschermingsmaatregelen kan worden gedaan wanneer er zwaarwegende aanwijzingen zijn “dat er sprake is van een tegen de achtergrond van de nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming inhoudelijk excessieve of volstrekt niet te onderbouwen voorziening of toezegging hiertoe, waartoe geen redelijk handelend officier van justitie met het oog op de gerechtvaardigde veiligheidsbelangen van de kroongetuige had kunnen komen (...).”⁵¹⁹

Daarmee wordt een drempel opgeworpen die het Zwolsman-criterium aanzienlijk te boven lijkt te gaan. Daar blijft het niet bij: de rechtbank overweegt tot slot dat een financiële voorziening in het kader van getuigenbescherming op zichzelf niet in strijd met de strekking van het Besluit Getuigenbescherming of de nota van toelichting wordt geacht nu slechts een permanente voorziening wordt uitgesloten, en wordt gesteld dat maatregelen in beginsel niet zijn bedoeld om volledig in het levensonderhoud van de getuige te voorzien. In geval van een getuige die zodanig wordt bedreigd dat hij een geheel nieuw sociaal-economisch bestaan moet opbouwen, meent de rechtbank dat verstrekkende maatregelen, ook in financieel opzicht, redelijkerwijs tot de zorgplicht van de Staat kunnen worden gerekend. Naar aanleiding van de ontwikkelingen in 2012 heeft de rechtbank dit toetsingskader in een tussenbeslissing van 16 april 2012 bevestigd, met die aanvulling dat ook toezeggingen die zijn gedaan na het sluiten van de OM-deal (zoals de afspraken in de overeenkomst op hoofdlijnen van juni 2009) eventueel ter beoordeling aan de rechtbank kunnen staan, omdat daarmee feitelijk de voortduring van de verklaringsbereidheid van de getuigen wordt veilig gesteld.⁵²⁰

Conclusie: geen onrechtmatige toezeggingen

In het licht van dit strikte kader kan het weinig verbazen dat de met La Serpe gemaakte afspraken, ook wanneer deze in de loop van 2012 aanzienlijk omvangrijker blijken te zijn dan ten tijde van de tussenbeslissing in 2010 werd verondersteld, naar het oordeel van de rechtbank de toets der kritiek kunnen doorstaan. Weliswaar komt het aan La Serpe verleende getuigenbeschermingspakket, uitgaande van de door de NOS genoemde bedragen, de rechtbank ‘zeker royaal’ voor en constateert de rechtbank met de verdediging dat

⁵¹⁹ Tussenbeslissing p. 11.

⁵²⁰ Tussenbeslissing 16 april 2012 (niet gepubliceerd).

de wetgever een situatie waarin de getuige op kosten van de Staat zelf in zijn veiligheid zou voorzien, niet voor ogen lijkt te hebben gehad, maar van onrechtmatige, excessieve of volstrekt niet te onderbouwen voorzieningen is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Wat het zelf voorzien in veiligheidsmaatregelen betreft voegt de rechtbank daar nog aan toe dat die mogelijkheid in de regelgeving niet is uitgesloten, zodat het feit dat voor deze constructie is gekozen de betreffende voorziening niet onrechtmatig maakt. Van verkapte financiële toezeggingen is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake.

5.2.4 *Rechterlijke toetsing*

Toetsing door rechter-commissaris niet vereist

Over de toetsing van de getuigenbeschermingsmaatregelen door de rechter-commissaris oordeelt de rechtbank dat deze op grond van de geldende wet- en regelgeving niet hoeft plaats te vinden. Daartoe overweegt de rechtbank dat het getuigenbeschermingstraject geen deel uitmaakt van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 132 Sv, of van het optreden van het Openbaar Ministerie binnen de strafvorderlijke procedure. De rechtbank wijst op het bepaalde in art. 226g derde lid Sv waarin de toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst door de rechter-commissaris niet wordt genoemd, waarmee op voet van art. 226h lid 2 Sv deze gegevens ook niet door de officier van justitie hoeven te worden verstrekt. Verder meent de rechtbank dat een rechtmatigheidstoetsing door de rechter-commissaris binnen de systematiek van de wet niet kan zien op de getroffen getuigenbeschermingsmaatregelen, omdat volgens art. 226l Sv niet de officier van justitie maar de Minister van Justitie getuigenbeschermingsmaatregelen treft.⁵²¹ Met de expliciete verwijzing naar die getuigenbeschermingsmaatregelen in art. 226j derde lid Sv heeft de wetgever “dan kennelijk willen benadrukken dat, mocht de rechter-commissaris om enige reden toch bekend raken met de inhoud van de getuigenbeschermingsmaatregelen, deze geheim moeten blijven, mede omdat zij in de regel niet van belang zijn voor de rechtmatigheid van de overeenkomst.”⁵²² Wel wordt nog opgemerkt dat zou de rechter-commissaris ten behoeve van zijn rechtmatigheidstoetsing behoefte hebben gehad aan inzicht in de jegens La Serpe te treffen getuigenbeschermingsmaatregelen, het op zijn weg had gelegen het Openbaar Ministerie daar naar te vragen. Kennelijk mag de rechter-commissaris dus wel kennisnemen van die getuigenbeschermingsmaatregelen en kan dit in het kader van een rechtmatigheidstoetsing ook van belang zijn, maar ligt het initiatief daartoe bij die rechter-commissaris.⁵²³ Hoe die veronderstelling zich verhoudt met de door de Minister in het advies van de Raad van State en in de Memorie van toelichting hierover gedane mededelingen laat de rechtbank onbesproken.

521 De minister heeft de zorg voor getuigenbescherming middels het in art. 226l genoemde AMvB echter bij het Openbaar Ministerie neergelegd.

522 Vonnis p. 35.

523 Het door de verdediging van de diverse verdachten herhaaldelijk gedane verzoek aan de rechtbank om de rechter-commissaris op te dragen tot toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst van La Serpe over te gaan, was overigens als gezien steeds afgewezen door de rechtbank.

Van onvolledige of misleidende informatieverstrekking van het Openbaar Ministerie is tot slot naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, mede nu het Openbaar Ministerie er pas na de laatste tussenbeslissing van 16 april 2012 van uit diende te gaan dat de hoofdlijnenovereenkomst van 2 juni 2009 relevant zou kunnen zijn voor het strafproces. De eerdere processen-verbaal over die overeenkomst worden vanwege hun globale niveau niet als misleidend beschouwd. Tot die tijd mocht het openbaar ministerie er dus op vertrouwen dat de summier informatievoorziening over dit aspect van de totstandkoming en inhoud van de met La Serpe gemaakte afspraken afdoende zou zijn.

Rechterlijke toetsing wel gewenst

Naar het oordeel van de rechtbank levert de gang van zaken bij de (totstandkoming van de) getuigenbeschermingsovereenkomst van La Serpe dus geen onrechtmatigheden op. Wel constateert de rechtbank dat er van toezicht op het getuigenbeschermingstraject buiten de eigen kolom van de Minister van Veiligheid en Justitie nauwelijks sprake is, waardoor de schijn zou kunnen ontstaan dat dit traject als vrijplaats kan worden gebruikt voor gedragingen die een rechterlijke toetsing niet zouden kunnen doorstaan. De rechtbank sluit zich dan ook aan bij het hierboven in paragraaf 4.2 genoemde pleidooi van Bleichrodt en Korten om een meer concrete normstelling voor getuigenbescherming te introduceren en daarbij ook een aparte rechterlijke toetsingsprocedure in het leven te roepen.⁵²⁴

Zeker in het licht van die laatste aanbeveling is het oordeel van de rechtbank over de rol van de rechter-commissaris bij het getuigenbeschermingstraject opvallend. Zoals betoogd zou uit de wetsgeschiedenis immers heel wel kunnen worden afgeleid dat de wetgever juist wenste te voorzien in een rechterlijke toetsing buiten de kolom van het Openbaar Ministerie en de Minister van Justitie, welke wens in de parlementaire stukken met zo veel woorden is benoemd. In de wettelijke regeling is daar (zij het gemankeerd) ook een voorziening voor getroffen, door te bepalen dat in afwijking van de normale gang van zaken de rechter-commissaris de stukken ten behoeve van de toetsing van het getuigenbeschermingstraject niet aan andere procesdeelnemers kenbaar hoefde te maken. De redenering van de rechtbank dat die in art. 226j derde lid Sv opgenomen bepaling uitsluitend zou zijn opgenomen voor het hypothetische geval dat de rechter-commissaris 'per ongeluk' bekend zou raken met de getuigenbeschermingsafspraken, is zeker in het licht van die parlementaire stukken weinig overtuigend. De vraag is ook wat er naar het oordeel van de rechtbank op tegen zou zijn om de rechter-commissaris die toetsing te laten vervullen, zeker nu de rechtbank een rechterlijke toetsing wel aangewezen acht. Een dergelijke toetsing zou immers niet alleen van belang kunnen zijn voor de beoordeling van

⁵²⁴ Bleichrodt brak – mede naar aanleiding van de tussenbeslissing van 27 april 2010 – al eerder een lans voor toetsing door de rechter-commissaris: “Om te voorkomen dat de getuige via de band van de beschermingsmaatregel wil bereiken wat op grond van artikel 226g Sv niet is toegestaan – bijvoorbeeld een geldelijke beloning – is te overwegen wettelijk vast te leggen dat eventuele financiële afspraken die in dat kader worden gemaakt ter toetsing aan de rechter-commissaris worden voorgelegd.” Bleichrodt 2010, p. 20.

de rechtmatigheid van de met de kroongetuige gesloten overeenkomst in de strafzaken van de verdachten die door de kroongetuige worden beschuldigd, maar ook in het belang van de beide bij de getuigenbeschermingsovereenkomst betrokken partijen, die op die wijze in een vroeg stadium een geïnformeerde, daartoe geëquipeerde en onafhankelijke instantie verkrijgen tot wie zij zich in geval van conflicten of problemen bij de uitvoering van de overeenkomst kunnen wenden. Dat biedt waarborgen aan beide partijen, welke waarborgen in het geval van de perikelen rond La Serpe een deel van de problemen had kunnen voorkomen, of in ieder geval had kunnen voorkomen dat La Serpe telkens de strafzaak als podium gebruikte om zijn conflict met het Openbaar Ministerie uit te vechten. Op dit punt heeft het Passage-proces in ieder geval het gelijk van Crijns aangetoond waar hij nadrukkelijk waarschuwt voor de tekortschietende rechtsbescherming binnen de bij de kroongetuigenregeling tot stand gekomen rechtsbetrekkingen.⁵²⁵ La Serpe en het Openbaar Ministerie hebben elkaar gedurende het hele proces in een wurggreep gehouden en zagen zich beiden zowel feitelijk als juridisch geconfronteerd met procedures waarin zij niet ten volle de rechtmatigheid van het eigen handelen konden belichten en de onjuistheid van de stellingen van de wederpartij konden aantonen. Dat gold met name voor La Serpe, die zich telkens geconfronteerd zag met verschillende onderdelen van het Openbaar Ministerie die tegenstrijdige en soms zelfs tegengestelde eisen aan hem stelden, maar ook voor het Openbaar Ministerie, dat op de openbare zitting vergaande beschuldigingen over zich heen kreeg zonder dat daar een enigszins bevredigende reactie op kon of mocht worden gegeven. Dat alles schreeuwt om de betrokkenheid van een onafhankelijke instantie, bij voorkeur zo vroeg mogelijk in het traject.

Voor zover de terughoudendheid van de rechtbank om de rechter-commissaris een rol te geven bij de toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst zou zijn ingegeven door de veronderstelling dat deze getuigenbeschermingsovereenkomst een civiele rechtsbetrekking oplevert, ben ik zoals in hoofdstuk 4 betoogd van oordeel dat dit een onjuiste veronderstelling is. Als gezien lijkt deze voort te komen uit de aanbevelingen van de Commissie Craemer I, bij welke aanbevelingen de nadrukkelijke idee was dat de getuigenbeschermingsovereenkomst zou worden gesloten tussen de getuige en het Ministerie van Justitie. Dat uitgangspunt is op initiatief van het College van Procureurs-Generaal verlaten, als gevolg waarvan het Openbaar Ministerie zelf contractpartij bij de getuigenbeschermingsovereenkomst is geworden. Dat heeft echter niet geleid tot een heroverweging van de aard van de rechtsbetrekking, ook niet toen de Raad van State bij aanvang van het wetgevingstraject nadrukkelijk op deze problematiek wees. Ten onrechte is daardoor niet onderkend dat als gevolg van de positie en rol van het Openbaar Ministerie binnen de Nederlandse rechtsorde, de primaire doelstelling van het Openbaar Ministerie te weten het handhaven van de strafrechtelijke rechtsorde, en het feit dat de getuigenbeschermingsovereenkomst in geval van een kroongetuige direct samenhangt met en voortvloeit uit de strafrechtelijke overeenkomst ex art. 226g Sv, de getuigenbeschermingsovereenkomst niet als een privaatrechtelijke overeenkomst maar als een strafrechtelijke overeenkomst moet worden aangemerkt. Vanuit dat perspectief

⁵²⁵ Crijns 2010, p. 580-587.

is een toetsing van die getuigenbeschermingsovereenkomst door de rechter-commissaris, die zich enerzijds een oordeel kan vormen over het gehele kroongetuigenpakket dat aan de totstandkoming van de bereidheid van de getuigen om verklaringen af te leggen voorafgaat en die anderzijds een rechtsbeschermende functie vervult voor zowel die kroongetuige als het Openbaar Ministerie én voor de verdachten die op grond van de verklaringen van de kroongetuigen worden vervolgd, een voor de hand liggende wijze om de door de rechtbank aanbevolen rechterlijke toetsing tot stand te brengen. Indien dit vanuit veiligheidsperspectief of met het oog op de specialistische en gevoelige aard van de materie gewenst zou worden geacht, zou daarbij, zoals ook Bleichrodt en Korten suggereren, gedacht kunnen worden aan een exclusief met kroongetuigenzaken belaste rechter-commissaris. In het licht van de wetsgeschiedenis kan een dergelijke toetsing zonder enige wetswijzigingen of andere tijdrovende procedures worden ingevoerd en kan op korte termijn tegemoet worden gekomen aan de aanbeveling van de rechtbank, dit los van het feit dat de wet naar mijn oordeel het betrekken van een rechter-commissaris nu ook al voorschrijft.

5.2.5 *De ‘Holleederweglatingen’*

De weglatingsafsprak

Behalve het afzien van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de op het gebied van getuigenbescherming gemaakte afspraken, werd door de verdediging aangevoerd dat ook op andere punten onrechtmatige toezeggingen waren gedaan. Ook daarop heeft de rechtbank beslissingen genomen, maar deze liggen zodanig buiten het bestek van het onderzoek in dit proefschrift dat deze op één uitzondering na niet besproken zullen worden. Die uitzondering wordt gevormd door de met La Serpe gemaakte afspraak, dat hij niet zou hoeven te verklaren over de rol van Willem Holleeder bij de liquidaties waar de deal op zag. Deze afspraak kwam pas naar buiten toen La Serpe daar in oktober 2011 uit zichzelf over begon en bleek niet op schrift te zijn gesteld maar wel aan de CTC en het College van Procureurs-Generaal te zijn voorgelegd. Deze waren akkoord gegaan. Vanaf het tactisch beschikbaar komen van de verklaringen van La Serpe in maart 2007 tot het moment dat La Serpe daar op de zitting in oktober 2011 over begon, had La Serpe op vragen die zagen op de positie van Holleeder bij de liquidaties in het beste geval niet het achterste van zijn tong laten zien en in het slechtste geval niet naar waarheid geantwoord. Bovendien had het Openbaar Ministerie de passages in de letterlijke uitwerking van de kluisverklaringen waar La Serpe over Holleeder had gesproken al die tijd buiten beeld gehouden: in de uitwerkingen waren stukken weg gelaten, waarover steeds was gesteld dat deze zagen op veiligheidsaspecten, persoonlijke informatie over La Serpe, of op onderzoeken zonder enige relevantie voor Passage.

Naar aanleiding van het bekend worden van deze informatie werd door de verdediging betoogd dat de ‘weglatingsafpraak’ allereerst in strijd was met de wet, waarin een getuige in zijn algemeenheid verplicht wordt naar waarheid te verklaren (artikel 215 juncto 92 Sv). Daarnaast werd gesteld dat er strijd was met de Aanwijzing, die voorschrijft dat in

ieder geval van de kroongetuige is vereist dat hij ten overstaan van de rechter op de openbare zitting (en dus onder ede) zijn verklaringen aflegt en dat hij volledige informatie en opening van zaken geeft over zijn aandeel in de strafbare feiten waarop zijn getuigenverklaring betrekking heeft. Verder werd er op gewezen dat de achterliggende ratio achter dit voorschrift, het belang van de waarheidsvinding en de onmogelijke positie waarin het Openbaar Ministerie terecht komt wanneer dit soort *side deals* worden gemaakt, was onderkend in het advies van de werkgroep Plooi. Dit mocht dus bekend worden verondersteld bij het Openbaar Ministerie en in het bijzonder bij het College, dat zich op dat rapport had beroepen bij het pleidooi om meer bevoegdheden in 2004 en 2005. Tot slot werd gewezen op de Juliët-zaken, in welke zaken het Openbaar Ministerie op grond van een soortgelijke afspraak niet-ontvankelijk was verklaard.⁵²⁶ Het Openbaar Ministerie bracht daar tegen in dat de Aanwijzing zo moest worden begrepen dat de kroongetuige alleen volledige openheid van zaken over zijn eigen rol hoefde te geven, alsmede over de verdachten die met zo veel woorden in de overeenkomst zijn genoemd. Nu Holleeder (naar moet worden aangenomen niet toevallig) niet in die overeenkomst werd genoemd, zag de verplichting naar waarheid te verklaren over de bij de dealfeiten betrokken verdachten niet op hem. Bovendien waren de gesprekken met La Serpe inclusief de kluisverklaringen voorafgaand aan de toetsing door de rechter-commissaris vertrouwelijke en oriënterende besprekingen, welke niet als processtukken konden worden aangemerkt, waarmee het weglaten van de passages waarin La Serpe over Holleeder verklaarde niet onrechtmatig kon worden geacht, aldus nog steeds het Openbaar Ministerie.

Kluisverklaringen

De rechtbank geeft naar aanleiding van deze kwestie een uitgebreid overzicht van de stand van het recht op het gebied van de verbaliseringsplicht van opsporingsambtenaren en dossiervorming, waarin aandacht wordt besteed aan het relevantiecriterium zoals de Hoge Raad dat sinds de zogenoemde Dev Sol-jurisprudentie hanteert en zoals dit sinds 1 januari 2013 in de nieuwe wettelijke regeling inzake processtukken is veranderd.⁵²⁷ Daarbij onderkent de rechtbank dat er onder omstandigheden belangen kunnen zijn om kennisneming van bepaalde processtukken aan de verdediging en de zittingsrechter te onthouden, maar stelt zij dat de grens in ieder geval dient te worden getrokken bij het bewust achterhouden van ontlastende informatie nu daarmee de integriteit van de rechtspleging in het geding komt en risico's ontstaan voor de materiële waarheidsvinding. Binnen de context van de kroongetuigenregeling overweegt de rechtbank dat uit de wettelijke regeling en in het bijzonder art. 226h Sv blijkt dat de officier van justitie de van een mogelijke kroongetuige verkregen kluisverklaringen niet aan het dossier hoeft toe te voegen, wanneer er al dan niet als gevolg van het oordeel van de rechter-commissaris omtrent de rechtmatigheid van die overeenkomst, geen deal met de kroongetuige tot stand komt. Met verwijzing naar het arrest van het Hof Amsterdam van 13 april 2010,

526 Althans, in die zaken waarin de kroongetuige voor de politie nieuwe informatie over de verdachten had verstrekt. Zie paragraaf 2.2.3.

527 Resp. Hoge Raad 7 mei 1996, NJ 1996, 687 (Dev Sol) en Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, Stb. 2011, 601 (Inwerkingtredingsbesluit Stb 2012, 408).

betekent dit dat kluisverklaringen geen processtukken zijn wanneer de overeenkomst niet tot stand komt en zij slechts aan het dossier kunnen worden toegevoegd wanneer dit met instemming van de getuige gebeurt. Mede gezien de bijzondere positie van een kroongetuige, de extra behoedzaamheid die met diens verklaringen in acht moet worden genomen zoals de wetgever deze door middel van een bijzonder bewijsminimum en een bijzondere motiveringsplicht in de wet heeft neergelegd en de eisen van transparantie die aan het Openbaar Ministerie moeten worden gesteld over de fase voorafgaand aan de totstandkoming van een kroongetuigendeal zoals deze ook uit de wet en de wetshistorie kunnen blijken, kan ter onthouding van informatie over de totstandkomingsfase van een deal met een kroongetuige niet worden volstaan met een beroep op vertrouwelijkheid. De in die fase van de kroongetuige verkregen gegevens dienen in beginsel ter kennisneming van verdediging en rechter te worden voorgelegd.

De rechtbank maakt daarbij een onderscheid tussen kluisverklaringen enerzijds en oriënterende gesprekken en dealbesprekingen anderzijds. Zij concludeert dat kluisverklaringen naar hun inhoud tactische verklaringen zijn waarin de getuige mededeling doet van feiten of omstandigheden die hij heeft waargenomen of ondervonden en dat deze indien een OM-deal volgt als processtukken moeten worden aangemerkt en aan het dossier moeten worden toegevoegd, althans indien en voor zo ver deze inhoudelijk relevant zijn voor de beoordeling van een ten laste gelegd dealfeit. Dat betekent overigens ook dat een kluisverklaring als een zelfstandig bewijsmiddel heeft te gelden, te weten een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar, inclusief de bijzondere bewijskracht die daar door de wet aan wordt toegekend.⁵²⁸ Net als voor alle processen-verbaal, geldt dat de kluisverklaringen een zakelijke weergave van de door de kroongetuige afgelegde verklaringen kunnen bevatten, maar de rechtbank acht het auditief en audiovisueel registreren van kluisverklaringen desalniettemin aangewezen, opdat indien de rechter daartoe aanleiding ziet een letterlijke uitwerking kan worden verstrekt, welke de waarheidsvinding bevordert en de toetsing van de rechtmatigheid vergemakkelijkt.

Deze tussenconclusie omtrent de status van de kluisverklaringen leidt ertoe dat de weglatingsafsprak ontelaatbaar wordt geacht. Door met die voorwaarde van La Serpe akkoord te gaan, werd ten onrechte en in weerwil van de geldende wettelijke verplichtingen het vertrouwen gewekt dat hij onvolledig mocht zijn in zijn verklaringen ter zitting. De achtergehouden informatie was evident relevant voor de beoordeling van de zaken waarop deze zag en de onderdelen van de kluisverklaringen waarin La Serpe daarover sprak hadden als processtukken volledig moeten worden ingebracht. Door de informatie weg te houden waren procespartijen en de zittingsrechter vanaf het begin niet volledig en juist geïnformeerd en bracht het Openbaar Ministerie zichzelf in een positie dat het niet meer in staat was te voldoen aan diens verplichting om volledig inzicht te verschaffen in de deal en de totstandkoming daarvan. Daarmee werd een onaanvaardbaar risico genomen dat de materiële waarheidsvinding geweld zou worden aangedaan en het belang van een zuivere rechtspleging zou worden geschonden. Met de weglatingsafsprak heeft het

528 Artikel 344 lid 1 sub 2 respectievelijk 344 lid 2 Sv.

Openbaar Ministerie naar het oordeel van de rechtbank dus belangrijke strafvorderlijke voorschriften en rechtsbeginselen geschonden, hetgeen een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv oplevert.

Vormverzuimen: schending concrete verdedigingsbelangen

Met deze formulering zoekt de rechtbank aansluiting bij het ter zake geldende en uit het Afvoerpijparrest voortkomende criterium voor bewijsuitsluiting.⁵²⁹ De rechtbank overweegt dat de ernst van de verwijtbaarheid van de geconstateerde schending wezenlijk wordt gematigd door het feit dat niet aannemelijk is geworden dat het Openbaar Ministerie doelbewust de rechter heeft willen misleiden, waarmee van een uitzonderlijke situatie zoals bedoeld in de Karman-jurisprudentie naar het oordeel van de rechtbank geen sprake is. Evenmin is sprake van een grove veronachtzaming van de belangen van verdachten, nu de weglatingsafsprake lijkt te zijn voortgekomen uit de druk die het Openbaar Ministerie voelde om de deal met La Serpe te sluiten en er naar het oordeel van de rechtbank aan de zijde van het Openbaar Ministerie bovendien sprake is geweest van rechtsdwaling omtrent de status van de kluisverklaringen, welke 'enigszins verschoonbaar' wordt geacht omdat de gang van zaken rondom het achterhouden van informatie in het Nederlandse strafproces niet echt helder uitgewerkt zou zijn.

Bij de vraag welke consequenties het vormverzuim moet hebben, verwijst de rechtbank naar het eerder in het vonnis opgenomen voor vormverzuimen geldende toetsingskader. Zoals hierboven al kort aangestipt, onderscheidt de rechtbank daarbij verschillende fases. Uitgangspunt is dat art. 359a Sv uitsluitend van toepassing is op het voorbereidend onderzoek, maar dat het parallelle opsporingsonderzoek met dat voorbereidend onderzoek gelijk moet worden gesteld. Vindt het handelen van het Openbaar Ministerie of de politie na aanvang van het onderzoek ter zitting plaats, buiten het kader van dat parallelle opsporingsonderzoek, dan blijft dit eveneens aan een rechterlijke toetsing onderworpen, te weten aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM en de (daarmee deels overlappende) beginselen van een behoorlijk procesrecht. Vindt in deze fase een schending plaats, dan dient aanknopingspunt te worden gezocht bij de criteria van art. 359a Sv, waaronder het Zwolsman-criterium zoals dat in het Afvoerpijparrest is overgenomen, ter beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Vindt de schending van rechtsnormen buiten beide fases plaats, dan blijft deze in beginsel zonder rechtsgevolgen in de strafzaak, tenzij politie of justitie actieve bemoeienis hebben gehad met dat onrechtmatig handelen en daar in het kader van de strafzaak van profiteren, waardoor het Zwolsman-criterium alsnog wordt geschonden. Wat de relativisering van de Schutznorm betreft stelt de rechtbank zich tot slot op het standpunt dat deze beperkt dient te blijven tot de gevallen die in het Karman-arrest zijn benoemd en in het arrest van 3 juli 2001 nader zijn gespecificeerd, te weten een schending van de wettelijk voorziene verdeling van bevoegdheden en verplichtingen tussen het Openbaar Ministerie en de onafhankelijke rechter. In die uitzonderlijke situatie kan het Openbaar Ministerie ook niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer de verdachte niet zelf in een rechtens te

⁵²⁹ HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, r.o. 3.6.4.

respecteren belang is geschaad. Het standpunt dat de Karman-doctrine niet meer tot het geldende recht behoort, wordt door de rechtbank niet onderschreven.

Voor de Holleeder weglatingen leidt dit ertoe dat de rechtbank oordeelt dat er slechts gevolgen aan deze normschending hoeven te worden verbonden wanneer de verdachten daardoor daadwerkelijk nadeel hebben ondervonden. Dat geldt naar het oordeel van de rechtbank uitsluitend voor de verdachte Dino Soerel omdat met name in zijn zaak het niveau van het opdracht geven tot de moorden aan de orde was. In de stukken voorafgaand aan het vrijkomen van de Holleeder-weglatingen, werd in dat verband vrijwel uitsluitend Soerel genoemd, die al dan niet samen met Holleeder de opdrachten zou hebben verstrekt. Soerel ontkende die beschuldigingen, stelde dat hij zijn contacten met Holleeder al voorafgaand aan de ten laste gelegde moorden had beëindigd en dat van een prominente positie in een criminele organisatie die zich met moorden bezighield geen sprake was. Nu uit de vrijgekomen Holleeder-verklaringen naar het oordeel van de rechtbank mogelijk zou kunnen blijken van een lichtere rol van Soerel en bovendien La Serpe in die verklaringen uit eigen waarneming Holleeder prominent als opdrachtgever neerzette terwijl hij over Soerel slechts van horen zeggen had verklaard, constateert de rechtbank dat Soerel door de onrechtmatige weglatingsafpraak gaandeweg is benadeeld in zijn verdediging. Dit leidt ertoe dat de verklaringen van La Serpe in de zaak van Soerel van het bewijs worden uitgesloten. In de zaken van de overige verdachten wordt die benadeling onvoldoende aanwezig geacht en blijft de onrechtmatige afspraak van het Openbaar Ministerie zonder gevolgen, anders dan de enkele constatering van het vormverzuim.

5.3 VOORLOPIGE CONCLUSIE: TOETSING KROONGETUIGENREGELING DOOR DE RECHTER

Met het vonnis van de Amsterdamse rechtbank wordt de verwachting van minister Donner dat aan onrechtmatige toezeggingen aan een kroongetuige geen gevolgen zullen worden verbonden in de strafzaken van de verdachten tot op zekere hoogte bevestigd, zij het zeker niet volledig. De rechtbank bekijkt de kwestie vanuit een praktische invalshoek, waarbij feitelijk wordt beoordeeld of daadwerkelijk sprake is van een benadeling van de verdediging van een specifieke verdachte als gevolg van het vormverzuim. Het feit dat het Openbaar Ministerie een afspraak maakt waardoor belangrijke strafvorderlijke voorschriften en rechtsbeginselen zijn geschonden, en in ieder geval het risico is genomen dat de waarheidsvinding geweld zou worden aangedaan, wordt onvoldoende geacht om los van die feitelijke benadeling consequenties aan de schending te verbinden. De benadering van de rechtbank wijkt daarmee in sterke mate af van de uitkomst in de Juliët-arresten. Waar de rechter destijds tot (partiële) niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kwam, volgt nu een verregaand geïndividualiseerde bewijssuitsluiting.

Met het oog op het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2013 kan niet worden uitgesloten dat de Hoge Raad thans tot een soortgelijk oordeel zou komen.⁵³⁰ De Hoge Raad scherpt in dit arrest de criteria voor bewijsuitsluiting aan door te stellen dat deze in beginsel slechts aan de orde is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Bewijsuitsluiting als sanctie voor onrechtmatig overheidsoptreden buiten dit verband van art. 6 EVRM, als “rechtsstatelijke waarborg en als middel om de met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden” kan slechts in beeld komen in geval van een vormverzuim dat heeft geresulteerd in een “zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte”, of wanneer “het desbetreffende vormverzuim naar uit objectieve gegevens blijkt zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke autoriteiten zich, vanaf het moment waarop dit structurele verzuim hun bekend moet zijn geweest, onvoldoende inspanningen hebben getroost overtredingen van het desbetreffende voorschrift te voorkomen.” Bovendien zal de rechter moeten motiveren waarom hij denkt dat bewijsuitsluiting “daadwerkelijk de beoogde normerende werking op de praktijk van opsporing en vervolging zal hebben” en waarom dat belang moet prevaleren boven “zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit.”⁵³¹ In ieder geval kan gesteld worden dat de drempel om op voet van art. 359a Sv tot bewijsuitsluiting te komen zowel materieelrechtelijk als formeelrechtelijk is verhoogd.

Terug naar de kroongetuige en de uitslag in het Passageproces: de beoordeling van de Holleederweglatingen roept de vraag op of en zo ja welke conclusies de rechtbank zou hebben verbonden aan de constatering dat andere en meer algemene toezeggingen aan La Serpe onrechtmatig waren, zoals bijvoorbeeld de toezegging dat (geheel) van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel zou worden afgezien. Van een benadeling op het niveau van feitelijke door de verdediging in de zaken van de medeverdachten te voeren verweren is immers geen sprake, hetgeen in het licht van de beslissing over de Holleeder-verklaringen zou kunnen betekenen dat de rechtbank ook dergelijke onrechtmatige toezeggingen zonder consequenties zou laten. Het feit dat zonder de betreffende toezegging de overeenkomst met La Serpe mogelijk niet tot stand zou zijn gekomen, daarmee zijn verklaringen niet tactisch bruikbaar zouden zijn geweest en het hele Passage-proces er waarschijnlijk niet was gekomen, maakt het kennelijk niet anders, nu

⁵³⁰ HR 19 februari 2013, LJN BY5322.

⁵³¹ Buruma betoogt naar aanleiding van onder andere dit arrest in het NJB dat bewijsuitsluiting buitenproportioneel kan zijn wanneer de geschonden norm voor politieagenten moeilijk na te leven is en hij vergelijkt regelgeving op het gebied van dactylosporen en het bewaren van kentekengegevens met de maximumsnelheid op de A2: niemand begrijpt waarom die regel er is, waardoor deze massaal wordt overtreden. Buruma lijkt echter geen moeite te hebben met de 483.767 boetes die in een half jaar tijd aan automobilisten zijn opgelegd, al is het maar omdat hij (naar eigen zeggen cynisch) veronderstelt dat men zich anders niet aan die maximumsnelheid zou houden. Wat de politieagenten in kwestie er dan van zou moeten weerhouden de door hen als lastig ervaren regelgeving te respecteren wanneer na overtreding geen sanctionering volgt blijft in het midden, ondanks dat Buruma – gelukkig – het belang van die regelgeving wel zegt te onderkennen. Buruma 2013, p. 494.

dat volgens de verklaringen van La Serpe én het Openbaar Ministerie ook gold voor de eis van La Serpe dat zijn verklaringen over Holleeder buiten de stukken zouden worden gehouden. Bovendien mag worden aangenomen dat de rechtbank ook dit gegeven onder het uitgangspunt zou hebben geschaard dat, uitgaande van een bewezenverklaring, het belang van een verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang.

De consequentie van de schematische benadering die de rechtbank voorstaat lijkt daarmee te zijn dat ook voor bewijsuitsluiting geldt dat deze slechts plaats heeft wanneer de Schutznorm zich daar niet tegen verzet en van dat uitgangspunt slechts hoeft te worden afgeweken wanneer die Schutznorm wordt gerelativeerd. Dat laatste is voorbehouden aan gevallen die onder het aangescherpte Karman-criterium vallen. Een schending van dat criterium is echter dermate ernstig dat dit slechts tot de niet-ontvangelijkheid van het Openbaar Ministerie kan leiden. De onrechtmatige verkrijging van bewijsmiddelen, ook wanneer belangrijke strafvorderlijke voorschriften in aanzienlijke mate zijn geschonden, zou daarmee zonder consequenties kunnen blijven tenzij de belangen van de verdachte, anders dan zijn algemene belang dat de opsporende en vervolgende overheid zich niet van onrechtmatige middelen bedient teneinde bewijs te vergaren of een veroordeling veilig te stellen, door dat onrechtmatig handelen zijn geschonden. Het maatschappelijk belang bij een integer opsporings- en vervolgingsapparaat en een enigszins effectief model van sanctionering van dat apparaat wanneer dit onrechtmatig handelt, heeft binnen het strakke schema van de rechtbank geen plaats, anders dan in de uiterst uitzonderlijke Karman-situatie. Dat is een verontrustende stand van zaken, niet alleen in de context van de kroongetuigenproblematiek, maar ook voor de integriteit van het strafproces als geheel. Of de rechtbank tot toepassing van de Karman-doctrine zou zijn overgegaan wanneer zij geoordeeld had dat de rechtsstatelijke positie van het Openbaar Ministerie in het geding was, bijvoorbeeld bij de gang van zaken rond de ontnemingstoezegging, kan uit het vonnis niet volgen, maar ik waag het met het oog op de ten aanzien van de figuur van de kroongetuige ingezette instrumentalistische lijn te betwijfelen.

Het Nederlandse strafproces en de behandeling van strafzaken is geheel ingericht op de veronderstelling dat opsporingsambtenaren onder leiding van het magistratelijk Openbaar Ministerie zich aan de regels houden, naar waarheid verbaliseren, zowel belastende als ontlastende bewijsmiddelen aan het procesdossier toevoegen, en in zijn algemeenheid naast het opsporingsbelang tevens oog houden voor het maatschappelijk belang én het belang van de individuele verdachte, die voor onschuldig dient te worden gehouden tot het moment dat een rechter anders beslist. In het huidige politieke klimaat, waar in het bijzonder de nadruk ligt op *law and order* en de versterking van de rol van Officieren van Justitie als misdaadbestrijders ten koste van hun rol als magistraten, zijn *checks and balances* onontbeerlijk. Juist het strafproces voorziet in een doorlopende toetsing van de gedragingen van het opsporings- en vervolgingsapparaat. De steeds verdergaande beperking van dat strafproces tot primair een vervolging en berechting van een individuele verdachte miskent het belang van die *checks and balances* en miskent dat het opsporings-

en vervolgingsapparaat niet inherent integer is, niet uit zichzelf binnen de grenzen van de rechtsstaat blijft, maar grenzen opgelegd moet krijgen van de wetgever welke grenzen moeten worden bewaakt door de onafhankelijke rechter. Dat was nu juist bij uitstek de les van Van Traa, die zowel het probleem als de oplossing voor dat probleem kernachtig verwoordde in de belangrijkste aanbeveling van diens eindrapport: de rechtsstaat duldt geen ongetoetst of ongecontroleerd domein in de rechtshandhaving en opsporing, en de verschillende machten dienen hun verantwoordelijkheid te nemen waarbij de wetgever dient te normeren, de uitvoerende macht zich aan die normen dient te houden, en de rechterlijke macht de toepassing van de gebruikte methoden aan de normen dient te toetsen.⁵³² Vertrouwen is goed, maar controle is beter.

Dit betekent dat een versterking of vervanging van de gebrekkige fundamenten van de kroongetuigenregeling, net als ten tijde van de zaak Lorsé, primair een verantwoordelijkheid van de wetgever is, en niet aan de rechtspraak kan worden overgelaten. Die verantwoordelijkheid is des te groter nu de rechtspraak sinds die zaak Lorsé en andere in die periode behandelde kroongetuigenzaken de mogelijkheden tot bestraffing van onrechtmatig overheidsoptreden aanzienlijk heeft ingeperkt en er thans een situatie dreigt te ontstaan waarin het Openbaar Ministerie zich zelfstandig (geheel) los kan maken van het door de wetgever neergelegde kader. Daarmee ontstaat alsnog de situatie die de wetgever juist heeft willen voorkomen: een invulling van de kroongetuigenregeling die ongenormeerd en voor een groot deel ongecontroleerd wordt overgelaten aan de opsporingspraktijk. Dat brengt mij tot de volgende conclusies en aanbevelingen.

532 Zie het citaat in paragraaf 1.1.2.

6 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Gebrekkige fundamente

Wanneer het geheel aan wetgeving en beleid dat tezamen de kroongetuigenregeling vormt aan een kritisch onderzoek wordt onderworpen, is het niet verrassend dat de figuur van de kroongetuige in de praktijk herhaaldelijk tot problemen leidt. In die wet- en regelgeving wordt immers getracht te scheiden wat in de praktijk onlosmakelijk met elkaar verbonden is: de afspraak om te getuigen en de getuigenbeschermingsovereenkomst vormen zowel vanuit het perspectief van de getuige, als vanuit de benadering van het Openbaar Ministerie, uiteindelijk één geheel. Het kunstmatige onderscheid dat tussen beide overeenkomsten wordt gemaakt is noch juridisch, noch feitelijk te handhaven. Dit leidt niet alleen tot grote problemen bij de totstandkoming van de overeenkomsten, waarbij de betrokken partijen in een onmogelijke positie terecht komen nu zij op verschillende borden moeten schaken met verschillende en tegengestelde spelregels, maar heeft bovendien tot gevolg dat het uiteindelijke pakket aan afspraken, de kroongetuigenovereenkomst, niet aan een onafhankelijke rechterlijke toetsing wordt onderworpen. Van afdoende rechtsbescherming van de bij die overeenkomst betrokken partijen is daardoor geen sprake, en de normering van de rechtmatigheid van het optreden van het Openbaar Ministerie zoals dat een wezenlijk onderdeel van het strafproces vormt, kan onvoldoende plaatshebben. Een groot deel van de bezwaren tegen de introductie van de kroongetuige in het strafproces, zoals de manipuleerbaarheid van de overheid, het afkalven van het gezag van het Openbaar Ministerie, en toename van de onevenwichtigheid tussen procespartijen, heeft zich daadwerkelijk en vrijwel direct gemanifesteerd. In plaats van een werkbaar juridisch kader te bieden staat de huidige kroongetuigenregeling aan een zorgvuldige en transparante inzet van de kroongetuige in een strafproces in de weg.

De oorzaak van dit alles is zowel gelegen in de gebrekkige wettelijke fundamente van de kroongetuigenregeling, als in de wijze waarop het Openbaar Ministerie middels het eigen beleid uitvoering geeft aan de wettelijke regeling. Binnen het strafrechtelijk deel heeft het Openbaar Ministerie zich direct bij de inwerkingtreding van de wettelijke regeling toezeggingsmogelijkheden toegeëigend die de wet niet biedt. In het getuigenbeschermingsdeel is onderhandelingsruimte gecreëerd door niet te voorzien in de inkadering die de wetgever grotendeels aan het Openbaar Ministerie had overgelaten en in de rechterlijke toets die de wetgever voor ogen stond wordt niet voorzien. De fundamente van de kroongetuigenregeling zijn gebrekkig en de wijze waarop het Openbaar Ministerie daarop heeft voortgebouwd heeft het bouwwerk als geheel aanzienlijk verder verzwakt. Het eindresultaat is een, in de woorden van De Roos, ‘rampzalig construct’ dat op rechtsstatelijk, strafrechtelijk en privaatrechtelijk niveau ernstig tekort schiet.⁵³³

⁵³³ Aldus professor Th. A. De Roos bij de verdediging van het proefschrift van J.H. Crijns op 17 juni 2010.

Bevindingen onderzoek

De scheiding die tussen de beide overeenkomsten wordt aangebracht komt voort uit de veronderstelling dat er bij de kroongetuigenovereenkomst sprake is van twee verschillende rechtsbetrekkingen: een strafrechtelijke rechtsbetrekking als gevolg van een overeenkomst met het Openbaar Ministerie op voet van art. 226g Sv, en een privaatrechtelijke rechtsbetrekking als gevolg van de getuigenbeschermingsovereenkomst. Die veronderstelling moet onjuist worden geacht. De taakstelling van het Openbaar Ministerie is blijkens de Wet RO en diens totstandkomingsgeschiedenis gelegen in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Uitzonderingen daargelaten, is het uitgangspunt dat handelingen van het Openbaar Ministerie strekken ter vervulling van die taakstelling. Mede gezien de asymmetrische rechtsbetrekking die ontstaat wanneer het Openbaar Ministerie vanuit deze taakstelling een overeenkomst met een burger sluit, leidt dit in beginsel tot een strafrechtelijke rechtsbetrekking, die primair binnen het strafrechtelijk domein genormeerd en getoetst dient te worden.

Bij de totstandkoming en aanwending van bevoegdheden die ten doel staan aan de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde wordt een belangrijke rol gespeeld door de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Die verhouding dient aldus te worden gedefinieerd, dat op grond van het legaliteitsbeginsel strafvorderlijke bevoegdheden een wettelijke grondslag vereisen wanneer de inzet van die bevoegdheden meer dan beperkt inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van burgers of wanneer de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing in het geding kan komen. Bij het geven van uitvoering aan die bevoegdheid bestaat ruimte voor interpretatie voor zover de wet die ruimte laat. Het opportuniteitsbeginsel geeft het Openbaar Ministerie de ruimte op grond van het algemeen belang afwegingen te maken bij de vervolgingsbeslissing, maar biedt geen zelfstandige grondslag voor of toekenning van strafvorderlijke bevoegdheden. De wetgever kan de uitvoering van bevoegdheden wettelijk vastleggen, hetgeen tot een begrenzing van de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie leidt voor die gevallen waarop de wettelijke regeling van toepassing is.

Wanneer discussie ontstaat over de vraag of, dan wel de wijze waarop, de wetgever zo een begrenzing heeft aangebracht, of over een ander onderdeel van een wettelijke regeling, dan dienen bij het bepalen van de bedoelingen van de wetgever alle parlementaire stukken die betrekking hebben op een wetsvoorstel in ogenschouw te worden genomen. De Tweede Kamer heeft in beginsel het primaat bij wetgeving, en wanneer een wetsvoorstel in de Tweede Kamer wordt aangenomen staat de tekst vast en kan deze niet meer gewijzigd worden, noch door de Regering noch – behoudens de novelle – door de Eerste Kamer. Desalniettemin kunnen ook in de Eerste Kamer uitlatingen worden gedaan of standpunten worden uitgewisseld die als leidend dienen te worden beschouwd bij het interpreteren van de wil van de wetgever, met name wanneer deze zien op uitvoeringsperikelen of op specifieke vragen over de uitleg die aan een bepaling of wet moet worden gegeven. Het geheel aan standpunten van de betrokken bewindslieden, Kamerleden en Senatoren, inclusief de ingediende moties, amendementen en andere bijgevoegde stukken, dient te worden gewogen met inachtneming van de betreffende

fase van het wetgevingstraject en de stand van het wetsvoorstel op dat moment. Dat op grond daarvan conclusies kunnen worden getrokken over de interpretatie of betekenis van een wet of een wettelijk bepaling laat onverlet, dat de visie van de wetgever in de loop der jaren en al dan niet naar aanleiding van maatschappelijke ontwikkelingen kan wijzigen. Het hangt van de specifieke inhoud en totstandkoming van de wettelijke regeling af, of deze ruimte biedt voor een andere benadering van de wet, of dat een aanpassing van de wettekst noodzakelijk is. Een expliciete stellingname van de wetgever ten tijde van de behandeling en het aannemen van een wetsvoorstel, zal in zijn algemeenheid niet op een later moment stilzwijgend kunnen worden gepasseerd. Indien er na verloop van tijd anders wordt gedacht over eerder genomen beslissingen, nopen rechtszekerheid en continuïteit van wetgeving tot een met de bijbehorende waarborgen en zorgvuldigheidseisen omgeven nieuw wetgevingstraject en tot een hernieuwde behandeling door de Staten-Generaal.

De bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om een verklaringsovereenkomst met een getuige te sluiten is neergelegd in art. 226g e.v. Sv. Deze regeling kent een uitzonderlijk langdurige en chaotische totstandkomingsgeschiedenis. Hoewel het kader dat door de Tweede Kamer in samenspraak met de toenmalige Minister van Justitie tussen 1999 en 2002 was neergelegd, door de opvolgend Minister van Justitie in 2004 en 2005 werd losgelaten, moet met het oog op de verhouding tussen Tweede Kamer en Eerste Kamer en de in de loop der jaren door de diverse betrokkenen ingenomen standpunten over de inhoud en systematiek van het wetsvoorstel, worden geconcludeerd dat in de aangenomen wet sprake is van een gesloten wetssystematiek die het Openbaar Ministerie slechts zeer beperkt ruimte biedt om toezeggingen aan getuigen te kunnen doen. De enige toezegging waarin de wet voorziet betreft naast de kleine gunsten de toezegging dat de te eisen straf met maximaal de helft zal worden verlaagd. Nu de Aanwijzing toezeggingen aan getuigen van het College van Procureurs-Generaal een beleidsregel is die slechts leden van het Openbaar Ministerie bindt, en beleidsregels geen wijzigingen kunnen aanbrengen in of in strijd mogen komen met hogere wet- of regelgeving, betekent dit dat waar de Aanwijzing voorziet in verdergaande mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie, die Aanwijzing in strijd is met de wet. Het in deze Aanwijzing toekennen van meer toezeggingsmogelijkheden dan waarin de wet voorziet is in strijd met het legaliteitsbeginsel en met de binnen de rechtsstaat vereiste scheiding van machten. Immers het Openbaar Ministerie heeft als uitvoerende macht het door de wetgever aangelegde kader verlaten en daar een eigen, met de wet strijdig kader voor in de plaats gesteld.

Op het gebied van getuigenbescherming is van formele wetgeving met uitzondering van art. 126l Sv geen sprake. De laatste bepaling biedt in combinatie met een AMvB, het Besluit Getuigenbescherming, de wettelijke grondslag om een getuige in een getuigenbeschermingsprogramma op te nemen en de daarmee samenhangende maatregelen te treffen. De daarbij in acht te nemen bandbreedte, zowel de materiële mogelijkheden in de overeenkomst als de formele totstandkoming daarvan, wordt echter in grote mate overgelaten aan het Openbaar Ministerie. In de daartoe opgestelde Instructie Getuigenbescherming wordt die bandbreedte echter evenmin neergelegd, hetgeen ertoe leidt

dat totstandkoming en uitvoering van de getuigenbeschermingsovereenkomst vrijwel ongenormeerd zijn gebleven. Dat verbaast eens te meer, wanneer de gang van zaken bij de *specialis* getuigenbescherming wordt afgezet tegen de reguliere wijze van persoonsbeveiliging zoals deze binnen het Stelsel bewaken en beveiligen wordt uitgevoerd. In dat stelsel wordt strikt de hand gehouden aan het uitgangspunt dat met een te beveiligen persoon niet wordt onderhandeld over de aard en inhoud van de te nemen beschermingsmaatregelen en dat de in het licht van de dreiging vast te stellen noodzaak van die maatregelen als leidend wordt beschouwd. Het in geval van getuigenbescherming wel ruimte laten voor onderhandelingen tussen het Openbaar Ministerie en de getuige, kan leiden tot een materiële bevoordeling van die getuige ten opzichte van andere te beschermen personen, welke bevoordeling geen andere achtergrond heeft dan het feit dat hij getuige is. De wijze van getuigenbescherming is daarmee zowel theoretisch als – naar inmiddels is gebleken – praktisch een belangrijke zo niet dé belangrijkste beloningscomponent in het geheel van de met een kroongetuige te maken afspraken. In het verlengde daarvan dient eens te meer de vraag te worden gesteld, waarom getuigenbescherming als een afgezonderd onderdeel van reguliere persoonsbeveiliging wordt beschouwd en waarom deze door het College van Procureurs-Generaal nadrukkelijk onder verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie is gebracht, in plaats van onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie. Dit is slechts te verklaren wanneer getuigenbescherming volgens het College valt binnen de taakstelling van het Openbaar Ministerie, en dus binnen de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, in combinatie met het beleidsmatige inzicht dat de getuigenbeschermingsovereenkomst ruimte biedt om de kroongetuige (verder) tegemoet te komen, waar de verklaringsovereenkomst dat niet doet.

De kroongetuige, die de verklaringsovereenkomst en de getuigenbeschermingsovereenkomst per definitie in zich verenigt, komt als gevolg van het voorgaande in een complex krachtenveld terecht. Binnen de ene overeenkomst kunnen slechts zeer beperkte toezeggingen worden gedaan, terwijl binnen de andere overeenkomst, waarover hij gelijktijdig met hetzelfde Openbaar Ministerie onderhandelt, die door hetzelfde College van Procureurs-Generaal dient te worden goedgekeurd en die bij de uitvoering nadrukkelijk met de eerste overeenkomst samenhangt, ruimte wordt gelaten voor onderhandelingen waarin de specifieke wensen en verwachtingen van die kroongetuige wel aan bod kunnen komen. Zowel de kroongetuige als het Openbaar Ministerie komt daardoor in een onmogelijke spagaat, nu afspraken die in de ene overeenkomst niet mogen worden gemaakt in de andere, gelijktijdige overeenkomst wel kunnen of zelfs moeten worden gemaakt. Het geheel aan gemaakte afspraken wordt buiten het Openbaar Ministerie niet door enige onafhankelijke (rechterlijke) instantie getoetst en in een onafhankelijke rechtsgang in geval van conflicten wordt voor geen van de partijen voorzien. Het enige podium dat de kroongetuige ter beschikking staat om met kans om indruk op het Openbaar Ministerie te maken de gang van zaken rond zijn getuigenbescherming aan de orde te stellen, is de strafzaak waarin hij verklaringen dient af te leggen. De strafrechter is echter niet of nauwelijks in staat zich een oordeel te vormen of richtinggevende beslissingen te nemen over de gehele kroongetuigenovereenkomst, met alle gevolgen voor de procedure, de daarbij betrokken partijen en het aanzien van het strafproces als geheel van dien. Slechts

een fundamentele herbezinning op de figuur van de kroongetuige en de onderliggende wet- en regelgeving kan aan die onwenselijke situatie een eind maken, waartoe naar mijn oordeel de volgende vier stappen dienen te worden gezet.

Stap 1: Integratie overeenkomsten

In de kern van het probleem is de belangrijkste oplossing gelegen: het kunstmatige onderscheid dat tussen de twee verschillende onderdelen van de kroongetuigenregeling wordt gemaakt dient te worden losgelaten en het pakket aan met een kroongetuige te maken afspraken dient te worden beschouwd als één geheel dat in één overeenkomst wordt neergelegd. Daartoe is allereerst noodzakelijk dat wordt onderkend dat binnen de huidige systematiek van verschillende rechtsbetrekkingen geen sprake is. Zowel de overeenkomst waarin de kroongetuige zich op grond van art. 226g Sv in ruil voor een vermindering van de strafeis bereid verklaart verklaringen af te leggen in een strafzaak, als de getuigenbeschermingsovereenkomst waarin de Staat neerlegt op welke wijze deze de risico's die de getuige als gevolg van het afleggen van die verklaringen denkt te gaan keren, is een strafrechtelijke rechtsbetrekking. Beide overeenkomsten worden immers gesloten door het Openbaar Ministerie, dat daarmee handelt binnen diens exclusieve taakstelling van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, meer in het bijzonder de opsporing en vervolging van strafbare feiten. De getuigenbeschermingsovereenkomst is de directe resultante van de uitoefening van de bevoegdheid genoemd in art. 226g Sv, welke bevoegdheid nadrukkelijk ten dienste staat van het strafproces en binnen dat strafproces wordt genormeerd. Los van de vorm van de rechtsbetrekking, te weten de overeenkomst, is de aard en inhoud van de getuigenbeschermingsovereenkomst dan ook hoofdzakelijk strafrechtelijk. Het uitgangspunt dat deze overeenkomst tot een privaatrechtelijke rechtsbetrekking zou leiden, lijkt het gevolg te zijn van de aanvankelijke veronderstelling dat deze overeenkomst zou worden gesloten met de Minister van Justitie, en de totstandkoming, inhoud en uitvoering van die overeenkomst geheel los zou staan van het strafproces en van de strafrechtelijke overeenkomst, zoals dat geldt bij reguliere persoonsbeveiliging binnen het Stelsel bewaken en beveiligen.

Zou getuigenbescherming plaats hebben op dezelfde wijze als reguliere persoonsbeveiliging, en zou deze inderdaad los van het strafproces én het Openbaar Ministerie tot stand komen en worden uitgevoerd, dan is er veel voor te zeggen deze als een privaatrechtelijke rechtsbetrekking aan te merken. Regio-overschrijdende persoonsbescherming valt buiten de context van het strafproces niet binnen de taakstelling van het Openbaar Ministerie en een deel van de complexe problematiek rond de kroongetuigenregeling is te herleiden tot de beslissing van het College van Procureurs-Generaal deze specialis van persoonsbescherming aan zich te houden. Daarmee werd een verantwoordelijkheid binnengehaald die niet past in het normatieve (strafrechtelijke) kader waarbinnen het Openbaar Ministerie opereert. Dat kader is met het uitblijven van uitbreidingen of aanpassingen ten behoeve van deze nieuwe taak dan ook onvoldoende toegerust gebleken de problemen op het gebied van normering, rechtsbescherming en controle het hoofd te bieden. Anderzijds: wanneer de noodzaak iemand te beschermen voortkomt uit diens rol als getuige in een strafproces is het verband met de taakstelling van het Openbaar

Ministerie zo nauw dat de idee dat sprake is van een rechtsverhouding die hoofdzakelijk in het strafrechtelijk domein thuis hoort heel wel begrijpelijk is. Zo bezien blijkt het strafrechtelijk karakter van de *getuigenbeschermingsovereenkomst* reeds uit de beslissing van het College van Procureurs-Generaal deze onder auspiciën van het Openbaar Ministerie te houden: dat is slechts te rechtvaardigen wanneer getuigenbescherming naar het oordeel van het College onder het strafrechtelijk handhaven van de rechtsorde valt. De bijbehorende overeenkomst is ook vanuit die optiek noodzakelijkerwijs een strafrechtelijke rechtsbetrekking.

Indien de wens zou bestaan vast te houden aan het privaatrechtelijke karakter van de getuigenbeschermingsovereenkomst, zou moeten worden teruggekeerd naar het oorspronkelijke uitgangspunt en zou de onwenselijke vervlechting tussen bewijsgaring en vervolging enerzijds en persoonsbescherming anderzijds moeten worden beëindigd door getuigenbescherming alsnog onder te brengen bij het Ministerie van Justitie, meer in het bijzonder bij de Coördinator Bewaking en Beveiliging (CBB). Aangezien zowel de Dienst Koninklijke en Diplomatieke Beveiliging (DKDB) die binnen het Stelsel bewaken en beveiligen voor uitvoering zorg draagt, als het Team Getuigenbescherming (TGB) onderdeel uitmaakt van het KLPD, zou dit voor het operationele deel van de werkzaamheden nauwelijks consequenties moeten hebben. Het feit dat de kroongetuige over diens toekomstige bescherming zou moeten onderhandelen met de CBB zou er echter wel toe kunnen leiden dat bij de invulling van de getuigenbeschermingsovereenkomst aansluiting wordt gezocht bij de werkwijze van reguliere persoonsbeveiliging. Daarmee wordt voorkomen dat opsporings- en vervolgingsbelangen om een verklaring van een getuige te verkrijgen, een rol gaan spelen bij het bepalen van de wijze van beveiliging van de kroongetuige, wordt recht gedaan aan het door de Commissie Craemer noodzakelijk geachte onderscheid tussen vervolging en beveiliging en wordt voorkomen dat over de band van de getuigenbeschermingsovereenkomst getracht wordt te verkrijgen wat binnen de verklaringsovereenkomst niet toegestaan is. Bovendien zou dit kunnen leiden tot een meer uniforme wijze van persoonsbeveiliging die de schijn van belangenverstrengeling en verkapte beloningen aan een kroongetuige kan verminderen. Een heroriëntatie van de getuigenbeschermingsovereenkomst langs deze lijnen zou het meest recht doen aan het uitgangspunt van gescheiden trajecten dat de wetgever destijds voor ogen heeft gestaan en aan het onderscheid dat steeds tussen de beide overeenkomsten wordt gemaakt.

Desondanks concludeer ik – met enige aarzeling – niet tot een volledig van het Openbaar Ministerie afgeschermd getuigenbeschermingstraject. Dat zou er immers opnieuw toe leiden, dat de kroongetuige met verschillende onderdelen van de Staat te maken krijgt, die vanuit een verschillende invalshoek overeenstemming moeten bereiken over zijn medewerking. Dit terwijl die kroongetuige duidelijkheid wenst omtrent hetgeen hij van de Staat kan verwachten en hij naar de geschiedenis heeft geleerd geen onderscheid wil aanbrengen tussen de afspraken omtrent het afleggen van verklaringen die hij met het Openbaar Ministerie maakt en de afspraken omtrent zijn toekomstige persoonsbeveiliging die hij met – in dat geval – het Ministerie van Justitie moet maken. Het is onvermijdelijk dat in een dergelijk model opnieuw vermenging zal optreden en

de onderhandelingen met het Openbaar Ministerie een rol zullen gaan spelen bij de onderhandelingen met het Ministerie van Justitie en omgekeerd. Daar komt nog bij dat het Openbaar Ministerie uiteindelijk óók onder de Minister van Justitie valt en het niet alleen in de beleving van de individuele getuige maar ook hiërarchisch zo is dat er wordt onderhandeld met één en dezelfde partij. Het zou er wederom op neer komen dat wordt getracht een theoretische scheiding aan te brengen tussen zaken die in de praktijk met elkaar verbonden zijn en elkaar zelfs overlappen. Dit leidt niet alleen tot juridisch onmogelijke (schijn)constructies maar tevens tot een onwerkbaar situatie. Daarmee is deze variant niet wenselijk. Wetgeving zou geen onhaalbare doelen moeten nastreven, ook niet wanneer deze dogmatisch fraaier of zuiverder zijn.⁵³⁴

Stap 2: Primaire verantwoordelijkheid bij de wetgever

Vanuit die overweging en nu de getuigenbeschermingsovereenkomst direct samenhangt met een aanwending van bevoegdheden ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, hoort het aangaan van beide overeenkomsten – tezamen de kroongetuigenovereenkomst – zowel wat betreft taakstelling als wat betreft mandaat thuis bij het Openbaar Ministerie. Dat Openbaar Ministerie dient daartoe door de wetgever te worden voorzien van een werkbaar instrumentarium om overeenkomsten met kroongetuigen te kunnen sluiten. Daartoe zal allereerst door de wetgever moeten worden beoordeeld of deze wenst vast te houden aan het strikte systeem van strafrechtelijke toezeggingen zoals dat in de huidige wet is neergelegd, of dat het Openbaar Ministerie meer toezeggingen aan een potentiële kroongetuige moet kunnen doen. Zo dat laatste het geval is, vergt dit een aanpassing van de wet, nu de wet thans uitsluitend voorziet in strafvermindering en in kleine gunsten. Indien het voor een werkbaar kroongetuigenregeling noodzakelijk wordt geacht dat het Openbaar Ministerie meer of andere toezeggingen kan doen, zoals bijvoorbeeld de toezeggingen die in de Aanwijzing staan vermeld, dan dient daartoe wettelijke ruimte te worden gecreëerd. Een herhaling van de discussie zoals deze tussen 1999 en 2005 is gevoerd, is onvermijdelijk maar ook noodzakelijk: het is de taak en de verantwoordelijkheid van de wetgever dat over de toepassing van dit precaire instrument duidelijke beslissingen worden genomen en dat de kaders waarbinnen het Openbaar Ministerie dient te opereren worden vastgelegd. Daartoe zou de wetgever overigens kunnen besluiten dat de invulling van de kroongetuigenregeling aan het College van Procureurs-Generaal wordt gelaten, zoals minister Donner (deels) voor ogen had, maar ook dat vergt een aanpassing van de huidige wet. Bovendien stuit het alsnog geheel uitbesteden van dit instrument aan de vervolgende instantie naar mijn oordeel op bezwaren die voortkomen uit de op grond van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel te stellen eisen aan de wettelijke grondslag van opsporingsbevoegdheden. Door zowel door de Commissie

534 Zie vanuit een ander perspectief (de aan strafuitsluitingsgronden te stellen eisen) maar desalniettemin fraai ter illustratie de internationaalrechtelijke grootheid Antonio Cassese in zijn rol als president van het Joegoslavië-tribunaal (ICTY): “Law is based on what society can reasonably expect of its members. It should not set intractable standards of behaviour which require mankind to perform acts of martyrdom, and brand as criminal any behaviour falling below those standards.” Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-PT, 7 October 1997, par. 47.

Van Traa als de Commissie Kalsbeek als de eerdere wetgever zijn die bezwaren uitvoerig verwoord. Het enkele jaren later geheel loslaten van de eis van wettelijke normering zou op zijn minst weinig recht doen aan de inspanningen van die betrokkenen, nog los van de lessen die het verleden heeft geleerd over het aan de praktijk overlaten van verre-gaande opsporingsmiddelen.

In ieder geval zou de wetgever zich moeten beraden op de bewegingsruimte die het Openbaar Ministerie in deze moet krijgen: is men nog steeds van oordeel dat het sepot-verbod als ondergrens moet worden gehandhaafd, of mag het Openbaar Ministerie onder omstandigheden ook geheel van vervolging afzien? Zo ja, geldt dit voor alle feiten waarvan een kroongetuige wordt verdacht, of dient daarbij een onderscheid te worden gemaakt naar de ernst van die feiten? Hoe verhoudt zich dat tot het niet uitvaardigen of intrekken van internationale arrestatiebevelen, wanneer dat de facto tot straffeloosheid van de kroongetuige leidt? Wenst de wetgever het categorische verbod op financiële vergoedingen te handhaven, of mag het Openbaar Ministerie onder omstandigheden een kroongetuige een (fors) geldbedrag in het vooruitzicht stellen? Zo ja, onder welke omstandigheden en binnen welke bandbreedte? Hoe verhoudt zich dat tot het afzien van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel? Kunnen in het kader van het getuigenbeschermingsdeel wel financiële afspraken worden gemaakt en zo ja welke kaders hebben daar te gelden? Kan de zorgplicht van de Staat voor de veiligheid van de getuige worden afgekocht? Wat is de verhouding tot het Stelsel bewaken en beveiligen? Is het gerechtvaardigd een onderscheid te maken tussen de te treffen maatregelen binnen dat Stelsel en getuigenbeschermingsmaatregelen? Zo ja, tot op welke hoogte? Enzovoorts.

Met name op het laatste punt dient de wetgever te onderkennen dat de praktijk van getuigenbescherming per definitie financiële componenten kent en dat een kroongetuige juist op dat onderdeel afspraken met het Openbaar Ministerie zal willen maken. De wijze van getuigenbescherming, zeker wanneer dit huisvesting in een ander land en het opbouwen van een zelfstandig economisch bestaan in dat andere land vergt, kan op verschillende manieren worden ingevuld, met (zeer) verschillende prijskaartjes tot gevolg. Tussen veilig en goedkoop en veilig en comfortabel bevindt zich een immens grijs gebied en juist in dat gebied bevinden zich de wensen van de kroongetuige. Het maakt nogal verschil in welk land of zelfs werelddeel een getuige wordt ondergebracht, hoe zijn huisvesting eruit ziet, hoe tot realisatie van het zelfstandige economische bestaan wordt gekomen, of wordt voorzien in een basisinkomen, of dat naar Nederlandse standaard of naar de lokale standaard is, of de (criminele) levensstandaard van de kroongetuige als uitgangspunt mag worden genomen, of hij daadwerkelijk moet gaan werken voor zijn inkomen en zo ja hoe hard of hoe lang, en zo kunnen nog vele andere netelige vragen worden opgeworpen. Natuurlijk is het niet doenlijk al die variabelen in wet- of regelgeving vast te leggen, maar wel mag van de wetgever worden gevergd dat deze de boven- en ondergrenzen aangeeft, waarbij bijvoorbeeld aansluiting kan worden gezocht bij de internationale werkwijze zoals deze onder andere in het rapport van de Verenigde Naties wordt beschreven. Of juist niet, maar er zullen op het niveau van de wetgever richtinggevende beslissingen moeten worden genomen.

Stap 3: Rechterlijke toetsing

Juist omdat er zoveel variabelen zijn en omdat elke verbetering van de situatie van een kroongetuige ten opzichte van het gemiddelde of zelfs van het minimum als een (verkapte) beloning voor zijn verklaringen kan worden aangemerkt, is controle van de in individuele gevallen overeengekomen afspraken onontbeerlijk. Ik benadruk dat het vanuit het perspectief en de positie van een kroongetuige zeer wel begrijpelijk en tot op zekere hoogte terecht is dat hij eisen stelt over de wijze waarop hij zijn verdere leven zal moeten gaan leiden, maar nu dit een zo prominent en zelfs bepalend onderdeel vormt van de totstandkoming van zijn bereidheid om verklaringen af te leggen, zal dat onderdeel ten principale aan een onafhankelijke rechterlijke toetsing moeten worden onderworpen, zeker gezien de prominente positie die in het Openbaar Ministerie in deze systematiek (nog steeds) inneemt. Ongecontroleerde opsporing is ongepast, of anders gezegd: het Openbaar Ministerie krijgt veel vertrouwen en controle hoort daar in een functionerend systeem van *checks and balances* gewoon bij. Ook hierover zal de wetgever zich moeten uitspreken, al vergt dit naar mijn oordeel geen wijziging als wel een verduidelijking van de wet. Het huidige wettelijke systeem voorziet immers al in een toetsing van het geheel van de met een kroongetuige gemaakte afspraken door de rechter-commissaris, inclusief de getuigenbeschermingsovereenkomst. Die rechter-commissaris heeft met onder andere de bedreigde anonieme getuige al de nodige ervaring met het toetsen van vertrouwelijke informatie. Vanuit het veiligheidsperspectief kunnen er dan ook nauwelijks bezwaren bestaan tegen een toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst door de rechter-commissaris, temeer nu dit ook in het belang van het Openbaar Ministerie is. De rechter-commissaris kan zich immers uitspreken in geval van conflicten tussen de kroongetuige en het Openbaar Ministerie over de uitwerking of tenuitvoerlegging van de kroongetuigenovereenkomst, en aldus beide partijen een geïnformeerd en vertrouwelijk platform bieden buiten het onderzoek ter zitting in de strafzaak. Dat voorkomt dat deze partijen andere gremia moeten zoeken om hun conflicten te beslechten en het biedt hen de mogelijkheid een onafhankelijk oordeel te krijgen van een partij die vanaf het begin inhoudelijk betrokken is geweest en kennis draagt van de totstandkoming, inhoud en bedoeling van de gemaakte afspraken.

De totstandkoming van de aldus te sluiten kroongetuigenovereenkomst kan verder in grote lijnen gelijk blijven aan de wijze waarop dat momenteel gebeurt, met dat belangrijke verschil dat het Openbaar Ministerie zich niet langer in allerhande bochten hoeft te wringen om getuigenbescherming een afgescheiden onderdeel te laten lijken. Bij de onderhandelingen met de kroongetuige kan zowel de zaaksofficier als de officier van justitie van het Landelijk Parket belast met getuigenbescherming aanschuiven, waarmee er naar de kroongetuige duidelijkheid ontstaat omtrent hetgeen hij van het ene en ondeelbare Openbaar Ministerie mag verwachten. De conceptovereenkomst dient nog steeds te worden voorgelegd aan het College van Procureurs-Generaal, dat zich daartoe laat adviseren door de CTC en, voor zo ver noodzakelijk, de overeenkomst voorlegt aan de Minister van Justitie. Vervolgingsbelangen en beveiligingsbelangen zullen bij de onderhandelingen door elkaar lopen, maar dat is gezien de positie van de kroongetuige onvermijdelijk, en bovendien wordt het geheel door de rechter-commissaris getoetst.

Wat de positie van de in het strafproces door de kroongetuige beschuldigde verdachten betreft is het aan de rechter-commissaris om, op gelijke wijze als bij de anonieme bedreigde getuige, de procespartijen te informeren omtrent het geheel van de met de kroongetuige gemaakte (beschermings)afspraken die voor een juiste toetsing van de betrouwbaarheid van die kroongetuige noodzakelijk zijn, met weglating van aspecten die de veiligheid van de kroongetuige of van het getuigenbeschermingsprogramma en de daarbij betrokken functionarissen raken. De rechter-commissaris legt de bevindingen van zijn toetsing neer in een proces-verbaal, waarmee wederom op een gelijke wijze als bij het betrouwbaarheidsoordeel bij een anonieme bedreigde getuige compensatie wordt geboden voor de verminderde controlemogelijkheden die de zittingsrechter en de verdediging op dit onderdeel van de overeenkomst hebben. Indien in de loop van de procedure de afspraken met een getuige worden herzien of worden gewijzigd, wordt de rechter-commissaris daarvan zoals door de wetgever voorzien in kennis gesteld. De rechter-commissaris beoordeelt de rechtmatigheid van die wijzigingen, mede in het licht van de aanvankelijk gemaakte afspraken, en brengt zijn bevindingen indien nodig wederom ter kennis van de procespartijen. Los daarvan kan de zittingsrechter al dan niet op verzoek van de verdediging of het Openbaar Ministerie, de rechter-commissaris verzoeken aanvullende informatie te verstrekken op één of meerdere specifieke onderdelen van de met een kroongetuige gemaakte afspraken. Het is aan de rechter-commissaris om met inachtneming van alle belangen te beoordelen of dergelijke aanvullende informatie kan worden verstrekt.

De rechter-commissaris speelt daarmee een dermate prominente rol bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de kroongetuigenovereenkomst dat een beroepsgang in de rede ligt. Ook hier kan aansluiting worden gezocht bij de systematiek van de bedreigde anonieme getuige, en bij de reeds in art. 226i Sv neergelegde rechtsgang. De laatste stelt hoger beroep voor het Openbaar Ministerie open tegen een afwijzende beslissing van de rechter-commissaris, waarna de raadkamer van de rechtbank zo spoedig mogelijk beslist. Hoewel een dergelijk hoger beroep door de kroongetuige zich bij het eerste rechtmatigheidsoordeel niet snel zal voordoen, is het voorzien in rechtsbescherming voor de kroongetuige in geval van conflicten of gewijzigde afspraken noodzakelijk, niet alleen om te voorkomen dat de strafzaak daartoe wordt gebruikt, maar vooral nu normering en toetsing van alle met de kroongetuige gemaakte afspraken binnen het strafrechtelijk domein dienen plaats te hebben. Dat vergt een voldoende duidelijke en met waarborgen omklede procedure inclusief een beroepsmogelijkheid, welke met een eenvoudige aanvulling van art. 226i Sv, waardoor de bestaande rechtsgang ook open komt te staan voor de getuige, kan worden gerealiseerd. Dit laatste laat onverlet dat de voorzieningenrechter als vangnet blijft bestaan indien in een specifiek geval de raadkamerprocedure geen soelaas biedt, maar aangenomen mag worden dat deze bij een eventueel te geven oordeel over een conflict ten aanzien van getuigenbescherming of over de getuigenbeschermingsovereenkomst het standpunt van de rechter-commissaris zwaar zal laten wegen.

Naast het Openbaar Ministerie en de kroongetuige is de verdachte die wordt beschuldigd weliswaar belanghebbende bij het rechtmatigheidsoordeel van de rechter-commissaris,

maar anders dan bij de anonieme bedreigde getuige verzet de aard van de kroongetuigenregeling zoals deze onder meer tot uitdrukking komt in het fenomeen van de kluisverklaringen zich tegen een rechtsgang waarbij de verdachte de rechtmatigheidsbeslissing van de rechter-commissaris met succes zou kunnen aanvechten voorafgaand aan de vervolging. Zou de raadkamer immers besluiten dat de overeenkomst niet rechtmatig is, dan komt de overeenkomst binnen de huidige wetgeving niet tot stand en kunnen de kluisverklaringen niet als bewijs worden ingebracht, terwijl de verdachte dan wel op de hoogte zal zijn van de identiteit van de beoogde kroongetuige. De verdachte zal het oordeel van de rechter-commissaris en eventueel de raadkamer dus uitsluitend kunnen betwisten bij de zittingsrechter in het kader van zijn eigen vervolging. Zowel voor de raadkamer als de zittingsrechter geldt dat deze niet volledig geïnformeerd zullen kunnen worden over de specifieke gemaakte afspraken op het gebied van getuigenbescherming, maar ook dat komt overeen met de situatie bij de bedreigde anonieme getuige, en is met het oog op de veiligheidsbelangen van de kroongetuige en het getuigenbeschermingsprogramma als geheel onvermijdelijk. Net als bij de bedreigde anonieme getuige, verwacht ik niet dat de raadkamer of de zittingsrechter door het niet volledig geïnformeerd zijn niet tot een juiste afweging zou kunnen komen. Mede gezien de verzwaarde motiveringsplicht die de zittingsrechter in geval van een kroongetuige heeft, en uitgaande van een volledige toetsing door de rechter-commissaris die daarover verantwoording aflegt, zijn de belangen van de verdachte voldoende gewaarborgd binnen het geheel van belangen dat in geval van een kroongetuige speelt.

Van een situatie waarin ‘slechts’ getuigenbeschermingsafspraken worden gemaakt die zich geheel buiten de neergelegde procedure en toetsing afspelen, is met bovengenoemde wijzigingen geen sprake meer. Immers ook getuigenbeschermingsafspraken kunnen als toezeggingen aan een getuige worden aangemerkt en wel wanneer deze afspraken het niveau van reguliere persoonsbeveiliging te boven gaan. De toets die de rechter-commissaris daartoe dient aan te leggen is tweeledig: is sprake van afspraken die verder gaan dan de maatregelen die normaalgesproken binnen het Stelsel beveiligen en bewaken zouden worden getroffen en zo ja, zijn deze maatregelen als proportioneel aan te merken? Wordt de eerste vraag ontkennend beantwoord, dan is van enige toezegging of beloning aan de getuige geen sprake, en behoeft de rechter-commissaris dat oordeel nog slechts neer te leggen in een proces-verbaal waarna de overeenkomst tot stand komt. Verdere rechterlijke toetsing van de getuigenbeschermingsmaatregelen is behoudens wijzigingen dan niet meer aan de orde. Dienen de beschermingsafspraken naar het oordeel van de rechter-commissaris wel als verdergaand te worden aangemerkt, zoals bijvoorbeeld in geval van bijzondere aspecten zoals het verzorgen van een verblijfsvergunning, dan dient deze zich een oordeel te vormen over de vraag of dat onder de omstandigheden gerechtvaardigd is, welk oordeel eveneens gemotiveerd in een proces-verbaal wordt neergelegd opdat de procespartijen daar kennis van kunnen nemen. Ook hier geldt dat van verdere rechterlijke toetsing in beginsel geen sprake is, al ligt het voor de hand dat het oordeel dat de gemaakte afspraken materieel een beloning voor de getuige opleveren ter zitting zal worden meegenomen bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de getuige. Uiteindelijk bepaalt de zittingsrechter, met inachtneming van de bijzondere positie van

de rechter-commissaris, of en zo ja in welke mate de procespartijen nader geïnformeerd moeten worden over de met een getuige gemaakte afspraken en geeft deze een finaal oordeel over de rechtmatigheid van deze afspraken.

Stap 4: Reorganisatie beschermingsdiensten en uiteindelijke sfeerovergang

Ter voltooiing van de gewenste integratie meen ik tot slot dat de uitvoering van het getuigenbeschermingsprogramma, ondanks dat de totstandkoming onder aansturing en verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie plaats heeft, ondergebracht zou moeten worden bij de Coördinator Bewaking en Beveiliging (CBB) en dus binnen het reguliere kader van persoonsbeveiliging. Er is geen principiële reden om getuigenbescherming af te zonderen van reguliere persoonsbeveiliging. Zeker op het moment dat die getuigenbescherming niet zo ver gaat dat de getuige in een ander land dient te worden ondergebracht komt deze vroeg of laat toch binnen dat reguliere kader te vallen. Het aanvoeren van een getuige voor verhoren en zittingen kan redelijkerwijs niet als zodanig ingewikkeld worden aangemerkt dat dit het onderscheid tussen beide vormen van persoonsbeveiliging kan verklaren, temeer nu andere deelnemers aan het strafproces onder omstandigheden al binnen het Stelsel bewaken en beveiligen vallen. De binnen het Stelsel opgedane ervaringen op het gebied van persoonsbeveiliging kunnen ten goede komen aan de uitvoering van getuigenbeschermingsmaatregelen en omgekeerd geldt ongetwijfeld hetzelfde. Het feit dat het Openbaar Ministerie de getuigenbeschermingsovereenkomst sluit en deze primair strafrechtelijk wordt genormeerd, vormt geen doorslaggevend argument om ook de uitvoering van getuigenbescherming onder dat Openbaar Ministerie te laten vallen, al is het maar nu zowel het Openbaar Ministerie als de CBB uiteindelijk ressorteert onder de Minister van Justitie. Zoals het Openbaar Ministerie zich thans door de met getuigenbescherming belaste opsporingsambtenaren zal laten informeren omtrent de wenselijkheid of haalbaarheid van specifieke verzoeken van een getuige, zal dat niet anders zijn wanneer die opsporingsambtenaren herenigd zijn met hun collega's en hiërarchisch niet meer onder het College van Procureurs-Generaal maar (met tussenkomst van de NCTV en de CBB) direct onder de Minister van Justitie vallen. De lijnen kunnen wat dat betreft geacht worden voldoende kort te zijn. Niet alleen is het logischer en efficiënter om beide vormen van persoonsbeveiliging onder te brengen bij één en dezelfde instantie, voor zo ver dit voor beide KLPD-onderdelen de facto niet al het geval is, bovendien kan dit leiden tot een meer uniforme wijze van persoonsbeveiliging die de kwaliteit en acceptatie van getuigenbescherming alleen maar ten goede kan komen.

Het laatste is tevens noodzakelijk voor de laatste stap in de integratie van getuigenbescherming in het Stelsel bewaken en beveiligen, te weten de uiteindelijke sfeerovergang van het strafrechtelijke domein naar het privaatrechtelijke domein. Op het moment dat de strafrechtelijke procedures zijn beëindigd is van een te beschermen *getuige* immers geen sprake meer, waarmee de relatie met het strafrecht en de strafrechtelijke rechtsorde naar de achtergrond verdwijnt en nog slechts persoonsbeveiliging resteert. De voormalige getuige dient op dat moment vanuit de specialis getuigenbescherming te worden overgenomen door het reguliere Stelsel, in een daartoe te creëren aparte categorie van het rijk domein. Uiteraard kunnen functionarissen met ervaring op het gebied van

getuigenbescherming zich over de voormalige getuige en eventueel zijn familie ontfermen, maar voor het Openbaar Ministerie is hier geen rol meer te spelen anders dan het overdragen van de getuigenbeschermingsovereenkomst en alle andere relevante informatie aan de CBB. Ook hier geldt weer dat de wetenschap dat de getuige na beëindiging van de strafrechtelijke procedures zal moeten worden overgedragen aan het Ministerie van Justitie, naar mag worden aangenomen invloed zal hebben op de aard en inhoud van de met een getuige te maken beschermingsafspraken.

Belangrijker is echter dat met de overgang naar reguliere persoonsbeveiliging de beschermingsovereenkomst (terug) evolueert naar een privaatrechtelijke rechtsbetrekking, en voor de verdere looptijd van de beveiligingsmaatregelen privaatrechtelijk behandeld en beoordeeld kan worden. Zouden er in deze fase van de verbintenis conflicten met de voormalige getuige (of zijn familie of andere derden) ontstaan, dan kunnen zij zich dus wenden tot de civiele rechter, die zich indien gewenst door de rechter-commissaris kan laten informeren omtrent de gang van zaken in de strafrechtelijke fase. De beschermingsovereenkomst keert met het wegvallen van de strafrechtelijke context en het terugtrekken van het Openbaar Ministerie terug naar zijn oorspronkelijke, algemene vorm: een overeenkomst waarin de Staat zich verplicht onder bepaalde voorwaarden te voorzien in de beveiliging van een burger of enkele burgers, met de algemene normering, beoordeling en rechtsgang die daar bij hoort. Teneinde geen onduidelijkheid over het moment van deze sfeerovergang te krijgen en voor alle betrokken partijen rechtszekerheid te creëren, zou de overdracht aan het Ministerie van Justitie in ieder geval moeten plaatshebben wanneer de laatste strafzaak waarin de kroongetuige diens rol als getuige heeft moeten vervullen, onherroepelijk wordt.

Concrete wijzigingen

Concreet zou mijn aanbeveling dus zijn dat op een zo kort mogelijke termijn door de wetgever wordt gezien of art. 226g lid 1 Sv wijziging behoeft, in die zin dat het Openbaar Ministerie buiten de kleine gunsten van lid 4 meer of andere toezeggingsmogelijkheden worden toegekend dan uitsluitend de strafverminderingstoezegging. Ook het tweede lid dient te worden aangepast, in die zin dat daarin de afgesproken getuigenbeschermingsmaatregelen expliciet als door de rechter-commissaris te toetsen afspraken worden genoemd. Art. 226h lid 4 Sv, waarin de rechter-commissaris wordt opgedragen de getuigenbeschermingsaspecten van de met een kroongetuige gemaakte afspraken buiten het dossier te laten, kan worden gehandhaafd en neemt als gevolg van de bredere toetsing door de rechter-commissaris in belang toe. Verder dient art. 226i lid 2 Sv te worden aangepast in die zin dat het hoger beroep tegen de rechtmatigheidsbeslissing van de rechter-commissaris behalve voor de officier van justitie tevens wordt opengesteld voor de getuige. Tot slot dienen het Team Getuigenbescherming en de daaraan gelieerde diensten en functionarissen te worden ondergebracht bij het Ministerie van Justitie, onder aansturing van de CBB. Dit laatste kan grotendeels op ambtelijk niveau door het Ministerie van Justitie worden gerealiseerd, al vergt de hierboven beschreven procedure een aanpassing van het Besluit Getuigenbescherming. Daarbij dient tevens aandacht te worden besteed aan de kaders waarbinnen getuigenbescherming dient plaats

te hebben, waarbij op zijn minst richtinggevende beslissingen door de wetgever dienen te worden genomen.

Al met al tamelijk overzichtelijke wijzigingen, die echter niet de indruk mogen wekken dat het eenvoudig zal zijn deze door te voeren. In het licht van het wetgevingsproces zoals beschreven in hoofdstuk 2, is het gerechtvaardigd te verwachten dat er over de aard en omvang van de door het Openbaar Ministerie toe te zeggen wederprestaties een omvangrijk en intensief debat zal worden gevoerd. Dat is in het licht van de precaire materie echter niet bezwaarlijk maar zelfs terecht en noodzakelijk, nu dit principiële debat door de wetgever gevoerd dient te worden en de daarover te nemen beslissingen een democratisch mandaat behoeven.

Het magistratelijke Openbaar Ministerie

In de tussentijd dient het Openbaar Ministerie zijn positie in de rechtsstaat en het priemaat van de wetgever te onderkennen, zich neer te leggen bij de beperkte armslag van de huidige wettelijke regeling en zich te onthouden van het doen van toezeggingen anders dan strafvermindering en eventuele kleine gunsten. Nu de wet toetsing door de rechter-commissaris van de getuigenbeschermingsaspecten van een overeenkomst met een getuige reeds voorschrijft, dient het Openbaar Ministerie (ook) deze overeenkomsten, in ieder geval op hoofdlijnen, daadwerkelijk ter toetsing aan de rechter-commissaris voor te leggen en het niet, zoals de Amsterdamse rechtbank suggereert, aan te laten komen op verzoeken daartoe van de zijde van de rechter-commissaris. Dit is ook in het belang van het Openbaar Ministerie, nu dit wellicht kan voorkomen dat een hoog oplopende polemiek ontstaat tussen de kroongetuige en het Openbaar Ministerie die zowel de strafprocedure als het vertrouwen in het Openbaar Ministerie schaadt. Wat dat laatste betreft moet de invloed van de berichtgeving rond de kroongetuige in het algemeen en de openlijke ruzies tussen het Openbaar Ministerie en diens kroongetuigen in het bijzonder niet worden onderschat. Zowel onder verdachten als in de samenleving als geheel, is door de wijze van werken met dit veelbesproken en precaire instrument een beeld ontstaan van een Openbaar Ministerie dat geen betrouwbare partij is en dat ten behoeve van *crime-fighting* en het opsluiten van vermeende boeven bereid is juridische en ethische grenzen te overschrijden. Of dat beeld nu terecht is of niet: dat het bestaat is schadelijk voor het Openbaar Ministerie, schadelijk voor de rechtsstaat, en schadelijk voor een efficiënte kroongetuigenregeling, al is het maar omdat de gemiddelde verdachte het inmiddels wel uit zijn hoofd zal laten om overeenkomsten met het Openbaar Ministerie te sluiten.⁵³⁵

535 Ter illustratie: een artikel over de perikelen rond bovengenoemde Remco van L. van misdaadjournalist Wim van der Pol op het veelgelezen Crimesite van 17 april 2013 vangt aan met een niet mis te verstane waarschuwing aan de lezers: "Stap nooit in een getuigenbeschermingsprogramma." <http://www.crimesite.nl/nieuws/rechtszaak/26143-om-dwong-ons-te-getuigen.html>.

‘Vertrouwen komt te voet en gaat te paard’, schreef De Wijkerslooth in 2004 ter verdediging van zijn beslissing om geen kroongetuigenovereenkomst aan te gaan met een door hem en minister Donner als onbetrouwbaar aangemerkte getuige. Die terughoudendheid is in de loop der tijd door zijn opvolgers losgelaten, met als gevolg dat het maatschappelijk vertrouwen in het Openbaar Ministerie en (in mindere mate) de rechtspraak schade heeft opgelopen. Het is zowel voor de kroongetuigenregeling als het strafproces als geheel van groot belang dat dit vertrouwen wordt hersteld. Wellicht dat dit onderzoek en bovenstaande aanbevelingen daartoe een aanzet kunnen geven.

NAWOORD:

DE BURGER IN DE BIJZONDERE OPSPORING

Op 5 juli 2013, de eerste dag van het zomerreces van de Tweede Kamer en kort nadat dit proefschrift door de promotiecommissie was beoordeeld, verscheen de brief ‘De burger in de bijzondere opsporing’ van minister Opstelten.⁵³⁶ Behalve het voornemen de zogenoemde criminele burgerinfiltrant te herintroduceren, schrijft de Minister over de kroongetuige dat het thans geldende strikte wettelijke kader in de praktijk als te beperkend wordt ervaren. Hij kondigt aan een wetsvoorstel voor te bereiden, ‘dat ziet op een verruiming van de onderhandelingsmogelijkheden van het OM, om in uitzonderingsgevallen meer toe te kunnen zeggen dan nu mogelijk is.’ Als voorbeelden worden genoemd het toezeggen van meer dan de helft aan strafvermindering of het doen van een financiële tegemoetkoming. Daarnaast wenst de Minister de kroongetuige te kunnen inzetten bij meer delicten dan nu het geval is (georganiseerde criminaliteit of misdrijven waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld), zoals ‘financieel economische criminaliteit en corruptie’. De Minister onderkent dat er in de praktijk spanning bestaat tussen het afschermen van de bij getuigenbescherming genomen veiligheidsmaatregelen enerzijds, en de discussie die kan ontstaan over de vraag of de getroffen maatregelen invloed hebben gehad op de betrouwbaarheid van de beschermde getuige anderzijds. Hij geeft aan voornemens te zijn om bij wet een gespecialiseerde Rechter-Commissaris aan te wijzen, die indien mogelijk kan rapporteren over de getroffen getuigenbeschermingsmaatregelen.

De brief van de Minister roept een aantal vragen op – waarbij ik zijn voornemen ten aanzien van de criminele burgerinfiltrant behoudens een verwijzing naar de ervaringen van de Commissies Van Traa en Kalsbeek hier buiten bespreking laat – over de aard en inhoud van de voorgenomen wijzigingen. Zo is een voor de hand liggende vraag hoeveel minder straf de officier van justitie kan gaan vorderen, en of zelfs geheel van het eisen van straf kan worden afgezien. De Minister laat die laatste mogelijkheid nadrukkelijk open. Ook de bandbreedte van de eventuele ‘financiële tegemoetkomingen’ is niet duidelijk, anders dan dat wordt gesteld dat deze in relatie dient te staan tot de schade die de getuige ondervindt als gevolg van diens verklaring, maar dat laatste is naar de ervaring leert bijzonder moeilijk te kwantificeren. Welke andere uitbreidingsmogelijkheden de Minister voor ogen staan is ook nog onduidelijk, en tot slot vergt de (gestelde) noodzaak en omvang van de uitbreiding van het type zaken waarin gebruik gemaakt kan worden van een kroongetuige, nadere onderbouwing, met name in het licht van het tot op heden

⁵³⁶ Brief van de Minister van Justitie van 5 juli 2013, Kamerstukken II 2012-2013, 29911, nr. 83. De brief was al eerder aangekondigd, onder andere bij het algemeen overleg op 29 mei 2013 (verslag van algemeen overleg, Kamerstukken II 2012-2013, 29911, nr. 81).

steeds beleden uitgangspunt dat het gebruik van een kroongetuige een uiterst middel moet zijn waarvan met grote terughoudendheid en slechts in zeer incidentele gevallen gebruik dient te worden gemaakt. Waarom dat uiterste middel juist of mede voor financieel-economische zaken of corruptie nodig zou zijn, is niet duidelijk.

Dit alles zal naar mag worden aangenomen bij de behandeling van het nog in te dienen wetsvoorstel aan de orde komen. Het moge duidelijk zijn dat het in mijn visie terecht is dat de Minister meent dat een uitbreiding van de toezeggingsmogelijkheden voor het Openbaar Ministerie een wetswijziging vergt. Verder zal eveneens duidelijk zijn dat ik het voornemen van de Minister om een rechter-commissaris te betrekken bij de getuigenbeschermingsovereenkomst van harte toejuich. Voor de wijze waarop één en ander tot stand zou kunnen komen verwijs ik met gepaste nederigheid naar de in hoofdstuk 6 gedane aanbevelingen, en spreek de hoop en verwachting uit dat met de brief van de Minister en behandeling van de wetsvoorstellen een begin wordt gemaakt met een heroriëntatie van de kroongetuigenregeling die tot een aanzienlijke verbetering voor de strafrechtspleging kan leiden.

SAMENVATTING

In dit onderzoek is onderzocht of in de wet- en regelgeving ten aanzien van kroongetuigen een verklaring kan worden gevonden voor het feit dat afspraken met getuigen in de praktijk vaker wel dan niet tot grote problemen leiden. Met name de getuigenbeschermingsovereenkomst en de daarin met de getuige gemaakte afspraken omtrent zijn beveiliging, leiden regelmatig tot hoogoplopende onenigheid tussen het Openbaar Ministerie en de getuige, welke zijn weerslag heeft op de strafzaak waarin de getuige diens verklaringen dient af te leggen. Ook op het gebied van de verklaringsovereenkomst bestaat in de praktijk echter onduidelijkheid welke afspraken het Openbaar Ministerie nu wel en niet met de getuige mag maken en welke toezeggingen op welke momenten aan een getuige kunnen worden gedaan. Dit noopt tot een bestudering van het geheel aan regelgeving ten aanzien van de kroongetuige, waarbij de totstandkoming, inhoud en betekenis van die regelgeving in diens historische context en in de huidige wijze van tenuitvoerlegging moeten worden gezien.

In hoofdstuk één zijn vanuit het startpunt van de rechtsstaat de rol, taakstelling en verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie beschreven zoals deze zowel in de wet als daarbuiten wordt gedefinieerd, te weten het strafrechtelijk handhaven van de rechtsorde. Dit betekent dat het Openbaar Ministerie behoudens enkele uitzonderingen opereert binnen het strafrechtelijk domein en de daarvoor bestaande wettelijke normen, en nadere normering en toetsing van het handelen van het Openbaar Ministerie plaats hebben door de strafrechter. Het feit dat het Openbaar Ministerie rechtshandelingen verricht die primair privaatrechtelijk van vorm zijn, zoals het sluiten van een overeenkomst, maakt dat niet anders: wanneer die rechtshandeling plaatsheeft binnen de doelstelling van het Openbaar Ministerie en dient tot of direct voortkomt uit de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, leidt dit mede door de ongelijke verhouding tussen procespartijen niet tot een privaatrechtelijke rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de andere contractpartij(en), maar tot een strafrechtelijke rechtsbetrekking.

In hoofdstuk twee en drie zijn de beide overeenkomsten die invulling geven aan de kroongetuigenovereenkomst uitvoerig besproken. Met name de verklaringsovereenkomst heeft een zeer langdurige parlementaire voorgeschiedenis gekend, waarbij gesproken kan worden van een uitzonderlijk chaotisch wetgevingstraject. De verschillende bij de wetgeving betrokken functionarissen, instanties en instituten hebben zich in de loop van niet minder dan zes jaren meermalen uitgelaten over de neer te leggen wetssystematiek, waarbij herhaaldelijk sprake was van gewijzigde standpunten en waarbij de aandacht hoofdzakelijk gericht is geweest op de vraag welke toezeggingen het Openbaar Ministerie al dan niet aan een getuige zou mogen doen. Dit heeft in eerste instantie geleid tot het in 2001 aannemen van een zeer strikt wettelijk kader waarbinnen afspraken met getuigen tot stand dienen te komen. In de jaren daarna heeft de discussie in (opnieuw) de Tweede Kamer en in de Eerste Kamer zich met name gericht op de vraag, of dat aangenomen

wetsvoorstel zich leende voor een uitbreiding van de toezeggingsmogelijkheden middels een aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal. Dit heeft niet geleid tot het intrekken of middels aanvullende wetgeving aanpassen van het wetsvoorstel. Zowel de wettekst als de wetssystematiek is met het aannemen van het wetsvoorstel door de Eerste Kamer in 2005 ongewijzigd gebleven.

Zo uitgebreid als de parlementaire bespreking van toezeggingen aan getuigen is geweest, zo summier was en is de aandacht voor getuigenbeschermingsaspecten. Ondanks dat van meet af aan duidelijk was dat getuigenbescherming onlosmakelijk is verbonden met de verklaringsovereenkomst, is er van een fundamenteel debat over de wijze waarop getuigenbescherming tot stand dient te komen en heeft plaats te vinden, op het niveau van de wetgever nooit sprake geweest. Zoals besproken in hoofdstuk drie lijkt getuigenbescherming zich min of meer onafhankelijk van het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen en van de ontwikkelingen in het reguliere Stelsel bewaken en beveiligen, in de praktijk te hebben ontwikkeld en heeft de wetgever zich slechts in een AMvB uitgesproken over de kaders waarbinnen getuigenbescherming dient plaats te hebben. Deze kaders zijn echter uiterst ruim geformuleerd. Zeker wanneer de totstandkoming van reguliere persoonsbeveiliging en de daarbij geldende rechten en plichten van de te beschermen partij in ogenschouw worden genomen, is het verschil met getuigenbescherming moeilijk te verklaren. Het valt niet uit te sluiten dat de uitzonderingspositie van getuigenbescherming voor een deel voortkomt uit de beslissing van het College van Procureurs-Generaal om deze vorm van persoonsbeveiliging aan zich te houden en niet (ook) onder te brengen bij de Minister van Justitie. Dit heeft bijgedragen aan een weinig transparante gang van zaken, hetgeen gezien de veiligheidsaspecten die zowel bij de beveiligen persoon als bij de Dienst Getuigenbescherming spelen inhoudelijk weliswaar terecht is, maar procedureel tot een situatie heeft geleid waarbij getuigenbescherming als een vrijplaats kan gaan functioneren voor afspraken met getuigen die in de openbaar te maken verklaringsovereenkomst niet mogelijk zijn. De wetgever heeft naar het zich laat aanzien geen juist beeld gehad van de (volgorde van de) totstandkoming van de overeenkomsten, heeft zich niet uitgelaten over de omvang, reikwijdte en eventuele onvervreemdbaarheid van de zorgplicht van de Staat en heeft in zijn algemeenheid de financiële aspecten van getuigenbescherming en de wisselwerking met de verklaringsovereenkomst onvoldoende onder ogen gezien.

In het vierde hoofdstuk is besproken op welke wijze dient te worden omgegaan met verschillende of tegengestelde standpunten in een wetgevingstraject, waarbij onder andere de verhouding tussen minister, Tweede Kamer en Eerste Kamer aan de orde is geweest. Tevens zijn de in dit verband cruciale strafrechtelijke leerstukken legaliteit en opportuniteit aan een nader onderzoek onderworpen. Op grond daarvan is geconcludeerd dat de door de Tweede Kamer neergelegde en door de Eerste Kamer aangenomen wetssystematiek zich niet leent voor uitbreiding middels een aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal, en dat de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen waar deze die uitbreiding wel geeft, in strijd is met de wet. De Instructie Getuigenbescherming, waarin de procedurele totstandkoming van getuigenbescherming is neergelegd, biedt geen

enkele normering van de met een getuige te maken beschermingsafspraken, waar het Besluit getuigenbescherming en de bijbehorende nota van toelichting deze juist aan het College lijken te hebben gelaten. Voor een helder beeld dienen de met een kroongetuige te maken afspraken los te worden gezien van de overeenkomst waarin deze zijn opgenomen: bij de beoordeling of sprake is van toezeggingen aan een kroongetuige dient niet de vorm bepalend te zijn, noch de vraag of het beloftes op grond van art. 226g Sv of op het gebied van getuigenbescherming betreft. Bezien moet worden of sprake is van voldoende heldere en harde afspraken die voorafgaand aan de totstandkoming van de bereidheid om verklaringen af te leggen bij de kroongetuige concrete verwachtingen hebben gewekt omtrent de prestaties die hij van zijn wederpartij, het Openbaar Ministerie, mag verwachten. Daar kunnen dus ook beschermingsafspraken onder vallen, welke afspraken in de context van getuigenbescherming ook gewoon ‘toezeggingen’ worden genoemd.

Het geheel aan afspraken dient op grond van de wettelijke regeling te worden getoetst door de rechter-commissaris, maar noch de Aanwijzing, noch de Instructie voorziet in die toetsing. Getuigenbescherming speelt zich daardoor geheel binnen de eigen organisatie van het Openbaar Ministerie af en wordt beoordeeld door het College dat eveneens en min of meer gelijktijdig een oordeel moet geven over de overeenkomst te getuigen. Al die tijd moet de indruk worden gewekt dat sprake is van volstrekt gescheiden trajecten en stellen de Instructie en de Aanwijzing om dat beeld overeind te houden uiteenlopende of zelfs tegengestelde eisen aan de bij een kroongetuigenovereenkomst betrokken functionarissen van het ene en ondeelbare Openbaar Ministerie, met alle gevolgen voor de totstandkoming, inhoud en naleving van de overeenkomsten van dien.

In hoofdstuk vijf is tot slot gezien dat de aldus ontstane situatie niet door de (straf) rechter kan worden opgelost. Het thans geldende wettelijke kader biedt geen ruimte voor interpretatie door de rechter en bovendien dient het precaire instrument van een kroongetuige bij uitstek door de wetgever te worden genormeerd. De rechtsbescherming van alle bij de kroongetuigenovereenkomsten betrokken partijen, inclusief de door de kroongetuige beschuldigde verdachten, schiet momenteel ernstig te kort, te meer nu het instrumentarium van de strafrechter om consequenties te verbinden aan onrechtmatig handelen door het Openbaar Ministerie of andere met opsporing en vervolging belaste functionarissen, in toenemende mate wordt beperkt. Structurele verbetering zal slechts worden bereikt, wanneer wordt teruggekeerd naar de fundamenteën van de kroongetuigenregeling en deze zodanig worden geconstrueerd dat zowel rechtstheoretisch als praktisch een evenwichtig en werkbaar instrumentarium ontstaat.

Daartoe dienen naar mijn oordeel vier stappen te worden gezet.

Als eerste dienen de beide overeenkomsten te worden geïntegreerd en als één geheel te worden beschouwd. Nu het aangaan van overeenkomsten met kroongetuigen nadrukkelijk ten dienste staat van het strafproces en daarmee van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dienen deze overeenkomsten onder verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie tot stand te komen. Dat Openbaar Ministerie zal daartoe

echter als tweede stap de benodigde instrumenten van de wetgever aangereikt moeten krijgen, waarbij door die wetgever zowel ten aanzien van de verschillende toezeggingen die het Openbaar Ministerie aan een getuige kan doen, als ten aanzien van getuigenbescherming, richtinggevende beslissingen moeten worden genomen welke in de wet moeten worden vastgelegd. Daarbij dient als derde stap nadrukkelijk te worden voorzien in onafhankelijke rechterlijke toetsing, waarbij met name bij de totstandkoming van de overeenkomst het geheel aan met een kroongetuige te maken afspraken aan de rechter-commissaris dient te worden voorgelegd. Daarnaast zou de zittingsrechter in de strafprocedure waarin de kroongetuige zijn verklaringen aflegt de uiteindelijke rechtmatigheid van de overeenkomst moeten kunnen toetsen, maar die toetsing zal ten aanzien van het getuigenbeschermingsdeel slechts marginaal kunnen zijn. Tot slot dient getuigenbescherming onderdeel te gaan uitmaken van reguliere persoonsbeveiliging en aldus onder de verantwoordelijkheid van het Ministerie van Justitie te worden uitgevoerd en dient de betrokkenheid van het Openbaar Ministerie bij de te beschermen getuige te eindigen op het moment dat de strafprocedures afgerond zijn en de getuige geen getuige meer is. De beschermingsovereenkomst keert met het wegvallen van de strafrechtelijke context en het terugtrekken van het Openbaar Ministerie terug naar zijn oorspronkelijke, algemene vorm: een overeenkomst waarin de Staat zich verplicht om in de veiligheid van een burger te voorzien.

SUMMARY

THE KEY WITNESS IN DUTCH CRIMINAL PROCEDURE

This study examines whether within the laws and regulations regarding key witnesses an explanation can be found for the fact that agreements with these witnesses more often than not cause major problems in practice. The witness protection agreement in particular regularly leads to an escalating conflict between the prosecution and the witness, which is reflected in the criminal case where the witness' statement is required. Furthermore, it is unclear what the District Attorney can and cannot accept as compensation in the 'statement-agreement' in which the witness agrees to give his statements in a particular criminal case. The issue requires an examination of the totality of rules and regulations regarding the witness, and of the creation, content and meaning of the legislation in its historical context.

Chapter one starts from the rule of law as a basis to describe the role, tasks and responsibilities of the Public Prosecutor as defined in Dutch law, which has been defined as maintaining criminal justice. This means that, barring a few exceptions, the Prosecution operates within the criminal domain, and the actions of the prosecution are reviewed within the framework of criminal law and by a criminal court. The fact that the prosecution enters an agreement that is primarily civil in form, like the witness protection agreement, makes no difference: if the agreement is negotiated and closed within the objective of the Public Prosecutor and serves to or directly arises from the criminal enforcement of the law, it is an agreement governed by criminal law. The unequal relationship between the prosecution and the other party (s) that put it outside a regular agreement between (equal) civil parties, underline this position

In chapter two and three, the two agreements that form the key witness agreement are investigated. The statement agreement in particular has had a very lengthy parliamentary history, and an extremely chaotic legislative process. The various officials, agencies and institutions involved in this legislation, have in the course of not less than six years repeatedly changed positions on the system of the law, especially on the question which commitments the prosecution can make with the witness. This initially led to the adoption of a very strict legal framework for establishing agreements with witnesses in 2001. In subsequent years, the discussion in (again) the House of Commons and in the Senate mostly focused on the question whether the bill, if passed, allowed an extension of the commitment possibilities through regulation by the Prosecutor's Office. This has not led to a withdrawal or an adjustment of the proposed law, and both the legal text and the adopted system remained unchanged with the passing of the bill by the Senate in 2005.

As extensive as the parliamentary discussion on commitments has been, witness protection issues have barely been discussed by the legislature. Although it was clear from

the outset that witness protection is inextricably linked to the statement agreement, a fundamental debate on how this protection should be effectuated has never taken place at the level of the legislature. Witness protection seems to have developed itself more or less independently from the (legal) developments in the regular system of surveillance and protection. There are no laws regarding witness protection, only regulations from the legislature and rules from the Public Prosecutor. Both can be characterized as open standards in which the prosecutor has much space to manoeuvre. Especially when the legislation and regulation on regular protection of (public) persons under threat and their rights and obligations are taken into account, the difference with witness protection is hard to explain. It cannot be excluded that the special position of witnesses in part stems from the decision of the Board of the Prosecution's Office to keep this form of personal security for themselves, instead of transferring it to the Ministry of Justice like the rest of the protection system. This has contributed to a practice on witness protection that is not transparent and, worse, is not subjected to any independent or objective scrutiny. Witness protection has become a possible free haven for agreements with witnesses that cannot stand the light of day and would not hold up in court. The legislature has not reflected on, let alone prescribed the (order of) the conclusion of the agreements, has not commented on the size, scope and possible inalienability of the duties of the State where protecting the witness is concerned, and in general seems to have underestimated the financial aspects of witness protection and its interaction with the statement agreement.

The fourth chapter discusses how to deal with different or opposing views in a legislative process, including the relationship between ministers, the House and the Senate. Also, the key doctrines of (criminal) legality and the prosecutor's policy freedom are subjected to further investigation. On this basis it concludes that the system of the law and the conditions to enter an agreement with a witness as laid down by the House and adopted by the Senate, does not allow extensive interpretation in rules from the Board of the Prosecution's Office. The Rule on agreements with witnesses (in Dutch: *Aanwijzing*) from the Board of the Prosecution's Office is therefore in conflict with the law. The Rule on witness protection (*Instructie*), in which the procedural creation of witness protection is prescribed, offers no standard of protection arrangements with a witness, notwithstanding the fact that the (minor) legal framework seems to anticipate and expect such standardization from the Board. For a clear picture, the agreement with a witness needs to be differentiated from the contract in which it is laid down: in assessing the various commitments between the witness and the public prosecutor neither the form of the agreement, nor whether it is (primarily) an agreement pursuant to art. 226g Sv or a witness protection agreement should be decisive. What should be decisive is whether there is a clear and established understanding between parties about what they can reasonably expect from each other, in particular what the witness can expect from the public prosecutor, and if this has played a (vital) role in the witness' willingness to give his statements. Promises regarding the way the protection of the witness will be organized and effectuated are an important part of the agreement as a whole. According to current legislation this agreement as a whole should be reviewed by a magistrate, but neither the *Aanwijzing* nor the *Instructie* provides that review. As a result,

witness protection is deployed unchecked and without supervision apart from within the organization of the Public Prosecutor itself, as it is reviewed by the same Board that more or less simultaneously has to review the agreement to testify. All the while, the impression that these are completely separate processes and separate agreements has to be upheld. In order to do this the *Aanwijzing* and *Instructie* set diverse and sometimes conflicting demands on the Prosecutors involved. This has consequences for the creation of, content of, and compliance with the agreement between the witness and the one and undividable Public Prosecution, resulting in the above-mentioned problems in practice.

Chapter five concludes that the situation cannot be resolved by the (criminal) courts. The current legal framework does not allow extensive interpretation, and the precarious instrument of a deal with a criminal witness requires standardization from and by the legislator. The legal protection of all parties involved in the witness agreement, including the suspect who is accused by the witness, is seriously flawed, especially since the instruments of the criminal court to sanction unlawful acts by the Public Prosecutor or the investigating authorities are increasingly limited. Structural improvement will only be achieved when the fundamentals of the legislation on deals with witness are considered and restructured in such a way, that both legal theory and the practice of investigating and prosecuting serious criminal offences are balanced.

To that end, in my opinion, four steps are necessary.

First, the two contracts that together form the agreement with the witness should be integrated and considered as a whole. As this agreement is concluded explicitly on behalf of a criminal trial and a prosecution, and thus on the enforcement of criminal justice, this agreement including the part on witness protection should be considered an agreement under criminal law. Second, the prosecution should be provided with the necessary tools, both in terms of the various promises that the prosecution can do, and in terms of witness protection, which should be defined in law by the legislature. As a third step, independent judicial review needs to be incorporated in the legal framework, to which both the agreement as a whole and the accomplishment of this agreement should be fully disclosed to the investigating magistrate. In addition, the trial court in criminal proceedings in which the witness delivers his statement will have to decide on his credibility and on the legality of the agreement, to which parts of the agreement need also be disclosed. However the scrutiny of the section regarding witness protection can only be marginal, as this has been done by the investigating magistrate. Finally, witness protection needs to be incorporated in the regular framework of regular personal security, which resides under the Ministry of Justice. The involvement of the Public Prosecutor should end altogether by the time the criminal proceedings are completed, as there is no longer a witness to protect. With the disappearance of the criminal context and the withdrawal of the prosecution, the protection agreement returns to its more general form: an agreement in which the State undertakes to provide for the safety of a citizen.

LITERATUURLIJST

Historische werken

Immanuel Kant, *Fundering voor de metafysica van de zeden* (1785), Tweede druk, Amsterdam: Boom 2001.

Niccolo Machiavelli, *Il Principe* (1513), vertaling Frans van Dooren, Amsterdam: Athenaeum - Polak & Van Genneep 2001.

Aangehaalde werken

Abels 2005

I.M. Abels, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken of toch deals met criminelen', *AA* 2005, p. 861-864.

Bleichrodt 2010

F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing* (oratie 2 september 2010), Deventer: Kluwer 2010.

Bleichrodt 2012

F.W. Bleichrodt, 'Boekbespreking' (bespreking van J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst – de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2012), *DD* 2012, 48, p. 508-511.

Bleichrodt & Korten 2012

F.W. Bleichrodt en M.C.P. Korten, 'Het onontgonnen terrein van getuigenbescherming', *NJB* 23, 8 juni 2012, p. 1564-1571.

Bokhorst 2012

R.J. Bokhorst, 'De wet afgeschermdde getuigen in de praktijk', Memorandum 2012-03, 25 juni 2012. Zie <http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/toepassing-van-de-wet-afgeschermdde-getuigen-in-de-praktijk.aspx>, laatst bezocht 17 juli 2013.

Borgers 2003

M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in M.S. Groenhuijsen En J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen – Liber amicorum J. de Hullu*, 2003, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-69.

Borgers 2013

M.J. Borgers, 'Het vervolgingsbegrip anno 2013', *DD* 2013, 20, p. 210-228.

Bovenkerk 1996

F. Bovenkerk, 'En daar is hij dan, de kroongetuige' in C.P.H. Brandts, C. Kelk en M. Moerings (red.) *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Bovend'eert & Kummeling 2010

P.P. Bovend'eert en Kummeling, *het Nederlandse Parlement*, 11e druk Deventer: Kluwer 2010.

Buruma 1999

Y. Buruma, 'Afspraken met criminelen', *DD* 1999, 29, p. 584-600.

Buruma 2004

Y. Buruma, 'Deals met criminelen – antwoord aan een bedreigde officier', *Trema* 2004, 5, p. 197-200.

Buruma 2006

Y. Buruma, 'Flutzaken: een pleidooi voor rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen', *DD* 2006, 22, p. 364-375.

Buruma 2008

Y. Buruma, 'Onprofessioneel politieoptreden', *DD* 2008, 8, p. 87.

Buruma 2013

Y. Buruma, 'Vooraf', *NJB* 2013, 10, p. 494.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van art. 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren & Hol 2013

C.P.M. Cleiren & T. Hol, *Strafrecht tussen ratio en emotie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

Committee of Ministers 2005

Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice (*Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 20 April 2005 at the 924th meeting of the Ministers' Deputies*).

Corstens 2013

G.J.M. Corstens, 'Niet wat je steelt maar dat je steelt', *Rechtspraak* (Magazine van de Raad voor de Rechtspraak), 2 april 2013, p. 9.

Corstens & Borgers 2011

G.J.M. Corstens en M.J. Borgers, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2011.

Crijns 2004

J.H. Crijns, 'Een pleidooi voor een wettelijke regeling inzake toezeggingen aan getuigen', *NJB* 2004, p. 1172-1173.

Crijns 2010

J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst – de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (Diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

De Doelder 2012

H. de Doelder, 'De teloorgang van het opportuniteitsbeginsel', in *Praktisch strafrecht, Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

De Doelder & De Meijer 2013

De Doelder en M.E. de Meijer, 'Het Openbaar Ministerie als magistraat', in E.R. Muller & C.P.M. Cleiren, *Rechterlijke macht: Studies voor rechtspraak en rechtshandelingen in Nederland*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 127-144.

Fibbe 1994

R.A. Fibbe, 'Aspecten van wettelijke regelingen omtrent de kroongetuige', in P.J.P. Tak, *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 99-119.

Fijnaut 1999

C. Fijnaut, 'De exfiltratie van verdachte en veroordeelde criminelen', *Justitiële verkenningen* 2012, 3, Den Haag: Boom Lemma, p. 68-81.

Fleuren 2009

J.P.A. Fleuren, 'Wetshistorische interpretatie, de bedoeling van de wetgever', in P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 153-174.

Frielink 2013

P.M. Frielink: 'Organisatie en taken van het Openbaar Ministerie', in E.R. Muller & C.P.M. Cleiren, *Rechterlijke macht: Studies voor rechtspraak en rechtshandelingen in Nederland*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-126.

Haar, Ter en Meijer 2011

R. ter Haar en G.H. Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011

't Hart 1990

A.C. 't Hart (in samenwerking met R. Foqué), *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990 / Antwerpen: Kluwer 1990.

't Hart 1994

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

't Hart 2001

A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten!*, Arnhem: Gouda Quint 2001.

Holland 2009

Tom Holland, *De gang naar Canossa*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Genneep 2009.

Husken 2009

Marjan Husken, *Deals met justitie*, vierde druk, Amsterdam: Forum 2009.

De Hullu 2006

De Hullu, *Materieel Strafrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2006.

Janssen 2006a

S.L.J. Janssen, 'Nobody policing the police', *Advocatenblad* 2006, 5, p. 232-235.

Janssen 2006b

S.L.J. Janssen, 'De strafbare intentie is bijna een feit', *NJB* 2006, 18, p. 1005-1006.

Janssen 2012

S.L.J. Janssen, 'Anonieme getuigen: ervaringen uit de praktijk', *Strafblad* 2012, 5, p. 381-387.

Knigge 1994

G. Knigge, *De kroongetuige geregeld?*, *RM Themis* 1994, 4, p. 101-102.

Kruijs, Van der 2010

P.W. van der Kruijs, 'Flutzaken en het gelijkheidsbeginsel', *Strafblad* 2010 3, p. 239-245.

Kummeling, van Maurik en Nehmelman 2009

H.R.B.M. Kummeling, B. van Maurik en R. Nehmelman, 'Enkele staatsrechtelijke reflecties op de posities van de Eerste Kamer in het kader van de Europese Unie', Utrecht februari 2009, http://www.eerstekamer.nl/eu/publicatie/20090201/bijlage_europese_herbezinning/document, laatst bezocht 17 juli 2013.

Lokin & Zwalve 2006

J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, derde druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Meijer 2012

S. Meijer, *Openbaar Ministerie en tenuitvoerlegging*, (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Meijer, de 2003

M.E. de Meijer, *Het Openbaar Ministerie in civiele zaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2003.

Meijers 1994

L.C.M. Meijers, 'De kroongetuige en de ethiek van het strafprocesrecht', in P.J.P. Tak, *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 121-126.

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer/Rotterdam: Gouda Quint/Sanders Instituut 2000, p. 1-35.

Mevis 2009

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Mols 1993

G.P.M.F. Mols, 'Over de kroongetuige in strafzaken', in F. Bruinsma e.a. (red.), *Precaire Waarden. Liber amicorum voor prof. mr. A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 61-78.

Mols 2003

G.P.M.F. Mols, *Getuigen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003.

Mols 2013

G.P.M.F. Mols, 'De Passage: via afvoerpijp en kroongetuige naar levenslang', *Nieuwsbrief Strafrecht* 2013, 3b, p. 299-304.

Mols & Spong 1997

G.P.M.F. Mols en G. Spong, *De kroongetuige in het Octopus-proces*, Arnhem: Gouda Quint 1997.

Otte 1999

M. Otte, 'Kanttekeningen bij de voorgenomen regeling van de kroongetuige', *NJB* 1999, p. 113-121.

Plooi 2004

J. Plooi, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken – de rechtsstaat in het geding?', *Trema* 2004, 5, p. 185-196.

Pot, van der 2006

Elzinga, De Lange e.a., Van der Pot - Donner, *Handboek van het Nederlands Staatsrecht*, 15^e druk Deventer: Kluwer 2006.

Prakken 1996

T. Prakken, 'Over kroongetuigen en deals met criminelen', *NJB* 1996, afl. 39 p. 1615-1621.

Prakken 1999

E. Prakken, 'De strafprocessuele Schutznormleer gerelativeerd?', *NJB* 1999, 6, p. 245-251.

Reijntjes 2005

J.M. Reijntjes, Het OM in een spagaat, *AA* 2005, p. 597-604.

Roos, de 2007

Th.A. de Roos, 'Daar is hij weer, de kroongetuige!' *NJB* 2007 p. 1957-1961.

Schalken 1987

T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (oratie VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Schalken 1994

T.M. Schalken, 'De fatale schijnoplossing van de Commissie-Donner', *NJB* 1994, p. 833-836.

Smith 2003

Peter Smith, *Strafbare voorbereiding, een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag: BJU 2003.

Tak 1994

P.J.P. Tak (red.), *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Van Daele 2003

D. Van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Veerman 2009

G.J. Veerman, m.m.v. S.R. Hendriks- de Lange, *Over wetgeving; principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Tweede herziene druk, Den Haag: SDU Uitgevers 2009.

Voermans 2011

W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging), Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101.

Wedzinga 1999

W. Wedzinga, 'Het demasqué van het wetsontwerp kroongetuige', *NJB* 1999, 36, p. 1719-1723.

Wijkerslooth, de 2004

J.L. de Wijkerslooth, 'Vertrouwen komt te voet', *Opportuun* januari 2004, gepubliceerd 15 januari 2004 http://www.om.nl/organisatie/landelijke/parket-generaal/nieuwsberichten/@121166/hoe_zit_het_ook/, laatst bezocht 17 juli 2013.

Wijk, de 2012

Rob de Wijk, *Het stelsel bewaken en beveiligen na Pim Fortuyn*, HCSS 2012.

Witteveen 1991

J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Rapporten

Het functioneren van het openbaar ministerie binnen de rechtshandhaving, Rapport van de Commissie Openbaar Ministerie (Commissie Donner), Ministerie van Justitie Den Haag 1994.

Getuigenbescherming in Nederland, rapport van de werkgroep Craemer, april 1995 (niet gepubliceerd).

Inzake Opsporing, Eindrapport Parlementaire Enquête opsporingsmethoden (Commissie van Traa), Handelingen II 1995-1996, 24072, nr. 11.

Opsporing in uitvoering, Rapport Tijdelijke Commissie evaluatie opsporingsmethoden (Commissie Kalsbeek), Handelingen II 1998-1999, 26269, nr. 5.

De toekomst van de nationale rechtsstaat, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Den Haag: SDU 2002.

De veiligheid en de beveiliging van Pim Fortuyn - Feiten en verantwoordelijkheden, Rapport van de Commissie Feitenonderzoek Veiligheid en Beveiliging Pim Fortuyn (Commissie Van den Haak), Den Haag: SDU 2002.

Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, United Nations Office on Drugs and Crime Vienna, Wenen: 2008, (<http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Witness-protection-manual-Feb08.pdf>), laatst bezocht 17 juli 2013.

Kamerstukken

(belangrijkste Kamerdossiers in chronologische volgorde)

24 034

Reorganisatie van het openbaar ministerie

24 072

Enquête opsporingsmethoden

26 269

Uitvoering aanbevelingen enquêtecommissie opsporingsmethoden

26 294

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot verklaringen van getuigen die in ruil voor een toezegging van het openbaar ministerie zijn afgelegd (toezeggingen aan getuigen in strafzaken).

28 017

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het niet afleggen van een getuigenverklaring na een daartoe strekkende toezegging.

28 374

Aanslag op de heer W.S.P. Fortuijn

28 974

Nieuw stelsel bewaken en beveiligen

29 754

Terrorismebestrijding

29 854

De moord op de heer Th. van Gogh

Bijlagen

I WET TOEZEGGINGEN AAN GETUIGEN
(STB. 2004, 254).

Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden



Jaargang 2005

254

Wet van 12 mei 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot verklaringen van getuigen die in ruil voor een toezegging van het openbaar ministerie zijn afgelegd (toezeggingen aan getuigen in strafzaken)

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering te wijzigen met het oog op de toelaatbaarheid van getuigenverklaringen die in ruil voor een toezegging van het openbaar ministerie zijn afgelegd;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Het Wetboek van Strafrecht wordt als volgt gewijzigd:

Ingevoegd wordt in Boek I een nieuwe Titel IIIa en een nieuw artikel 44a, die luiden:

TITEL IIIa

GRONDEN VOOR VERMINDERING VAN STRAF

Artikel 44a

1. Op vordering van de officier van justitie kan de rechter na een op grond van artikel 226h, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering gemaakte afspraak de straf verminderen die hij overwoog op te leggen op de in het tweede lid bepaalde wijze. Bij de strafvermindering houdt de rechter ermee rekening dat door het afleggen van een getuigenverklaring een belangrijke bijdrage is of kan worden geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven.

2. Bij toepassing van het eerste lid kan de strafvermindering bestaan in:

a. maximaal een derde bij een onvoorwaardelijke tijdelijke vrijheidsstraf of geldboete, of

- b. de omzetting van maximaal een derde van het onvoorwaardelijke gedeelte van een vrijheidsstraf of van een geldboete in een voorwaardelijk gedeelte, of
 - c. de vervanging van maximaal een derde gedeelte van een vrijheidsstraf door een onvoorwaardelijke geldboete.
3. Bij toepassing van het tweede lid, onder b, blijft artikel 14a, eerste en tweede lid, buiten toepassing.

ARTIKEL II

Het Wetboek van Strafvordering wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan artikel 215 wordt een volzin toegevoegd, die luidt: De deskundige verklaart dat hij zijn taak naar eer en geweten zal vervullen.

B

Artikel 216, eerste lid, komt te luiden:

1. De rechter-commissaris beëdigt de getuige of deskundige indien:
 - a. er naar zijn oordeel gegrond vermoeden bestaat dat de getuige niet op de terechtzitting zal kunnen verschijnen;
 - b. de overlegging van beëdigde getuigenissen noodzakelijk is om de uitlevering van de verdachte te verkrijgen;
 - c. een afspraak ingevolge artikel 226h, derde lid, of artikel 226k, eerste lid, rechtmatig is geoordeeld.

C

In artikel 226a, tweede lid, wordt na de eerste volzin ingevoegd: Aan de getuige die nog geen rechtsbijstand heeft, wordt een advocaat toegevoegd. De toevoeging geschiedt op last van de rechter-commissaris door het bureau rechtsbijstandvoorziening.

D

In het Tweede Boek, titel III, worden na de Vierde Afdeling A ingevoegd de nieuwe Afdelingen B tot en met D die luiden:

VIERDE AFDELING B

TOEZEGGINGEN AAN GETUIGEN DIE TEVEN'S VERDACHTE ZIJN

Artikel 226g

1. De officier van justitie geeft aan de rechter-commissaris kennis van de afspraak die hij voornemens is te maken met een verdachte die bereid is een getuigenverklaring af te leggen in de strafzaak tegen een andere verdachte in ruil voor de toezegging dat bij de vervolging in zijn eigen strafzaak strafvermindering met toepassing van artikel 44a van het Wetboek van Strafrecht zal worden gevorderd. De afspraak heeft uitsluitend betrekking op het afleggen van een getuigenverklaring in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek naar misdrijven, als omschreven in artikel 67, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering die gepleegd zijn in georganiseerd verband en gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren of naar misdrijven waarop

naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. De afspraak heeft uitsluitend betrekking op strafvermindering als bedoeld in artikel 44a, tweede lid.

2. De voorgenomen afspraak is op schrift gesteld en bevat een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van:

a. de misdrijven waarover en zo mogelijk de verdachte tegen wie de getuige, bedoeld in het eerste lid, bereid is een getuigenverklaring af te leggen;

b. de strafbare feiten waarvoor de getuige in de zaak waarin hij zelf verdachte is, zal worden vervolgd en op welke die toezegging betrekking heeft;

c. de voorwaarden die aan de getuige, tevens verdachte, worden gesteld en waaraan deze bereid is te voldoen;

d. de inhoud van de toezegging van de officier van justitie.

3. Op vordering van de officier van justitie toetst de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de in het tweede lid bedoelde afspraak. De officier van justitie verschaft de rechter-commissaris de gegevens die hij voor de beoordeling daarvan behoeft.

4. Van afspraken die niet worden aangemerkt als een afspraak, bedoeld in het eerste lid, en die voor het onderzoek in de zaak van betekenis kunnen zijn, wordt proces-verbaal opgemaakt. Dit proces-verbaal wordt door de officier van justitie ten spoedigste bij de processtukken gevoegd.

Artikel 226h

1. De getuige die met de officier van justitie overlegt over het maken van een afspraak op de voet van artikel 226g, kan zich laten bijstaan door een advocaat. Aan de getuige die nog geen rechtsbijstand heeft, wordt een advocaat toegevoegd. De toevoeging geschiedt op last van de rechter-commissaris door het bureau rechtsbijstandvoorziening.

2. De rechter-commissaris hoort de getuige, bedoeld in artikel 226g, eerste lid, over de voorgenomen afspraak.

3. De rechter-commissaris beoordeelt de rechtmatigheid van de afspraak; hij houdt daarbij rekening met de dringende noodzaak en met het belang van het verkrijgen van de door de getuige af te leggen verklaring. Hij geeft tevens een oordeel over de betrouwbaarheid van de getuige. Hij legt zijn oordeel neer in een beschikking. Indien hij de afspraak rechtmatig oordeelt, komt deze tot stand.

4. De officier van justitie voegt de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn verkregen door het maken van een afspraak als bedoeld in artikel 226g niet bij de processtukken voordat de rechter-commissaris de afspraak rechtmatig heeft geoordeeld.

Artikel 226i

1. De beschikking van de rechter-commissaris op grond van artikel 226h, derde lid, is met redenen omkleed, gedagtekend en ondertekend en wordt onverwijld schriftelijk ter kennis gebracht van de officier van justitie en de getuige.

2. Tegen de beschikking van de rechter-commissaris waarin de voorgenomen afspraak niet rechtmatig wordt geoordeeld, staat voor de officier van justitie binnen veertien dagen na dagtekening van de beschikking hoger beroep open bij de rechtbank. De rechtbank beslist zo spoedig mogelijk.

3. Tegen de beschikking van de rechtbank is geen beroep in cassatie toegelaten.

Artikel 226j

1. Nadat de afspraak rechtmatig is geoordeeld wordt de getuige bedoeld in artikel 226g, eerste lid, door de rechter-commissaris gehoord.
2. Deze getuige kan niet worden gehoord met toepassing van de artikelen 226a tot en met 226f.
3. Zodra het belang van het onderzoek dat toelaat, geeft de rechter-commissaris van het totstandkomen van de afspraak en de inhoud daarvan kennis aan de verdachte, te wiens laste de verklaring is afgelegd, met dien verstande dat geen mededeling behoeft te worden gedaan van de maatregelen, bedoeld in artikel 226l.
4. De rechter-commissaris kan in het belang van het onderzoek ambtshalve, op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de getuige bevelen dat de identiteit van de getuige voor een bepaalde termijn voor de verdachte verborgen wordt gehouden. Het bevel wordt voor de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek opgeheven.

VIERDE AFDELING C

TOEZEGGINGEN AAN GETUIGEN DIE REEDS VEROORDEELD ZIJN

Artikel 226k

1. De artikelen 226g tot en met 226j zijn van overeenkomstige toepassing indien de officier van justitie voornemens is een afspraak te maken met een veroordeelde die bereid is een getuigenverklaring af te leggen, in ruil voor de toezegging van de officier van justitie dat deze bij de indiening van een verzoekschrift om gratie een positief advies tot vermindering van de opgelegde straf met maximaal een derde zal uitbrengen. De voorwaarden voor het uitbrengen van een positief advies zijn dezelfde als genoemd in artikel 44a van het Wetboek van Strafrecht voor het vorderen en toepassen van strafvermindering.
2. Bij het op schrift stellen van de voorgenomen afspraak geldt niet het vereiste genoemd in artikel 226g, tweede lid, onder b.

VIERDE AFDELING D

MAATREGELEN TOT BESCHERMING VAN GETUIGEN

Artikel 226l

Onze Minister van Justitie kan op bij algemene maatregel van bestuur te bepalen wijze specifieke maatregelen treffen voor de feitelijke bescherming van getuigen, bedoeld in de artikelen 226a, 226g en 226k.

E

Artikel 344a wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de bestaande tekst wordt het cijfer 1. geplaatst;
2. Als tweede lid wordt toegevoegd:
2. Het bewijs dat de verdachte het telastegelegde feit heeft begaan, kan door de rechter niet uitsluitend worden aangenomen op grond van verklaringen van getuigen met wie op grond van artikel 226h, derde lid, of 226k een afspraak is gemaakt.

F

Artikel 359 wordt als volgt gewijzigd:

Het vierde lid komt te luiden:

4. Bij toepassing van artikel 9a of artikel 44a van het Wetboek van Strafrecht geeft het vonnis in het bijzonder redenen op die tot de beslissing hebben geleid.

G

Artikel 360 wordt als volgt gewijzigd:

Onder vernummering van het tweede tot derde lid wordt een nieuw tweede lid ingevoegd dat luidt:

2. Indien het bewijs mede wordt aangenomen op de verklaring van een getuige met wie op grond van artikel 226h, derde lid, of 226k door de officier van justitie een afspraak is gemaakt, geeft het vonnis daarvan in het bijzonder reden.

ARTIKEL III

Indien het bij koninklijke boodschap van 27 juli 1998 ingediende voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent de straf van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte (taakstraffen) (26 114), tot wet wordt verheven en in werking is getreden, wordt deze wet als volgt gewijzigd:

Artikel I wordt als volgt gewijzigd:

Artikel 44a, tweede lid, wordt als volgt gewijzigd:

1. In de onderdelen a en b wordt na «vrijheidsstraf» ingevoegd: , taakstraf, bestaande uit een werkstraf,.

2. In onderdeel c wordt na «vrijheidsstraf door» ingevoegd: taakstraf, bestaande uit een werkstraf, of.

ARTIKEL IV

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de onderdelen verschillend kan zijn.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven te 's-Gravenhage, 12 mei 2005

Beatrix

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Uitgegeven de vierentwintigste mei 2005

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Kamerstuk 26 294

II AANWIJZING TOEZEGGINGEN AAN GETUIGEN (STCR. 2006, 56 P. 31).

JU

Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken

Categorie: opsporing

Rechtskarakter: aanwijzing in de zin van art. 130 lid 4 Wet RO

Afzender: College van procureurs-generaal

Adressaat: Hoofden van de parketten
Registratienummer: 2006A004

Datum vaststelling: 13-03-2006

Datum inwerkingtreding: 01-04-2006

Geldigheidsduur: uiterlijk tot 01-04-2010

Publicatie in Stcrt.: 20-03-2006, nr. 56
Vervallen: Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken (2001A004)

Relevante richtlijnen voor strafvordering: –

Wetsbepalingen: Art. 44a Sr en artt. 226g t/m 226l Sv

Jurisprudentie: –

Bijlage(n): –

Achtergrond

De Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen in strafzaken sluit aan op de gelijknamige Wet (Stb. 2005, 254, Kamerstukken 26 294), de Wet van 12 mei 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het niet afleggen van een getuigenverklaring na een daartoe strekkende toezegging (Stb. 2005, 255, Kamerstukken 28 017) en het Besluit getuigenbescherming van 23 december 2005, Stb. 2006, 21.

Deze aanwijzing vervangt de Tijdelijke aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken.

Samenvatting

De aanwijzing heeft betrekking op toezeggingen van het openbaar ministerie aan verdachten van een strafbaar feit dan wel veroordeelden, die strekken tot toezeggingen tot strafvermindering in ruil voor het afleggen van een getuigenverklaring in een strafzaak tegen een andere verdachte. Van belang is dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de prestatie van de ene partij en de tegenprestatie van de andere partij. De afspraak die leidt tot het doen van een hiervoort

vermelde toezegging wordt op schrift gesteld.

Opsporing

1. Bereik van de aanwijzing

1.1 De aanwijzing heeft betrekking op de getuige die tevens verdachte of veroordeelde is en aan wie door het openbaar ministerie een toezegging tot strafvermindering wordt gedaan in ruil voor het afleggen van een getuigenverklaring.

1.2 De aanwijzing heeft voorts betrekking op het gebruik van wettelijke bevoegdheden door de officier van justitie die op enigerlei wijze een begunstigende invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring, maar die niet strekken tot strafvermindering (beslissingen over regiem e.d.). Toepassing van dergelijke bevoegdheden behoort tot de reguliere taken van het OM en is van relatief geringe impact en raakt niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Wetboek van Strafvordering.

Indien er sprake is van een uitdrukkelijk en causaal verband tussen toepassing van dergelijke bevoegdheden en de door de getuige af te leggen verklaring, dan dient deze toepassing te worden vastgelegd bij proces-verbaal en aan het strafdossier van de getuige en de verdachte te worden toegevoegd (artikel 226g, vierde lid). Zie voor gunstbetoon voorts onder 8.

1.3 In deze aanwijzing wordt onder 'getuige' verstaan:

Getuige: de verdachte dan wel veroordeelde, die (mogelijk) bereid is een getuigenverklaring af te leggen in een strafzaak tegen een (andere) verdachte, in ruil voor een toezegging tot strafvermindering van het openbaar ministerie.

Getuigenverklaring: een verklaring afgelegd door een getuige, desverlangd ten overstaan van een rechter ter terechtzitting, waarmee een belangrijke bijdrage wordt geleverd aan de opsporing of vervolging van misdrijven.

1.4 Deze aanwijzing heeft geen betrekking op:

1. informanten en tipgevers;
2. verdachten die een verklaring afleggen (over hun eigen aandeel) in hun eigen strafzaak (bekenkende verdachten);
3. bedreigde getuigen in de zin van art. 136c Sv;
4. slachtoffers en getuigen, die geen verdachte of veroordeelde zijn.

Voor informanten en tipgevers geldt de Regeling Bijzondere opsporingsgelden (Stcrt. 2005, 66). Verdachten die in hun eigen zaak een bekennende verklaring afleggen, zijn geen getuigen en vallen niet onder deze aanwijzing. De getuige die als bedreigde getuige door de rechter-commissaris is erkend en dienovereenkomstig is gehoord, kan niet meer op de terechtzitting verschijnen om door de zittingsrechter te worden gehoord. Aan deze getuige kunnen geen toezeggingen worden gedaan (artikel 226j, vierde lid); de zittingsrechter moet zich een eigen oordeel over de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring kunnen vormen.

1.5 De aanwijzing is van toepassing op de strafvordering in eerste aanleg en in hoger beroep.

2. Uitgangspunten

2.1 Getuigen hebben in beginsel de plicht om een getuigenverklaring voor de rechter af te leggen, indien zij daartoe een wettelijke oproeping ontvangen, zonder dat zij aanspraak kunnen maken op enige toezegging of tegemoetkoming van het openbaar ministerie. Slechts bij uitzondering (indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert) kan het doen van een toezegging worden overwogen.

2.2 Bij het doen van de toezegging door de officier van justitie houdt hij rekening met de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit, zorgvuldigheid en interne openbaarheid.

2.3 Aan een getuige aan wie een toezegging wordt gedaan, moet een reëel voordeel in het vooruitzicht worden gesteld. Een toezegging die niet meer

behelst dan hetgeen de officier van justitie onder normale omstandigheden met toepassing van het bestaande beleid zou hebben besloten (bij voorbeeld sepot gering feit), is geen toezegging in de zin van deze aanwijzing.

2.4 Maatregelen tot het treffen van getuigenbescherming zullen veelal als onderdeel van de toezegging door de getuige worden verlangd, maar dienen los te worden gezien van de onderhandelingen en totstandkoming van de toezegging. De maatregelen ter fysieke beveiliging kunnen worden getroffen indien daartoe noodzaak en mogelijkheid bestaat, ook als geen overeenstemming wordt bereikt over de toezegging. Wel is mogelijk dat in de overeenkomst met de getuige wordt opgenomen dat de officier van justitie het treffen van de nodige maatregelen op grond van het Besluit getuigenbescherming zal bevorderen.

2.5 Toezeggingen tot strafvermindering worden ter toetsing voorgelegd aan de rechter-commissaris in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek (artikel 226g, eerste lid, jo. artikel 226h, derde lid Sv). Overige toezeggingen van beperkte aard worden gevaloriseerd en in het dossier gevoegd van de verdachte ten laste van wie wordt verklaard (artikel 226g, vierde lid).

3. Wanneer toezegging?

3.1 De officier van justitie is op grond van artikel 226g, eerste lid, Sv bevoegd tot het doen van een toezegging aan een getuige, die tevens verdachte of veroordeelde is en die bereid is een verklaring af te leggen in een strafzaak tegen een (andere) verdachte, indien de verklaring betrekking heeft op één of meer van de volgende strafbare feiten:

a. misdrijven als omschreven in art. 67, eerste lid Sv die gepleegd zijn in georganiseerd verband of gezien hun aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren;

b. misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld.

3.2 De officier van justitie kan pas tot het maken van een afspraak met de getuige overgaan, indien deze afspraak dringend noodzakelijk is voor de opsporing, daaronder begrepen het voorkomen of het beëindigen van strafbare feiten en/of het vervolg-

gen ervan. Het moet aannemelijk zijn dat de getuigenverklaring niet zonder toezegging van de zijde van het openbaar ministerie kan worden verkregen (HR 6 april 1999, NJ 1999, 565, r.o. 2.4.)

Bij de beoordeling van de proportionaliteit betreft de officier van justitie de verhouding tussen:

- het belang van de verklaring enerzijds en het gewicht van de toezegging anderzijds;
- de aard van het strafbare feit waarover de getuige verklaart en dat van het strafbaar feit waarvoor hij wordt vervolgd.

Bij de beoordeling van de subsidiariteit beziet de officier van justitie of de feiten, waarover de getuige wil verklaren, niet of niet tijdig met andere opsporingsmethoden kunnen worden opgespoord, voorkomen, beëindigd en/of vervolgd.

4. Toelaatbare toezeggingen

Aan een getuige die tevens verdachte is, kunnen op grond van artikel 44a Sr toezeggingen worden gedaan met betrekking tot het vorderen van een hoofdstraf (gevangenisstraf, hechtenis, geldboete en taakstraf) die lager is dan op grond van de tenlastelegging gevorderd zou zijn in de eigen strafzaak van de getuige. De officier van justitie kan in dit verband alleen toezeggingen doen, strekkende tot:

- a. de vermindering van de te vorderen straf met ten hoogste de helft bij een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, taakstraf bestaande uit een werkstraf of geldboete;
- b. de omzetting van ten hoogste de helft van het onvoorwaardelijke gedeelte van de vrijheidsstraf, taakstraf bestaande uit een werkstraf of van een geldboete in een voorwaardelijk gedeelte;
- c. de vervanging van maximaal de helft van de vrijheidsstraf door een taakstraf bestaande uit een werkstraf of een onvoorwaardelijke geldboete.

Aan een getuige die reeds onherroepelijk is veroordeeld, kunnen toezeggingen worden gedaan met betrekking tot het uitbrengen van een positief advies tot vermindering van de opgelegde straf met ten hoogste de helft van die straf, indien de getuige een verzoekschrift tot gratie indient (artikel 226k Sv).

Overige toelaatbare toezeggingen zijn:

a) het intrekken van een uitgaand verzoek tot uitlevering of een Europees arrestatiebevel ter fine van strafvervolgung;

b) het verminderen van de vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel met ten hoogste de helft, ook in het kader van de schikking op grond van artikel 511c Sv.

5. Niet toelaatbare toezeggingen

De officier van justitie mag geen toezeggingen doen met betrekking tot:

1. de inhoud van de tenlastelegging (zogenoemde plea-bargaining, bijvoorbeeld over het aantal op te nemen feiten in de dagvaarding en de zwaarte daarvan);
2. het in afwijking van het geldende opsporings- en vervolgingsbeleid afzien van actieve opsporing of vervolging van strafbare feiten (een toezegging die strekt tot het staken van de opsporing of tot een sepot na afsluiting van het opsporingsonderzoek in afwijking van het bestaande vervolgingsbeleid, is derhalve niet toegestaan);

3. het in Nederland ondergaan van een in het buitenland opgelegde vrijheidsstraf in het kader van de WOTS (hiertoe is o.a. toestemming nodig van het land waarin de betrokkene is gedetineerd; de officier van justitie is niet bevoegd);

4. het geven van een financiële beloning;

5. (het afzien van het vorderen van) bijkomende straffen en maatregelen, met uitzondering van de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (zie onder 4);

6. het geheel of gedeeltelijk achterwege laten van de tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing (zie Karman-arrest, HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567);

7. het begunstigen van anderen dan de getuige, zoals diens levenspartner;

8. het treffen van getuigenbeschermingsmaatregelen, anders dan de toezegging dat de officier van justitie zal bevorderen dat zo nodig maatregelen ter bescherming van de getuige in opdracht van het College van procureurs-generaal op grond van het Besluit getuigenbescherming zullen worden getroffen.

6. Positie van de getuige

De getuige kan zich ten tijde van de onderhandelingen over de overeen-

komst en de totstandkoming hiervan laten bijstaan door een raadsman. Aan de getuige die nog geen raadsman heeft, wordt een raadsman toegevoegd (artikel 226h, eerste lid). De officier van justitie stelt in ieder geval twee voorwaarden aan de getuige, welke voorwaarden hij in een zo vroeg mogelijk stadium van de onderhandelingen aan de getuige kenbaar maakt:

1. De getuige verklaart zich bereid tot het afleggen van een getuigenverklaring ten overstaan van de rechter op de openbare terechtzitting.
2. De getuige die (mede)verdachte is, geeft volledige informatie en opening van zaken over zijn aandeel in de strafbare feiten waarop zijn getuigenverklaring betrekking heeft.

Voorts kunnen afspraken worden gemaakt over de mate waarin de getuige zich op het verschoningsrecht dat hem in verschillende hoedanigheden kan toekomen, zal beroepen. Dat betekent dat in de rede ligt dat wordt afgesproken dat de getuige zich niet op artikel 217 Sv. zal beroepen. De officier van justitie licht de getuige in over de invloed van de te maken afspraak op het hem toekomende verschoningsrecht.

De officier van justitie dient tevens aan de getuige met wie hij voornemens is een afspraak te maken, kenbaar te maken dat het College van procureurs-generaal de beslissing neemt over de toelaatbaarheid van het voorleggen van de afspraak aan de rechter-commissaris, die uiteindelijk over de totstandkoming van de afspraak beslist.

7. Procedure

7.1. Voornemen

- Het voornemen tot het maken van een afspraak kan zowel van de officier van justitie als van de getuige uitgaan.
- Indien de getuige een dergelijk voornemen kenbaar maakt aan de politie, stelt deze de officier van justitie daarvan onverwijld in kennis. Een toezegging kan uitsluitend worden gedaan door een officier van justitie.

7.2. Gesprek met de getuige

- De officier van justitie begint het gesprek met de getuige over het maken van een afspraak met verke-

gen toestemming van de hoofdofficier van justitie.

- In dat gesprek wijst de officier van justitie de getuige erop dat hij de (globale) inhoud en de strekking van de door de getuige af te leggen verklaring schriftelijk vastlegt.
- De officier van justitie beoordeelt vervolgens of die verklaring een voldoende basis vormt om een onderhandelingsproces te starten.
- Indien de officier van justitie van oordeel is dat er onvoldoende basis is om dat onderhandelingsproces te starten, worden de gesprekken beëindigd.

7.3. Onderhandelingsproces

- Indien nadere onderhandelingen niet tot resultaat leiden, is het gebruik van de verklaring van de getuige door het openbaar ministerie uitgesloten. Vgl. ook artikel 226h, vierde lid: de stukken worden pas in het dossier gevoegd nadat de afspraak tot stand is gekomen.
- De officier van justitie bevordert dat de getuige zich tijdens het onderhandelingsproces laat bijstaan door een gekozen of toegevoegde raadsman.
- De behandelend officier van justitie legt het verloop van de onderhandelingen met de getuige nauwkeurig en schriftelijk vast in een journaal.
- De behandelend officier van justitie vergewist zich van de deugdelijkheid van de verklaring van de getuige en diens betrouwbaarheid.

7.4. Het op schrift stellen van de afspraak

- De voorgenomen afspraak wordt op schrift gesteld en bevat een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van:
 - a. de misdrijven waarover en (zo mogelijk) de verdachte(n) tegen wie de getuige bereid is een getuigenverklaring af te leggen;
 - b. de strafbare feiten waarvoor de getuige in de zaak waarin hij zelf verdachte is, wordt vervolgd of waarvoor hij is veroordeeld en op welke de toezegging betrekking heeft;
 - c. de voorwaarden die aan de getuige worden gesteld en waaraan deze bereid is te voldoen;
 - d. de inhoud van de toezegging (artikel 226g, tweede lid).
- De twee voorwaarden genoemd onder 6. worden in ieder geval op schrift gesteld.
- Over de op schrift gestelde voorge-

nomen afspraak wordt het advies gevraagd van de landsadvocaat.

7.5. Toetsing afspraak door het College van procureurs-generaal

- De op schrift gestelde voorgenomen afspraak wordt, door tussenkomst van de Centrale Toetsingscommissie, door de betrokken hoofdofficier van justitie ter toetsing voorgelegd aan het College van procureurs-generaal. Het advies van de landsadvocaat wordt bijgevoegd. De Centrale Toetsingscommissie adviseert het College van procureurs-generaal.
- Indien daarvoor aanleiding bestaat, treedt de voorzitter van het College van procureurs-generaal in overleg met de minister van Justitie over de voorgenomen afspraak. Aanleiding bestaat daartoe in ieder geval indien aan de afspraak politiek gevoelige aspecten zijn verbonden.

7.6. Toetsing afspraak door rechter-commissaris

- De officier van justitie stelt na instemming van het College van procureurs-generaal met de voorgenomen afspraak de rechter-commissaris daarvan in kennis. Hij vordert de toetsing van de rechtmatigheid van de afspraak (artikel 226g, derde lid).

7.7. De overeenkomst

- Nadat het College van procureurs-generaal toestemming heeft verleend en de afspraak door de rechter-commissaris rechtmatig is geoordeeld, ondertekenen de officier van justitie en de getuige de schriftelijke overeenkomst.

7.8. Strafdossier en terechtzitting

- De officier van justitie voegt een afschrift van de overeenkomst in het strafdossier van de verdachte(n) op wie de verklaring van de getuige betrekking heeft en in het strafdossier van de getuige die tevens verdachte is. Ter terechtzitting geeft de officier van justitie volledige opening van zaken met betrekking tot de feiten en omstandigheden die van belang zijn geweest voor de totstandkoming van de overeenkomst.
- In het requisitoir in de strafzaak tegen de getuige, die tevens verdachte is, wordt melding gemaakt van de straf die het openbaar ministerie op grond van het tenlastegelegde feit gevorderd zou hebben indien er geen overeenkomst tot stand zou zijn

gekomen, de bijdrage die de verdachte aan de strafvordering heeft geleverd en de wijze waarop hij aan zijn aangegane verplichtingen heeft voldaan en de strafvermindering die aan de verdachte gelet op deze omstandigheden zou toekomen.

• De officier van justitie streeft ernaar de strafzaak tegen de verdachte, waarin door de getuige een belastende verklaring wordt afgelegd, eerder af te doen dan de strafzaak tegen de getuige zelf.

8. *Gunstbetoon*

8.1 Onder gunstbetoon valt het verichten van handelingen die vallen binnen de normale bevoegdheden van de officier van justitie, die een relatief geringe betekenis hebben en niet rechtstreeks aan de beantwoording van de vragen van artikelen 348 en 350 raken, maar die wel op enigerlei wijze invloed kunnen hebben op de bereidheid tot het afleggen van een getuigenverklaring. Hierover kan de officier van justitie zelfstandig beslissen.

8.2 Indien sprake is van een uitdrukkelijk en causaal verband tussen het verlenen van een dergelijke gunst en de door de getuige af te leggen verklaring, dient hiervan overeenkomstig artikel 226g, vierde lid, een procesverbaal te worden opgemaakt, dat ten spoedigste bij de processtukken (in de zaak van de getuige en die van de verdachte ten laste van wie hij verklaart) wordt gevoegd.

8.3 Indien voor de te verlenen gunst de toestemming of medewerking van derden is vereist (zoals buitenlandse autoriteiten, de Minister van Justitie, de Minister voor Vreemdelingenbeleid en Integratie (IND)), dient de officier van justitie duidelijk te maken dat geen garantie kan worden gegeven voor het gewenste resultaat. Hij kan alleen een inspanningsverplichting aangaan.

8.4 Voorbeelden van gunsten zijn: het meewerken aan of het zich niet verzetten tegen een verzoek tot schorsing van de voorlopige hechtenis, de versnelde teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen, voor zover het belang van de strafvordering zich daartegen niet verzet, het bewerkstelligen van een milder detentieregime voor een veroordeelde die zijn vrijheidsstraf ondergaat, het bewerkstelligen van de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis van de verdach-

te in een huis van bewaring dichterbij zijn sociale omgeving, het bevorderen dat de tenuitvoerlegging van een in het buitenland opgelegde straf in Nederland kan worden voortgezet in het kader van de WOTS en het verlenen van voorspraak bij bestuursorganen als de IND en de Belastingdienst.

Overgangsrecht

De beleidsregels in deze aanwijzing gelden vanaf de datum van inwerkingtreding.

**III BESLUIT GETUIGENBESCHERMING
EN NOTA VAN TOELICHTING
(STB. 2006, 21).**

Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden



Jaargang 2006

21

Besluit van 21 december 2005, houdende regels ter uitvoering van artikel 226l van het Wetboek van Strafvordering (Besluit getuigenbescherming)

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Justitie van 27 augustus 2001, nr. 5116667/01/6;

Gelet op artikel 226l van het Wetboek van Strafvordering;

De Raad van State gehoord (advies van 29 oktober 2001, no. W03.01.0454/1);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Justitie van 14 december 2005, nr. 5390597/05/6;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. Onze Minister: de Minister van Justitie;
- b. College: het College van procureurs-generaal;
- c. hoofdofficier van justitie: de hoofdofficier van justitie die verantwoordelijk is voor het opsporingsonderzoek of de vervolging in het kader waarvan een verzoek tot het treffen van beschermingsmaatregelen is gedaan;
- d. officier van justitie: de officier van justitie bij het landelijk parket, belast met getuigenbescherming;
- e. onderdeel getuigenbescherming: het onderdeel bedoeld in artikel 2.

Artikel 2

1. Er is een onderdeel getuigenbescherming bij het Korps landelijke politiediensten, belast met:
 - a. het opstellen van dreigingsanalyses;
 - b. het adviseren van het bevoegde gezag omtrent de bescherming van personen als bedoeld in artikel 3;
 - c. de uitvoering van beschermingsmaatregelen.
2. Dit onderdeel getuigenbescherming staat onder gezag van de officier van justitie.

Artikel 3

Beschermingsmaatregelen kunnen worden getroffen ten aanzien van een getuige als bedoeld in artikel 226a, 226g of 226k van het Wetboek van Strafvordering of van een andere persoon die medewerking heeft verleend aan de met de opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste autoriteiten, voor zover daartoe een dringende noodzaak is ontstaan als gevolg van die medewerking en daarmee verband houdend overheidsoptreden.

Artikel 4

1. Het College kan het onderdeel getuigenbescherming opdragen ten aanzien van een persoon als bedoeld in artikel 3 een dreigingsanalyse op te stellen en advies uit te brengen omtrent de te treffen beschermingsmaatregelen en de uitvoerbaarheid daarvan.

2. De opdracht, bedoeld in het eerste lid, geschiedt schriftelijk en kan zonnodig mede betrekking hebben op de echtgenoot of levensgezel van de bedreigde persoon, diens kinderen, naaste familieleden of andere personen, voor zover zij een nauwe betrekking onderhouden met de bedreigde persoon.

Artikel 5

1. Indien uit de dreigingsanalyse een dringende noodzaak tot het treffen van beschermingsmaatregelen blijkt en het onderdeel getuigenbescherming over de uitvoerbaarheid van de maatregelen advies heeft uitgebracht, kan het College het onderdeel getuigenbescherming opdragen maatregelen te treffen ter bescherming van de bedreigde persoon. In de bij besluit van Onze Minister aangewezen gevallen stelt het College Onze Minister terstond in kennis van het voornemen tot het verstrekken van een opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen.

2. De opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen geschiedt schriftelijk en vermeldt haar geldigheidsduur. De opdracht kan zonnodig mede betrekking hebben op de personen, bedoeld in artikel 4, tweede lid.

Artikel 6

In afwijking van de artikelen 4 en 5, kan in spoedeisende gevallen Onze Minister, het College of een lid daarvan het onderdeel getuigenbescherming mondeling opdracht verstrekken tot het treffen van tijdelijke noodmaatregelen. Zo spoedig mogelijk na de mondelinge opdracht wordt deze op schrift gesteld en wordt een opdracht als bedoeld in artikel 4, eerste lid, verstrekt.

Artikel 7

1. Indien een opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen is verstrekt, sluit de officier van justitie met de te beschermen persoon een schriftelijke overeenkomst waarin in ieder geval bepalingen zijn opgenomen omtrent de verplichtingen van de te beschermen persoon en van het onderdeel getuigenbescherming alsmede de gevolgen van niet-nakoming daarvan.

2. Behoudens spoedeisende gevallen als bedoeld in artikel 6, vangt de uitvoering van de beschermingsmaatregelen niet aan alvorens een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid is gesloten.

Artikel 8

1. Uiterlijk een maand voordat de geldigheidsduur van de opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen zal verstrijken rapporteert het onderdeel getuigenbescherming aan het College omtrent de uitvoering van de beschermingsmaatregelen. Van deze rapportage maken een geactualiseerde dreigingsanalyse en een advies omtrent de verlenging, wijziging of beëindiging van de opdracht deel uit. Het College beslist terzake.

2. Onverminderd het eerste lid, rapporteert het onderdeel getuigenbescherming aan het College, op zijn verzoek of uit eigen beweging, zodra daartoe aanleiding bestaat.

Artikel 9

1. Op verzoek van een internationaal gerecht tot bescherming van een getuige kan Onze Minister, na advies van de officier van justitie, het onderdeel getuigenbescherming opdracht geven tot het uitvoeren van beschermingsmaatregelen.

2. Op verzoek van een bevoegde autoriteit van een vreemde staat kan de officier van justitie het onderdeel getuigenbescherming opdragen beschermingsmaatregelen te treffen of voort te zetten ten aanzien van een daartoe door die autoriteit aangewezen persoon.

3. De opdracht, bedoeld in het eerste en tweede lid, geschiedt schriftelijk en vermeldt haar geldigheidsduur. Uiterlijk een maand voordat de geldigheidsduur zal verstrijken, rapporteert het onderdeel getuigenbescherming aan de officier van justitie omtrent de uitvoering van de beschermingsmaatregelen. Onze Minister beslist over de verlenging, wijziging of beëindiging van de opdracht in de gevallen bedoeld in het eerste lid; de officier van justitie beslist in de gevallen bedoeld in het tweede lid.

Artikel 10

Dit besluit treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Artikel 11

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit getuigenbescherming.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 21 december 2005

Beatrix

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Uitgegeven de zeventiende januari 2006

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Het advies van de Raad van State is openbaar gemaakt door terinzagelegging bij het Ministerie van Justitie.
Tevens zal het advies met de daarbij ter inzage gelegde stukken worden opgenomen in het bijvoegsel bij de Staatscourant van 14 februari 2006, nr. 32.

NOTA VAN TOELICHTING**Algemeen**

Het onderhavige besluit is gebaseerd op artikel 226l van het Wetboek van Strafvordering. Dit artikel is bij de wet van 12 mei 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot verklaringen van getuigen die in ruil voor een toezegging van het openbaar ministerie zijn afgelegd (Stb. 254) in het Wetboek van Strafvordering opgenomen. Het bepaalt dat de Minister van Justitie op bij algemene maatregel van bestuur te bepalen wijze maatregelen kan treffen voor de feitelijke bescherming van bedreigde getuigen, getuigen die tevens verdachte zijn en getuigen die reeds veroordeeld zijn. Bij voorstel van Reparatiewet II Justitie (Kamerstukken II 30 171, 2004/05 nr. 1), is een verruiming van de kring van personen opgenomen die voor getuigenbescherming in aanmerking kunnen worden gebracht. De in dit besluit neergelegde regeling is voor het grootste deel een formalisering van de huidige praktijk en bevat het algemene kader voor de uitvoering van getuigenbescherming. De Instructie getuigenbescherming, die door het College van procureurs-generaal in aangepaste vorm zal worden vastgesteld, bevat een verdere precisering van de procedures die bij de uitvoering van getuigenbescherming moeten worden gevolgd.

Burgers kunnen op verschillende manieren bijdragen aan de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Meestal gebeurt dit door het verstrekken van informatie aan de politie, het openbaar ministerie of aan de rechter: hetzij als getuige, hetzij als een persoon die op een andere wijze medewerking heeft verleend aan de met opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste autoriteiten. Op de precieze kring van personen die voor getuigenbescherming in aanmerking kunnen komen ga ik hierna in.

Op basis van dit besluit kunnen voor de duur van een dreiging tegen een persoon beschermingsmaatregelen worden getroffen. Deze maatregelen hebben dus geen permanent karakter. Ook hebben de maatregelen in beginsel niet tot doel volledig in het levensonderhoud van de betrokken persoon te voorzien. Dit betekent dat de te beschermen persoon steeds zijn eigen verantwoordelijkheid behoudt voor de inrichting van zijn leven. De beschermingsmaatregelen dragen slechts bij aan de bescherming van die persoon gedurende de periode dat hij tengevolge van zijn optreden ten behoeve van of in een strafrechtelijke procedure ernstig wordt bedreigd. Zodra die dreiging is geëindigd, houdt de zorgplicht van de overheid op, worden de maatregelen beëindigd en dient de betrokken persoon in staat te zijn weer volledig zelfstandig te functioneren.

De kern van de regeling komt in het kort op het volgende neer. Het College van procureurs-generaal (hierna: het College) is bevoegd te beslissen omtrent het al dan niet treffen van beschermingsmaatregelen. In bijzondere gevallen wordt een voorgenomen beslissing voorgelegd aan de Minister van Justitie. Het onderdeel getuigenbescherming, ondergebracht bij het Korps landelijke politiediensten (KLPD), is belast met het opstellen van dreigingsanalyses, de advisering over en uitvoering van beschermingsmaatregelen. Het feit dat het College bevoegd is besluiten te nemen terzake van het treffen van beschermingsmaatregelen heeft tot gevolg dat noch de politie, noch de officier van justitie zonder onderliggend besluit van het College definitieve toezeggingen aan getuigen kan doen omtrent het treffen van beschermingsmaatregelen. De officier van justitie bij het landelijk parket, belast met getuigenbescherming, treedt op als intermediair tussen het College van procureurs-generaal en het onderdeel getuigenbescherming. Deze officier van justitie is bevoegd het team getuigenbescherming opdrachten te geven en adviseert het College

gevraagd en ongevraagd over aangelegenheden op het gebied van getuigenbescherming. In het College is een van de leden belast met de portefeuille getuigenbescherming.

Over het ontwerpbesluit en de nota van toelichting zijn adviezen uitgebracht door het Openbaar Ministerie en de Raad voor het KLPD. Gelet op het tijdsverloop is door het College van procureurs-generaal desgevraagd een aanvullend advies uitgebracht, dat is afgestemd met het KLPD. Deze adviezen zijn zo veel mogelijk verwerkt.

Personen die in aanmerking kunnen komen voor beschermingsmaatregelen

De personen die in aanmerking kunnen komen voor beschermingsmaatregelen zijn getuigen en personen die, anders dan als getuige, medewerking hebben verleend aan de opsporing of vervolging van strafbare feiten. Het komt voor dat die medewerking aanleiding geeft of zal geven tot een dreiging. In uitzonderlijke gevallen is die dreiging zo ernstig en staat deze in zodanig direct verband met de verleende medewerking aan politie en justitie, dat er voor de overheid een zorgplicht ontstaat de betrokken persoon voor de duur van de dreiging te beschermen. In dit verband valt te denken aan burgerinformanten en -infiltranten, burgerpseudokopers, en -dienstverleners. Deze personen kunnen alleen dan in aanmerking komen voor beschermingsmaatregelen wanneer er een ernstige en serieus te nemen dreiging bestaat die direct verband houdt met (a) de verleende of te verlenen medewerking aan de politie en het openbaar ministerie en (b) het daarmee verband houdende overheidsoptreden. In dat geval zal er doorgaans sprake zijn van een dringende noodzaak tot het treffen van beschermingsmaatregelen door de overheid. Of er een ernstige en serieus te nemen dreiging bestaat wordt beoordeeld aan de hand van een dreigingsanalyse. Met «daarmee verband houdend overheidsoptreden» wordt bedoeld dat de dreiging moet zijn ontstaan door toedoen van de overheid. Dit betekent dat wanneer het eigen handelen van de betrokkene de oorzaak van de dreiging is – bijvoorbeeld omdat door zijn eigen optreden zijn identiteit bekend is geworden – er in beginsel geen zorgplicht ontstaat voor de overheid. In dat geval is de dreiging aan zijn eigen handelen te wijten, waarvoor de overheid geen verantwoordelijkheid kan dragen.

Tenslotte kunnen, indien het College heeft besloten tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen ten aanzien een persoon die tot een van de hierboven genoemde categorieën behoort, zonedig ook andere personen, voor zover zij een nauwe, vaak persoonlijke, betrekking met de bedreigde persoon onderhouden eveneens in aanmerking komen voor beschermingsmaatregelen. Het zal dan bijvoorbeeld kunnen gaan om de echtgenoot of levensgezel van de bedreigde persoon, diens kinderen of naaste familieleden of eventueel andere personen. De noodzaak tot het treffen van beschermingsmaatregelen voor deze personen kan ontstaan doordat deze personen zodanig nauw en direct betrokken zijn bij de bedreigde persoon dat de dreiging zich mede tot hen uitstrekt.

Overigens is het treffen van beschermingsmaatregelen niet alleen mogelijk ten behoeve van getuigen in de nationale rechtsorde, maar ook in een internationale context. Daarbij kan het enerzijds gaan om beschermingsmaatregelen op verzoek van andere Staten, en anderzijds over maatregelen die worden genomen op verzoek van internationale gerechten zoals het Joegoslaviëtribunaal en het Internationaal Strafhof. Voor deze gevallen is een aparte procedure voorzien in artikel 9 van dit besluit.

Het besluit ziet niet op de bescherming van personen en instellingen die buiten een strafvorderlijke context behoefte hebben aan beschermingsmaatregelen, zoals hoogwaardigheidsbekleders of andere personen die in

verband met hun functie worden bedreigd. Hun bescherming is geregeld in het kader van het Stelsel bewaken en beveiligen.

De aanvraag- en besluitvormingsprocedure

De hoofdofficier van justitie die verantwoordelijk is voor het opsporingsonderzoek of de vervolging in het kader waarvan een persoon bescherming behoeft dient schriftelijk een verzoek in tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen. In de praktijk zullen dergelijke verzoeken door tussenkomst van de officier van justitie bij het landelijk parket, belast met getuigenbescherming, bij het College worden ingediend. Hierover kunnen regels worden opgenomen in de Instructie getuigenbescherming. Een verzoek tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen kan betrekking hebben op de situatie dat onverwachts een dreiging is ontstaan, bijvoorbeeld door het onbedoeld bekend worden van de identiteit van een betrokken persoon. Het kan echter ook gaan om de situatie dat door het openbaar ministerie wordt overwogen een bepaalde persoon te verzoeken medewerking te verlenen aan de opsporing en vervolging, waarbij op voorhand is te voorzien dat deze medewerking aanleiding zal geven tot een dreiging. Denkbaar is dat degene die overweegt met de officier van justitie een afspraak te maken in de zin van artikel 226g van het Wetboek van Strafvordering daarbij ook als voorwaarde stelt dat voor hem getuigenbeschermingsmaatregelen worden getroffen. De beslissing of daartoe de mogelijkheid bestaat kan evenwel pas worden genomen na een dreigingsanalyse als bedoeld in artikel 4 van dit Besluit en zal overeenkomstig de in dit besluit aangegeven procedure worden afgewikkeld.

Op basis van het verzoek van de hoofdofficier beslist het College het onderdeel getuigenbescherming al dan niet opdracht te geven tot het opstellen van een dreigingsanalyse en een advies over de eventueel te treffen beschermingsmaatregelen en de uitvoerbaarheid daarvan. In de dreigingsanalyse worden aard en ernst van de dreiging omschreven. Indien deze als serieus en ernstig is aan te merken zal het onderdeel getuigenbescherming voorstellen kunnen doen voor de te treffen maatregelen. De aard van deze maatregelen hangt samen met de aard en de ernst van de bedreiging. De voor te stellen maatregelen zullen steeds worden afgestemd op de specifieke noden in het concrete geval. De beschermingsmaatregelen kunnen variëren in duur en intensiteit.

Naast het opstellen van de dreigingsanalyse en een voorstel met betrekking tot te treffen maatregelen zal het onderdeel getuigenbescherming adviseren over de uitvoerbaarheid van de voorgestelde maatregelen in het concrete geval. Dit is nodig omdat bepaalde beschermingsmaatregelen soms ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de te beschermen persoon en zijn eventuele levensgezel of gezinsleden. Het is denkbaar dat sommige personen niet in staat zullen zijn die gevolgen te dragen. In dat geval zal naar andere oplossingen worden gezocht. Teneinde het College gedegen te kunnen adviseren over de uitvoerbaarheid van de maatregelen kan het onderdeel getuigenbescherming de te beschermen persoon verzoeken aan een psychologisch onderzoek mee te werken.

Op basis van de dreigingsanalyse, het voorstel voor de te treffen maatregelen en het advies omtrent de uitvoerbaarheid in het concrete geval beslist het College al dan niet opdracht te verlenen tot het doen uitvoeren van de voorgestelde maatregelen gedurende een bepaalde periode.

De uitvoering van de maatregelen

Met de uitvoering van beschermingsmaatregelen is het onderdeel getuigenbescherming bij het KLPD belast. De uitvoering van de maatregelen valt binnen de algemene taakopdracht van de politie, zoals omschreven in artikel 2 van de Politiewet 1993, en geschiedt met inachtneming van de daarvoor geldende wettelijke kaders en bevoegdheden. Ter bescherming van een bedreigde persoon kunnen verschillende soorten maatregelen worden getroffen. Deze variëren van elektronische beveiliging van een woning, het verzorgen van een tijdelijk verblijf elders tot het tijdelijk verschaffen van een andere identiteit. De wettelijke basis voor het verschaffen van een tijdelijke andere identiteit is neergelegd in artikel 42a van de Politiewet 1993. Ook kunnen beschermingsmaatregelen worden getroffen ten aanzien van een bedreigde persoon die gedetineerd is. Hierover bestaan afspraken met de Dienst Justitiële Inrichtingen van het Ministerie van Justitie.

Bij de uitvoering van de beschermingsmaatregelen hebben de begeleiders van het onderdeel getuigenbescherming geregeld contact met de te beschermen persoon. De contacten tussen de justitiële autoriteiten, zoals het openbaar ministerie en de rechter-commissaris, en de te beschermen persoon verlopen via het onderdeel getuigenbescherming.

Voorafgaand aan de uitvoering van de maatregelen wordt namens de staat door de officier van justitie, belast met getuigenbescherming, een schriftelijke overeenkomst gesloten met de te beschermen persoon. Hij laat zich daartoe vooraf bijstaan door de Landsadvocaat. De inhoud van de overeenkomst wordt voorbereid door het onderdeel getuigenbescherming. In de overeenkomst, die civielrechtelijk van aard is, zijn de rechten en plichten van beide partijen omschreven, alsmede de gevolgen van niet-nakoming van die plichten. Met de ondertekening van deze overeenkomst verbinden partijen zich tot het nakomen van de verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien en die verband houden met de uitvoering van de beschermingsmaatregelen. De te beschermen persoon kan zich bij het opstellen van deze overeenkomst door een raadsman laten bijstaan. De officier van justitie bevordert dat de te beschermen persoon voorzien is van rechtsbijstand; als hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te betalen, dan zal de Staat daarin voorzien. Uit de overeenkomst vloeit voor de staat een inspanningsverplichting voort tot het treffen van de passende beschermingsmaatregelen; voor de te beschermen persoon betreft het vooral verplichtingen die het onderdeel getuigenbescherming in staat stellen de beschermingsmaatregelen doeltreffend en veilig uit te voeren. Zo kan als verplichting worden gesteld dat de te beschermen persoon zich onthoudt van het leggen van contact met bepaalde personen die verantwoordelijk zijn voor de dreiging of van het bezoeken van bepaalde plaatsen. Het niet nakomen van dergelijke verplichtingen kan de goede uitvoering van de maatregelen zodanig in gevaar brengen dat deze in feite onmogelijk is geworden. In dat geval kunnen de te treffen maatregelen worden gewijzigd of zelfs worden beëindigd. Het College beslist hierover, op advies van het onderdeel getuigenbescherming.

De overeenkomst tussen de te beschermen persoon en de staat is van civielrechtelijke aard. Geschillen zullen derhalve zonder nadere regeling bij de civiele rechter kunnen worden beslecht. Deze rechter kan op grond van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van partijen besluiten de zitting achter gesloten deuren te laten plaatsvinden. Wanneer beide partijen arbitrage overeenkomen, staat daar niets aan in de weg. In de overeenkomst moet daartoe een arbitrageclausule worden opgenomen, waarbij ook inhoudelijke regels m.b.t. de arbitrage kunnen worden

vastgelegd. Voor zover de overeenkomst dergelijke regels niet bevat, gelden de regels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (vierde boek).

Behandeling van geschillen in een raadkamerprocedure is alleen mogelijk, als het wetboek in een dergelijke beslissing voorziet. De wet voorziet thans niet in een regeling voor de bedoelde geschillen. De noodzaak tot het treffen van een dergelijke regeling is niet aanwezig gelet op het uiterst geringe aantal keren dat de bedoelde geschillen voorkomen.

Het tijdelijk verschaffen van een andere identiteit laat verplichtingen jegens derden in beginsel onverlet. Schuldeisers voor wie de tijdelijk nieuwe identiteit van de schuldenaar onbekend is, zullen door deze identiteitswijziging gemakkelijk gedupeerd worden. Een dergelijke benadeling kan moeilijk worden begrepen onder het risico dat schuldeisers nu eenmaal dragen in het maatschappelijk verkeer. Uitgangspunt moet zijn dat schuldeisers geen slachtoffer worden van regels op het gebied van de criminaliteitsbestrijding. Bij aanvang van het getuigenbeschermingsprogramma moet de te beschermen getuige dan ook openheid geven over zijn financiële zaken en dan in het bijzonder over zijn schulden en baten. De getuige-schuldenaar dient zijn schulden te vereffenen. Bij onvoldoende baten zal de Staat de schulden voldoen. Indien dat niet mogelijk is zal de Staat de schulden overnemen.

Financiële paragraaf

De kosten die worden gemaakt bij de concrete uitvoering van beschermingsmaatregelen komen voor rekening van mijn begroting. De personele kosten van het onderdeel getuigenbescherming komen, sinds de overgang van het beheer van het KLPD naar het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, voor rekening van dit ministerie. Gelet op het feit dat de regeling een formalisering is van de huidige praktijk, waarin slechts een zeer gering aantal personen voor toepassing van de regeling in aanmerking komt, is aanvullende financiering vooralsnog niet nodig.

Artikelsgewijs

Artikel 2

Bij het KLPD is een onderdeel, thans genaamd het team getuigenbescherming, uitsluitend belast met de bescherming van personen die als gevolg van de door hen verleende medewerking aan de opsporing en vervolging worden bedreigd. Dit onderdeel verricht derhalve geen werkzaamheden op het terrein van bescherming van leden van de rechterlijke macht of andere personen die in verband met hun functie worden bedreigd.

De werkzaamheden bestaan uit het opstellen van dreigingsanalyses, het doen van voorstellen met betrekking tot de te treffen maatregelen, het adviseren over de uitvoerbaarheid daarvan in het concrete geval en de daadwerkelijke uitvoering van de maatregelen. Onder de uitvoering van beschermingsmaatregelen vallen onder andere de werkzaamheden in verband met het verkrijgen van een tijdelijk aan te nemen identiteit. Ook onderhoudt het team getuigenbescherming de contacten tussen de te beschermen persoon en de justitiële autoriteiten. Zo worden officiële stukken via dit team aan de betrokken persoon gezonden. Ook contacten die voorafgaan aan bijvoorbeeld een getuigenverhoor lopen via dit team.

Artikel 3

De personen die in aanmerking kunnen komen voor het treffen van beschermingsmaatregelen zijn onder te verdelen in vier categorieën: bedreigde getuigen (artikel 226a Sv), getuigen die tevens verdachte zijn (artikel 226g Sv), getuigen die reeds veroordeeld zijn (artikel 226k Sv) en andere personen die hebben bijgedragen aan de opsporing of vervolging. Tot deze laatste categorie behoren bijvoorbeeld de informant, de beperkt anonieme getuige zoals geregeld in artikel 190 Sv en de «gewone» getuige, maar ook getuigen waarvoor de justitiële autoriteiten van een andere Staat of een internationaal gerecht Nederland om bescherming verzoekt. Onder deze categorie vallen geen overheidsfunctionarissen zoals politiefunctarissen, leden van het openbaar ministerie of van de zittende magistratuur, die in het kader van de uitoefening van hun functie onderwerp van bedreiging zijn.

De personen waar het onderhavige besluit betrekking op heeft kunnen slechts in aanmerking komen voor beschermingsmaatregelen indien sprake is van een ernstige dreiging die is ontstaan als gevolg van de medewerking van die persoon aan de opsporing of vervolging en het daarmee verband houdende overheidsoptreden. In dat geval kan sprake zijn van een dringende noodzaak tot het treffen van maatregelen door de overheid. De enkele mededeling dat de betrokkene zich bedreigd voelt zal in de regel niet voldoende zijn voor het treffen van maatregelen. Overigens heeft de overheid wel tot taak getuigen op sommige risico's van het afleggen van een verklaring te wijzen, bijvoorbeeld in zaken waarbij terroristische groeperingen zijn betrokken.

Artikel 4

De hoofdofficier van justitie die verantwoordelijk is voor het opsporingsonderzoek of de vervolging in het kader waarvan een persoon bescherming behoeft is bevoegd tot het indienen van een verzoek bij het College tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen. Een dergelijk verzoek zal in de praktijk worden ingediend door tussenkomst van de officier van justitie, belast met getuigenbescherming. Dit wordt bepaald in de instructie getuigenbescherming. Deze officier van justitie zal het College adviseren over het verzoek en de mogelijke opdracht aan het team getuigenbescherming tot het opstellen van een dreigingsanalyse en een advies omtrent de te treffen maatregelen en de uitvoerbaarheid daarvan.

De opdracht tot het opstellen van een dreigingsanalyse en het treffen van beschermingsmaatregelen kan zo nodig tevens betrekking hebben op de echtgenoot of levensgezel van de bedreigde persoon, zijn kinderen of naaste familieleden of andere personen, echter voor zover deze personen een nauwe betrekking met de bedreigde persoon onderhouden.

Artikel 5

Indien de opgestelde dreigingsanalyse uitwijst dat sprake is van een dringende noodzaak tot het treffen van beschermingsmaatregelen, kan het College besluiten tot het doen treffen van dergelijke maatregelen. Van een dringende noodzaak is in beginsel sprake wanneer er een ernstige en serieus te nemen dreiging bestaat die het gevolg is van de door de bedreigde persoon verleende medewerking aan de opsporing en vervolging en het daarmee verband houdende overheidsoptreden. Het College zal bij de overwegingen voor het treffen van beschermingsmaatregelen rekening moeten houden met het advies van het team getuigenbescherming omtrent de te treffen maatregelen en de uitvoerbaarheid daarvan. Het ligt niet voor de hand dat het College in afwijking van een negatief advies van het team getuigenbescherming zonder meer

besluit tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen. Als deze situatie zich voordoet en het negatieve advies heeft betrekking op de uitvoerbaarheid van de maatregelen in het kader van de daaraan verbonden risico's voor de betrokken medewerkers, zal het College eerst in overleg dienen te treden met de korpsbeheerder van het KLDP, alvorens de opdracht te verstrekken.

In de door de minister van justitie aan te wijzen gevallen dient het voornemen tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen aan hem te worden voorgelegd. Deze gevallen hebben in ieder geval betrekking op maatregelen waaraan relatief hoge kosten of politiek gevoelige aspecten zijn verbonden. Dit laat uiteraard onverlet dat van het College mag worden verwacht dat het eigenere beweging de minister van justitie zal informeren, indien daartoe aanleiding bestaat.

Zoals in het algemeen deel van de toelichting gesteld, hebben de beschermingsmaatregelen in beginsel steeds een tijdelijk karakter, namelijk voor de duur van de bedreiging. Zij kunnen dan ook nimmer tot doel hebben een oplossing te vormen voor eventuele persoonlijke of zakelijke problemen die zich in het leven van een betrokkene hebben voorgedaan of voordoen. In de schriftelijke opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen wordt de geldigheidsduur vermeld. Indien na afloop van die periode nog steeds de noodzaak bestaat tot beschermingsmaatregelen kan het College op basis van artikel 8 de opdracht verlengen of wijzigen.

Indien de opdracht tot het opstellen van een dreigingsanalyse mede betrekking had op de echtgenoot of levensgezel van de bedreigde persoon, diens kinderen of naaste familieleden of andere personen (artikel 4, tweede lid) en uit deze analyse blijkt dat de dreiging zich mede uitstrekt tot een of meerdere van deze personen, kan het College besluiten dat de opdracht tot het doen treffen van beschermingsmaatregelen mede betrekking heeft op deze personen. Het zal dan steeds moeten gaan om personen die een nauwe betrekking onderhouden met de bedreigde persoon. Met «nauwe betrekking» wordt aangegeven dat de desbetreffende personen een nauwe (familie)band hebben met de bedreigde persoon en zich in zijn directe omgeving bevinden.

Artikel 6

Het kan voorkomen dat een dreiging acuut ontstaat. In dat geval kan het nodig zijn onmiddellijk tijdelijke noodmaatregelen te treffen ten aanzien van de bedreigde persoon. Wanneer zich een dergelijke situatie voordoet zal het niet mogelijk zijn de normale procedure te volgen van het opstellen van een dreigingsanalyse en een advies over de uitvoerbaarheid. Op basis van dit artikel kan in een dergelijk geval het College of een lid daarvan mondeling opdracht geven tot het treffen van passende voorlopige beschermingsmaatregelen. Deze kunnen eveneens zonodig betrekking hebben op de echtgenoot of levensgezel, kinderen, naaste familieleden of andere personen, voorzover zij in een direct en nauw verband staan tot de bedreigde persoon. De mondelinge opdracht dient wel spoedig daarna gevolgd te worden door een opdracht tot het opstellen van een dreigingsanalyse en een advies over de uitvoerbaarheid, zodat alsnog de normale besluitvormingsprocedure kan worden gevolgd.

Artikel 7

Uitgangspunt is dat voorafgaand aan de uitvoering van beschermingsmaatregelen een overeenkomst wordt gesloten tussen de te beschermen persoon en de officier van justitie belast met getuigenbescherming. De te beschermen persoon kan zich bij het sluiten van deze overeenkomst laten bijstaan door een raadsman. Met het ondertekenen van deze civielrechtelijke overeenkomst verbindt de te beschermen persoon zich aan een

aantal voorwaarden die noodzakelijk zijn om succesvol en veilig uitvoering te kunnen geven aan de beschermingsmaatregelen. Daartegenover staat dat de staat wordt gebonden aan een inspanningsverplichting de betrokken persoon zo goed mogelijk te beschermen.

Artikel 8

De opdracht tot het treffen van beschermingsmaatregelen wordt verstrekt voor bepaalde tijd. Voordat die periode eindigt, rapporteert het onderdeel getuigenbescherming aan het College over het verloop van de beschermingsmaatregelen en de actuele status van de dreiging. Op basis van deze rapportage zijn drie beslissingen mogelijk. Het College besluit tot onverkorte voortzetting, wijziging of beëindiging van de maatregelen. Wijziging van de beschermingsmaatregelen zal plaats kunnen vinden wanneer bijvoorbeeld de dreiging nog wel bestaat, doch in minder ernstige mate. In dat geval kan met minder ingrijpende maatregelen worden volstaan. Beëindiging van de maatregelen zal plaats kunnen vinden wanneer bijvoorbeeld het gevaar is geweken. Voorts rapporteert het team aan het College zodra daartoe aanleiding bestaat. Aanleiding daartoe bestaat in ieder geval wanneer de omstandigheden zich tussentijds zodanig hebben gewijzigd dat aanleiding bestaat de opdracht tot het treffen van maatregelen te wijzigen of te beëindigen. De rapportages van het onderdeel getuigenbescherming zullen in de praktijk door tussenkomst van de officier van justitie, belast met getuigenbescherming, aan het College worden gezonden. Regels over deze interne gang van zaken zullen worden opgenomen in de Instructie getuigenbescherming.

Artikel 9

Internationale samenwerking vindt plaats op diverse strafrechtelijke terreinen, zo ook op het terrein van de getuigenbescherming. Het gaat hierbij zowel om wederzijdse kennisoverdracht als om het daadwerkelijk overnemen van de uitvoering van beschermingsmaatregelen. In het laatste geval kan het gaan om beschermingsmaatregelen die in het buitenland zijn aangevangen en door Nederland worden overgenomen of die in Nederland zijn aangevangen en door het buitenland worden overgenomen. Zo zal Nederland voor een bepaalde periode als gastland kunnen functioneren ten behoeve van een buitenlandse bedreigde getuige.

Het belang van deze vormen van internationale samenwerking wordt zowel door de Europese Unie (Resolutie van de Raad van 20 december 1996 betreffende personen die met justitie samenwerken bij de bestrijding van internationaal georganiseerde criminaliteit, PbEG nr. C 10 van 11 januari 1997), als door de Raad van Europa (Aanbevelingen No. R (97) 13, met betrekking tot bedreigde getuigen en de rechten van de verdediging, van 10 september 1997 en No. R (05) 9, met betrekking tot de bescherming van getuigen en meewerkende verdachten, van 20 april 2005) benadrukt.

In het geval een verzoek van getuigenbescherming afkomstig is van een internationaal gerecht, wordt dit gericht aan de Minister van Justitie. Doorgaans zal het verzoek dan samenhangen met verplichtingen die Nederland is aangegaan jegens internationale gerechten, zoals bijvoorbeeld in de Zetelovereenkomsten met het Joegoslaviëtribunaal en het Internationaal Strafhof. Dat juridische instrumentarium zal dan ook bepalend zijn voor de eventuele vormvereisten van het verzoek; omdat van rechtshulp in de zin van Titel X geen sprake is, zal het daarin bepaalde op deze gevallen ook niet van toepassing zijn.

De Minister van Justitie stelt het verzoek in handen van de officier van justitie bij het Landelijk parket belast met getuigenbescherming met het verzoek om advies omtrent het inwilligen van het verzoek. Deze geeft zijn

advies na overleg met het onderdeel getuigenbescherming. Indien de Minister van Justitie met dit advies instemt, maakt hij met het desbetreffende internationaal gerecht een schriftelijke afspraak en geeft hij een opdracht tot de uitvoering van getuigenbescherming.

Bij het overnemen van beschermingsmaatregelen op verzoek van een andere Staat door Nederland zal het gaan om personen ten aanzien van wie door de buitenlandse autoriteiten reeds is beslist dat zij in aanmerking komen voor beschermingsmaatregelen. De gevallen waarin Nederland de uitvoering van beschermingsmaatregelen ten behoeve van andere Staten over kan nemen zijn in twee categorieën te onderscheiden.

De eerste categorie heeft betrekking op het overnemen van beschermingsmaatregelen die worden getroffen ten aanzien van een persoon die nog betrokken is bij een lopende strafzaak, bijvoorbeeld een bedreigde getuige. De tweede categorie heeft betrekking op personen die met het verlenen van medewerking een strafrechtelijk belang hebben gediend, doch waarbij de strafzaak waarin dat belang werd gediend reeds is afgedaan.

Ten aanzien van getuigenbescherming zal de officier van justitie bij het landelijk parket, belast met getuigenbescherming, de bevoegde autoriteit zijn. Hij is immers het bevoegde gezag over het onderdeel getuigenbescherming, die met de uitvoering van een verzoek zal worden belast. Teneinde een duidelijke regeling te treffen voor alle buitenlandse verzoeken betreffende getuigenbescherming is ervoor gekozen de officier van justitie, belast met getuigenbescherming, de bevoegdheid te geven over de uitvoering van al deze buitenlandse verzoeken te beslissen.

Dit neemt niet weg dat het College bij instructie kan bepalen in welke gevallen het betrokken wenst te worden bij deze besluitvorming. De regel dat de minister in bepaalde gevallen vooraf in kennis moet worden gesteld is hier eveneens van toepassing.

Indien uiteindelijk wordt besloten beschermingsmaatregelen in Nederland te doen treffen met betrekking tot een persoon ten aanzien van wie in het buitenland is beslist dat hij in aanmerking komt voor getuigenbescherming, zal een opdracht daartoe worden verstrekt aan het onderdeel getuigenbescherming. Het ligt voor de hand dat over de geldigheidsduur, de kosten en overige uitvoeringsaspecten overleg zal worden gevoerd en een schriftelijke afspraak gemaakt met de betrokken buitenlandse autoriteiten.

Naast de hierboven besproken situatie dat een bedreigde persoon vanuit het buitenland naar Nederland wordt overgebracht alwaar beschermingsmaatregelen worden getroffen of voortgezet, kan ook sprake zijn van een omgekeerde situatie. In dat geval kan de Nederlandse officier van justitie, belast met getuigenbescherming, aan de buitenlandse bevoegde autoriteiten vragen beschermingsmaatregelen met betrekking tot een persoon ten aanzien van wie het College op basis van de onderhavige regeling heeft beslist dat deze in aanmerking komt voor getuigenbescherming, te treffen of voort te zetten.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

CURRICULUM VITAE

Sander Janssen (1976) studeerde in 1999 af aan de Universiteit Leiden. Aansluitend trad hij in dienst als docent bij de vakgroep straf- en strafprocesrecht van diezelfde universiteit, vanaf 2000 als Universitair Docent. In 2002 maakte hij de overstap naar de praktijk en trad toe tot het advocatenkantoor Cleerdin & Hamer Advocaten, waar hij sinds 2009 partner is en een volledige strafrechtelijke praktijk voert. Ook na zijn vertrek van de universiteit is hij actief gebleven in het schrijven van diverse artikelen voor rechtswetenschappelijke tijdschriften en het geven van onderwijs, onder andere bij het Eggen Instituut van de Universiteit van Amsterdam en bij het opleidingsinstituut van Cleerdin & Hamer Advocaten, het Gerard Hamer Instituut. Hij woont en werkt in Amsterdam.

