

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

4 WETGEVING EN HET BELEID VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

4.1 WETGEVING EN BELEID

Inleiding

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

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

4.1.1 *Verhouding wet- en regelgeving*

Verschillende soorten regelgeving

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

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

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

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

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

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

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

³⁷² Van der Pot 2006, p. 673-674.

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

³⁷⁴ Van der Pot, p. 681-682.

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

Beleid van het College van Procureurs-Generaal

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

³⁷⁵ Zie paragraaf 1.2.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

381 HR 7 juli 2009, NJ 2010, 130.

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

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

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

385 HR 5 oktober 2010, NJ 2010, 551.

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

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

4.1.2 *De wil van de wetgever*

Interpretatiemethoden

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

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

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

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

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

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

388 Zie paragraaf 1.1.

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

390 Voermans 2011, p. 67.

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

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

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

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

392 De Hullu 2006, p. 96.

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

Verhouding tussen de bij wetgeving betrokken personen en partijen

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

393 Fleuren 2009, p. 160.

394 Idem, p. 155.

395 Borgers 2003, p. 55.

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

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

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

397 Zie Kummeling, Van Maurik en Nehmelman 2009.

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

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

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

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

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

400 Veerman 2009, p. 140.

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

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

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

4.1.3 *Legaliteit en opportuniteit*

Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel

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

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

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

404 Corstens & Borgers 2011, p. 14.

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

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

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

406 Cleiren 1992, p. 25.

407 Idem, p. 28-29.

408 Idem, p. 34.

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

Het opportuniteitsbeginsel

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

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

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

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

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

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

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

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

413 Zie hierover recent Borgers 2013.

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

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

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

415 HR 2 oktober 2007, LJN BA5825.

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

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

418 Buruma 1999, p. 597.

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

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

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

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

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

4.2 AANWIJZING EN INSTRUCTIE

Inleiding

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

4.2.1 *De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen in strafzaken*

Toezeggingen

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

⁴²² Meijer 2012, p. 16.

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

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

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

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

“Overige toelaatbare toezeggingen zijn:

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

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

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

Procedure

Wat de procedure betreft wordt door zowel de Tijdelijke Aanwijzing als door de Aanwijzing voorgeschreven dat een officier van justitie pas na toestemming van de Hoofd-officier van justitie in gesprek kan gaan met een getuige die te kennen heeft gegeven een deal te willen sluiten. Vervolgens wordt in grote lijnen de verklaring die een getuige zegt te kunnen afleggen op papier vastgelegd. De officier van justitie beoordeelt of die verklaring voldoende basis vormt om een onderhandelingsproces te starten. Wanneer dat het geval is, bevordert de officier van justitie dat de getuige zich laat bijstaan door een raadsman en wordt de uitkomst van dat onderhandelingsproces op schrift gesteld. Daarin

424 Voor het overige blijft het verbod op het afzien van het vorderen van bijkomende straffen en maatregelen gehandhaafd, maar waar in de Tijdelijke Aanwijzing werd gesteld dat dit verbod *in het bijzonder* gold voor de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, stelt de nieuwe Aanwijzing onder punt 5 van de niet toelaatbare toezeggingen dat de ontneming van de wederrechtelijk verkregen voordeel daarvan juist is uitgezonderd. Dat mag een tamelijk volledige draai worden genoemd.

425 Over de vraag in hoeverre dit gunstbetoon terecht onder de ‘kleine gunsten’ wordt gerubriceerd valt in het licht van de besproken wetssystematiek ook nog wel het één en ander te zeggen. Dat is bij de veelbesproken behandeling van wetsvoorstel 28017 8 september 2004 ook gebeurd, maar het punt heeft duidelijk geen prioriteit gekregen. Algemene beraadslaging 8 september 2004, Handelingen II 2004-2005, 28017 p. 96-6191 ev.

dient in ieder geval een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van de misdrijven en de verdachten waarover de getuige bereid is te verklaren te worden gegeven, dienen de strafbare feiten waar de getuige in de zaak zelf van wordt verdacht te worden genoemd, en dienen de voorwaarden die aan de getuigen worden gesteld enerzijds en de inhoud van de toezegging (*enkeltvoud, Sf*) anderzijds te worden opgenomen. Verder dient in ieder geval op schrift te worden gesteld dat de getuige zich bereid verklaart tot het afleggen van een getuigenverklaring ten overstaan van de rechter op de openbare terechtzitting en dat hij volledige informatie en opening van zaken geeft over zijn aandeel in de strafbare feiten waar zijn getuigenverklaring betrekking op heeft. Daarbij dient tevens aandacht te worden besteed aan de mate waarin de getuige zich op zijn verschoningsrecht zou kunnen beroepen, waarbij het ‘in de rede ligt’ dat wordt afgesproken dat de getuige van dat verschoningsrecht geen gebruik zal maken. Deze op schrift gestelde voorgenomen afspraak wordt vervolgens door tussenkomst van de CTC en vergezeld van diens advies en het advies van de landsadvocaat voorgelegd aan het College van Procureurs-Generaal. Indien daarvoor aanleiding bestaat, en in ieder geval wanneer politiek gevoelige aspecten aan de afspraak zijn verbonden, treedt de Voorzitter van het College in overleg met de Minister van Justitie. Indien het College instemt met de voorgenomen afspraken, legt de officier van justitie deze voor aan de rechter-commissaris en vordert de toetsing van de rechtmatigheid. Nadat de rechter-commissaris de overeenkomst rechtmatig heeft geoordeeld, ondertekenen de officier van justitie en de getuige de schriftelijke overeenkomst. De officier van justitie voegt vervolgens een afschrift van de overeenkomst in het strafdossier van de verdachte(n) en geeft ter terechtzitting “volledige opening van zaken met betrekking tot de feiten en omstandigheden die van belang zijn geweest voor de totstandkoming van de overeenkomst.” In requisitoir dient hij melding te maken van de straf die het Openbaar Ministerie tegen de getuige zou hebben gevraagd wanneer deze geen deal zou hebben gesloten en de bijdrage die de kroongetuige door het afleggen van zijn verklaringen aan de opsporing en vervolging heeft geleverd.

Al met al een zorgvuldige en helder omschreven procedure, met die kanttekening dat geen enkele aandacht wordt besteed aan het fenomeen getuigenbescherming, anders dan dat het toezeggen van getuigenbeschermingsmaatregelen als niet toelaatbaar wordt aangemerkt. Het enige dat de officier van justitie in dit verband mag toezeggen, is dat zo nodig maatregelen ter bescherming van de getuige in opdracht van het College van Procureurs-Generaal en op grond van het Besluit Getuigenbescherming zullen worden getroffen. Daarmee gaat de Aanwijzing, net als de wetgever had gedaan, voorbij aan de opsporingsrealiteit dat kroongetuigen nu juist voorafgaand aan het sluiten van een deal met het Openbaar Ministerie duidelijkheid zullen willen hebben over hetgeen zij op het gebied van getuigenbescherming van de Staat kunnen en mogen verwachten, zoals dit onder andere in de adviezen van de Commissie Getuigenbescherming, de Recherche Advies Commissie en de werkgroep Plooi wel werd onderkend. Als gevolg daarvan is in de Aanwijzing niets opgenomen over de rol van de rechter-commissaris waar het de toetsing van de met de kroongetuige gemaakte afspraken omtrent getuigenbescherming betreft. Dat is voor een deel verklaarbaar vanuit de gedachte dat de Aanwijzing niet ziet op activiteiten van de rechter-commissaris en zich slechts richt op medewerkers

van het Openbaar Ministerie, maar dat laat onverlet dat aan de officier van justitie wél duidelijkheid gegeven had kunnen worden omtrent de informatie die deze aan dient te leveren bij de rechter-commissaris, in het bijzonder omtrent de vraag of daar informatie over getuigenbeschermingsmaatregelen bij moet zitten en zo ja, welke. De Aanwijzing beperkt zich geheel tot het strafrechtelijke traject en laat getuigenbescherming buiten beschouwing. Hetzelfde geldt zoals hierna te bespreken in spiegelbeeld voor de Instructie Getuigenbescherming. De Aanwijzing handhaaft aldus de strikte scheiding tussen de verklaringsovereenkomst enerzijds en de getuigenbeschermingsovereenkomst anderzijds, een scheiding die op theoretisch niveau goed te maken is, maar die in de praktijk een stuk lastiger zo niet onmogelijk is. Voordat ik daar nader over kom te spreken allereerst nog een kanttekening bij het begrip ‘toezegging’.

Het begrip ‘toezegging’

De term toezeggingen is als gevolg van de discussie in de Tweede Kamer en de formulering van de Aanwijzing een nogal beladen begrip geworden, nu deze een kwalificatieve betekenis heeft gekregen. Door een afspraak met een getuige als een toezegging te betitelen, wordt vrijwel automatisch aangenomen dat er sprake zal zijn van een afspraak als bedoeld in art. 226g Sv, waarmee de polemiek over het al dan niet toelaatbaar zijn van die toezegging niet ver weg meer is. Dit bemoeilijkt het op een objectieve wijze vaststellen welke wederzijds bindende afspraken er met een getuige zijn gemaakt, doordat als gevolg van de terminologie voortdurend dreigt dat er al een conclusie wordt getrokken over de status van de afspraken, in plaats dat nog slechts geïnventariseerd wordt wat die partijen nu overeen zijn gekomen.⁴²⁶ Dat ‘toezegging’ in het normale spraakgebruik gewoon een synoniem is voor afspraak, zoals Minister Donner destijds in de Eerste Kamer inbracht, maakt het er niet eenvoudiger op.⁴²⁷ De Aanwijzing stelt in dit verband dat van belang is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen de prestatie van de ene partij en de tegenprestatie van de andere partij en dat aan de getuige een reëel voordeel in het vooruitzicht moet worden gesteld: “Een toezegging die niet meer behelst dan hetgeen de officier van justitie onder normale omstandigheden met toepassing van het bestaande beleid zou hebben besloten (bij voorbeeld sepot gering feit), is geen toezegging in de zin van deze aanwijzing.”⁴²⁸ Dat ziet echter allemaal vooral op de materiële kant van het begrip toezegging, en niet op de vraag of er formele eisen aan dat begrip moeten worden gesteld. Is het om als toezegging in de zin van de wet en de Aanwijzing te kunnen worden aangemerkt voor een tussen partijen gemaakte afspraak bijvoorbeeld noodzakelijk dat deze op schrift is gesteld, of kunnen ook mondeling toezeggingen worden gedaan? Nog strikter gesteld: is een afspraak pas een toezegging wanneer deze in een op voet van art. 226g Sv gesloten overeenkomst een toezegging wordt genoemd? Bepaalt het Openbaar Ministerie of een

426 Vanuit die problematiek koos Rouvoet er als gezien voor de term toezeggingen los te laten en te spreken over ‘do ut des’ (“ik geef met de bedoeling dat jij geeft”), daarmee doelende op alle beloften die het Openbaar Ministerie aan een getuige zou doen die zouden bijdragen aan het tot stand komen van de bereidheid van de getuige om een overeenkomst te sluiten.

427 Behandeling wetsvoorstel 26294 en 28017 op 8 maart 2005, Kamerstukken I 2005-2006, p. 18-809.

428 Deze aanvulling ten opzichte van de Tijdelijke Aanwijzing komt rechtstreeks voort uit het advies van de werkgroep Plooi (p. 9). Zie voetnoot 174.

in het kader van het onderhandelingsproces met een kroongetuige gedane belofte een toezegging mag heten, of is mede bepalend hoe de kroongetuige de belofte heeft ervaren?

Deze problematiek is bij uitstek een voorbeeld van een vermenging van rechtsgebieden, omdat bovenstaande vragen binnen het civiele recht aan de orde van de dag zijn en daar al geruime tijd geleden zijn beantwoord. Al sinds begin jaren tachtig wordt aangenomen, dat bij de vraag hoe afspraken moeten worden uitgelegd, niet uitsluitend naar de taalkundige uitleg van de betreffende afspraken moet worden gekeken, maar tevens naar de verwachtingen die beide partijen redelijkerwijs van die afspraken mochten hebben. In het bekende Haviltex-arrest stelt de Hoge Raad dat het voor de beantwoording van de vraag hoe een bepaalde bepaling moet worden uitgelegd aankomt “op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”⁴²⁹ De Hoge Raad heeft deze civielrechtelijke lijn doorgetrokken in een arrest dat zag op de voorganger van de Tijdelijke Aanwijzing, de Richtlijn Afspraken met criminelen uit 1997. Advocaat-Generaal Fokkens had bij de vraag of mondelinge afspraken betreffende de tegenprestaties van het Openbaar Ministerie als toezeggingen konden worden aangemerkt, aansluiting gezocht bij de formulering uit het Haviltex-arrest en bij de werking van het vertrouwensbeginsel.⁴³⁰ De Hoge Raad lijkt dezelfde mening toegedaan. Het aan zijn oordeel onderworpen standpunt van het Gerechtshof dat sprake kan zijn van toezeggingen wanneer in meer of mindere mate scherp omschreven en harde toezeggingen omtrent een tegenprestatie van het Openbaar Ministerie zijn gedaan waaraan de betrokkene concrete verwachtingen kon ontlelen, wordt in stand gelaten, met die aanvulling dat de Hoge Raad meent dat de enkele omstandigheid dat eventuele toezeggingen niet schriftelijk zijn vastgelegd niet tot de conclusie kan leiden dat er geen sprake kan zijn van (door de rechter te toetsen) aan een getuige gedane toezeggingen.⁴³¹

Op grond daarvan moet worden aangenomen dat de formalistische benadering dat een toezegging slechts een toezegging is wanneer deze als zodanig in een schriftelijke overeenkomst met het Openbaar Ministerie wordt benoemd, niet juist is. Het zal telkens moeten gaan om afspraken die min of meer scherp omschreven c.q. helder en hard zijn en die bij één van de partijen concrete verwachtingen hebben gewekt omtrent de prestatie die van die partij werd verwacht en de tegenprestatie die daar aan de zijde van de wederpartij tegenover zou staan. Dit geldt zowel voor het gebruik van de term toezeggingen in de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen, als voor de invulling van datzelfde woord in de Instructie Getuigenbescherming, in welk verband ook wordt gesproken over toezeggingen die al dan niet aan de te beschermen persoon gedaan mogen worden.

429 Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

430 “Niet elke toezegging die bij de betrokkene een verwachting heeft opgewekt, dient als rechtens relevant te worden opgemerkt. Alleen toezeggingen waardoor gerechtvaardigde verwachtingen zijn opgewekt dienen te worden gehonoreerd (vgl. Corstens 2011, p. 61 e.v. inzake het vertrouwensbeginsel). Daarvan zal slechts sprake kunnen zijn indien, gelijk het Hof heeft overwogen, de gedane toezeggingen dusdanig helder en hard zijn dat bij degene aan wie die toezegging is gedaan concrete verwachtingen zijn gewekt.”

431 HR 2 april 2000, NJ 2002, 357.

Conclusie: verhouding tussen wet en Aanwijzing

Met name op het terrein van die toezeggingen is het gerechtvaardigd te stellen dat de gang van zaken bij de behandeling van het wetsvoorstel Toezeggingen aan getuigen zeer opmerkelijk is geweest. Rouvoet verweet zichzelf en zijn collega's dat zij er een rommel-tje van maakten, en terugkijkend kan niet anders dan worden geconstateerd dat hij zich daarmee nog mild uitdrukte. Nadat het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel bijna drie jaar lang had stilgelegen, komt een nieuwe Minister van Justitie met een voornemen dat de neergelegde systematiek doorbreekt en het hele aangelegde systeem wordt vervolgens in de context van een reparatiewetje waarmee een stemfout moest worden gecorrigeerd opnieuw ter discussie gesteld. De Tweede Kamer verzet zich in meerderheid tegen dat voornemen, hetgeen de Minister er niet van weerhoudt daar in de Eerste Kamer aan vast te houden. Gedurende de behandeling in de Eerste Kamer komt de Minister vervolgens met een fundamenteel andere lezing van de systematiek en betekenis van het wetsvoorstel, als gevolg waarvan deze een totaal andere kleur en strekking heeft gekregen dan het wetsvoorstel dat de Tweede Kamer voorstond, had aangenomen én had gehandhaafd. De Eerste Kamer wijst de Minister er op dat hij een andere lezing aan het wetsvoorstel geeft dan de Tweede Kamer had gedaan, wijst er op dat in zijn belevening het wetsvoorstel de Minister geen ruimte biedt voor die lezing, en wijst er op dat de door de Minister aangekondigde verruiming van de mogelijkheden die het Openbaar Ministerie heeft om toezeggingen te doen aan getuigen, mogelijk in strijd met de (aan te nemen) wet zal worden geacht, als gevolg waarvan de later oordelende rechter de van de kroongetuige verkregen verklaringen als onrechtmatig zou kunnen bestempelen. Ondanks dat de Minister geen afstand doet van zijn voornemen – maar wel toezegt in discussie met de Tweede Kamer te zullen blijven over zijn voornemen en de Aanwijzing die daar het gevolg van zal zijn – gaat de Eerste Kamer akkoord met het wetsvoorstel.

Daarmee wordt echter niet de interpretatie van de Minister tot wet verheven, maar het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel, inclusief de daarin vervatte wets-systematiek. Deze wetssystematiek was eindeloos bediscussieerd, waarbij de uitbreiding van de toezeggingen die naar het oordeel van de Minister toelaatbaar geacht zouden moeten worden keer op keer met naam en toenaam als ontoelaatbaar zijn aangemerkt. In eerste instantie is het wetsvoorstel daartoe bij amendement aangescherpt en in tweede instantie heeft de Tweede Kamer vastgehouden aan deze aanscherping.⁴³² De uiteindelijk aangenomen wettekst laat er, gezien in het licht van die aanscherping en hetgeen daar zowel in 2001 als in 2004 over is gezegd, geen misverstand over bestaan dat de Tweede Kamer in meerderheid van oordeel was dat van de zogenoemde grote toezeggingen uitsluitend de vermindering van de strafeis aan een getuige kon worden toegezegd

432 Zie paragraaf 5.2.2 voor een nadere onderbouwing van dit punt.

en dat de andere toezeggingen dus niet mochten worden gedaan.⁴³³ Het afzien van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel is expliciet benoemd als een toezegging die niet mocht worden gedaan, net als het intrekken van een uitleveringsverzoek of arrestatiebevel en het gunstbetoon door derden. De Aanwijzing van het College van Procureurs-generaal is waar het die toezeggingen toelaatbaar verklaart, in strijd met de wet. Het Openbaar Ministerie heeft zich middels deze aanwijzing dus ruimte toegeëigend die het op grond van de wet en de voor het College kenbare wetsgeschiedenis, niet toekwam.⁴³⁴

Ten aanzien van de rol van de rechter-commissaris en de omvang van diens toetsing is de gang van zaken minder eenduidig, met name omdat dit onderwerp na de aanvangsfase bij de Raad van State en de Memorie van Toelichting niet meer aan de orde is gesteld. Nu de wetgever daarmee niet is teruggekomen op de expliciete stelling van de Minister dat de rechter-commissaris in het kader van diens toets van de rechtmatigheid van de met de getuige gesloten overeenkomst kennis diende te nemen van de met die getuige gemaakte afspraken op het gebied van getuigenbescherming, en gezien de tekst en totstandkoming van art. 226j lid 3 Sv, meen ik te mogen concluderen dat de Aanwijzing, waar deze niet in die toetsing voorziet, eveneens in strijd is met de wet. De Aanwijzing dient in dit verband in samenhang te worden gezien met de Instructie Getuigenbescherming, omdat de Aanwijzing zich uitsluitend richt op de strafrechtelijke overeenkomst. Het opnemen van specifieke richtlijnen ten aanzien van de getuigenbeschermingsovereenkomst ligt in die context minder voor de hand. Bovendien zou onder hetgeen in punt 7 van de Aanwijzing is gesteld over de vordering van de toetsing van de rechtmatigheid van de afspraak die de officier van justitie bij de rechter-commissaris dient te doen, in theorie de toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst kunnen worden begrepen. De Aanwijzing sluit dit in ieder geval niet uit, dus gaat het om de inhoud van de Instructie.

433 Ik meen dan ook dat Crijns de wetshistorie niet juist interpreteert wanneer hij schrijft dat daaruit zou blijken “dat andere toezeggingen dan strafvermindering ook toelaatbaar zouden kunnen zijn, maar dat deze hun grondslag vinden in de bestaande bevoegdheden van het Openbaar Ministerie.” Hij lijkt zich (blijkens de voetnoot) daarbij te baseren op de in paragraaf 2.5 uitvoerig besproken brief van de Minister van Justitie aan de Eerste Kamer van 18 maart 2005. Zoals beschreven is de weergave die de minister in die brief van het wettelijk systeem geeft echter niet in overeenstemming met hoe de Tweede Kamer dat systeem bij de totstandkoming in 2000 en 2001 en bij de heropende discussie in 2004 zag, en met de invulling die aan het legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel dient te worden gegeven. Crijns 2012, p. 79.

434 Of de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen als recht in de zin van art. 79 RO kan worden aangemerkt doet voor deze vaststelling niet ter zake, maar ik meen dat dit wel het geval is. De Aanwijzing ziet immers op de door het Openbaar Ministerie in acht te nemen regels bij het aangaan van een overeenkomst met een burger. Die burger mag er met het oog op de beginselen van een behoorlijke procesorde op vertrouwen dat het Openbaar Ministerie zich aan die regels zal houden. Er is met andere woorden sprake van ‘door het College van Procureurs-Generaal vastgestelde en behoorlijk bekend gemaakte regels omtrent de uitoefening van het beleid van het openbaar ministerie (...) die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’ HR 7 juli 2009, NJ 2010, 130; zie paragraaf 4.1.1.

4.2.2 *De Instructie Getuigenbescherming.*

Procedure volgens de Instructie

Een instructie van het College van Procureurs-Generaal is bedoeld voor intern gebruik binnen het Openbaar Ministerie en de Instructie Getuigenbescherming (hierna: de Instructie) is dan ook niet openbaar gemaakt.⁴³⁵ Behalve het doel van de Instructie zou dit volgens het Openbaar Ministerie samenhangen met de vertrouwelijkheid van het fenomeen getuigenbescherming in het algemeen. Hoewel in de Instructie nauwelijks concrete informatie is opgenomen over getuigenbeschermingsmaatregelen, die als zodanig vertrouwelijk zouden kunnen worden aangemerkt dat het openbaar worden van die informatie risico's voor het getuigenbeschermingsprogramma of de daarbij betrokken personen zou kunnen opleveren, zal ik de inhoud van de Instructie desalniettemin met enige terughoudendheid bespreken en mij beperken tot een beschrijving van de procedure waarnaar in de nota van toelichting bij het Besluit Getuigenbescherming wordt verwezen.⁴³⁶ De daar genoemde specificering van de procedure biedt echter weinig nieuws. In de artikelen 3 tot en met 6 wordt het traject vanaf de eerste aanvraag van getuigenbescherming tot en met het besluit van het College nader beschreven. Deze behelst kort gezegd, dat de Hoofdofficier van justitie de met getuigenbescherming belaste officier van justitie bij het Landelijk Parket (LP) benadert met een verzoek om getuigenbescherming. Het Onderdeel getuigenbescherming van het KLPD stelt een dreigingsanalyse op en brengt advies uit aan de officier van justitie LP, die op zijn beurt het College adviseert. Op grond van de adviezen beslist het College en geeft indien nodig schriftelijk opdracht tot getuigenbescherming. De officier van justitie LP informeert de Hoofdofficier van justitie die de aanvraag heeft gedaan over de beslissing. Indien de opdracht tot getuigenbescherming is gegeven, schrijft artikel 7 voor dat de officier van justitie LP in overleg met het Team Getuigenbescherming (TGB) een conceptovereenkomst opstelt, waarin de te maken afspraken worden neergelegd. In die overeenkomst staan in ieder geval de bepalingen opgenomen met betrekking tot de verplichtingen van de te beschermen persoon en de Staat, alsmede de gevolgen van niet-nakoming. Deze conceptovereenkomst wordt aangeboden aan de te beschermen persoon, die deze dient te ondertekenen samen met de officier van justitie LP. Verder stipuleert de Instructie in lijn met het Besluit Getuigenbescherming dat getuigenbescherming voor bepaalde tijd geschiedt en worden vingerwijzingen gegeven betreffende de wijze van communiceren met het (zaaks-)OM en over de geldende vertrouwelijkheid. Een niet onbelangrijke afsluiting van de Instructie betreft de bepaling dat het College in bijzondere gevallen van de Instructie kan afwijken.

⁴³⁵ De Instructie Getuigenbescherming kan daarmee niet als recht in de zin van art. 79 RO worden aangemerkt. Zie de vorige voetnoot.

⁴³⁶ Ook van deze Instructie bestaan twee varianten. De eerste dateert van 1 april 2006, en is opgevolgd door de Instructie van 1 november 2010. De beide Instructies zijn in grote lijnen gelijklopend; de Instructie getuigenbescherming 2010 betreft hoofdzakelijk een nadere specificering van de Instructie 2006. Daarnaast voorziet de instructie 2010 in een betere afstemming met het Stelsel bewaken en beveiligen waar het de eventuele overgang van een getuige naar dat stelsel betreft.

Beschermingsafspraken: de eerste barsten in de systematiek

Over de inhoud van de met de te beschermen persoon te sluiten overeenkomst en met name over de afspraken die al dan niet met hem mogen worden gemaakt, laat de Instructie zich niet uit. Hoogstens kan worden opgemerkt, dat het hierboven genoemde artikel 7 slechts voorziet in het opnemen van *verplichtingen* van de te beschermen persoon en van de Staat en dat over *rechten* die de te beschermen persoon zou kunnen hebben of voorwaarden die deze zou kunnen stellen, niet wordt gerept. Dat laat onverlet, dat de Instructie het College in grote mate de vrije hand laat om de aard en omvang van de te nemen beschermingsmaatregelen te bepalen. Dat is binnen de voorgeschreven procedure waarbij aard en omvang van die maatregelen uitsluitend op grond van de analyse van het onderdeel getuigenbescherming tot stand komt niet zo problematisch, aangezien dan uitsluitend die maatregelen genomen worden die met het oog op het daadwerkelijk nastreven van de veiligheid van de te beschermen persoon noodzakelijk zijn. Op het moment dat er ruimte wordt gelaten voor onderhandeling betekent dit echter dat zeker in het licht van de hiervoor benoemde omgekeerde volgorde van onderhandelingen, waarbij de getuigenbeschermingsovereenkomst voorafgaat aan de verklaringsovereenkomst, de vanuit de praktijk geuite vrees dat een kroongetuige eisen zal stellen ten aanzien van de wijze waarop hij zal worden beveiligd al snel bewaarheid wordt. In ieder geval wordt daar ruimte toe geboden. Op dat moment verplaatst het onderhandelingsproces zich dus van de mogelijkheden die art. 226g Sv en de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen (niet) biedt naar de getuigenbeschermingsovereenkomst en naar de ruimte die de Instructie (wel) aan partijen laat. Het zal duidelijk zijn dat de eerder genoemde open structuur van het Besluit Getuigenbescherming, in combinatie met de even zo open structuur van deze Instructie Getuigenbescherming, de deur openzet naar toezeggingen aan een getuige die in strafrechtelijke overeenkomst niet, maar in de getuigenbeschermingsovereenkomst mogelijk wel kunnen worden gedaan. De Instructie zegt daarover weliswaar in lijn met de gedragsinstructie van de Commissie Craemer dat de (hoofd)officier van justitie geen toezeggingen in de sfeer van getuigenbescherming aan de getuige mag doen omdat het College van Procureurs-Generaal daar uiteindelijk over beslist, maar het feit dat specifieke maatregelen niet kunnen worden toegezegd wil natuurlijk niet zeggen dat daarover niet kan worden gesproken of worden onderhandeld, en dat de officier van justitie LP in diens advisering aan het College van Procureurs-Generaal geen rekening kan houden met de wensen of eisen van de kroongetuige op dit gebied. Bovendien zal de getuige eerst duidelijkheid van het College eisen over de getuigenbeschermingsafspraken en pas daarna over de verklaringsovereenkomst willen spreken. Het is dan onvermijdelijk dat er wel al toezeggingen in de sfeer van getuigenbescherming gedaan moeten worden.

Verhouding tot het Stelsel bewaken en beveiligen

De afwezigheid van enige inkadering van de afspraken die in het kader van de getuigenbescherming met een kroongetuige kunnen worden gemaakt, valt met name op wanneer de getuigenbescherming opnieuw wordt gezien in het licht van het overkoepelend thema persoonsbeveiliging en de wijze waarop met de kwestie van inspraak van de te beveiligen persoon wordt omgegaan in het Stelsel bewaken en beveiligen. Zoals aan het eind van paragraaf 3.1.3 geschetst, wordt daar immers tot uitgangspunt genomen dat

de Staat zelf beslist op welke wijze tot beveiliging van een persoon wordt overgegaan en welke maatregelen daartoe noodzakelijk en geëigend zijn. Het standpunt van de Minister van 10 oktober 2005 dat door beveiligingsexperts wordt beoordeeld welke beveiligingsmaatregelen noodzakelijk zijn en dat dit nadrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling is, komt prominent terug in de Circulaire bewaking en beveiliging 2008. Onder het kopje ‘Grenzen aan inspraak bedreigde personen’ komen de mededelingen die de Minister in de context van de beveiliging van Hirshi Ali op 25 maart 2005 deed en het citaat van 10 oktober 2005 letterlijk terug.⁴³⁷ In de Circulaire 2004 werd over dit punt nog niet gerept, maar het heeft er de schijn van dat daarin nog slechts een weergave werd gegeven van het procedureel functioneren van het Stelsel bewaken en beveiligen zoals dit door de regering in de nota van 20 juni 2003 was neergelegd. In de Circulaire 2004 wordt over de uitvoering van beschermingsmaatregelen nauwelijks gesproken en de rol van de te beschermen persoon blijft zelfs geheel onbelicht. Desalniettemin kan worden aangenomen dat de praktijk van beveiligen en bewaken al ruim vóór 2008 tot uitgangspunt had genomen dat de te beveiligen persoon geen inspraak had bij de beslissing welke beschermingsmaatregelen zouden worden getroffen. Dit niet alleen nu de Minister daarover als gezien reeds in maart en oktober 2005 heeft gesproken (en zoals het gaat met ministers zal deze de betreffende mededelingen niet helemaal zelf hebben bedacht doch daarin zijn geadviseerd door de ter zake verantwoordelijke ambtenaren) maar ook nu in de Aanwijzing beveiliging van personen van het College van Procureurs-Generaal van 10 mei 2005 eveneens een passage staat opgenomen, die omtrent de rechten die een te beschermen persoon kan doen gelden waar het de wijze van beveiliging betreft geen enkele twijfel laat bestaan: “De bedreigde persoon volgt de aanwijzingen van de hoofdofficier van justitie op en onthoudt zich van elke inhoudelijke bemoeienis met betrekking tot zijn beveiliging. Dat geldt ook voor eventuele beslissingen over opschaling of afschaling en voor de beslissing tot beëindiging van de beveiliging. De hoofdofficier houdt de bedreigde persoon en/of diens contactpersoon op de hoogte van de voor hen relevante informatie.”⁴³⁸ In de Aanwijzing beveiliging van personen, objecten en diensten van 13 oktober 2008 wordt dit uitgangspunt zelf nog verder aangescherpt en wordt gesteld dat de bedreigde persoon geacht wordt volledig mee te werken, zo veel mogelijk openheid van zaken dient te geven over de informatie die relevant kan zijn voor de beveiligingsmaatregelen, en zich dient te onthouden van elke inhoudelijke bemoeienis met betrekking tot de beveiliging.⁴³⁹

437 “De essentie van persoons- en objectbeveiliging is dat er bepaalde beveiligingsmaatregelen moeten worden genomen omdat sprake is van dreiging en risico. Uitgangspunt daarbij is dat een beveiligd persoon – binnen de beperkingen van de beveiliging – zijn privé- en maatschappelijke activiteiten moet kunnen voortzetten en een zo normaal mogelijk leven moet kunnen leiden. Beveiligingsdeskundigen beoordelen welke beveiligingsmaatregelen noodzakelijk zijn, dit is uitdrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling. Indien mogelijk wordt de keuze van het beveiligingspakket van te voren besproken met de bedreigde persoon. Vanzelfsprekend zijn de persoonlijke wensen en veiligheidseisen niet altijd verenigbaar. Bij een hoog dreigingsniveau is een beperking van de privacy niet altijd te voorkomen.”

438 Aanwijzing beveiliging van personen (2005A010), Stcrt. 8 juni 2005, nr. 108, p. 3.

439 Aanwijzing beveiliging van personen, objecten en diensten van 13 oktober 2008, Stcrt. 28 oktober 2008, nr. 333, p. 4.

De aanwijzingen van het College van Procureurs-Generaal zien uitsluitend op de beveiliging van personen in het decentrale domein en niet op de wijze van beveiliging binnen het rijksoord. Dat kan ook niet anders omdat het College van Procureurs-Generaal slechts gaat over de eigen organisatie en dus slechts richtlijnen kan opstellen die zien op de wijze waarop het Openbaar Ministerie dient te handelen. De handelwijze van de rijksoverheid en de daaraan gelieerde diensten als de DKDB, valt daar nadrukkelijk niet onder. Hoewel minder strikt geformuleerd, is een soortgelijk uitgangspunt als in de aanwijzingen echter ook in de Circulaire 2008 opgenomen. Los daarvan is getuigenbescherming nu juist uitgesloten van de normale werking van het Stelsel bewaken en beveiligen en valt deze niet binnen het rijksoord maar (uitsluitend) onder verantwoordelijkheid van het College van Procureurs-Generaal. Nog afgezien van de meer fundamentele vraag waarom getuigenbescherming in deze uitzonderingspositie is gemanoeuvreed, is niet duidelijk waarom het uitgangspunt dat de te beveiligen persoon zich dient te onthouden van inhoudelijke bemoeienis zoals dit in de beide aanwijzingen over het beveiligen van personen is neergelegd, niet ook is opgenomen in het Besluit Getuigenbescherming of in de Instructie Getuigenbescherming. Weliswaar is op het niveau van de wetgever overwogen dat het Besluit niet in de weg mag staan aan het kunnen leveren van maatwerk waar het het bepalen van de benodigde beschermingsmaatregelen betreft, maar dat geldt naar moet worden aangenomen voor het beschermen van andere personen dan getuigen evenzeer. Verder voorziet de nota van toelichting bij het Besluit nadrukkelijk in een in de Instructie Getuigenbescherming vast te stellen “verdere precisering van de procedures die bij de uitvoering van getuigenbescherming moeten worden gevolgd”, maar die precisering blijft op dit punt juist uit. Daarmee creëert de Instructie een uitzonderingspositie voor getuigen ten opzichte van alle andere bedreigde personen, waar het de (mogelijke) inspraak in de wijze van beveiliging betreft.

De vraag is waarom dat zo is. Waarom zou het College niet ook in diens Instructie opnemen dat beveiligingsmaatregelen uitdrukkelijk geen onderwerp van onderhandeling zijn of dat de te beveiligen getuige zich dient te onthouden van elke inhoudelijke bemoeienis met betrekking tot zijn beveiliging, zoals dat voor alle andere wijzen van persoonsbeveiliging geldt? Het gegeven dat getuigen hun medewerking verlenen aan strafzaken en daarmee een belangrijke bijdrage leveren aan de strafrechtspleging kan het verschil niet geheel verklaren: immers waarom zouden politici, rechters, officieren, advocaten, journalisten enzovoorts zo’n achtergestelde positie ten opzichte van getuigen moeten innemen? Hun werkzaamheden zijn toch ook maatschappelijk relevant om niet te zeggen van groot belang voor een goed functionerende rechtsstaat, en wanneer zij als gevolg van die werkzaamheden ernstig bedreigd worden hoeft de Staat toch niet minder zijn best te doen of minder rekening met hen te houden dan wanneer een verdachte of veroordeelde bij het nastreven van zijn eigen belangen besluit een deal met het Openbaar Ministerie te sluiten en te gaan getuigen tegen zijn voormalige criminele contacten? Waarom dan toch dat verschil tussen de Circulaire en de daarbij horende Aanwijzingen enerzijds en de Instructie anderzijds, tussen het Stelsel bewaken en beveiligen en getuigenbescherming?

Reikwijdte van de zorgplicht: verdergaand bij getuigenbescherming?

In hun bijdrage in het Nederlands Juristenblad met de veelzeggende titel ‘Het onontgonnen terrein van getuigenbescherming’ betogen Bleichrodt en Korten ook dat het Besluit Getuigenbescherming nauwelijks aanknopingspunten biedt voor het bepalen van de concrete inhoud van beschermingsmaatregelen. Zij constateren dat de invulling van de zorgplicht voor de getuigen daarmee goeddeels aan de praktijk is overgelaten.⁴⁴⁰ Het bevreemdt hen in dat licht niet dat “het vaststellen van de grenzen aan die zorgplicht van de Staat in de praktijk vaak onderwerp van discussie is tussen de te beschermen persoon en degenen die hem moeten beschermen, in het bijzonder daar waar de discussie ziet op financiële voorzieningen.” Anders dan destijds de Commissie Craemer, die van oordeel was dat een kroongetuige diens behoefte aan beveiliging voor een deel te danken had aan zijn eigen criminele gedrag,⁴⁴¹ menen Bleichrodt en Korten dat de bijzondere zorgplicht van de Staat voor een getuige die in gevaar is gekomen als gevolg van het verlenen van medewerking aan de opsporing en vervolging van strafbare feiten, de verantwoordelijkheid van de Staat voor andere burgers ‘in ruime mate’ te boven gaat. Zij baseren zich daarbij blijkens de voetnoot op een tweetal uitspraken van de Haagse rechter, één van het Hof Den Haag van 24 maart 2009 en één van de Rechtbank Den Haag van 1 februari 2012.⁴⁴²

Uit deze uitspraken kan de veronderstelling dat bij getuigen in strafzaken sprake zou moeten zijn van ‘aanzienlijk hogere eisen’ die aan getuigenbescherming zouden moeten worden gesteld, naar mijn oordeel echter niet zonder meer volgen. Zo gaat de passage van het Hof Den Haag waarnaar wordt verwezen niet over een getuige, maar over een (burger)infiltrant die binnen de context van de IRT-affaire door toedoen van de Staat steeds dieper verzeild was geraakt in het criminele milieu.⁴⁴³ Kort gezegd had justitie, nadat de burger op diens instigatie steeds verder betrokken was geraakt bij steeds zwaardere strafbare feiten, zijn handen van hem afgetrokken toen zijn dubbelrol in het milieu bekend raakte en hij ernstig voor zijn leven had te vrezen. Dat het Hof onder die omstandigheden stelt dat een aanzienlijke zorgplicht bij de Staat was komen te liggen, is weinig verbazingwekkend, maar dat er dáármee aanzienlijk hogere eisen aan getuigenbescherming zouden moeten worden gesteld dan aan de bescherming van ‘gewone’ burgers kan uit dit arrest niet worden afgeleid. Behalve de zeer uitzonderlijke omstandigheden van het geval, dat een prominent onderdeel van de IRT-affaire opleverde en dat uitvoerig

440 Bleichrodt en Korten 2012, p. 1567. De auteurs waren ten tijde van het verschijnen van dit artikel respectievelijk lid van de CTC en senior medewerker van het Parket-Generaal van het Openbaar Ministerie, en mogen daarmee geacht worden een bovengemiddelde kennis te hebben van de gang van zaken bij getuigenbescherming.

441 Zie paragraaf 3.2.1.

442 Respectievelijk LJN BH6193 en LJN BV3453.

443 16. “Het hof stelt voorop dat [appellant], van wie niet is gesteld of gebleken dat hij tevoren criminele antecedenten had, op verzoek en door toedoen van de Staat diep (en steeds dieper) verzeild is geraakt in het criminele milieu. Daardoor rust op de Staat na afloop van de inzet van [appellant] in dat milieu een zorgplicht jegens hem die de verantwoordelijkheid van de Staat voor andere burgers in ruime mate te boven gaat.”

door de Commissie Van Traa is onderzocht, zijn kroongetuigen en (burger)infiltranten niet zonder meer als gelijkwaardig te beschouwen, al is het maar nu de eerste al in het criminele milieu verkeert en op grond van zijn ervaringen in het verleden verklaringen aflegt, terwijl de laatste juist op verzoek van justitie binnendringt in dat milieu om actief informatie te gaan verzamelen. Waarom de redenering van het Hof ook voor (alle) getuigen en in het bijzonder de kroongetuige zou moeten gelden, is dan ook niet duidelijk.

Het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 1 februari 2012 biedt evenmin voldoende grond voor die algemene stelling van Bleichrodt en Korten. In deze zaak ging het over de vraag of de Staat gehouden was meer beveiliging te bieden aan de (later vermoorde) Thomas van der Bijl, nadat deze te kennen had gegeven te willen verklaren tegen Holleeder maar zich ernstig zorgen maakte over zijn veiligheid. De rechtbank stelt onder meer vast dat Van der Bijl zelf getuigenbeschermingsmaatregelen had geweigerd, maar onderschrijft dat sprake zal zijn van een verdergaande zorgplicht voor de Staat wanneer de dreiging die een getuige ondervindt, samenhangt met de omstandigheid dat in het criminele milieu wordt vermoed of zelfs bekend is dat hij samenwerkt met justitie.⁴⁴⁴ Ook voor deze uitspraak geldt dat daaruit geen generieke verhoogde of verdergaande zorgplicht van de Staat voor alle getuigen kan worden afgeleid, en in het bijzonder volgt niet dat die verdergaande zorgplicht zonder meer van toepassing is of dient te zijn op de kroongetuige. Natuurlijk leidt de medewerking aan de opsporing en vervolging van (ernstige) strafbare feiten ertoe dat de kroongetuige risico's zal lopen en natuurlijk mag op grond daarvan van de Staat worden verwacht dat deze zich inspent om die risico's zo veel als redelijkerwijs mogelijk te keren, zeker wanneer diezelfde Staat te kennen geeft de rol die de kroongetuige vervult belangrijk en noodzakelijk te achten. Dat laat echter onverlet dat er bij de kroongetuige anders dan bij reguliere getuigen een direct verband bestaat tussen diens eerdere criminele gedrag en het feit dat hij bescherming behoeft. Dat verband mag er niet toe leiden dat hij die bescherming niet zou kunnen krijgen en de Staat, die hem naar eigen zeggen nodig heeft voor het oplossen van strafbare feiten, hem aan zijn lot mag overlaten, maar voor een verdergaande zorgplicht dan bij andere bedreigde personen, laat staan het verlenen van inspraak in de wijze waarop die bescherming plaats heeft, is op het eerste gezicht ook geen aanleiding. Een verdergaande zorgplicht om in iemands veiligheid te voorzien impliceert niet de plicht een ruimer of meer comfortabel pakket aan beveiligingsmaatregelen aan te bieden of toe te passen.

444 "4.9. De rechtbank stelt in dit kader voorop dat op de Staat in beginsel een zorgplicht rust ten opzichte van een (anonieme bedreigde) getuige indien de Staat beschikt over concrete en specifieke aanwijzingen dat deze getuige moet vrezen voor zijn leven vanwege dreiging vanuit enig crimineel circuit. Voor beantwoording van de vraag of genoemde zorgplicht bestaat, is dan ook van doorslaggevend belang of de dreiging voldoende concreet en specifiek is. Indien de dreiging (in overwegende mate) samenhangt met de omstandigheid dat binnen genoemd crimineel circuit bekend is geraakt of sterke vermoedens zijn ontstaan dat de getuige samenwerkt met politie of justitie, zal eerder een zorgplicht op de Staat rusten die bovendien verdergaand zal zijn dan bij een dreiging die geen verband houdt met de contacten van de getuige met justitie en politie."

De rol die een kroongetuige in een strafproces vervult kan mede gezien de totstandkoming van die rol, dus geen rechtvaardiging bieden om die kroongetuige ten opzichte van andere te beveiligen personen een voordeliger positie toe te kennen waar het de inspraak in de wijze van beveiliging betreft. Dat geldt eens te meer, wanneer die inspraak financiële aspecten kent, hetgeen bijna per definitie het geval is. Beschermingsmaatregelen kosten immers geld: een woning dient te worden beveiligd, een auto dient gepantserd te zijn, mogelijk dienen in de bredere omgeving van de kroongetuige maatregelen te worden getroffen, om over het huisvesten in een ander land en het mogelijk maken van een nieuw leven nog maar te zwijgen. Dat dergelijke maatregelen indien noodzakelijk moeten kunnen worden genomen staat buiten kijf, maar op het moment dat de kroongetuige de ruimte wordt gelaten hierover in de context van zijn getuigenbeschermingsovereenkomst te onderhandelen met het Openbaar Ministerie, wordt de deur naar een verkapte financiële vergoeding open gezet. Dit terwijl zowel het geven van een financiële beloning als het doen van toezeggingen omtrent specifieke beschermingsmaatregelen door de wetgever in de context van de strafrechtelijke overeenkomst juist onwenselijk werd geacht, en in de Aanwijzing Toezeggingen nog altijd als ontoelaatbaar is aangemerkt.

Getuigenbescherming in internationale context

Dat Nederland dient te voorzien in adequate bescherming van getuigen die bedreigd worden in hun veiligheid staat dus niet ter discussie. Daar heeft Nederland zich in internationaal verband ook toe verplicht. Zo heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 20 april 2005 een aanbeveling vastgesteld betreffende de bescherming van getuigen en met justitie samenwerkende personen.⁴⁴⁵ In de aanhef wordt benadrukt dat er een plicht bestaat voor de lidstaten om getuigen te beschermen indien daartoe aanleiding bestaat, en dat het onacceptabel is wanneer het rechtssysteem verdachten niet zou kunnen berechten aangezien getuigen ontmoedigd worden om vrijelijk en naar waarheid te verklaren. De lidstaten worden opgeroepen om zowel op het gebied van wetgeving als in praktische zin maatregelen te treffen opdat getuigen veilig kunnen verklaren, opdat zij indien nodig anoniem kunnen blijven en opdat indien van toepassing getuigenbeschermingsprogramma's worden opgezet met als belangrijkste doel het veiligstellen van het leven en de persoonlijke veiligheid van de getuigen en de personen om hen heen.⁴⁴⁶ Opvallend is verder dat in de aanbeveling gesteld wordt dat indien personen die samenwerken met justitie opzettelijk misdrijven plegen terwijl zij onder bescherming van de Staat staan, zij die bescherming verliezen.

445 'Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice (Committee of Ministers 2005).

446 "Where appropriate, witness protection programmes should be set up and made available to witnesses and collaborators of justice who need protection. The main objective of these programmes should be to safeguard the life and personal security of witnesses/collaborators of justice, and people close to them, aiming in particular at providing the appropriate physical, psychological, social and financial protection and support." Committee of Ministers 2005, pt. 22.

Het is juist de problematiek van onder bescherming gestelde personen die zich niet aan de regels houden die ten grondslag ligt aan een recent arrest van het EHRM in een zaak tegen Hongarije.⁴⁴⁷ De zaak was aangespannen door de Servische staatsburger R.R. en zijn Hongaarse vrouw en drie minderjarige kinderen. R.R. had in 2007 in ruil voor bescherming een boekje open gedaan over de strafbare feiten die hij had gepleegd met een Servische criminele organisatie, waarna zijn gezin werd ondergebracht in een getuigenbeschermingsprogramma. Dit hield in, dat zij onder een nieuwe identiteit in een andere stad werden geplaatst en dat de Staat in hun inkomen voorzag door een maandelijks toelage en betaling van de huur, vaste lasten, gezondheidszorg en scholingskosten. In de tussentijd bevond R.R. zich in een penitentiaire inrichting, waar hij een straf van uiteindelijk negen jaar uitzat voor de (ook) door hem gepleegde strafbare feiten.

De problemen ontstaan, wanneer in februari 2012 een laptop met internettoegang in zijn cel wordt ontdekt waaruit blijkt dat hij contact had onderhouden met 'criminele kringen'. Daarnaast was de samenwerking naar het oordeel van de Hongaarse dienst getuigenbescherming al langere tijd bijzonder moeilijk geworden aangezien R.R. over diverse zaken zou hebben geklaagd en voordelen zou hebben geëist waar zijn getuigenbeschermingsovereenkomst niet in voorzag. Als gevolg van één en ander wordt de hele familie in april 2012 uit het getuigenbeschermingsprogramma gezet. Het gezin van R.R. wordt na een overgangsperiode van een maand gedwongen diens oude identiteit op te nemen, als gevolg waarvan bekend raakt dat zij gedurende meerdere jaren in een getuigenbeschermingsprogramma hebben gezeten. De enige 'beveiliging' die hen nog wordt geboden is een telefoonnummer dat zij in noodgevallen zouden kunnen bellen en een sporadisch bezoek van politieagenten die hen slechts vragen of er problemen zijn. R.R. zelf wordt 'voor zijn eigen veiligheid' in isolatie in een extra beveiligde afdeling van de gevangenis geplaatst, waar hij een cel van zes vierkante meter krijgt toebedeeld.

In diens beoordeling van de klachten verwijst het Europese Hof naar de hierboven genoemde aanbevelingen van de Raad van Europa, en naar het belang van getuigenbescherming zoals deze in eerdere jurisprudentie doorklinkt.⁴⁴⁸ Verder wijst het Hof op het gegeven dat artikel 2 EVRM onder omstandigheden een positieve verplichting oplevert om preventieve maatregelen te nemen om individuen wiens leven gevaar loopt te beschermen. Naar het oordeel van het Hof werd het gezin van R.R. door hen te dwingen om onder hun oude identiteit hun leven te hervatten, blootgesteld aan potentiële levensbedreigende vergelding uit criminele kringen, en was er diensgevolge sprake van een schending van artikel 2 EVRM ten aanzien van vrouw en kinderen van R.R. Het beroep op schending van artikelen 3, 5 en 6 EVRM van R.R. zelf wordt door het Hof ongegrond verklaard.

447 EHRM R.R. en anderen tegen Hongarije, 4 december 2012, zaaknummer 19400/11.

448 Het Hof verwijst naar de eigen zaken EHRM Ahorugese tegen Zweden van 27 oktober 2011 (zaaknummer 37075/09) en Doorson tegen Nederland van 26 maart 1996 (NJ 1996, 741).

Het arrest van het EHRM levert een stevige onderstreping van het gegeven dat lidstaten verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de veiligheid van hun burgers, en dat dit in het bijzonder geldt wanneer die burgers een rol als getuige vervullen of anderszins een bijdrage leveren aan de (straf)rechtspleging. Daarmee is echter niet gezegd hóe die bescherming dient plaats te hebben of in hoeverre de te beschermen persoon daar inspraak in moet krijgen. Daarmee zijn we dus terug bij de wijze van bescherming en de financiële aspecten van getuigenbescherming. Ook in internationale context geldt wat dat laatste betreft het uitgangspunt dat de getuige geen financieel voordeel mag onderkennen van het feit dat deze een rol als getuige vervult, met name wanneer het een criminele getuige betreft. Uit het in 2008 ontwikkelde Handboek getuigenbescherming van de Verenigde Naties blijkt dat in de meeste landen die in het rapport worden besproken, financiële ondersteuning slechts voor korte tijd mag plaatshebben (gesproken wordt over een periode van maximaal één tot twee jaar.) Daarna vallen getuigen in het algemeen binnen de toepasselijke sociale zekerheidswetten.⁴⁴⁹ Verder wordt benadrukt, dat getuigenbescherming niet mag resulteren in een verhoging van de levensstandaard en niet de levensstandaard die met een criminele levenswijze samenhangt als uitgangspunt mag nemen. Dit om te voorkomen dat betalingen aan beschermde getuigen om in hun levensonderhoud te voorzien zo geconstrueerd worden dat dit de facto beloningen voor het vervullen van de rol als getuige worden.⁴⁵⁰ Om diezelfde reden wordt gewaarschuwd voor de variant dat een getuige een geldbedrag ter beschikking wordt gesteld waarmee deze naar eigen inzicht zijn beveiliging kan inrichten. Naar het oordeel van het handboek zal daartoe slechts overgegaan dienen te worden in zaken waarin de dreiging laag is en de getuige gezien de omvang of de mate van populatie van een land relatief gemakkelijk in een nieuwe omgeving kan functioneren zonder dat dit ongewenste aandacht trekt. Het probleem aan deze wijze van ‘bescherming’ is dat er geen enkele controle meer is over de keuze van een nieuwe locatie en de risico’s die de getuige voor zijn nieuwe omgeving oplevert onvoldoende in kaart kunnen worden gebracht of in de gaten kunnen worden gehouden.⁴⁵¹ Bleichrodt en Korten beschouwen deze laatste modaliteit van beveiliging slechts mogelijk wanneer de getuige om wat voor reden dan ook niet kan worden opgenomen in een programma en de dreiging laag is.⁴⁵²

Afwezige normering en de spagaat van het Openbaar Ministerie

Het handboek van de Verenigde Naties zal bekend zijn bij het College van Procureurs-Generaal en bij de met getuigenbescherming belaste functionarissen. Hetzelfde zal

449 United Nations Office on Drugs and Crime Vienna 2008, p. 56. Eenzelfde standpunt werd in het vierde hoofdstuk van het Rapport van de werkgroep Craemer I ingenomen.

450 “The harshest criticism made of witness protection programmes is that subsistence payments to protected witnesses can be construed as a reward for assisting the investigation and giving evidence. To address that issue, programmes operate on the principle that the main aim of granting admission to a witness protection programme is to save a witness’s life, not to substantially enhance his or her living standard. Furthermore, the financial benefits granted by a witness protection programme are not meant to maintain a criminal’s standard of living if his or her lifestyle was financed by illegal activities.” Idem, p. 69.

451 Idem, p. 41.

452 Bleichrodt en Korten 2012, p. 1568.

gelden voor de aanbevelingen die zijn opgenomen in het rapport van de werkgroep Craemer van 1995. Dat maakt de vraag waarom het College in diens Instructie desalniettemin geen beperkingen aanbrengt in de inspraak van getuigen in beschermingsmaatregelen des te interessanter. Het College moet zich gerealiseerd hebben dat met het open laten van dit bij de totstandkoming van de Wet toezeggingen aan getuigen zo veel-besproken thema, kroongetuigen die ruimte in de praktijk zouden willen benutten om voorwaarden die zij binnen de strafrechtelijke overeenkomst niet konden bedingen, op te eisen in de context van de getuigenbeschermingsovereenkomst. Sterker nog: dit werd in het advies van de werkgroep Plooi uit 2004 waar het College zich grotendeels bij had aangesloten met zoveel woorden onderkend. Een verklaring om in weerwil van de diverse waarschuwingen uit de wetenschap en de praktijk toch van het neerleggen van enige kaders af te zien zou gelegen kunnen zijn in de wens zich niet te hoeven beperken bij het maken van afspraken omtrent de aard en invulling van de getuigenbeschermingsmaatregelen, in het bijzonder bij een kroongetuige. Of dit voortkomt uit de hierboven besproken veronderstelling dat de zorgplicht van de Staat bij getuigenbescherming verder zou (moeten) gaan dan bij andere personen,⁴⁵³ of uit het inzicht dat dit de door verschillende OM-functionarissen noodzakelijk geachte ruimte zou bieden die de strafrechtelijke overeenkomst niet bood en dus bewust van het aanleggen van kaders is afgezien, is niet eens zo relevant. Het College had zich moeten realiseren dat het strafvorderlijke kader van de kroongetuige geen ruimte biedt voor de wens om met kroongetuigen te kunnen onderhandelen over getuigenbeschermingsmaatregelen, en had die mogelijkheid dus moeten uitsluiten.

Door enerzijds een strikte strafvorderlijke regeling inclusief de daarbij behorende rigide strafrechtelijke overeenkomst te hanteren, en anderzijds een civiele overeenkomst te introduceren die op het gebied van de wensen van een kroongetuige en de toezeggingen die daaromtrent zouden kunnen worden gedaan ruimte biedt die er in de strafrechtelijke overeenkomst niet is, zijn twee rechtsbetrekkingen gecreëerd die direct met elkaar samenhangen, in elkaars verlengde liggen, maar tegengestelde uitgangspunten hanteren. Dat creëert een hellend vlak aan beide kanten van de onderhandelingen: niet alleen de kroongetuige zal in de context van zijn getuigenbeschermingsovereenkomst willen bereiken wat hij binnen de strafrechtelijke overeenkomst niet kan krijgen, maar ook voor het Openbaar Ministerie leidt de systematiek tot prikkels om creatief om te gaan met mogelijkheden om de kroongetuige tegemoet te komen, al is het maar omdat de onder- en bovengrenzen van de onderhandelingen niet zijn vastgelegd en daarmee *open for negotiation* zijn.

Het is bovendien vrijwel onmogelijk voor het Openbaar Ministerie een strikt onderscheid tussen de beide rechtsbetrekkingen te (blijven) handhaven, al is te maar nu de uiteindelijke beslissing omtrent beide overeenkomsten bij hetzelfde orgaan ligt, te weten het College van Procureurs-Generaal. Door vervolging en getuigenbescherming

453 Voor alle duidelijkheid: de jurisprudentie waar Bleichrodt en Korten zich op baseren dateert van respectievelijk drie en zes jaar na de Instructie.

in handen te leggen van één en dezelfde organisatie, ontstaat zoals door de commissie Craemer werd voorzien (en benoemd) een potentieel belangenconflict.⁴⁵⁴ Het risico daarop wordt door de procedurele totstandkoming van de beide overeenkomsten verder vergroot: anders dan bij de strafrechtelijke overeenkomst ex art. 226g Sv, waar de CTC een enigszins onafhankelijke adviserende rol heeft, wordt deze rol bij getuigenbescherming niet vervuld. In de verschillende parlementaire stukken wordt dit verklaard vanuit het feit dat de CTC met name een rol zou vervullen bij de toetsing van bijzondere opsporingsbevoegdheden,⁴⁵⁵ maar het is vreemd dat de CTC wél geacht wordt kennis te nemen van de strafrechtelijke overeenkomst van de getuige maar niet in kennis wordt gesteld van de afspraken die met diezelfde getuige zijn gemaakt op het gebied van getuigenbescherming. Daarmee bevindt de CTC zich in dezelfde positie als de rechter-commissaris, die eveneens onvolledig wordt voorgelicht over het gehele pakket aan met de kroongetuige gemaakte afspraken. De enige instantie die een volledig beeld van dat pakket heeft, is het College van Procureurs-Generaal, oftewel het Openbaar Ministerie, dat dus geacht wordt zichzelf te normeren én te controleren bij de totstandkoming van de beide overeenkomsten. Van een systeem van ‘*checks and balances*’, laat staan van een onafhankelijke toetsing van dit precaire en veel bekritiseerde opsporingsmiddel, is dus geen sprake.⁴⁵⁶ En daar blijft het niet bij.

Immers, doordat de beide overeenkomsten als los van elkaar staand worden aangemerkt en geacht worden verschillende rechtsbetrekkingen op te leveren, is van een onafhankelijke rechterlijke normering of toetsing van het (volledige) pakket aan afspraken niet alleen vooraf maar ook achteraf geen sprake. Dat wrekt zich zowel in het civielrechtelijke domein als op het strafrechtelijke vlak. De strafrechter die heeft te oordelen over de vervolging van de kroongetuige en de door hem beschuldigde verdachten, kan geen kennis nemen van de getuigenbeschermingsovereenkomst, welke geacht wordt een civielrechtelijk stuk te zijn dat los staat van de strafzaak. Mogelijke met de kroongetuige gemaakte afspraken die een wezenlijke rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de

454 Zie in dat verband ook de hierboven besproken aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa waarin staat te lezen dat “staff dealing with the implementation of protection measures should be afforded operational autonomy and should not be involved either in the investigation or in the preparation of the case where the witness/collaborator of justice is to give evidence. Therefore, an organisational separation between these functions should be provided for.” Wel dient er te worden voorzien in samenwerking en contact, aldus de Aanbeveling. Committee of Ministers 2005, pt. 28.

455 Zie bijvoorbeeld Donner op 19 februari 2004 in antwoord op vragen van Wolfsen en Van Heemst, Aanhangel Handelingen II 2003-2004, nr. 917.

456 De figuur van de kroongetuige wordt zowel een opsporingsmiddel als een bewijsmiddel genoemd. Voor beide benaderingen valt wat te zeggen: de verklaringen van de kroongetuige spelen in het algemeen een cruciale rol in de opsporing en de wijze waarop het verkrijgen van deze verklaringen aan diverse vereisten en aan beginselen als proportionaliteit en subsidiariteit is onderworpen, doet denken aan de bijzondere opsporingsmethoden. Anderzijds is duidelijk dat die verklaringen uiteindelijk natuurlijk (mogelijk cruciale) bewijsmiddelen opleveren. Het onderscheid is met name van belang is de context van (de gevolgen van) vormverzuimen en zal bij de bespreking in paragraaf 5.1 nog kort aan de orde komen. Voor het overige is het maken van onderscheid een wat academische aangelegenheid (maar dat is dit proefschrift in eerste instantie natuurlijk ook).

bereidheid om een rol als kroongetuige te vervullen, onttrekken zich aan zijn zicht. Zou de kroongetuige bijvoorbeeld financiële eisen stellen voorafgaand aan het willen vervullen van een rol als getuige, dan zijn die in de strafrechtelijke overeenkomst ontoelaatbaar, maar of dat voor de getuigenbeschermingsovereenkomst eveneens geldt is niet duidelijk. In de strafrechtelijke overeenkomst is het toezeggen van concrete beschermingsmaatregelen verboden, maar in de getuigenbeschermingsovereenkomst is dat op een gegeven moment noodzakelijk, en wat als dat moment vóór het tekenen van de strafrechtelijke overeenkomst ligt? Het begunstigen van anderen dan de getuige zoals diens levenspartner is een verboden toezegging volgens de Aanwijzing Toezeggingen aan getuigen, maar het voorzien in beschermingsmaatregelen voor diezelfde partner is indien van toepassing een verplicht onderdeel van de getuigenbeschermingsovereenkomst. De strafrechter, die geacht wordt erop toe te zien dat het Openbaar Ministerie in de strafrechtelijke context geen toezeggingen doet die verboden zijn, kan die toetsing helemaal niet uitvoeren omdat hij over het grootste deel van die afspraken niet wordt geïnformeerd.

Rechtsbescherming

Niet alleen de toetsing van de rechtmatigheid van de met de kroongetuige gesloten overeenkomst in de zaken van de verdachten levert daarmee problemen op, maar ook in geval van niet-nakoming van de in de strafrechtelijke overeenkomst gemaakte afspraken door het Openbaar Ministerie dan wel de kroongetuige staat de strafrechter vrijwel met lege handen. Zou het Openbaar Ministerie bijvoorbeeld besluiten af te zien van een toegezegde verminderde strafeis, dan kan de strafrechter daarvan slechts kennis nemen en in het kader van beginselen van een behoorlijke procesorde beoordelen of die beslissing van het Openbaar Ministerie strafrechtelijk gezien rechtmatig kan worden geacht. De kroongetuige heeft anders dan een beroep op die beginselen van een behoorlijke procesorde, geen mogelijkheden het Openbaar Ministerie tot nakoming van de overeenkomst en het alsnog formuleren van een lagere strafeis te dwingen. Hoogstens kan hij zijn medewerking opschorten en stoppen met het afleggen van verklaringen, maar daarmee maakt hij zich schuldig aan het juist daartoe ingevoerde art. 192 lid 2 Sr, dit nog los van het feit dat het Openbaar Ministerie zijn verklaringen op dat moment waarschijnlijk al 'binnen heeft' en het niet langer willen afleggen van nieuwe verklaringen weinig indruk zal maken. Anderzijds: wanneer de kroongetuige om andere redenen zijn medewerking staakt en de vervolging daardoor wél in de problemen zou komen, kan het Openbaar Ministerie ook niet veel meer doen dan dreigen met het opzeggen van de overeenkomst, en het als gevolg daarvan loslaten van de toegezegde verlaagde strafeis. De strafrechter kan slechts lijdelijk van dit alles kennis nemen: hij beschikt niet over enig instrumentarium om de partijen tot nakoming van de verbintenis te dwingen of bijvoorbeeld een dwangsom op te leggen indien nakoming uitblijft. Hij kan aan de zijde van het Openbaar Ministerie slechts een oordeel geven over de vraag of deze heeft gehandeld binnen de beginselen van een behoorlijke procesorde, en kan ten aanzien van de kroongetuige zijn oordeel slechts vertalen in de strafmaat.

Minstens zo ingewikkeld is het wanneer conflicten ontstaan over de getuigenbeschermingsovereenkomst. Deze kan in beginsel door het College van Procureurs-Generaal

worden opgezegd, maar daarmee kan de kroongetuige niet geheel zonder beveiliging worden gelaten. Indien deze onverminderd gevaar loopt zal hij immers bescherming door de Staat behoeven en valt hij binnen het decentrale domein van het Stelsel bewaken en beveiligen, oftewel onder verantwoordelijkheid van datzelfde Openbaar Ministerie. Ervan uitgaande dat de wijze van beveiliging primair wordt ingegeven door de dreiging die richting een bepaalde persoon bestaat en door het antwoord op de vraag welke maatregelen noodzakelijk zijn om die dreiging te keren, zou een dergelijke stelselwijziging nauwelijks verschil moeten maken voor de kroongetuige. Zou dat anders zijn – en dat is natuurlijk waar het gebrek aan inkadering in de Instructie de schoen doet wringen – dan staat de kroongetuige buiten de arbitrageprocedure slechts de weg naar de voorzieningenrechter ter beschikking. Deze kan kennis nemen van de getuigenbeschermingsovereenkomst en het geschil dat partijen daarover hebben,⁴⁵⁷ maar het feit dat deze overeenkomst onder uitsluitend toezicht van het Openbaar Ministerie tot stand is gekomen draagt het risico in zich dat conflicten zullen ontstaan over de wijze waarop die beschermingsovereenkomst dient te worden uitgelegd. Van de totstandkoming van de overeenkomst en al hetgeen in dat kader is voorgevallen en is afgesproken heeft de voorzieningenrechter immers geen wetenschap. De belangrijkste bron van informatie zal het Openbaar Ministerie zijn, die partij is bij het conflict. Verder zal de voorzieningenrechter geen, althans geen volledige kennis kunnen nemen van het strafrechtelijk traject dat met de totstandkoming van de getuigenbeschermingsovereenkomst heeft samengehangen en waarin zich mogelijk (eveneens) feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die van belang zijn geweest voor de totstandkoming van die getuigenbeschermingsovereenkomst, of de betekenis en interpretatie die partijen daar aan mochten geven of hebben gegeven.

Ook de burgerlijke rechter zal dus onvolledig geïnformeerd zijn en zal zich geen compleet beeld kunnen vormen van alle voor het geschil relevante feiten en omstandigheden. Uit het hierboven besproken arrest van het EHRM in de zaak R.R. tegen Hongarije zou bovendien afgeleid kunnen worden dat het Europees Hof een dergelijke procedure in geval van conflicten over getuigenbescherming niet als een effectieve rechtsgang ziet. Zo een rechtsgang (*effective remedy*) wordt door het EHRM wel wenselijk acht.⁴⁵⁸

Op het moment dat het conflict binnen de ene overeenkomst voortkomt uit de andere overeenkomst is de chaos compleet: welke rechter wordt geacht een oordeel te geven wanneer de kroongetuige weigert nog verklaringen af te leggen omdat het Openbaar Ministerie de over getuigenbescherming gemaakte afspraken niet nakomt? Hoe moet de civiele rechter zich een oordeel vormen over de rechtmatigheid van de beëindiging van de getuigenbeschermingsovereenkomst, wanneer deze beëindiging het gevolg is van het feit dat een kroongetuige zijn strafrechtelijke overeenkomst geweld heeft aangedaan

457 Waarbij de kroongetuige afhankelijk is van het Openbaar Ministerie om de voorzieningenrechter van een afschrift van die getuigenbeschermingsovereenkomst te voorzien nu hij daar zelf geen afschrift van krijgt.

458 EHRM R.R. tegen Hongarije, 4 december 2012, zaaknr. 19400/11, par. 24.

door niet de waarheid te spreken over in die overeenkomst benoemde strafbare feiten? Welk juridisch kader moet in dergelijke omstandigheden worden aangelegd: het Zwolsman-criterium, de beginselen van een behoorlijke procesorde, de uitgangspunten van het contractenrecht, de redelijkheid en billijkheid? Mag de strafrechter de uitgangspunten van het contractenrecht betrekken bij zijn oordeel omtrent de rechtmatigheid van het handelen van het Openbaar Ministerie, nog los van de vraag of hij daartoe geëquipeerd is? Kan de civiele rechter oordelen dat het niet nakomen van de getuigenbeschermingsovereenkomst door het Openbaar Ministerie niet onrechtmatig kan worden geacht, omdat het Openbaar Ministerie het recht van de kroongetuige op een eerlijke behandeling van zijn strafzaak daarmee niet op grove wijze heeft veronachtzaamd? Al deze vragen vloeien voort uit het feit dat de figuur van de kroongetuige twee verschillende rechtsbetrekkingen in zich verenigt, en zoals theoretische problemen vroeg of laat altijd opspelen in de praktijk is dat ook in dit geval gebeurd. In hoofdstuk 5 zal dit verder worden besproken.

Uitsluitend getuigenbescherming

De normering en toetsing van afspraken met getuigen worden aanzienlijk verder bemoeilijkt wanneer door het Openbaar Ministerie geheel van het sluiten van een overeenkomst ex art. 226g Sv wordt afgezien en uitsluitend een getuigenbeschermingsovereenkomst wordt gesloten. Ook die route betreft een maas in de wettelijke regeling, nu het Openbaar Ministerie zodoende afspraken kan maken met getuigen die zich geheel aan het door de wetgever neergelegde kader en aan enig rechterlijk toezicht onttrekken. De hiervoor beschreven problematiek van toezeggingen die wel of niet kunnen worden gedaan speelt hier immers niet, nu onder de noemer van de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen een groot aantal afspraken kan worden gemaakt dat formeel niet als toezeggingen is aan te merken, maar materieel wel degelijk een (sterk) begunstigend effect voor de getuige kan opleveren. Het Openbaar Ministerie hoeft daar geen rekenschap over af te leggen omdat de getuigenbeschermingsovereenkomst slechts wordt getoetst door het College van Procureurs-Generaal en in de strafrechtelijke procedure waarin de getuige verklaringen aflegt tegen de verdachte geen rol speelt. Onder die omstandigheden is het wel heel verleidelijk voor het Openbaar Ministerie om het strakke keurslijf van art. 226g Sv en verder te omzeilen en het gehele pakket aan afspraken met de getuige onder te brengen in de getuigenbeschermingsovereenkomst. Aldus bezien levert het volledig ongenormeerde terrein van die getuigenbeschermingsovereenkomst een perverse prikkel aan het Openbaar Ministerie om zich te onttrekken aan de door de wetgever neergelegde kaders en afspraken met een getuige in ruil voor zijn bereidheid in een strafzaak verklaringen af te leggen buiten die kaders en buiten enig onafhankelijk toezicht te houden.

Juist op dit punt wrekt zich ook het onderscheid zoals dat steeds is gemaakt tussen algemene persoonsbeveiliging en getuigenbescherming. Of sprake is van afspraken op het gebied van bescherming van een getuige die verder gaan dan redelijkerwijs nodig is en die daarmee materieel als beloningen voor de bereidheid van die getuige om verklaringen af te leggen moet worden aangemerkt, is immers nauwelijks vast te stellen wanneer deze afspraken niet kunnen worden vergeleken met wat normaal gesproken aan

beschermingsmaatregelen zou worden toegepast. Die vergelijking kan doordat sprake is van twee gescheiden trajecten die los van elkaar tot stand komen en worden getoetst, en die door verschillende overheidsdiensten worden uitgevoerd, niet of in ieder geval onvoldoende plaatshebben. Dat leidt er niet alleen toe dat op controlerend niveau geen oordeel kan worden gevormd over de vraag of materieel sprake is van beloning van een getuige, maar ook dat op uitvoerend niveau onvoldoende aandacht kan worden besteed aan de verhouding tussen de overeen te komen getuigenbeschermingsmaatregelen en 'normale' beveiligingsmaatregelen. Het zou de positie van alle bij die onderhandelingen betrokken personen en instanties aanzienlijk vergemakkelijken wanneer hen duidelijk voor ogen zou staan op welk moment de kaders van de reguliere persoonsbeveiliging worden verlaten en verdergaande afspraken die het niveau van een beloning benaderen worden gemaakt. Ook dat pleit voor een duidelijkere wederzijdse oriëntatie tussen het Stelsel bewaken en beveiligen en getuigenbescherming, en voor een structuurwijziging die dat mogelijk maakt. Ik kom daar in hoofdstuk zes op terug.

Conclusie: verhouding tussen wet, Besluit en Instructie

Voor nu volsta ik met de constatering dat op operationeel niveau de uitgangspunten die het Openbaar Ministerie in het eigen beleid hanteert, zowel waar het de totstandkoming als de inhoud van het pakket aan afspraken met de kroongetuige betreft, zodanig met elkaar in strijd zijn dat dit vrijwel per definitie tot op zijn minst schurende en regelmatige botsende rechtsbetrekkingen leidt. De Aanwijzing toezeggingen aan getuigen en de Instructie Getuigenbescherming, die beiden van toepassing zijn op het moment dat sprake is van een kroongetuige, stellen verschillende eisen aan hetgeen tussen het Openbaar Ministerie en de kroongetuige overeen kan worden gekomen. Van onafhankelijk toezicht op het geheel aan afspraken dat tussen het Openbaar Ministerie en de kroongetuige wordt gemaakt voorafgaand aan de rol die de kroongetuige in een strafzaak gaat vervullen, is geen sprake en behoudens het Openbaar Ministerie, dat zelf partij is bij beide overeenkomsten, heeft niemand een volledig beeld van die gemaakte afspraken. Om dezelfde reden is een toetsing van de rechtmatigheid van de overeenkomsten achteraf niet mogelijk, net zo min als dat wordt voorzien in een effectieve rechtsgang in geval conflicten ontstaan over de nakoming van een overeenkomst door één van de partijen. Door uitsluitend afspraken omtrent getuigenbescherming te maken kan de wettelijke regeling zelfs geheel worden omzeild en is er helemaal geen toezicht of toetsing meer, zelfs niet de uiterst marginale toetsing die de zittingsrechter uitvoert wanneer er wel een overeenkomst ex art. 226g Sv is gesloten. Daarmee wordt de kiem gelegd voor de problemen die zoals in de inleiding gesteld in de praktijk (zijn) ontstaan. De vraag hoe dit komt, door tekort schietende normering van de zijde van de wetgever, of door een onjuiste uitvoering van de wetgeving, beantwoord ik in het licht van het voorgaande met: allebei.

Waar ten aanzien van de Aanwijzing zojuist werd geconcludeerd dat daarin niet werd uitgesloten dat de rechter-commissaris een toetsende rol zou kunnen spelen bij de ten aanzien van getuigenbescherming gemaakte afspraken met een kroongetuige, blijkt uit de Instructie Getuigenbescherming duidelijk dat van een dergelijke rol geen sprake is. Uit de beide beleidsstukken, in samenhang met elkaar bezien, blijkt dat het College

van Procureurs-Generaal het doen toetsen van die getuigenbeschermingsovereenkomst gelijktijdig met de strafrechtelijke overeenkomst niet voorschrijft en dat deze overeenkomst zich zelfs geheel aan rechterlijke controle onttrekt. Ook op dat punt is het beleid van het Openbaar Ministerie in strijd met de formele wet, althans met hetgeen omtrent de bedoeling van de wetgever met die formele wet uit de voorhanden zijnde stukken kan worden afgeleid.⁴⁵⁹ Het gevolg is dat van een adequate rechterlijke toetsing van de getuigenbeschermingsovereenkomst geen sprake is, waarmee niet alleen het kroongetuigenpakket als geheel zich aan onafhankelijke controle onttrekt, maar de bij de overeenkomsten betrokken partijen onvoldoende rechtsbescherming genieten in geval van conflicten over de invulling, interpretatie of nakoming van de overeenkomsten.

Ten aanzien van het in de Instructie achterwege laten van enige inkadering waar het de met een kroongetuige te maken afspraken omtrent getuigenbescherming betreft, is het beeld nog diffuser. Het is duidelijk dat het Besluit Getuigenbescherming een dergelijke inkadering niet biedt. Integendeel, het Besluit laat de precisering van de wijze waarop getuigenbescherming plaats heeft, nadrukkelijk over aan het College van Procureurs-Generaal dat daarin dus verregaande discretionaire bevoegdheden krijgt toegekend. Los van de vraag hoe wenselijk het is dat dit soort ingrijpende regelgeving door de wetgever vrijwel geheel aan een bestuursorgaan wordt overgelaten zou daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het College geacht werd in de Instructie kaders waarbinnen getuigenbescherming dient plaats te hebben op te nemen. Van die verwachting blijkt verder echter niets en in de Instructie is enige concretisering uitgebleven. Bleichrodt en Korten zijn terecht kritisch ten aanzien van de afwezigheid van daadwerkelijke richtinggeving van de wetgever, met name waar het financiële aspecten van getuigenbescherming betreft,⁴⁶⁰ maar ik meen dat het Openbaar Ministerie in deze ook zelf zijn verantwoordelijkheid had kunnen en moeten nemen. Uit de behandeling van de Wet Toezeggingen aan Getuigen blijkt immers duidelijk dat de wetgever fel gekant was tegen het geven van financiële vergoedingen aan een kroongetuige in ruil voor zijn bereidheid verklaringen af te leggen. Het beeld dat de wetgever daarbij van getuigenbescherming heeft gehad, lijkt op grond van de beschikbare stukken aldus te moeten worden samengevat dat de Staat 'slechts' zorg zou dragen voor beveiliging van een getuige die gevaar liep, op een zodanige wijze dat deze zijn rol als getuige normaal zou kunnen blijven vervullen, waarbij de aard en

459 Zie behalve de Wet toezeggingen de motie Kalsbeek- Jasperse (zie voetnoot 324).

460 "Duidelijk is dat de wetgever de praktijk op dit delicate terrein aan haar lot heeft overgelaten. Het ontgonnen terrein staat in schril contrast met de gedetailleerde regeling van de toezeggingen die aan getuigen die tevens verdacht of veroordeeld zijn, kunnen worden gedaan. De getuige tast in het duister over welke afspraken in het kader van getuigenbescherming gangbaar en toelaatbaar zijn. Daarmee ontstaat ook het risico dat getuigen naar het traject van getuigenbescherming proberen uit te wijken voor andere toezeggingen dan die welke in het kader van de 'deal' toelaatbaar zijn. De wet en het Besluit Getuigenbescherming zouden de getuige en de met getuigenbescherming belaste autoriteiten hier naar onze mening meer handvatten moeten bieden. (...) Voorts zal tot uitdrukking moeten worden gebracht welke maatstaven gelden voor de financiële ondersteuning van de getuige gedurende een periode waarin de betrokkene op weg wordt geholpen. De invulling daarvan zou niet afhankelijk moeten worden gemaakt van het min of meer toevallige wensenpakket van de individuele getuige." Bleichrodt en Korten 2012, p. 1568.

omvang van de getuigenbeschermingsmaatregelen geen onderdeel zouden uitmaken van enig onderhandelingsproces. Sterker nog: de veronderstelling van de wetgever lijkt te zijn geweest dat er éérst een strafrechtelijke overeenkomst ex art. 226g Sv tot stand zou komen en pas daarna, nadat de kroongetuige zijn verminderde straf had uitgezeten, bezien zou worden of en zo ja op welke wijze een kroongetuige zou moeten worden beveiligd. De mogelijkheid om in de context van de getuigenbeschermingsovereenkomst financiële toezeggingen aan een getuige te kunnen doen, zeker voorafgaand aan het sluiten van de strafrechtelijke overeenkomst, lijkt de wetgever niet onder ogen te hebben gezien. Op grond van de stellige uitlatingen omtrent de onwenselijkheid van financiële vergoedingen aan kroongetuigen meen ik dat moet worden aangenomen dat de wetgever daar niet mee akkoord zou zijn gegaan, en in ieder geval is voor het maken van dergelijke afspraken geen wettelijke grondslag gecreëerd.

De enige regelgeving die op het niveau van de wetgever iets zegt omtrent (de wijze van) persoonsbeveiliging, de Circulaire bewaking en beveiliging personen, objecten en diensten, voorziet nadrukkelijk niet in inspraak van de bedreigde persoon waar het de aard, omvang en invulling van de beschermingsmaatregelen betreft. De Instructie, die dit punt onbesproken laat, detoneert wat dat betreft met die Circulaire en de bijbehorende eigen Aanwijzing Bewaking en beveiliging. Een Instructie die meer in het verlengde van die Circulaire en Aanwijzing zou liggen zou dus beter hebben aangesloten bij de parlementaire geschiedenis en bij het geldende reguliere kader van persoonsbeveiliging. Dit alles nog los van het feit, dat het ten principale een vreemde gang van zaken is geweest dat in strijd met de gedane aanbevelingen de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van getuigenbescherming geheel en uitsluitend bij het Openbaar Ministerie is komen te liggen en dat in de grootscheepse stelselwijziging die tot het Stelsel bewaken en beveiligen heeft geleid getuigenbescherming geheel buiten beschouwing is gebleven. Er waren op zijn minst goede redenen te bezien in hoeverre deze variant van persoonsbeveiliging in dat nieuwe stelsel zou moeten worden meegenomen, teneinde de besluitvorming (ook) op dat terrein gecentraliseerd onder te brengen bij het Ministerie van Justitie, en de voor de hand liggende en benoemde belangenverstrengeling tussen opsporingsbelangen en beveiligingsbelangen te voorkomen of in ieder geval te verminderen.

Uiteindelijk geeft dat echter niet de doorslag bij het oordeel over de compatibiliteit van de Instructie met het wettelijk kader: het is met name op grond van de expliciete stellingneming door de wetgever tegen financiële beloningen *in welke vorm dan ook*, dat ik meen dat het beleid van het Openbaar Ministerie om geen kaders te stellen aan de met een getuige te maken beveiligingsafspraken voor zover dit zou resulteren in het onderhandelen met een kroongetuige over financiële aspecten van zijn getuigenbescherming voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst ex art 226g Sv, in strijd met de wet, althans met de bedoelingen van de wetgever in formele zin met die wet, moet worden geacht.

Daarmee kleven er zowel bij een interne vergelijking van het beleid van het Openbaar Ministerie als bij een vergelijking van dat beleid met de door de wetgever gestelde eisen

en geformuleerde wensen, aanzienlijke gebreken aan de kroongetuigenregeling zoals deze sinds 2006 ten uitvoer wordt gelegd. Die problemen hebben zich bijna één op één vertaald naar de praktijk en zijn, zoals door onder andere Rosenthal werd gevreesd, dus inderdaad op het bordje van de rechter terecht gekomen.