

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

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 Lorsé (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 bestrijdt 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 allerhande 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 verdiging 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, Aanhangel 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 reparatiewet 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 pijlen 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 ondersteuning 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 immunitetsverbod, maar lijkt ook daar een gewijzigd standpunt ten opzichte van zijn voorganger weer te geven wanneer hij stelt dat handhaving van dat immunitetsverbod 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 voortvloeiende 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 immunitet 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 immunitet 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 verruimingen, 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 opportuniteitsbeginsel, daarmee afstand lijkt te worden genomen van een eerder standpunt, waar hij het opportuniteitsbeginsel 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.

