

# Over de bruikbaarheid van AIVD-informatie in strafzaken

Frederik Krips<sup>1</sup>

## I Inleiding

Dit preadvies behandelt het thema staatsgeheimen en het strafproces. Dit thema zal worden besproken tegen de achtergrond van het toegenomen gebruik van informatie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in strafzaken. Die toename hangt vooral samen met de strafrechtelijke aanpak van (dreigende) terroristische activiteiten. Bij de bestrijding van terrorisme hebben zowel inlichtingen- en veiligheidsdiensten als politie en openbaar ministerie belangrijke taken. Daarbij wordt steeds meer en intensiever samengewerkt.

Het begrip staatsgeheimen en verwante begripsomschrijvingen worden in verschillende contexten gebruikt. In het materiële strafrecht voorzien de artikelen 98 tot en met 98c Sr in strafrechtelijke bescherming van staatsgeheimen. In de strafbaarstellingen zelf komt de term staatsgeheimen niet voor, maar wel in de citeertitel van de wet van 1951 die heeft geleid tot de invoering van deze artikelen. Het begrip staatsgeheimen kan in dit verband worden beschouwd als een kernachtige aanduiding van het belang dat deze bepalingen beogen te beschermen.<sup>2</sup> De artikelen 98 tot en met 98c Sr stellen – kort gezegd – strafbaar het openbaar maken of ten onrechte op andere wijze doorgeven van een gegeven waarvan de geheimhouding door het belang van de staat of zijn bondgenoten wordt geboden<sup>3</sup> of dat afkomstig is van een verboden plaats en tot de veiligheid van de staat of van zijn bondgenoten in betrekking staat. Artikel 80ter Sr verstaat onder een verboden plaats iedere plaats die als verboden plaats is aangewezen ingevolge de Wet bescherming staatsgeheimen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om militaire objecten, laboratoria en overheidsgebouwen zoals het gebouw van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst.<sup>4</sup> De artike-

- 
1. De auteur is raadgever bij de Directie Wetgeving, sector strafrecht en sanctierecht, van het ministerie van Justitie. Dit preadvies is op persoonlijke titel geschreven.
  2. Wet van 5 april 1951, Stb. 92; zie ook A. Heijder, 'Enkele aspecten van de bescherming van staatsgeheimen', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), 'Naar eer en geweten' (Remmeling-bundel), Gouda Quint, Arnhem 1987, p. 182.
  3. Ingevolge art. 80quater Sr wordt daaronder ook verstaan 'een gegeven, behorende tot of ontleend aan gegevens, hulpmiddelen of materialen of met behulp daarvan verrichte onderzoeken of toegepaste werkmethoden, ter zake van de geheimhouding waarvan krachtens artikel 68 van de Kernenergiewet gestelde regelen gelden.'
  4. Strt. 2006, 236. Gewezen zij voorts op art. 429quinquies Sr; op een verboden plaats mag men zich niet zonder daartoe gerechtigd te zijn bevinden.

len 98 tot en met 98c Sr stellen ook een aantal gedragingen strafbaar die een meer voorbereidend karakter hebben, zoals het onder zich nemen of houden van een staatsgeheim, het handelen met het oogmerk om de beschikking te krijgen over een dergelijk gegeven en het trachten te komen op een verboden plaats.

In een strafproces waar een van de misdrijven omschreven in de artikelen 98 tot en met 98c Sr aan de orde is, bestaat het risico dat staatsgeheimen in nog ruimere kring bekend worden of dat andere staatsgeheimen, zoals werkwijzen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, openbaar worden gemaakt. Dit hangt vooral samen met het feit dat het bestanddeel dat het gaat om informatie waarvan de geheimhouding door het belang van de staat of van zijn bondgenoten geboden wordt, bewezen dient te worden. Diegenen die daarover verklaringen zouden kunnen afleggen, zijn doorgaans in het belang van de staatsveiligheid verplicht tot geheimhouding van de gegevens. Doorbreking van die geheimhoudings- en verschoningsplicht, zonder ontheffing, kan onder omstandigheden eveneens een strafbaar feit opleveren. De strafbare feiten van de artikelen 98 tot en met 98c Sr zijn dan ook met name boeiend in relatie tot het strafprocesrecht en de complicaties die daarbij kunnen spelen op het punt van geheimhouding.

De term staatsgeheimen komt ook voor in departementale regelgeving. Het Besluit voorschrijf informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie<sup>5</sup> voorziet in een procedure voor het aanwijzen van verschillende gradaties van staatsgeheimen en voor het bepalen van de mate van beveiliging die aan de desbetreffende informatie moet worden gegeven. Voor de beantwoording van de vraag of geheimhouding van informatie door het belang van de staat of van zijn bondgenoten wordt geboden, zijn de rubriceringen op grond van deze regeling voor de strafrechter overigens niet doorslaggevend. De strafrechter bepaalt uiteindelijk zelf of van een staatsgeheim in de zin van artikel 98 Sr sprake is. Heijder merkt hierover terecht op dat de rechter zijn oordeel niet alleen zal baseren op de omstandigheid dat het gegeven geclassificeerd is. De rubricering van een staatsgeheim geldt als een intern voorschrijf voor ambtenaren en andere belanghebbenden. Het geeft aan hoe moet worden omgegaan met gegevens waarvan de kennisneming door niet gerechtigden zeer ernstige schade ('zeer geheim'), ernstige schade ('geheim') of schade aan het belang van de staat of zijn bondgenoten kan veroorzaken.<sup>6</sup> De rechter zal veeleer letten op de materiële inhoud van het gegeven en op hetgeen over het staatsgeheime karakter van het gegeven kan worden verklaard.<sup>7</sup>

Strafvorderlijk is het begrip staatsgeheimen vooral van belang in verband met informatie die door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kan worden verstrekt ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Deze informatie kan betrekking hebben op alle strafbare feiten en derhalve ook andere strafbare feiten betreffen dan die welke zijn omschreven in de artikelen 98 tot en met 98c

5. Zie Stcrt. 2004, 47.

6. Vgl. art. 5 van het Vir-bi.

7. Heijder, *a.w.*, p. 184. Vgl. ook Rechtbank Amsterdam 14 november 1983, NJ 1984, 282 (Khan) en de recente uitspraken van het Gerechtshof 's-Gravenhage 24 juni 2009, LJN BL9646 en de Hoge Raad 7 juli 2009, LJN BG7232.

Sr. De problemen die hierbij spelen zijn vergelijkbaar met de problemen die spelen bij de vervolging van andere misdrijven. Het gaat steeds om de vraag in hoeverre en op welke wijze informatie waarvan in beginsel geheimhouding door het belang van de staat of zijn bondgenoten geboden wordt, een rol kan spelen in het strafproces. Deze problematiek staat in dit preadvies centraal. Daarbij ligt het accent op het gebruik van informatie die door de inlichtingen- en veiligheidsdienst ten behoeve van de strafvordering is verstrekt. Aan het slot van deze beschouwing worden nog enkele opmerkingen gewijd aan de bijzondere situatie van een strafrechtelijk onderzoek waarin staatsgeheime informatie als bedoeld in de artikelen 98 tot en met 98c Sr voorwerp uitmaakt van het ten laste gelegde strafbare feit.

Een inlichtingen- en veiligheidsdienst doet onderzoek naar organisaties en personen die een gevaar vormen voor de democratische rechtsorde dan wel voor de veiligheid en andere gewichtige belangen van de staat. Daarbij richt hij zich op het verkrijgen van een sterke en vaste informatiepositie. Op basis van analyses van beschikbare gegevens wil een inlichtingen- en veiligheidsdienst tijdig zicht krijgen op mogelijke bedreigingen van de nationale veiligheid. De vraag of verdachte personen kunnen worden opgespoord, vervolgd en berecht is voor een inlichtingen- en veiligheidsdienst van secundair belang. In het strafrecht staan daarentegen bij een verdenking van een ernstig strafbaar feit de opsporing, vervolging en berechting van de dader voorop. De belangen in het opsporingsdomein enerzijds en in het inlichtingendomein anderzijds kunnen dan ook tegengesteld zijn. Een inlichtingen- en veiligheidsdienst blijft een groepering of een persoon het liefst zo lang mogelijk volgen. Politie en openbaar ministerie willen bij een verdenking van een ernstig strafbaar feit snel ingrijpen. Een modern strafproces is gericht op de waarheidsvinding waarbij de toegankelijkheid van het onderzoek voor alle procesdeelnemers in een zo vroeg mogelijk stadium het uitgangspunt is.<sup>8</sup> Het goed functioneren van een inlichtingen- en veiligheidsdienst is daarentegen onmogelijk als informatie over de operationele werkwijze, over (menselijke) bronnen en over het actuele kennisniveau aan de openbaarheid prijs wordt gegeven.<sup>9</sup> Het zijn vooral deze conflicten tussen verschillende belangen en daarbij optredende problemen die het interessant maken om de doorwerking van het inlichtingenwerk in het strafproces nader te beschouwen.

- 
8. G.J.M. Corstens, 'het Nederlands strafprocesrecht' (zesde druk), Kluwer, Deventer 2008, p. 60.  
9. Dit geldt in zekere mate ook voor de opsporing van strafbare feiten. Art. 187d Sv voorziet in dit verband in de mogelijkheid van afscherming van gegevens indien er geground vermoeden bestaat dat door de openbaarmaking een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad. Vgl. ook Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 19 e.v.

## 2 Staatsveiligheid en strafvordering

### 2.1 Inlichtingen- en veiligheidsdiensten

De taken en bevoegdheden van de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD), zijn vastgelegd in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002).<sup>10</sup> De taak van de AIVD wordt omschreven in artikel 6 lid 2 Wiv 2002. Nu wij ons richten op de betekenis van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdienst voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten is vooral de zogenoemde a-taak van de AIVD van belang.<sup>11</sup> Zij behelst het verrichten van onderzoek, in het belang van de nationale veiligheid,

‘met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid van de staat’.

Het gaat hierbij om alles wat van doen heeft met sabotage, spionage en andere gezagsondermijnende handelingen die voor de democratische rechtsorde en de staat bedreigend zijn. Ook terrorismebestrijding valt hieronder. De AIVD voert in dit verband toekomstgericht onderzoek uit. De dienst probeert een inschatting te maken waar zich bedreigingen van de nationale veiligheid kunnen voordoen. Daarbij wordt uiteraard beoogd deze bedreigingen af te wenden, doorgaans door inschakeling van andere diensten. De wetgever erkent overigens dat de wettelijke taakopdracht niet zodanig precies is omschreven dat daaruit in voldoende mate kan worden afgeleid onder welke omstandigheden en tegen welke personen en organisaties activiteiten mogen worden ontplooid. Om een zekere flexibiliteit op dit punt te behouden is ervoor gekozen deze duidelijkheid te verschaffen in het jaarlijks door de AIVD uit te brengen verslag waarin kenbaar wordt gemaakt waarop men zich in het afgelopen jaar heeft gericht en waarop men zich in de lopende periode in ieder geval zal richten (artikel 8 Wiv 2002).

De AIVD spoort geen strafbare feiten op. Ambtenaren van de dienst bezitten dan ook geen opsporingsbevoegdheid. Voor zover de AIVD in het kader van zijn taakuitvoering een ambtenaar inschakelt aan wie wel opsporingsbevoegdheid toekomt, mag ook deze ambtenaar niet van die bevoegdheid gebruik maken. Dit verbod op

---

10. Wet van 7 februari 2002, Stb. 148. De taakuitvoering van de MIVD is sterk georiënteerd op aspecten die de krijgsmacht betreffen en daarom minder relevant voor dit preadvies. Het werkteurterrein van de MIVD wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

11. Ingevolge art. 6, lid 2, Wiv 2002 is de AIVD daarnaast belast met het verrichten van veiligheids- onderzoeken, het bevorderen van maatregelen ter bescherming van onderdelen van de overheid en het bedrijfsleven die vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid van cruciaal belang zijn, de uitvoering van de inlichtingentaak betreffende het buitenland en het opstellen van dreigings- en risicoanalyses ten behoeve van de bewaking en beveiliging van personen en objecten.

(het gebruik van de bevoegdheid tot) opsporen beoogt te waarborgen dat de inlichtingen- en veiligheidsdienst binnen zijn eigen taakopdracht werkzaam blijft.<sup>12</sup>

Voor het uitvoeren van zijn taak beschikt de AIVD over een ruim arsenaal aan bevoegdheden. Het gaat daarbij om algemene bevoegdheden ten aanzien van de verzameling en verwerking van gegevens en om bijzondere onderzoeksbevoegdheden. Bijzondere onderzoeksbevoegdheden van de dienst zijn uitgewerkt in de artikelen 20 tot en met 30 Wiv 2002. Dit zijn onder meer bevoegdheden betreffende het observeren van personen, het doorzoeken van besloten plaatsen en het aftappen en af luisteren van (tele)communicatie.<sup>13</sup> Voor elk van deze bevoegdheden is bepaald wanneer zij mag worden gebruikt en wie daarvoor toestemming moet geven. Toepassing van de zwaardere bevoegdheden vereist toestemming van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Voor andere bevoegdheden volstaat het akkoord van het hoofd van de AIVD of is via mandaat de instemming van anderen binnen de AIVD toereikend. Artikel 18 Wiv 2002 beperkt de uitoefening van de bevoegdheden tot die situaties waarin de toepassing noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 6 lid 2, onder a en d, Wiv 2002. Artikel 31 Wiv 2002 bepaalt verder dat het gebruik van een bijzondere bevoegdheid slechts geoorloofd is als de benodigde gegevens niet kunnen worden verzameld door raadpleging van open bronnen of informatiebronnen waarvoor aan de dienst een recht op kennisgeving is verleend. Daarnaast moet de dienst kiezen voor de bevoegdheid die voor betrokkene het minste nadeel oplevert. Als het nadeel dat de betrokkene ondervindt onevenredig is, dient toepassing van de bevoegdheid achterwege te blijven. Ook eist de wet dat de bevoegdheidsuitoefening evenredig is aan het daarmee beoogde doel. Belangrijk is tot slot dat het gebruik van de bijzondere bevoegdheden is gekoppeld aan verantwoording vooraf en achteraf.<sup>14</sup>

De organen die een controlerende functie ten aanzien van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten hebben, zijn de Tweede Kamer en de Commissie van toezicht betref-

---

12. Kamerstukken II 1981/82, 17 363, nr. 3, p. 12.

13. Bij de Eerste Kamer is thans aanhangig een voorstel van wet, houdende wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 in verband met de verbetering van de mogelijkheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om onderzoek te doen naar en maatregelen te nemen tegen terroristische en andere gevaren met betrekking tot de nationale veiligheid alsmede enkele andere wijzigingen (Kamerstukken I 2007/08, 30 553, A). Dit wetsvoorstel wil enige bestaande algemene en bijzondere bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, in het bijzonder op het gebied van de geautomatiseerde gegevensverwerking (data-analyse), expliciet regelen en voor zover nodig nader normeren. Het wetsvoorstel opent daarnaast de mogelijkheid om in nader bij AMvB te regelen gevallen informatieverplichtingen op te leggen aan bestuursorganen en categorieën financiële dienstverleners en vervoerders.

14. De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verleent toestemming voor de inzet van een bepaalde bijzondere bevoegdheid door ondertekening van een last en art. 33 Wiv 2002 bepaalt dat van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden een schriftelijk verslag gemaakt moet worden, opdat de inzet controleerbaar is.

fende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.<sup>15</sup> Voor de parlementaire controle heeft de Tweede Kamer een commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ingesteld. Deze commissie wordt door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties mondeling en schriftelijk vertrouwelijk geïnformeerd over geheime en operationele aangelegenheden van de AIVD. Jaarlijks brengt de commissie een openbaar verslag uit van haar werkzaamheden.

De belangrijkste taak waarmee de Commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is belast, is het toezicht op de rechtmatigheid van de uitvoering van hetgeen bij of krachtens de Wiv 2002 is gesteld.<sup>16</sup> Dit toezicht strekt zich ook uit tot de werkzaamheden die door ambtenaren van de politie, de Koninklijke marechaussee en de rijksbelastingdienst worden verricht ten behoeve van de AIVD.<sup>17</sup>

Als we een vergelijking op hoofdlijnen maken tussen de bijzondere onderzoeksbevoegdheden van de AIVD en de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden, dan liggen de verschillen voornamelijk besloten in het doel waartoe de bevoegdheden worden ingezet en de criteria die daarvoor worden gehanteerd.

Bij opsporing gaat het om onderzoek in verband met strafbare feiten onder leiding van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen (artikel 132a Sv). Aan de bevoegdheden die in dat kader kunnen worden toegepast, is in beginsel de voorwaarde verbonden dat sprake moet zijn van een verdenking van een strafbaar feit. Gaat het om bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals stelselmatige observatie, infiltratie en onderzoek van vertrouwelijke communicatie, dan kan ook besloten worden tot inzet bij – vereenvoudigd gezegd – een redelijk vermoeden van georganiseerde criminaliteit of bij het bestaan van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Steeds moet het onderzoeksbelang de bevoegdheidstoepassing rechtvaardigen. Dit impliceert een toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Verder geldt dat naarmate de bevoegdheid ingrijpender

- 
15. Daarnaast vervullen ook de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman een toezichthoudende rol. Vgl. Commissie Bestuurlijke Evaluatie Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, 'De AIVD in verandering', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 2004, p. 91-93. Gewezen kan voorts nog worden op de rol van de bestuursrechter. Op hem kan een beroep worden gedaan bij inzageverzoeken met betrekking tot AIVD-informatie of naar aanleiding van (uitkomsten) van veiligheidsonderzoeken. En in vreemdelingenzaken komt het geregeld voor dat de bestuursrechter AIVD-informatie inziet waarin aanwijzingen zijn opgenomen dat een vreemdeling een gevaar voor de staatsveiligheid vormt. Art. 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht in verbinding met art. 87 Wiv biedt voor deze procedures de mogelijkheid dat alleen de bestuursrechter kennisneemt van geheim te houden gegevens.
  16. Andere taken zijn het gevraagd en ongevraagd inlichten en adviseren van de betrokken bewindspersonen aangaande de door de commissie geconstateerde bevindingen; het adviseren van de betrokken bewindspersonen terzake klachten en het ongevraagd adviseren van de betrokken bewindspersonen over de notificatieplicht (art. 64 Wiv 2002).
  17. De Commissie van toezicht heeft een aantal algemene bevoegdheden ten behoeve van haar taakuitoefening. Zo is de inlichtingen- en veiligheidsdienst verplicht tot het geven van inlichtingen en het verlenen van medewerking. Verder kunnen getuigen en deskundigen worden opgeroepen en is de Commissie bevoegd alle plaatsen te betreden, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner, voor zover dat voor de vervulling van haar taak redelijkerwijs nodig is (artt. 73, 74, 76 en 77 Wiv 2002).

wordt, een hogere autoriteit het bevel tot toepassing moet geven. Doorgaans is de officier van justitie de aangewezen autoriteit en bij bevoegdheden tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie en telecommunicatie is daarnaast een rechterlijke toetsing vooraf vereist. Ook is schriftelijke verslaglegging verzekerd en gelden er mededelingsverplichtingen (artikel 126bb Sv). Langs deze weg kan over de toepassing van bevoegdheden verantwoording worden afgelegd.

Het gebruik van bijzondere bevoegdheden door de inlichtingen- en veiligheidsdienst wordt hoofdzakelijk bepaald door een afweging van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Verder moet het gaan om onderzoek dat past binnen de wettelijke taakopdracht. Bij de opsporing van strafbare feiten zijn onderzoeksdoel en bevoegdheidstoepassing preciezer ingekaderd. Dat komt vooral tot uitdrukking door de koppeling van de bevoegdheden aan de verdenkingscriteria die op hun beurt weer het specifieke onderzoeksdoel omgrenzen doordat zij betrekking moeten hebben op een strafbaar feit. Een belangrijk ander verschil is dat er andere verantwoordingslijnen gelden. De Wiv 2002 kent overigens ook enkele onderzoeksbevoegdheden waarover in het kader van de opsporing van strafbare feiten niet kan worden beschikt. Het gaat bijvoorbeeld om het heimelijk doorzoeken van besloten plaatsen, waaronder woningen (artikel 21 Wiv 2002), om het verkennen van communicatie ('searchen': artikel 26 Wiv 2002) en om het ongericht ontvangen en opnemen van niet-kabelgebonden telecommunicatie (artikel 27 Wiv 2002).

Het is evident dat het voor een effectieve taakuitvoering van een inlichtingen- en veiligheidsdienst noodzakelijk is dat hetgeen in het kader van de taakuitvoering wordt verricht, geheim blijft zolang dat noodzakelijk is. Daarom wordt niet alleen gebruik gemaakt van heimelijke onderzoeksmethoden, maar zijn diegenen die bij de uitvoering van de taken van deze diensten zijn betrokken en uit dien hoofde kennis dragen van geheime informatie, ook aan bijzondere geheimhoudingsbepalingen onderworpen. De geheimhoudingsplichten van de artikelen 85 en 86 Wiv 2002 strekken hiertoe. Deze bepalingen geven uitdrukking aan het uitgangspunt dat het aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is, en uiteindelijk aan de daarvoor verantwoordelijke ministers, om te bepalen in hoeverre door ambtenaren van deze diensten gegevens in de openbaarheid kunnen worden gebracht. Artikel 86, lid 2, Wiv 2002 regelt de mogelijkheid van ontheffing van de geheimhoudingsplicht indien een ambtenaar van de inlichtingen- en veiligheidsdienst krachtens een wettelijke verplichting gehouden is als getuige of als deskundige op te treden. De betrokkene kan slechts een verklaring afleggen omtrent datgene waartoe zijn verplichting tot geheimhouding zich uitstrekt, voor zover de verantwoordelijke ministers hem daartoe schriftelijk van de verplichting hebben ontheven.<sup>18</sup> Verder belast artikel 15 Wiv 2002 de hoofden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in de eerste plaats met de zorg voor de geheimhouding van daarvoor in aanmerking komende gegevens en

---

18. De vraag hoe moet worden gehandeld wanneer een AIVD-medewerker zich als verdachte moet verantwoorden, terwijl op hem de wettelijke geheimhoudingsplicht rust, was aan de orde in de strafzaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 7 juli 2009, LJN BG7232. Zie dien-aangaande § 4.4.

van de bronnen waaruit die gegevens afkomstig zijn, en in de tweede plaats met de zorg voor de veiligheid van de personen met wier medewerking die gegevens zijn verzameld. Geheimhouding van deze informatie is in het belang van de veiligheid van de staat en schending van deze geheimhouding is als schending van staatsgeheimen strafbaar gesteld in de artikelen 98 tot en met 98c Sr.<sup>19</sup> Het toenmalig hoofd van de AIVD, de heer Van Hulst, merkte in zijn Willem van Oranjelezing op 10 juni 2005 over deze geheimhoudingsverplichtingen het volgende op:

‘De AIVD kan nu eenmaal niet zijn geheime bronnen, werkwijze en actueel kennisniveau vrijgeven. De meerwaarde van elke geheime dienst berust daar nu eenmaal op: zonder bronbeschermingsplicht is niemand bereid kwetsbare informatie te geven en zou de AIVD niet tot méér in staat zijn dan willekeurig welke dienst die informatie verzamelt.’<sup>20</sup>

De artikelen 36 tot en met 42 Wiv 2002 hebben betrekking op de externe verstrekking van gegevens. Het versturen van een ambtsbericht is een vorm van externe gegevensverstrekking. Uit de artikelen 12 en 13 Wiv kunnen enkele algemene vereisten worden afgeleid waaraan een ambtsbericht moet voldoen. Zo volgt bijvoorbeeld uit artikel 12 lid 4 Wiv dat een ambtsbericht moet zijn voorzien van een aanduiding omtrent de mate van betrouwbaarheid van de opgenomen informatie of een verwijzing moet bevatten naar het document of de bron waaraan de gegevens zijn ontleend. De AIVD kan aan het openbaar ministerie gegevens verstrekken in het kader van de eigen taakuitvoering (artikel 36 Wiv 2002) of indien bij de verwerking van gegevens blijkt van gegevens die van belang kunnen zijn voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten (artikel 38 Wiv 2002). Gegevens over aangelegenheden die rechtstreeks verband houden met de taakuitvoering van de AIVD, waaronder terrorisme, kunnen op grond van artikel 36 Wiv 2002 aan de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding worden verstrekt. Artikel 38 Wiv 2002 betreft de gevallen van (externe) gegevensverstrekking die niet plaatsvindt met het oog op de taakuitvoering van de dienst, maar vanwege het belang dat het openbaar ministerie heeft bij het verkrijgen van de informatie.

De AIVD hanteert blijkens het toezichtsrapport ‘inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de door de AIVD uitgebrachte ambtsberichten in de periode van januari 2004 tot oktober 2005’ een interne procedure voor het tot stand brengen van een ambtsbericht. Een analist of bewerkster van een team stelt een concepttekst van het ambtsbericht op. In deze tekst worden voetnoten opgenomen die verwijzen naar de bron waaraan de gegevens zijn ontleend. Ook komt het voor dat in achterliggende documenten de stukken tekst worden gemarkeerd die gebruikt zijn voor de inhoud van het ambtsbericht. Het concept-ambtsbericht wordt vervolgens binnen de AIVD aan verschillende functionarissen voorgelegd. Indien het openbaar ministerie de geadresseerde van het ambtsbericht is, vindt met regelmaat

---

19. Zie Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 8, p. 122-123. Vgl. ook de conclusie van Advocaat-Generaal Machiels voor het arrest van de Hoge Raad van 7 juli 2009, LJN BG7232.

20. Vgl. [www.aivd.nl/actueel/toespraken](http://www.aivd.nl/actueel/toespraken).



vooroverleg plaats met de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding. De landelijk officier van justitie verifieert daarbij de juistheid van de inhoud van het concept-ambtsbericht door inzage in de achterliggende stukken en door overleg met het betrokken team van de AIVD (artikel 38 lid 3 Wiv 2002). Na dit overleg wordt het definitieve ambtsbericht opgesteld en na ondertekening, zonder voetnoten en achterliggend dossier, verzonden aan het openbaar ministerie.<sup>21</sup>

Van een vast patroon om politie en justitie te informeren over strafbare feiten kan niet worden gesproken. Ook de wetsgeschiedenis is daarover duidelijk. Het gaat om een discretionaire bevoegdheid en informatieverstrekking zal alleen kunnen plaatsvinden wanneer het onderzoek van de AIVD geen gevaar loopt. Naarmate evenwel de ernst van de misdrijven toeneemt, wordt de ruimte om daarover geen mededeling te doen kleiner.<sup>22</sup> Het openbaar ministerie beschikt op dit moment over twee landelijk officieren van justitie die zich bezighouden met terrorismebestrijding en de AIVD. Beide officieren hebben zeer frequent contact met de AIVD en zijn op de hoogte van alle lopende operationele onderzoeken die voor hun werkterrein relevant zijn. Zij hebben een eigen kantoor in het gebouw van de AIVD. De aan deze officieren van justitie verstrekte ambtsberichten kunnen worden doorgestuurd aan parketten met het verzoek een opsporingsonderzoek in te stellen. Tot slot zij gewezen op artikel 61 Wiv 2002. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de leden van het openbaar ministerie verplicht zijn om door tussenkomst van het College van procureurs-generaal aan de AIVD mededeling te doen van gegevens die zij voor die dienst van belang achten. En het tweede lid van dit artikel voorziet in de mogelijkheid van een afstemmingsoverleg.

## 2.2 Inlichtingenactiviteiten en hun relatie tot de opsporing en vervolging

Het kan zijn dat een inlichtingen- en veiligheidsdienst en een opsporingsinstantie zich, elk vanuit de eigen taakstelling, bezighouden met dezelfde onderzoeksobjecten en tegelijkertijd dezelfde informatie proberen te vergaren. Vooral op het gebied van terrorismebestrijding speelt deze kwestie. Hieronder volgt een korte schets van de ontwikkelingen vanaf de totstandkoming van de eerste wettelijke regeling voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

Bij de parlementaire behandeling van het eerste wetsontwerp met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten stelde de regering het volgende: 'Uit het systeem en de strekking van dit wetsontwerp vloeit voort, dat geen andere instanties dan de in deze wet genoemde zich op het taakgebied van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten mogen begeven. Dit geldt uiteraard ook voor de CRI. Dit houdt in, dat het taakgebied van de CRI met betrekking tot de bestrijding van het terro-

21. Commissie van Toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, 'Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de door de AIVD uitgebrachte ambtsberichten in de periode van januari 2004 tot oktober 2005' (CTIVD nr. 9a), Den Haag 2006, p. 5-6.

22. Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 58.

risme zijn begrenzing vindt in de aan de BVD op dit terrein opgedragen taak.<sup>23</sup> De memorie van antwoord verwoordde deze stellingname nog wat concreter. Het was deze landelijke politiedienst, de Centrale Recherche Informatiedienst (CRI; thans Dienst Nationale Recherche Informatie van het Korps landelijke politiediensten) gewoonweg niet toegestaan actief gegevens te verzamelen in een fase waarin de contouren van een bepaald terroristisch misdrijf zich niet duidelijk aftekenden. In dat geval was alleen de Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD; de voorloper van de AIVD) bevoegd tot het vergaren van inlichtingen.

De discussie over de taakafbakening raakte meer op de voorgrond toen de opsporinginstanties zich in toenemende mate ook gingen richten op de proactieve strafrechtshandhaving. Voor de bestrijding van zware en georganiseerde criminaliteit bleek het nodig om inzicht te krijgen in kringen van daders en potentiële daders van met name drugsdelicten. Binnen de politiekorpsen werden de eerste criminele inlichtingendiensten ingericht die tot taak kregen informatie in te winnen omtrent personen van wie kan worden aangenomen dat zij betrokken zijn of, naar redelijkerwijs kan worden vermoed, betrokken zullen worden bij ernstige misdrijven.<sup>24</sup> Omdat daartoe ook criminaliteit van terroristische aard behoorde, boog de commissie Blok zich in 1990 over de vraag op welke wijze de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de politie op het gebied van terrorismebestrijding beter op elkaar konden worden afgestemd.<sup>25</sup> Deze commissie stelde vast dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de politie inmiddels ‘deels tegelijkertijd en op hetzelfde terrein gelegitimeerd werkzaam zijn’, hetgeen aanleiding dient te zijn ‘voor de erkenning van een gemeenschappelijk middenveld’. Een overlegstructuur moest daarom de samenwerking verbeteren. De minister van Justitie legde enkele jaren later, in zijn notitie over de bewijskracht in het strafproces van informatie en technisch materiaal verkregen door de BVD van 28 februari 1992, vooral de nadruk op de scheiding van de werkzaamheden die zou voortvloeien uit het verschil in taken.

‘De BVD is geen en kan ook geen verlengstuk van politie en justitie zijn, maar verricht zijn taak ongeacht of er sprake is van een strafbaar feit of verdenking daarvan. De BVD signaleert en waarschuwt de opsporingsinstanties in de gevallen dat hij strafbare feiten signaleert of vermoedt. Die scheiding tussen enerzijds de taak tot inlichtingeninwinning en anderzijds die tot opsporing komt ook tot uitdrukking in een verschil tussen de daarmee gepaard gaande bevoegdheden.’<sup>26</sup>

Ook daarna, in de aanloop naar de wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, bleek niet iedereen van mening dat bij de voorkoming van strafbare feiten (ook) een rol voor de opsporingsinstanties was weggelegd. Van Veen stelde

23. Kamerstukken II 1981/82, 17 363, nr. 6, p. 2.

24. Vgl. de Criminele inlichtingendiensten (CID)-regeling van 29 mei 1986 (Stcrt. 1986, 141).

25. Commissie Relatie BVD-CRI, ‘Meer coöperatief, minder exclusief’, ministeries van Justitie en van Binnenlandse Zaken, Den Haag 1990.

26. Kamerstukken II 1991/92, 22 453, nr. 4, p. 2.

in dit verband de vraag of het niet zo is, 'dat wat de binnenlandse veiligheidsdienst doet, zolang zij bestaat, thans met een nieuw woord proactieve opsporing wordt genoemd'. Hij achtte het de moeite waard om te bezien of de proactieve opsporing niet bij de BVD diende te worden ondergebracht. Dat zou duidelijkheid scheppen en leiden tot een betere afbakening van bevoegdheden en verantwoordelijkheden.<sup>27</sup>

De parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden (de commissie Van Traa) constateerde in 1995 dat er traditioneel een spanning bestaat tussen de CRI en de BVD. Na het rapport van de commissie Blok zou deze verhouding zijn verbeterd en de informatie-uitwisseling geïntensiveerd. De BVD onthield zich volgens de commissie Van Traa terecht van intensieve bemoeienis met de bestrijding van georganiseerde criminaliteit. Het werkkterrein van een binnenlandse veiligheidsdienst moest binnen een democratische rechtsstaat zo beperkt mogelijk worden gehouden.<sup>28</sup> De bestrijding van georganiseerde criminaliteit, aldus de commissie Van Traa, is dan ook geen taak van de BVD. De commissie meende wel dat een preciezere regeling noodzakelijk was om vermenging van belangen te voorkomen. Die regeling betrof de nadere normering van de informatie-uitwisseling tussen de politie en de BVD en de wederzijdse operationele ondersteuning.<sup>29</sup>

De lijn die was bepaald in de kabinetsnotitie uit 1992 bleef ook daarna langere tijd algemeen aanvaard. Op de momenten waarop zich bij uitstek daarover een discussie had kunnen ontspannen – in het kader van de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 – vormde het grensvlak tussen de activiteiten van deze overheidsdiensten geen onderwerp van diepgaande gedachtenwisseling. Dat leek op enig moment nog even het geval te worden toen de regering bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 naar aanleiding van vragen van de PvdA-fractie toezegde in interdepartementaal verband de brief van 1992 nog eens goed tegen het licht te houden en waar nodig te actualiseren. Tot een actualisering van de brief kwam het evenwel niet; bij nadere beschouwing kwam de regering tot de conclusie dat de brief op hoofdlijnen nog steeds een correcte en bruikbare weergave vormde van de wijze waarop gegevens van de BVD gebruikt konden worden ten behoeve van strafrechtelijk onderzoek.<sup>30</sup>

Het gegeven dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de politie op hetzelfde terrein gelegitimeerd werkzaam zouden kunnen zijn, trok in de jaren negentig van de vorige eeuw al met al niet bijzonder veel aandacht. Dat is in zekere zin opmerkelijk, omdat in die jaren het opsporingsdomein, ook in legislatief opzicht, werd verruimd en daarbij het terrein werd betreden waarop van oudsher alleen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten actief waren. Er werden wettelijke regelingen tot stand gebracht waaruit bleek dat diensten van de politie ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde bevoegdlijk informatie mochten inwinnen en vastleggen omtrent personen ten aanzien van wie nog geen verdenking wegens schuld aan een strafbaar

27. Th. W. van Veen, 'Proactieve opsporing', *RM Themis* 1995, p. 2.

28. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072, nrs. 10-11, p. 441.

29. Een en ander kreeg later vorm in de *Wiv* 2002.

30. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 877, nr. 14, p. 12.

feit bestond.<sup>31</sup> Daarnaast vonden in het Wetboek van Strafvordering tal van bijzondere opsporingsbevoegdheden regeling die (ook) kunnen worden toegepast met het oog op het onderzoek naar het beramen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband. Dat het risico voor overlappende activiteiten niet dikwijls aan de orde werd gesteld, zou kunnen worden verklaard uit het feit dat de ruimere opsporingsmogelijkheden vooral in de sleutel stonden van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Juist op dat terrein zag de commissie Van Traa voor de BVD geen noemenswaardige taak weggelegd, zo bleek reeds.

Na de aanslagen van 11 september 2001 treedt een kentering op. Terrorismebestrijding staat nationaal en internationaal hoog op de agenda. Terwijl de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, gedateerd op 9 november 2001, nog herhaalt dat de werkzaamheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en die van instanties belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten nadrukkelijk van elkaar moeten worden onderscheiden, wordt tegelijkertijd wel ingezet op een betere samenwerking.<sup>32</sup> Die samenwerking leek in het gedrang te komen toen de Rechtbank Rotterdam op 18 december 2002 bepaalde dat iemand niet op basis van een ambtsbericht van de BVD als verdachte kon worden aangemerkt.<sup>33</sup> Dit vonnis liet de gemoederen niet onberoerd. In binnen- en buitenland was er veel kritiek.<sup>34</sup> In bedoelde strafzaak, bekend onder de naam Eik, draaide het om een internationaal netwerk dat door de BVD en buitenlandse zusterdiensten in kaart was gebracht. Enkele personen die tot dit netwerk zouden behoren en die door de BVD in verband werden gebracht met mogelijke terroristische aanslagen, verbleven vlak na de aanslagen van 11 september 2001 in Rotterdam. Op basis van informatie van de BVD werden op 13 september 2001, na opening van een gerechtelijk vooronderzoek, aanhoudingen en doorzoeken verricht. De rechtbank sprak in deze zaak alle verdachten vrij; het enige dragende bewijs was volgens de rechtbank onrechtmatig verkregen. Het Gerechtshof Den Haag kwam anderhalf jaar later wel tot veroordelingen. Volgens het Hof kon worden bewezen verklaard dat sprake was van een criminele organisatie die zich bezighield met onder meer het vervalsen van paspoorten en andere reisdocumenten, alsmede met het voorbereiden van – kort gezegd – aanslagen.

---

31. Vgl. Wet van 27 mei 1999 (Stb. 244; Wet bijzondere politieregisters) en de Regeling criminele inlichtingen eenheden (Stcrt. 2000, 198).

32. Kamerstukken II 2001/02, 27 925, nr. 10, p. 8 en 10.

33. Rechtbank Rotterdam 18 december 2002, LJN AF2141. Deze strafzaak komt hierna nog dikwijls aan de orde.

34. Vervaele refereert aan een artikel in *The Wall Street Journal Europe* waaruit blijkt dat ook in het buitenland met weinig enthousiasme op de uitspraak werd gereageerd. Terrorismeanalisten Stakelbeck en Vidino kwamen tot de volgende slotsom: 'This is a distressing example of the limitations placed on Dutch authorities in fighting and preventing terrorism, as intelligence agencies' efforts are all too often thwarted by liberal courts and inadequate laws.' Zie J.A.E. Vervaele, 'Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands', *International Review of Penal Law* (Vol. 76), p. 412.

Het politieke ongenoegen over het Rotterdamse vonnis en over enkele andere vrij-spraken van vermeende terroristen<sup>35</sup> leidde echter al op 4 december 2003 tot een opmerkelijke motie, waarin de regering werd verzocht 'om binnen zes weken wetgeving over de toelaatbaarheid en wijze van gebruik van AIVD-informatie in strafzaken voor te bereiden en voor advies aan de Raad van State voor te leggen'.<sup>36</sup> De motie kreeg steun van een meerderheid van de Tweede Kamer met als gevolg dat er een wettelijke regeling, het wetsvoorstel afgeschermd getuigen, werd ontworpen. Deze regeling komt hierna nog uitvoerig aan bod. Op deze plaats wordt volstaan met de vaststelling dat zij de bruikbaarheid van informatie van de inlichtingen- en veiligheidsdienst in het strafproces beoogt te verbeteren. Daarbij is de wetgever glashelder over de uitgangspunten van deze wet:

'Het belang van staatsveiligheid prevaleert boven het belang van strafvordering, zo volgt ook uit de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Dat belang, en het daarmee verbonden belang van het voorkomen van ernstige aanslagen, moet niet in gevaar worden gebracht doordat ongeacht welke prijs informatie in een strafzaak wordt geopenbaard.'<sup>37</sup>

In deze beschouwing mag ook de Wet terroristische misdrijven, die op 10 augustus 2004 in werking is getreden, niet onvermeld blijven. Het voorstel voor deze wet beperkte zich aanvankelijk tot de implementatie van het Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding (PbEG L 164). In de zomer van 2003 kreeg dit wetsvoorstel een ruimere doelstelling dan alleen die van het omzetten van europeesrechtelijke verplichtingen. Inmiddels was gebleken dat in Nederland rekruteurs ten behoeve van de Jihad actief waren. En geruchtmakende vrij-spraken, die hiervoor werden aangestipt, deden de vraag rijzen of wel adequaat kon worden opgetreden tegen 'terroristische cellen' en 'netwerkachtige structuren'. Een (tweede) nota van wijziging breidde op 20 augustus 2003 het wetsvoorstel uit met nieuwe strafbaarstellingen. Rekrutering voor de gewapende strijd en de samenspanning tot het begaan van de ernstigste terroristische misdrijven werden onder het bereik van de strafwet gebracht.<sup>38</sup> Een opvallend aspect in de wetsgeschiedenis van de Wet terroristische misdrijven is, dat vrijwel met geen woord is gerept over de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in relatie tot de werkzaamheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Het moment waarop de bevoegdheid tot strafrechtelijk ingrijpen bij terrorisme ont-

---

35. Rechtbank Rotterdam 5 juni 2003, LJN AF9546 (Jihad-zaak); alle twaalf verdachten worden vrijgesproken. Overigens oordeelde de raadkamer van de Rechtbank Rotterdam al snel na het vonnis in de zaak Eik genuanceerder over de mogelijkheid om een verdenking te baseren op een ambtsbericht. Zie § 3.3.

36. Kamerstukken II 2003/04, 28 463, nr. 25.

37. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 1.

38. B.F. Keulen, 'Wet terroristische misdrijven', AA 2005, p. 97-100. Zie hierover ook Y. Buruma en E. Muller, 'Wet terroristische misdrijven in perspectief', NJB 2003, p. 2138-2145 en J. Lintz, 'Samenspanning in de Wet terroristische misdrijven', DD 2005, p. 1130-1148.

staat, is door de verruimde strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen<sup>39</sup> en de strafbaarstellingen van rekrutering en samenspanning, naar voren geschoven. Dat betekent dat de toepassing van opsporingsbevoegdheden, gekoppeld aan een verdenking van het strafbare feit, eveneens in een eerder stadium kan plaatsvinden, in het voorveld dat tot dusver nog steeds min of meer het exclusieve terrein van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten was.<sup>40</sup>

Terwijl de raakvlakken tussen het strafvorderlijk optreden en het werk van de inlichtingen- en veiligheidsdienst zo goed als onbesproken bleven bij de verruiming van het materiële strafrecht,<sup>41</sup> zijn zij nadrukkelijk wel onder ogen gezien bij de totstandkoming van de Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven. Deze wet vloeide voort uit een verdere aanscherping van het antiterrorismebeleid van de regering naar aanleiding van de terroristische aanslagen in Madrid van 11 maart 2004.<sup>42</sup> Een belangrijk onderdeel van deze wetgeving betrof de uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van strafvorderlijke bevoegdheden met het oog op de opsporing van terroristische misdrijven. Toepassing van deze bevoegdheden werd niet meer gekoppeld aan een verdenking van een misdrijf, maar reeds mogelijk gemaakt bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Hoewel deze verruiming vooral werd verdedigd met precedënten uit het bestaande recht, wijdt de memorie van toelichting daarnaast een afzonderlijke paragraaf aan de verhouding tussen de ruimere opsporingsmogelijkheden enerzijds en de activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten anderzijds. Daarbij stelt de wetgever voorop dat terrorismebestrijding een taakstelling is waaraan tal van instanties een bijdrage leveren. In de operationele sfeer wordt deze taak primair door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en door de met de opsporing en vervolging van strafbare feiten belaste instanties uitgevoerd. Benadrukt wordt vervolgens dat elk van deze diensten opereert vanuit de eigen invalshoek, maar tegelijkertijd wordt het volgende gesteld:

39. Vgl. ook de wijziging van artikel 46 Sr door de Wet van 20 december 2001 (Stb. 2001, 675) tot uitvoering van het op 9 december 1999 te New York tot stand gekomen Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme (Trb. 2000, 12).

40. De wetgever heeft dit effect – de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid gaat vergezeld van een uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van opsporingsbevoegdheden – wel onderkend, maar alleen binnen de strafrechtelijke context. Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 28 463, nr. 10, p. 8. De Commissie Bestuurlijke Evaluatie Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst legde overigens wel een verband met de werkzaamheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Politie en AIVD kunnen onderzoek doen naar dezelfde personen of groepen die mogelijk betrokken zijn bij 'strafbare voorbereidingshandelingen, samenzwering of deelname aan een terroristische organisatie'. Vgl. Commissie Bestuurlijke Evaluatie Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, a.w., p. 104.

41. Vermeldenswaard is in dit verband nog wel het verzoek van het toenmalig VVD-Tweede Kamerlid Wilders tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel terroristische misdrijven om de voor- en nadelen op een rijtje te zetten van een stelsel, naar het model van de Franse veiligheidsdienst Direction de la Surveillance du Territoire, waarin mensen van de inlichtingendiensten onder verantwoordelijkheid van justitie of een onderzoeksrechter bij de opsporing kunnen worden betrokken (*Handelingen II 2003/04*, p. 2336). De minister van Justitie voldeed aan dit verzoek door aan dit concept in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel afgeschermd getuigen een passage te wijden (vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 4).

42. Wet van 20 november 2006 (Stb. 580). Zie P.A.M. Verrest, 'Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven', AA 2007, p. 158-163.

‘Door de verruiming van de mogelijkheid om in het kader van terrorismebestrijding in een eerder stadium strafvorderlijk op te treden, zullen eerder dan voorheen onderzoeken naar personen en organisaties in het door de Wiv beheerste domein, waar dus de AIVD vanuit zijn wettelijke taakstelling mee bezig is, “over kunnen gaan” naar het strafvorderlijke domein. Daaraan zal vaak een ambtsbericht van de AIVD ten grondslag liggen op de voet van artikel 38 van de Wiv 2002.’<sup>43</sup>

Zou uit deze passage niet een impliciete doelstelling van deze wetswijziging kunnen worden afgeleid? Duidelijk is in elk geval dat welbewust de keuze is gemaakt om de strafvorderlijke autoriteiten onderzoek te kunnen laten verrichten op een terrein waarop vanouds alleen voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten een taak was weggelegd. Dat laat onverlet dat het zwaartepunt van de activiteiten die worden ontplooid om terrorisme te voorkomen en te bestrijden, ligt en zal blijven liggen bij de inlichtingen- en veiligheidsdienst. Komt in het verlengde daarvan strafrechtelijk optreden in beeld, dan zal daarbij doorgaans ook op een of andere wijze informatie van de inlichtingen- en veiligheidsdienst een rol spelen.

### **3 Het ambtsbericht als opsporingsinformatie**

#### **3.1 AIVD-informatie en de start van een opsporingsonderzoek**

Ontegenzeggelijk is sprake geweest van een ontwikkeling die ertoe heeft geleid dat bepaalde werkerreinen van de inlichtingen- en veiligheidsdienst enerzijds en van politie en openbaar ministerie anderzijds elkaar in toenemende mate zijn gaan overlappen. Tegen de achtergrond van hun verschillende taakstellingen groeide daarom het belang van een adequate informatie-uitwisseling. Dit komt ook tot uitdrukking in de wettelijke regeling – in de artikelen 36 en 38 Wiv 2002 – die het mogelijk maakt om informatie ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten over te dragen aan het openbaar ministerie. Dit voorschrift vindt zijn tegenwicht in artikel 61 Wiv 2002. Dat artikel verplicht de leden van het openbaar ministerie de AIVD mededeling te doen van gegevens die zij voor de dienst van belang achten.

Belangrijke complicatie is de beperkte mogelijkheid tot toetsing van de betrouwbaarheid van de verstrekte informatie in verband met de geheimhouding van het actuele kennisniveau, de bronnen en werkwijzen van de AIVD. Op deze plaats lijkt het voor een juiste beeldvorming evenwel goed nogmaals onder de aandacht te brengen dat de Commissie van Toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten onderzoek heeft verricht naar de door de AIVD uitgebrachte ambtsberichten in de periode van januari 2004 tot oktober 2005. De belangrijkste conclusies van dit onderzoek waren dat de inhoud van alle onderzochte ambtsberichten werd onderbouwd door de informatie die de AIVD had verzameld in een ten behoeve van het ambtsbericht samengesteld achterliggend dossier, en dat de vaststelling van de

---

43. Kamerstukken II 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 33.

betrouwbaarheid van de informatie die ten grondslag lag aan het ambtsbericht 'met voldoende waarborgen is omkleed'.<sup>44</sup>

Een opsporingsonderzoek begint doorgaans niet meteen met de toepassing van allerlei onderzoeksbevoegdheden. Een onderzoek vangt veelal aan met een tip, een melding of een aangifte. Die wordt vervolgens nader onderzocht. Binnen de sfeer van de criminele inlichtingendiensten vindt opsporing ook plaats door middel van het actief vergaren van gegevens met behulp van informanten. Die inwinningsactiviteiten worden overigens begrensd door de normen die daaraan worden gesteld door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. Lange tijd is de gedachte geweest dat opsporing in de zin van strafvordering alleen toegestaan is als er een redelijk vermoeden bestaat dat er een strafbaar feit is gepleegd. Uit het wetboek volgt thans dat het begrip opsporing een ruimere strekking heeft. Artikel 132a Sv bepaalt dat onder opsporing wordt verstaan 'het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen'.

Dat AIVD-informatie aan de basis zou kunnen liggen van een strafrechtelijk onderzoek werd voor de eerste keer verwoord in de eerdergenoemde notitie van de minister van Justitie van 28 februari 1992 over de bewijskracht in het strafproces van informatie en technisch materiaal verkregen door de BVD.<sup>45</sup> De minister betrok daarin de stelling dat de scheiding tussen enerzijds inlichtingeninwinning ten behoeve van de staatsveiligheid en anderzijds de opsporing en vervolging van strafbare feiten niet impliceert dat materiaal afkomstig van de BVD onbruikbaar zou zijn voor de strafrechtelijke handhaving. Van overheidswege is deze conclusie dat gegevens van inlichtingen- en veiligheidsdiensten aanleiding kunnen vormen tot het (rechtmatig) instellen van een opsporingsonderzoek nog bij verschillende gelegenheden herhaald. In paragraaf 2.2 is daarop reeds ingegaan.

Ook in de rechtspraak is aanvaard dat ambtsberichten van de AIVD kunnen worden gebruikt als start voor een opsporingsonderzoek. In de zaak Eik ging het om vijf mannen die betrokken zouden zijn bij de voorbereiding van terroristische aanslagen. De Rotterdamse Rechtbank oordeelde dat deze personen niet reeds op grond van ambtsberichten als verdachte konden worden aangemerkt. Maar tegelijkertijd was de rechtbank van mening dat de door de inlichtingen- en veiligheidsdienst aan het openbaar ministerie verstrekte informatie wél de aanleiding kan en mag zijn tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek.<sup>46</sup>

Het Gerechtshof Den Haag liet zich in deze zaak in hoger beroep eveneens uit over het gebruik van AIVD-informatie als startinformatie. Het Hof overwoog ten aanzien van het daarop betrekking hebbende verweer dat aan de oude en de nieuwe

---

44. Commissie van Toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, *a.w.*, p. 15.

45. Kamerstukken II 1991/92, 22 453, nr. 4, p. 2. Zie ook L. van Wifferen, 'Intelligence in het strafproces. Over de waarde van de door de inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte informatie', *NJB* 2003, p. 619.

46. Rechtbank Rotterdam 12 december 2002, LJN AF2141.



Wiv onder meer een eigen toezichtsregime, strikte geheimhoudingsplichten en een onderscheid van taken van enerzijds de BVD/AIVD en anderzijds politie en justitie, ten grondslag liggen. Volgens het Hof volgde daaruit dat van een toets op de rechtmatigheid van door de AIVD verstrekte informatie slechts in zeer beperkte mate sprake kan zijn. Tussen de AIVD en het openbaar ministerie zou een vertrouwensbeginsel gelden

‘erop neerkomend dat de justitiële autoriteiten mogen uitgaan van in ieder geval de rechtmatige verkrijging van de door de BVD/AIVD verstrekte informatie. (...) De bedoelde beperkte controleerbaarheid noopt tot een zorgvuldige en behoedzame omgang met de verstrekte informatie, waarvan mede afhankelijk is de op basis van die informatie te nemen beslissing om de strafvervolgning te beginnen door het openbaar ministerie, dat echter over de in artikel 38 Wiv 2002 bedoelde toetsingsmogelijkheid beschikt (en voordien ook beschikte). Met inachtneming van deze beperking kunnen ‘mededelingen’ (ambtsberichten) van BVD/AIVD zeer wel de grondslag vormen voor de start van een strafrechtelijk onderzoek of de aanwending van initiële opsporingsbevoegdheden, zoals de aanhouding van verdachten en de doorzoeking van woningen, mits de daarin vervatte informatie kan worden aangemerkt als ‘feiten of omstandigheden (die) een redelijk vermoeden’ (van schuld in de zin van artikel 27 Sv) opleveren, dan wel een redelijk vermoeden in de zin van artikel 132a Sv’.<sup>47</sup>

Opvallend is dat het Gerechtshof ten aanzien van de inhoud van de ambtsberichten, ook als deze slechts zijn gebruikt voor de start van het onderzoek en dus niet voor de toepassing van bevoegdheden, de voorwaarde lijkt te stellen dat de beschikbare informatie dan wèl in elk geval een verdenking moet opleveren. Ervan uitgaande dat een opsporingsonderzoek ook kan starten op grond van meldingen, aangiften en tips die nog geen verdenking behelzen, komt het stellen van deze voorwaarde onjuist voor.

De Hoge Raad stelde in zijn arrest in deze zaak, op basis van het doel en de strekking van de wetgeving betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en een aantal parlementaire rechtsbronnen, voorop dat in beginsel geen bezwaar bestaat tegen het gebruik van door inlichtingen- en veiligheidsdiensten vergaard materiaal in het strafproces. Dat in de wetgeving niet is voorzien in een rechterlijke toetsing vooraf en achteraf deed daaraan niet af. Benadrukt werd verder dat beide wetten voorzien in onafhankelijk toezicht op de rechtmatigheid van het functioneren van genoemde diensten door middel van parlementaire controle, en dat de Wiv 2002 daarnaast voorziet in onafhankelijke controle door de Commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Volgens de Hoge Raad verzette zich daarom geen rechtsregel tegen het gebruik van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte inlichtingen als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Tegen die achtergrond gaf

---

47. Gerechtshof Den Haag 21 juni 2004, NJ 2004, 432.

'het oordeel van het Hof omtrent het gebruik van het door de BVD vergaarde materiaal als startinformatie, daarop neerkomende dat dit een verdenking opleverde als bedoeld in art. 27 Sv, niet blijkt (...) van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd, in aanmerking genomen dat voor wat betreft de startinformatie in beginsel van ambtsberichten van de BVD of AIVD mag worden uitgegaan'.<sup>48</sup>

De Hoge Raad kon daarbij in het midden laten wanneer precies AIVD-informatie de start van een opsporingsonderzoek kan rechtvaardigen.

### 3.2 AIVD-informatie, opsporingsbevoegdheden en doorzoeking

#### 3.2.1 De verdenking van een strafbaar feit

Hoewel de opsporing van strafbare feiten vaak niet meteen begint met de toepassing van opsporingsbevoegdheden, kan daartoe, als aan de vereiste wettelijke voorwaarden wordt voldaan, al snel na de start van een opsporingsonderzoek worden besloten. De wet koppelt de toepassing van deze bevoegdheden in beginsel aan de verdenking van een strafbaar feit. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin de verdenking van om het even welk misdrijf volstaat en gevallen waarin slechts de verdenking van ernstiger misdrijven toepassing van de bevoegdheid rechtvaardigt. Dwangmiddelen worden door de wet niet als (bijzondere) opsporingsbevoegdheid aangemerkt, maar de toepassing ervan is gewoonlijk eveneens gekoppeld aan een verdenking.<sup>49</sup>

We zagen reeds dat het Gerechtshof Den Haag in de zaak Eik het verweer dat er op het moment van de doorzoeking en aanhouding nog geen sprake kon zijn van een redelijk vermoeden van schuld had verworpen. Aan het middel dat daarover klaagde, wijdde de Hoge Raad weinig woorden. Hij sloot zich aan bij de beslissing van het Hof: door de inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaard materiaal kan ook een verdenking opleveren.

Vanwege de verplichting om het actuele kennisniveau, de bronnen en modus operandi van de AIVD geheim te houden, kan veelal geen openbare verklaring worden afgelegd over de informatie op grond waarvan een ambtsbericht tot stand is gekomen. Dat maakt dat bij een ambtsbericht al snel de vergelijking opkomt met anoniem verstrekte informatie voor de beantwoording van de vraag in hoeverre op een

---

48. Hoge Raad 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. T.M. Schalken (Eik).

49. In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden kan worden gebaseerd op AIVD-informatie. AIVD-informatie kan zelf ook het voorwerp zijn van toepassing van een strafvorderlijke bevoegdheid. Over een dergelijke bijzondere situatie oordeelde de Hoge Raad in zijn beschikking van 25 maart 2008, NbSr 2008, 149 op het beroep in cassatie tegen een beschikking van de Rechtbank Den Haag, houdende ongegrondverklaring van een klaagschrift betreffende onder het dagblad *De Telegraaf* inbeslaggenomen stukken die afkomstig waren van de AIVD. Gewezen zij in dit verband voorts op de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank Haarlem van 23 juli 2009, LJN BJ3535, betreffende een doorzoeking ter inbeslagneming teneinde staatsgeheime informatie bij de AIVD terug te brengen.

verstrekt ambtsbericht een verdenking kan worden gebaseerd. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat anonieme meldingen in zijn algemeenheid de grondslag kunnen vormen voor de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden. Volgens de Hoge Raad kan een redelijk vermoeden van de aanwezigheid van wapens en munitie als bedoeld in artikel 49 van de Wet wapens en munitie worden aangenomen op grond van anoniem verstrekte informatie.<sup>50</sup> Ook kan een verdenking van overtreding van de Opiumwet worden gebaseerd op een Meld Misdaad Anoniem-melding.<sup>51</sup>

In de strafzaak die geleid heeft tot het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 2008, NJ 2008, 329 m.nt. M.J. Borgers, was een doorzoeking gebaseerd op aan de AIVD anoniem verstrekte informatie. Daarin was aangegeven dat in een nader aangeduide woning explosieven, handgranaten en wapens aanwezig zouden zijn, bedoeld voor een enkele weken later te plegen aanslag op winkelcentrum Hoog Catharijne in Utrecht. Deze informatie werd door de AIVD, de politie en openbaar ministerie getoetst en onderzocht ‘– waartoe de tijdsperiode tussen de anonieme melding en de daarin genoemde datum van de te plegen aanslag in dit geval ook de gelegenheid bood – zonder dat van enige aanvullende belastende informatie bleek’. Onder die omstandigheden gaf het oordeel van het Hof dat er onvoldoende grond was voor het redelijkerwijs kunnen vermoeden dat in de desbetreffende woning wapens en munitie aanwezig waren volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk was.

Borgers wijst er in zijn noot onder dit arrest terecht op dat de invulling van het verdenkingscriterium hoofdzakelijk wordt bepaald door de casuïstiek, die in essentie berust op een afweging van het belang van bescherming tegen willekeurig overheidsop treden en het belang van strafrechtelijke handhaving. Dat geldt ook als het gaat om de bruikbaarheid en het gewicht van anoniem verstrekte informatie. Relevante wegingsfactoren zijn volgens hem:

‘de inhoud van de anonieme melding, een zelfstandige beoordeling van die inhoud door politie en/of justitie, de concrete mogelijkheden – mede gelet op de noodzakelijke spoed van strafvorderlijk optreden – tot verificatie van de informatie, de aard van de toegepaste bevoegdheid, de mogelijkheid van de voorafgaande inzet van minder verstrekkende bevoegdheden alsmede de eventuele alternatieven voor strafvorderlijk optreden.’

Deze opsomming van factoren kan mijns inziens ook een goed kader vormen voor het beantwoorden van de vraag of (uitsluitend) op grond van een ambtsbericht een verdenking kan worden aangenomen.<sup>52</sup> Dat antwoord zal steeds afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Een verdenking is immers, als resultante van een afweging tussen het belang van het begrenzen van de uitoefening van

50. Hoge Raad 25 september 2001, NJ 2002, 97.

51. Hoge Raad 11 maart 2008, NJ 2008, 328.

52. Zie voor een overzicht van de rechtspraak over de vraag of op basis van (anonieme) CIE-informatie een verdenking kan worden aangenomen S. Brinkhoff, ‘Controle op Criminele Inlichtingen-eenheden’, DD 2009, 10, p. 117-123.

strafvorderlijke bevoegdheden enerzijds en het belang van strafrechtelijke rechtshandhaving anderzijds, een criterium dat aan de bevoegde opsporingsambtenaar een zekere discretionaire ruimte laat. De hierboven aangehaalde zaak is daarvan een mooi voorbeeld. Het ging om een anonieme tip over een mogelijke terroristische aanslag. Omdat deze aanslag pas enkele weken later zou plaatsvinden, was er gelegenheid om de tip nader op betrouwbaarheid te toetsen. Maar als de tip nu een terroristische aanslag betrof die dezelfde dag zou worden gepleegd? Had men in dat geval, gelet op de concreetheid van de informatie, geen verdenking mogen aannemen? Dat valt zeer te betwijfelen. En zou niet ook de Hoge Raad dat tot uitdrukking hebben willen brengen door toevoeging van het tussenzinnetje ‘– waartoe de tijdspanne tussen de anonieme melding en de daarin genoemde datum van de te plegen aanslag in dit geval ook de gelegenheid bood – ’? Niet ondenkbaar is overigens dat de Hoge Raad – gelet op de beperkte toetsing van feitelijke waarderingen in cassatie – ’s hofs oordeel ook begrijpelijk had gevonden indien het, gelet op de concreetheid van de informatie, wel voldoende grond aanwezig had geacht voor een redelijk vermoeden dat wapens en munitie in de woning aanwezig waren.

Juist bij ambtsberichten is dikwijls sprake van binnen het gegeven tijdsbestek beperkte verificatiemogelijkheden, terwijl de situatie alarmerend is vanwege de dreiging van een terroristisch misdrijf. Zodra in die gevallen de informatie concreet genoeg is en de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding de juistheid van de inhoud van het ambtsbericht heeft geverifieerd, zal zij naar mijn mening al snel een verdenking van een strafbaar feit moeten kunnen opleveren. Het belang van strafrechtelijke rechtshandhaving vergt in dat geval nader (opsporings)onderzoek naar de juistheid van het vermoeden. Dat belang weegt, zeker bij een acute dreiging van terroristische activiteiten, al snel zwaarder dan het belang van terughoudend overheidsoptreden bij de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden.

### 3.2.2 De toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden

Kenmerkend aan bijzondere opsporingsbevoegdheden is dat zij in een vroege fase van het opsporingsonderzoek heimelijk kunnen worden toegepast. Bij deze bevoegdheden kan naast de verdenking van een concreet (ernstig) misdrijf (artikel 126g Sv), ook het ‘redelijk vermoeden (...) dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67 lid 1, worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren’ (artikel 126o Sv) of het bestaan van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf (artikel 126zd Sv) als grondslag voor toepassing gelden.

Laatstgenoemd criterium is op 1 februari 2007 door de Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven in het Wetboek van Strafvordering geïntroduceerd omdat het volgens de wetgever ongewenst zou zijn als, bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf, opsporingshandelingen waarvan redelijkerwijs mag worden verwacht dat zij kunnen bijdragen aan het voorkomen van een terroristische aanslag, achterwege zouden worden gelaten bij

gebreke aan een voldoende onderbouwde verdenking. Over de verhouding tot het begrip verdenking blijkt uit de wetsgeschiedenis het volgende.

‘Waar, in lijn met artikel 27 Sv, bij andere feiten, in verband met de eis van een verdenking, een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd tot uitgangspunt wordt genomen, kan bij terroristische misdrijven ook in gevallen waarin minder waarschijnlijk is dat daadwerkelijk een dergelijk misdrijf is gepleegd, opsporing plaatsvinden. Aanwijzingen zijn voldoende; een redelijk vermoeden van een strafbaar feit is niet vereist. Van aanwijzingen is sprake indien de beschikbare informatie feiten en omstandigheden bevat die erop duiden dat daadwerkelijk een terroristisch misdrijf zou zijn of zal worden gepleegd. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij moeilijk verifieerbare geruchten dat een aanslag wordt voorbereid of dat daartoe wordt samengepannen. Ook uitkomsten van dreigingsanalyses van de AIVD kunnen aanwijzingen opleveren.’<sup>53</sup>

Bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf gaat het derhalve om een criterium dat niet alleen ten opzichte van een verdenking van een gepleegd strafbaar feit een verruiming inhoudt, maar dat ook voorziet in ruimere mogelijkheden tot opsporing van nog te plegen strafbare feiten.

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat geleid heeft tot de Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven heeft de minister van Justitie aangegeven ‘een proces gaande te willen houden waarbij de wetgeving in werking bij voortdurende wordt gemonitord’.<sup>54</sup> Uit de eerste resultaten van dit monitorproces – opgenomen in een rapportage van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie (WODC) – blijkt dat in het eerste jaar na inwerkingtreding van de wet in acht tactische onderzoeken bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn toegepast op basis van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Verder komt naar voren dat in deze onderzoeksperiode er enkele zaken zijn geweest waarin men op grond van aanwijzingen is gaan onderzoeken, waarbij de startinformatie afkomstig was van de AIVD. Volgens de onderzoekers zou dit kunnen betekenen dat de AIVD in een eerder stadium dan voorheen ‘minder harde’ informatie heeft verstrekt. Het is echter ook mogelijk, aldus de onderzoekers, dat informatie die door de AIVD wordt verstrekt, nu door politie en openbaar ministerie anders wordt ‘gelabeld’ dan voor de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving – namelijk als aanwijzingen – zonder dat deze informatie door de AIVD zelf als ‘minder hard’ wordt beschouwd. Interessant is, en dat is eveneens verwoord in deze rapportage, het gezichtspunt van de geïnterviewde AIVD-medewerkers over het onderzoeken op aanwijzingen. Zij geven aan dat het in de praktijk moeilijk is om op een vroeg moment informatie over te dragen aan het openbaar ministerie en de politie. Dit heeft vooral te maken met het feit dat de AIVD zijn informatiepositie gedeeltelijk kwijtraakt op het moment

---

53. Kamerstukken II 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9.

54. *Handelingen I* 2006/07, p. 218.

van informatieoverdracht. In verband daarmee heeft de AIVD er volgens deze geïnterviewden geen belang bij om op een vroeg moment – zonder dat sprake is van een reële verdenking van strafbare feiten, of van een reële dreiging – informatie te verstrekken aan het openbaar ministerie.<sup>55</sup>

De inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden, mede op basis van AIVD-informatie, speelde ook in de zogenoemde Piranha zaak.<sup>56</sup> In deze zaak ging het om personen die werden verdacht van lidmaatschap van een terroristische organisatie die aanslagen wilde plegen op politici en op het gebouw van de AIVD in Leidschendam. Daarnaast zouden enkele verdachten geprobeerd hebben jongeren te ronselen voor de Jihad. Ook zou sprake zijn geweest van verboden wapenbezit. Het Gerechtshof Den Haag onderzocht in deze zaak eerst tamelijk gedetailleerd of uit de gegevens, opgenomen in een startproces-verbaal, kon worden afgeleid dat er tijdens de start van het titel V onderzoek ‘Paling’ (dat voorafging aan het Piranha onderzoek) sprake was van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv werden beraamd of gepleegd, die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd, een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Daarna nam het Hof uitgebreid de feiten en omstandigheden onder de loep die geleid hebben tot de start van het daarop volgende titel IVa onderzoek. Bij dergelijk onderzoek is voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden in elk geval vereist dat sprake moet zijn van een verdenking van een misdrijf. Afhankelijk van de aard van de bevoegdheid gelden dan vaak nog nadere toepassingsvoorwaarden, bijvoorbeeld dat het moet gaan om een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Opmerking verdient dat de wet niet eist dat op het moment waarop het redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband – kort gezegd – ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd zich heeft verdicht tot een verdenking, ook moet worden ‘overgestapt’ naar de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden die zijn gekoppeld aan het verdenkingsvereiste.<sup>57</sup>

### 3.3 AIVD-informatie, vrijheidsbenemende dwangmiddelen en artikel 5 EVRM

#### 3.3.1 De toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen

In het stelsel van strafvorderlijke bevoegdheden nemen de vrijheidsbenemende dwangmiddelen een bijzondere plaats in vanwege hun ingrijpende karakter. Het gaat om bevoegdheden die slechts tegen een verdachte mogen worden aangewend (staande houden, aanhouden, ophouden voor verhoor en inverzekeringstelling). Voor de toepassing van voorlopige hechtenis (bewaring, gevangenhouding en gevangenneming) geldt voorts dat er, naast de aanwezigheid van gronden en een

55. C.J. Poot e.a., ‘De opsporing verruimd? De Wet opsporing terroristische misdrijven een jaar in werking’, Ministerie van Justitie/WODC, Den Haag 2009, p. 53.

56. Gerechtshof Den Haag 2 oktober 2008, LJN BF3987.

57. Vgl. Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 24. Zie hierover ook M. Krommendijk e.a., ‘De Wet BOB: Titels IVa en V in de praktijk. Besluitvorming over bijzondere opsporingsbevoegdheden in de aanpak van georganiseerde criminaliteit’, Ministerie van Justitie/WODC, Den Haag 2009.

verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, ernstige bezwaren moeten bestaan tegen de verdachte waarvan uit feiten en omstandigheden blijkt (artikel 67 lid 3 Sv). Dit vereiste van ernstige bezwaren impliceert dat een extra stevige verdenking tegen de betrokkene moet bestaan. Uit artikel 5 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak volgt verder dat deze verdenking om een hechtere onderbouwing vraagt naarmate de vrijheidsbeneming langer duurt. De vraag welke rol AIVD-informatie bij de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen kan hebben, is inmiddels in enkele strafzaken aan de orde geweest.

De Rechtbank Rotterdam vond in de zaak Eik dat een persoon niet louter op basis van ambtsberichten als verdachte kon worden aangemerkt.<sup>58</sup> Het Gerechtshof Den Haag oordeelde hierover als volgt.

‘Het Hof vermag niet in te zien dat de in de onderhavige zaak door de BVD via het Korps Landelijke Politiediensten in augustus en september verstrekte en in ambtsberichten neergelegde informatie de op 13 september van dat jaar uitgevoerde doorzoekingen niet legitimeerden, noch dat die ambtsberichten – in samenhang met onder meer de resultaten van die doorzoekingen – de aanhouding en voortgezette vrijheidsbeneming van de verdachte op grond van tegen hem bestaande ernstige bezwaren, niet zou kunnen rechtvaardigen.’<sup>59</sup>

Het Hof lijkt hier, door te verwijzen naar andere onderzoeksresultaten, de gegrondheid van de verdenking (tegen een persoon) met het oog op de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen op iets meer te baseren dan alleen de informatie die was opgenomen in de ambtsberichten. In cassatie liet de Hoge Raad zich hierover niet uit.

Vlak na het vonnis in eerste aanleg in de zaak Eik behandelde de raadkamer in de Rechtbank Rotterdam een drietal verzoeken tot opheffing van de voorlopige hechtenis in strafzaken waarbij AIVD-informatie eveneens een rol had gespeeld. De raadkamer wees alledrie de verzoeken af. Op basis van een inhoudelijke beoordeling kwam zij telkens tot het oordeel dat het er niet op leek dat het ambtsbericht tot stand gekomen was naar aanleiding van een incidentele tip en evenmin dat het een korte spanne tijds omvatte. Verder hechtte de raadkamer aan de toetsing van het ambtsbericht door de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding. Daarbij ging zij ervan uit dat deze toetsing slechts marginaal kon zijn, een veronderstelling die, voor zover het de juistheid en volledigheid van het ambtsbericht betreft, geen steun vindt in de wet.<sup>60</sup> Een heel duidelijk beeld geven deze beschikkingen overigens niet. Zij stellen voorop dat de in het ambtsbericht opgenomen informatie voldoende rechtvaardiging oplevert ‘om tot een verdenking te komen als bedoeld in artikel 27 Sv’. En op grond daarvan ‘waren de aanhouding van verdachte en de daarop volgende dwangmiddelen eveneens gerechtvaardigd’. Maar vervolgens wordt in één

---

58. Rechtbank Rotterdam 12 december 2002, LJN AF2141.

59. Gerechtshof Den Haag 21 juni 2004, LJN AP2058.

60. Vgl. art. 38 lid 3 Wv 2002.

zaak gewezen op aanvullende gegevens die een ‘zelfstandige verdenking opleverden tegen verdachte’ en in een andere zaak is sprake van een vervolgonderzoek door het KLPD dat ‘heeft geleid tot verdere verdenking als bedoeld in artikel 27 Sv’.<sup>61</sup>

In één van deze raadkamerzaken werd hoger beroep ingesteld tegen de afwijzing van het verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis. Daarbij bleek dat de raadkamer van het Gerechtshof Den Haag eveneens van opvatting was dat de feiten en omstandigheden die ten aanzien van de verdachte bekend waren, voldoende grond opleverden voor een redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 27 lid 1 Sv.

‘Uitgangspunt is dat feiten of omstandigheden waaruit een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering dan wel een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd als bedoeld in artikel 132a Wetboek van Strafvordering voortvloeit, niet alleen het resultaat kunnen zijn van handelingen van met opsporing belaste instanties, maar ook van informatie van derden. Derhalve kunnen aan een dergelijk vermoeden feiten of omstandigheden ten grondslag liggen die niet (pas) in het kader van een strafrechtelijk – en als zodanig met strafrechtelijke waarborgen omkleed – onderzoek bekend zijn geworden.’<sup>62</sup>

Dat dit anders ligt wanneer het gaat om informatie die afkomstig is van een inlichtingen- en veiligheidsdienst, zoals door de verdediging werd betoogd, vond naar het oordeel van het Hof geen steun in het recht. Wel dient steeds te worden bezien of de informatie in voldoende mate concrete feiten of omstandigheden oplevert waaruit een verdenking voortvloeit. Over de betekenis van de toetsing door de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding liet de raadkamer zich verder niet uit. Maar ook deze raadkamerbeschikking maakt duidelijk dat de informatie die heeft geleid tot de aanhouding en de voortgezette vrijheidsbeneming van de verdachte niet alleen gebaseerd was op de inhoud van een ambtsbericht.

‘In het onderhavige geval is de verdenking, die heeft geleid tot aanhouding van verdachte en het toepassen van dwangmiddelen jegens hem gebaseerd op bevindingen, verkregen bij een doorzoeking die reeds in april 2002 in een onderzoek, gericht tegen een andere verdachte, had plaatsgevonden in samenhang met het ambtsbericht van de AIVD d.d. 27 augustus 2002 en voorts op feiten en omstandigheden, waarvan bleek bij opsporingshandelingen welke na genoemd ambtsbericht werden verricht, eveneens jegens anderen dan de verdachte.’

### 3.3.2 De relatie tot het EVRM

De afwegingen die aan de toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen ten grondslag liggen, worden niet enkel door het nationale recht beheerst. De redelijkheid van de verdenking waarop de vrijheidsbeneming is gebaseerd, vormt ook een

---

61. Raadkamer Rechtbank Rotterdam 31 december 2002, LJN AF2579, AF2580 en AF2581.

62. Raadkamer Gerechtshof Den Haag 17 januari 2005, LJN AF3039.



essentieel onderdeel van de waarborgen tegen willekeurige vrijheidsbeneming, neergelegd in artikel 5 EVRM. Voor de betekenis van AIVD-informatie in relatie tot deze redelijke verdenking is verder relevant dat het EHRM oog heeft voor het feit dat de bestrijding van terrorisme opsporingsinstanties voor bijzondere problemen stelt. Belangrijke uitspraken die het Hof in dit verband heeft gewezen, betreffen de zaken Fox, Campbell & Hartley, Murray en O'Hara. Daarin ging het steeds om misdrijven met een terroristische achtergrond.

Uit Fox, Campbell & Hartley volgt onder meer dat de verdenking een concreet strafbaar feit moet betreffen, enigszins met feitelijke informatie moet zijn onderbouwd en toetsbaar moet zijn. In deze zaak aanvaardde het Hof ook dat het nodig kan zijn om een deel van de gegevens waarop de verdenking is gebaseerd, geheim te houden.

'Because of the attendant risk of loss of life and human suffering, the police are obliged to act with utmost urgency in following up all information, including information from secret sources. Further, the police may frequently have to arrest a suspected terrorist on the basis of information which is reliable but which cannot, without putting in jeopardy the source of the information, be revealed to the suspect or produced in court to support a charge (...) in view of the difficulties inherent in the investigation and prosecution of terrorist-type offences in Northern Ireland, "the reasonableness" of the suspicion justifying such arrests cannot always be judged to the same standards as are applied in dealing with conventional crime. Nevertheless, the exigencies of dealing with terrorist crime cannot justify stretching the notion of "reasonableness" to the point where the essence of the safeguard secured by Article 5 § 1 (c) (...) is impaired (...).'

De vraag of de verdenking voldoende onderbouwd is, wordt door het Hof met enige terughoudendheid getoetst.

'Certainly Article 5 § 1 (c) of the Convention should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities of the Contracting States in taking effective measures to counter organised terrorism (...). It follows that the Contracting States cannot be asked to establish the reasonableness of the suspicion grounding the arrest of a suspected terrorist by disclosing the confidential sources of supporting information or even facts which would be susceptible of indicating such sources or their identity. Nevertheless the Court must be enabled to ascertain whether the essence of the safeguard afforded by Article 5 § 1 (c) has been secured. Consequently, the respondent Government have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence.'

Het Hof kon dit in Fox, Campbell & Hartley echter niet nagaan, omdat de Britse regering weigerde (enige) inzage te verlenen in de gegevens waarop de verdenkingen waren gebaseerd.<sup>63</sup>

Een vergelijkbare benadering, maar dan met een andere uitkomst, koos het EHRM in de zaak Murray.<sup>64</sup> Ook hier stelt het Hof voorop dat bij de uitleg en de toepassing van het verdrag rekening moet worden gehouden met ‘the special nature of terrorist crime, the threat it poses to democratic society and the exigencies of dealing with it’. Vertrouwelijke informatie waarop de verdenking zou zijn gebaseerd, heeft in het licht daarvan niet te worden geopenbaard. Maar dit betekent niet ‘that the investigating authorities have carte blanche under Article 5 to arrest suspects for questioning, free from effective control by the domestic courts or by the Convention supervisory institutions, whenever they choose to assert that terrorism is involved’. In deze zaak oordeelde het Hof dat een redelijke verdenking in de zin van artikel 5 EVRM kon worden gebaseerd op het enkele feit dat de verdachte, die betrokken zou zijn bij de financiering van wapenaankopen, contacten onderhield met haar broers die eerder voor een terroristisch misdrijf waren veroordeeld. De volgende feitelijke en beschikbare informatie achtte het Hof daarvoor voldoende:

‘Some weeks before her arrest two of Mrs Murray’s brothers had been convicted in the USA of offences connected with purchase of arms for the Provisional IRA. As she disclosed in her evidence to the High Court, she had visited the USA and had contacts with her brothers there. The offences of which her brothers were convicted were ones that implied collaboration with ‘trustworthy’ persons residing in Northern Ireland.’

Daarbij kende het Hof betekenis toe aan het gegeven dat de nationale rechter zich eerder over de achtergronden van de verdenking had gebogen.

‘In the action brought by Mrs Murray against the Ministry of Defence for false imprisonment and other torts, the High Court judge, after having heard the witnesses and assessed their credibility, found that she had genuinely been suspected of having been involved in the collection of funds for the purchase of arms in the USA for the Provisional IRA. The judge believed the evidence of the arresting officer, Corporal D, who was described as a ‘transparently honest witness’, as to what she had been told after her briefing before the arrest.’

In de zaak O’Hara ging het om een klacht van een verdachte die was aangehouden en gedurende meer dan zes dagen in verzekering was gesteld. De verdachte stelde niet op basis van een concrete verdenking te zijn aangehouden, doch slechts op

---

63. EHRM 30 augustus 1990, 12244/86 (Fox, Campbell & Hartley t. Verenigd Koninkrijk). Daarbij overwoog het Hof uitdrukkelijk dat het feit dat Mr Fox en Ms Hartley eerder waren veroordeeld voor terroristische misdrijven niet de enige basis kon vormen van een ‘suspicion justifying their arrest in 1986, some seven years later’.

64. EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 m.nt. Kn (Murray t. Verenigd Koninkrijk).

basis van persoonlijke inschattingen van een enkele opsporingsambtenaar. Het Verenigd Koninkrijk kon echter naar het oordeel van het EHRM aantonen dat er een verdenking tegen de verdachte had bestaan die was gestoeld op objectieve, feitelijke omstandigheden. Deze omstandigheden bestonden in verklaringen van anonieme informanten die inhielden dat de verdachte mogelijk de dader van een terroristische moord was. Het Hof overwoog daarbij – in een vergelijking tussen deze zaak en de zaken Fox, Campbell & Hartley en Murray – dat er een dunne lijn kan bestaan tussen de zaken waarin de verdenking waarop de arrestatie is gebaseerd niet voldoende is gefundeerd op objectieve feiten, en zaken waarin dit wel het geval is. De aanhouding van O’Hara was naar de mening van het Hof

‘a preplanned operation, more akin to the arrest in the Murray case, and was based on slightly more specific detail than in the Fox, Campbell and Hartley case’.<sup>65</sup>

Volgens het EHRM kan het in terrorismezaken derhalve nodig zijn met het oog op zwaarwegende belangen niet alle informatie betreffende de redelijkheid van de verdenking bekend te maken.<sup>66</sup> Tegelijk moet er wel voldoende materiaal beschikbaar zijn dat de verdenking kan rechtvaardigen. Het Verdrag geeft geen grond voor de veronderstelling dat het geoorloofd is om bij terroristische misdrijven voor de onderbouwing van een verdenking lichtere eisen te stellen dan ten aanzien van andere vormen van criminaliteit. Wel lijkt uit de hierboven besproken zaken te kunnen worden afgeleid dat bij strafbare feiten die verband houden met terroristische activiteiten de ondergrens van een ‘reasonable suspicion’ wordt opgezocht.

De vraag in hoeverre de verdenking waarop de vrijheidsbeneming is gebaseerd door de verdediging zelf moet kunnen worden getoetst, hangt samen met het recht op kennisneming van de processtukken. Richtinggevend is in dit verband de zaak Schöps waarin het EHRM overwoog: ‘Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his clients detention. (...) It thus follows that, in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, proceedings conducted under Article 5 par. 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an on-going investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure.’<sup>67</sup> Het EHRM geeft daarmee expliciet aan dat het onderzoeksbelang grond kan vormen om verdedigingsrechten in het vooronderzoek te beperken. Tegelijk kan uit deze rechtspraak worden afgeleid dat inzage in processtukken die van essentieel belang zijn voor beslissingen inzake de voorlopige hechtenis, verleend moet worden.

---

65. EHRM 16 oktober 2001, 37555/97 (O’Hara t. Verenigd Koninkrijk).

66. Zie ook M.J. Alink, ‘AIVD-informatie als bewijs in het strafproces’, in: P.D. Duyx en P.D.J. van Zeven (red.), ‘Via Straatsburg’ (Myjer-bundel), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2004, p. 156.

67. EHRM 13 februari 2001, 25116/94 (Schöps t. Duitsland).

Naarmate de vrijheidsbeneming langer duurt, zullen in het algemeen zwaardere eisen aan de informatie die de verdenking draagt en aan de toetsbaarheid van die informatie worden gesteld.<sup>68</sup> Zeker na verloop van tijd is voor de redelijkheid van het vermoeden meer vereist. Hoe lang de eerste periode kan duren gedurende welke volgens het EHRM met een verdenking kan worden volstaan, valt niet met zekerheid te zeggen.<sup>69</sup> Maar ook al zou deze periode naar de maatstaven van het Hof langer kunnen zijn dan de termijn van de inverzekeringstelling, dan nog zal voor de Nederlandse situatie gelden dat er vanaf de inbewaringstelling ook gronden voor de voorlopige hechtenis aanwezig moeten zijn en, naast een verdenking, ernstige bezwaren tegen de verdachte moeten bestaan.

In dit verband verdient nog vermelding dat de Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven artikel 67 Sv heeft aangevuld met een nieuw vierde lid dat het mogelijk maakt bij een verdenking van een terroristisch misdrijf bewaring te bevelen buiten het geval van ernstige bezwaren. De wetgever achtte dit nodig, omdat

‘de aanwijzingen bij de start van een onderzoek naar het voorbereiden van een terroristische aanslag veelal nog niet een hecht onderbouwde verdenking behelzen. Tegelijkertijd kan, gelet op het grote aantal slachtoffers dat bij een dergelijke aanslag kan vallen, daadwerkelijk optreden tegen mogelijke betrokkenen niet worden uitgesteld. Deze factoren leiden ertoe dat inverzekeringstelling zich in deze gevallen op basis van een betrekkelijk lichte verdenking kan voordoen. Het is dan ongewenst dat een bevel tot bewaring door de rechter vervolgens achterwege blijft als het onderzoek in de beschikbare korte periode te weinig heeft opgeleverd. Dat komt vooral onwenselijk voor als er reële mogelijkheden zijn dat dit onderzoek, dat zich bij een internationaal verschijnsel als het hedendaagse terrorisme zeer wel mede in het buitenland kan afspelen, en waarbij informatievervalsing door inlichtingendiensten een rol kan spelen, nog belangwekkende resultaten kan opleveren’.<sup>70</sup>

Gesteld kan worden dat de wetgever voor deze aanpassing van de regeling inzake de voorlopige hechtenis gebruik heeft gemaakt van de ruimte die artikel 5 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak bieden om vrijheidsbeneming op basis van een verdenking gedurende een langere periode mogelijk te maken.

68. EHRM 28 oktober 1994, NJ 1995, 509 m.nt. Kn (Murray t. Verenigd Koninkrijk), r.o. 56.

69. Zie ook L. Stevens, ‘De praktijk van de Nederlandse voorlopige hechtenis vanuit Straatsburgs perspectief: klaag niet te snel’, DD 2008, 35, p. 506 en M.J. Borgers, ‘De ernstig geschokte rechtsorde, een vervolg’, AA 2007, p. 804.

70. Kamerstukken II 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 26.

### 3.4 Parallele onderzoeken

#### 3.4.1 Eik, Piranha en enkele andere zaken

Door de verruiming van de opsporingsmogelijkheden en de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van samenspanning en voorbereidingshandelingen bij terroristische misdrijven is de kans groter geworden dat opsporingsinstanties en inlichtingen- en veiligheidsdiensten gelijktijdig onderzoek verrichten naar dezelfde personen of groeperingen. Dit is een consequentie die de wetgever onder ogen heeft gezien. In reactie op vragen van de leden van de CDA-fractie in de Tweede Kamer over het toezicht op het gescheiden houden van het inlichtingenwerk en het opsporingswerk wees de minister van Justitie in eerste instantie op het toezichtsinstrumentarium dat van toepassing is op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Daarnaast meende hij dat ter zake ook een rol voor de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding was weggelegd.

‘Ook hij zal ervoor waken dat er vanuit de opsporing verzocht wordt aan de AIVD om onderzoekshandelingen te verrichten ten behoeve van de opsporing. Dit ter vermijding van strafprocessuele complicaties, zoals U-bocht constructies.’<sup>71</sup>

De mogelijkheid van parallelle onderzoeken sloot de minister van Justitie evenwel niet uit. Behalve voor samenwerking zag hij ruimte voor het simultaan verrichten van onderzoek.<sup>72</sup> In de praktijk kan, zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak, van een dergelijke samenloop ook sprake zijn indien opsporingsonderzoek mede door een ambtsbericht is geïnstigeerd.<sup>73</sup>

Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak Eik. De Hoge Raad bepaalde in deze zaak dat de resultaten van het door de inlichtingen- en veiligheidsdienst ingestelde onderzoek niet tot het bewijs mogen worden gebruikt wanneer, bijvoorbeeld, ‘doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie’. Het feitelijk oordeel van het Hof, dat op geen enkele wijze is gebleken dat het openbaar ministerie de grenzen die aan de opsporing door de politie zijn gesteld, heeft willen omzeilen, achtte de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat het openbaar ministerie wist dat de BVD de groepering in kwestie zelf ook bleef volgen, deed daaraan niet af. Het ging er hier om dat het openbaar ministerie materiaal van de BVD had aanvaard dat de BVD had verzameld terwijl al sprake was van een verdenking. Het Hof oordeelde eerder in deze zaak dat de stelling ‘dat een paral-

71. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 18.

72. Kamerstukken II 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 44.

73. Zie ook C.J. Poot e.a., a.w., p. 53. Volgens de geïnterviewde AIVD-medewerker moet de AIVD een ‘terughoudende positie’ innemen als informatie is verstrekt aan het OM. En het kan nodig zijn om ‘menselijke bronnen (gedeeltelijk) terug te trekken omdat deze anders in beeld komen bij het opsporingsonderzoek’.

lel onderzoek van BVD naast justitie niet toegelaten zou zijn en/of dat voortgezette informatie-uitwisseling dan ontoelaatbaar is' geen steun in het recht vindt.

Een tweede voorbeeld betreft HR 13 november 2007, NJ 2007, 614. In deze zaak was het openbaar ministerie een onderzoek begonnen naar een groepering van dierenrechtenactivisten die zich mogelijk schuldig zouden (gaan) maken aan strafbare feiten tegen een onderzoeksinstituut waar dierproeven worden verricht. De verdediging vond dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moest worden verklaard omdat het de AIVD onderzoek zou hebben laten verrichten waartoe het zelf in de gegeven omstandigheden de bevoegdheden miste. Er zou sprake zijn geweest van zeer directe informatie-uitwisseling tussen het openbaar ministerie en de AIVD. Dat zou blijken uit ambtsberichten die werden uitgebracht in aanvulling op informatie verkregen over de tap en na aanhouding van een verdachte. Het Gerechtshof Den Haag had eerder verzoeken tot het horen van getuigen in verband met dit niet-ontvankelijkheidsverweer afgewezen.

De Hoge Raad stelde voorop dat de wetgever een duidelijk juridisch en feitelijk onderscheid voor ogen heeft gestaan tussen enerzijds het optreden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en anderzijds het optreden van de opsporingsdiensten, waarbij de onderscheiden bevoegdheidstoedeling niet in de weg staat aan informatieverstrekking door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan de opsporingsdiensten en andersom. Verder overwoog de Hoge Raad dat op grond van de Wiv 2002 wederkerige contacten tussen de verschillende diensten mogelijk zijn, maar dat daarbij geldt dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bevoegdheden uitsluitend voor de eigen taakstelling mogen aanwenden.

'De Wiv 2002 verleent evenwel aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de discretionaire bevoegdheid tot het verstrekken van informatie aan het openbaar ministerie. De inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn daarin autonoom en dienen binnen het wettelijk kader een eigen afweging te maken. De Wiv 2002, noch het doel of de strekking van deze wet, verzet zich tegen informatieverstrekking op verzoek van het openbaar ministerie of de opsporingsdiensten. Voorts belet geen rechtsregel het openbaar ministerie of de opsporingsdiensten nadere informatie aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten te vragen. Daarbij verdient echter opmerking dat het met het oog op het buiten toepassing laten van strafvorderlijke waarborgen doelbewust niet aanwenden van opsporingsbevoegdheden teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie, evenals het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst aanwenden van zijn bevoegdheden voor strafvorderlijke doeleinden, in strijd is met de wet.' (vgl. HR 5 september 2006, LJN AV4122, NJ 2007, 336, r.o. 4.7.2. en 6.4.2.)

Vervolgens concludeerde de Hoge Raad dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat zowel een inlichtingen- en veiligheidsdienst als het openbaar ministerie of een opsporingsdienst elk voor zich – en daardoor mogelijk parallel – onderzoek doet naar bepaalde personen of groeperingen, indien daartoe vanuit de vervulling van hun taak aanleiding bestaat.

Voorts had het hof volgens de Hoge Raad de juiste maatstaven aangelegd toen het oordeelde dat de verdachte door het niet horen als getuigen van het plaatsvervangend hoofd van de AIVD en de teamleider van het KLPD niet in zijn verdediging wordt geschaad en de noodzaak tot het horen als getuigen van de landelijke officieren van justitie voor terrorismebestrijding niet is gebleken. 's Hof's daaraan ten grondslag liggende motivering legde de Hoge Raad als volgt (nader) uit:

‘Ter motivering van die beslissingen heeft het Hof verwezen naar de motivering van de verwerping van het niet-ontvankelijkheidsverweer.

Die motivering houdt in de eerste plaats in dat het Hof van oordeel is dat:

- a) binnen strikte grenzen geen rechtsregel zich verzet tegen een gelijktijdig onderzoek van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en een opsporingsonderzoek onder leiding van het openbaar ministerie;
- b) eveneens binnen strikte grenzen geen rechtsregel zich verzet tegen een voortgezette informatie-uitwisseling en
- c) geen wettelijke bepaling verbiedt dat het openbaar ministerie aanvullende informatie, ook indien deze door het openbaar ministerie zelf is gevraagd, als startinformatie gebruikt.

Die oordelen geven, gelet op hetgeen hiervoor is vooropgesteld, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’

Daarnaast had het Hof volgens de Hoge Raad, niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat de (ook voor justitie) beschikbare informatie voor de AIVD kennelijk aanleiding was de groepering in kwestie te blijven volgen:

‘Het voorgaande in aanmerking genomen en gelet op hetgeen door de verdediging ter onderbouwing van de verzoeken is aangevoerd, heeft het Hof met zijn verwijzing naar de overweging dat niet is gebleken dat het Openbaar Ministerie de eigen opsporingsbevoegdheden heeft omzeild door de AIVD haar bevoegdheden ten behoeve van de strafvordering te laten uitoefenen en de resultaten daarvan via de Landelijk Officier van Justitie voor terrorismebestrijding in het strafrechtelijke onderzoek te laten inbrengen, tot uitdrukking gebracht dat onvoldoende aanknopingspunten voorhanden zijn voor een onderzoek naar het door de verdediging veronderstelde misbruik van bevoegdheden dat zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, en dat mitsdien de verdachte door het niet horen van de getuigen niet in zijn verdediging wordt geschaad, respectievelijk de noodzaak van het horen niet is gebleken. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.’

Een derde voorbeeld is de Piranha zaak.<sup>74</sup> Ook in deze zaak was sprake van voortgezette informatie-uitwisseling. Over de rol van de AIVD gedurende het opsporingsonderzoek werden getuigen gehoord, onder wie familie van een van de verdachten. Daarbij bleek dat de AIVD de familie had gevraagd om telefonische contacten met

---

74. Gerechtshof Den Haag 2 oktober 2008, LJN BF3987.

de verdachte zo lang mogelijk te laten duren en te spreken over onder meer de Hofstadgroep en radicale geloofszaken. Volgens het Gerechtshof Den Haag was op grond van de afgelegde verklaringen aannemelijk geworden dat de familie van de medeverdachte uit eigen beweging de instructies van de AIVD had opgevolgd en dat daarin de politie noch de officier van justitie enige rol hadden gespeeld. En daarbij was niet aannemelijk geworden dat de familie van de medeverdachte tot genoemd handelen werd gedwongen door de AIVD. Het Hof vond, tegen deze achtergrond, dat het openbaar ministerie niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor de feitelijke gang van zaken. Dat er van onrechtmatig optreden van de AIVD sprake is geweest dan wel van een verdergaande samenwerking tussen de AIVD en politie en justitie dan op basis van de wettelijke regelingen gerechtvaardigd is, was uit de stukken en het verhandelde ter terechtzitting ook niet aannemelijk geworden.<sup>75</sup>

Van betrekkelijk recente datum is het arrest van de Hoge Raad van 7 juli 2009, LJN BG7232. In deze zaak, waarin het kort gezegd ging om het prijsgeven van staatsgeheime informatie aan onbevoegde derden, had de AIVD, voorafgaand aan het doen van aangifte, een intern onderzoek verricht. Bovendien bracht de AIVD, door tussenkomst van de landelijk officier voor terrorismebestrijding, een aantal ambtsberichten in 'waarin melding wordt gemaakt van bij de dienst bekende gegevens die kennelijk van mogelijk belang werden geacht voor het onderzoek door de rijksrecherche tegen de verdachte'. De verdediging stelde zich op het standpunt dat de AIVD 'als opsporingsinstantie' was opgetreden. Het Gerechtshof Den Haag dacht daar anders over:

'Van (een) opsporing(sonderzoek) is in beginsel (immers) slechts sprake indien het gaat om een op de strafvordering gericht onderzoek dat onder leiding van de officier van justitie plaatsvindt en door opsporingsambtenaren wordt uitgevoerd. (...) Van een opsporingsonderzoek is in het geval van het aan de aangifte(n) en/of ambtsberichten voorafgegane interne onderzoek van de AIVD derhalve geen sprake geweest. Het gaat daarbij niet om een semantische kwestie maar om een fundamenteel andere taak en positie van opsporingsorganen vergeleken met burgers, bedrijven of (overheids) organen die aangifte doen van een vermoedelijk (jegens hen) gepleegd strafbaar feit, waarbij de AIVD zich in de onderhavige zaak op een lijn met laatstbedoelde organen bevindt. Op zichzelf zouden zich rond een aangifte zodanige ernstige onregelmatigheden kunnen voordoen – waarbij van betekenis zou kunnen zijn dat het aan die aangifte voorafgegane onderzoek binnen een publiekrechtelijk orgaan plaatsvond – dat deze in de weg zouden kunnen staan aan de bevoegdheid van politie en justitie om (de inhoud van) die aangiften in het kader van een strafrechtelijke vervolging tot bewijs te gebruiken. Maar zodanige gebreken zijn niet gesteld, noch is daarvan ook maar op enigerlei wijze gebleken.

Met betrekking tot het in artikel 18 Vir-bi bedoelde onderzoek overweegt het hof nog dat dit onderzoek blijkens het in het tweede lid van dat artikel bepaalde vooral tot

---

75. Zie hierover ook M. Hirsch Ballin, 'Een vreemde eend in de bijt van de opsporing', DD 2009, p. 297-298.



doel heeft de schade ten gevolge van compromittering te beperken en (op de toekomst gerichte) preventieve maatregelen te treffen. Dit onderzoek staat derhalve in beginsel geheel los van een op de strafvordering gericht opsporingsonderzoek. (...) Zo dit 'artikel 18-onderzoek' in het onderhavige geval niet overeenkomstig de desbetreffende voorschriften mocht hebben plaatgevonden, dan mist dat betekenis in de strafzaak en kan de verdachte zich niet met succes op een dergelijk verzuim beroepen. Gronden die zulks anders zouden maken zijn niet gesteld noch is ook maar op enigerlei wijze van het bestaan van zodanige gronden gebleken.'

Hiervan uitgaande oordeelde het Hof dat er geen grond bestond om, zoals door de verdediging verzocht, de op dat interne onderzoek betrekking hebbende stukken aan het dossier toe te voegen. Het Hof had daarbij onder ogen gezien of de verdediging in voldoende mate in de gelegenheid was geweest om de betrouwbaarheid van de door de AIVD bij de aangifte gevoegde documenten en informatie te toetsen en oordeelde dat zulks het geval was. Deze oordelen van het Gerechtshof Den Haag gaven volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en waren evenmin onbegrijpelijk.

#### 3.4.2 Samenloop gewenst?

De aangehaalde strafzaken laten zien dat samenloop van opsporingsonderzoek en onderzoek door de inlichtingen- en veiligheidsdienst in de rechtspraktijk tot lastige vragen kan leiden. Het openbaar ministerie moet voorkomen dat bij parallelle onderzoeken de strafvorderlijke waarborgen die gelden met betrekking tot de toepassing van opsporingsbevoegdheden, worden omzeild door de AIVD onderzoeksbevoegdheden ten behoeve van de strafvordering te laten uitoefenen. Hier ligt een belangrijke rol voor de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding, omdat de informatie-uitwisseling tussen de AIVD en het openbaar ministerie via deze officier van justitie verloopt.<sup>76</sup> Overigens mag ervan worden uitgegaan dat de AIVD dergelijke verzoeken ook niet (als zodanig) zal honoreren. De dienst richt zich op de eigen taakstelling en wordt bij de uitvoering daarvan via de eigen toezichtsmechanismen gecontroleerd.

Een andere vraag is in hoeverre reeds bij de inlichtingen- en veiligheidsdienst beschikbare informatie, verkregen met behulp van de toepassing van de eigen onderzoeksbevoegdheden, op verzoek van de opsporingsinstanties via een ambtsbericht ten behoeve van de strafvordering kan worden overgedragen. De wetgever is hierover vrij duidelijk:

'Naar aanleiding van dergelijke verzoeken wordt vervolgens binnen de AIVD bezien of aanvullende informatie beschikbaar is en zo ja, in hoeverre dergelijke informatie op

---

76. Deze werkwijze is voorgeschreven in een ongepubliceerde OM-Handleiding Informatieverstrekking aan en door AIVD en MIVD van 11 december 2001. Nadere kanalisering van de informatiestroom kan ook worden afgeleid uit art. 61, lid 1, Wv 2002, waarin is bepaald dat de leden van het openbaar ministerie door tussenkomst van het College van procureurs-generaal mededeling doen van de te hunner kennis gekomen gegevens die zij voor de dienst van belang achten, aan die dienst.

grond van artikel 38, eerste lid, van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 in een (aanvullend) ambtsbericht aan het openbaar ministerie kan worden verstrekt. Deze handelwijze, waarbij de scheiding tussen het opsporingswerk en inlichtingenwerk in stand blijft, dient onderscheiden te worden van verzoeken tot het doen van enig nader onderzoek. Aan dat soort onderzoeken zal nimmer uitvoering worden gegeven.<sup>77</sup>

Bedacht moet evenwel worden dat het hier gaat om informatie die het openbaar ministerie dikwijls ook zelf kan vergaren door het aanwenden van opsporingsbevoegdheden. Indien dat het geval is, valt voor het gebruik van de eigen bevoegdheden uit het oogpunt van rechtsbescherming veel te zeggen. Strafvorderlijke bevoegdheden zijn nauwkeurig ingekaderd en met waarborgen omgeven. Zij mogen slechts door bepaalde autoriteiten worden toegepast in nader omschreven gevallen en met vervulling van bepaalde formaliteiten. Zodra sprake is van opsporing, vindt zij plaats onder gezag van de officier van justitie (artikel 132a Sv) en zijn opsporingsambtenaren gebonden aan de verbaliseringsplicht (artikel 152 Sv).

Intussen blijkt uit de rechtspraak dat een verweer, inhoudende dat het openbaar ministerie de inlichtingen- en veiligheidsdienst onderzoek heeft laten doen waartoe het zelf de bevoegdheden mist, niet snel succes zal hebben. Illustratief in dit verband is hetgeen Procureur-Generaal Wortel in zijn conclusie voor HR 13 november 2007, NJ 2007, 614 overwoog:

‘Al zou het zo zijn dat de AIVD voortdurend op de hoogte bleef van de stand van het opsporingsonderzoek, en daardoor vrijwel onmiddellijk nadere gegevens kon verstreken omtrent de “[betrokkene]” die aan een afgeluisterd telefoongesprek deelnam, en ook snel de identiteit kon melden van degene die de opsporingsambtenaren tot dan slechts als “NN5” kenden, dan zou daar nog geen aanwijzing in te vinden zijn dat bevoegdheden zijn gebruikt voor een ander doel dan waarvoor de wetgever ze heeft toegekend – aangenomen dat de AIVD de betreffende groep van personen bleef volgen uit hoofde van de eigen, in art. 6, tweede lid, WIVD 2002, geregelde taak.’

Strikt genomen is in dit geval sprake van gescheiden en autonome taakuitvoeringen, maar de facto wordt het openbaar ministerie natuurlijk wel door de inlichtingen- en veiligheidsdienst ‘geholpen’ bij zijn opsporingsactiviteiten. Daar is op zich niet veel tegen – andere overheidsdiensten en particulieren dragen ook bij aan de opsporing – maar de situatie is hier in zoverre anders dat een inlichtingen- en veiligheidsdienst over ruime onderzoeksbevoegdheden beschikt die ook ingezet kunnen worden terwijl dat binnen het strafrechtelijk kader nog niet, of in minder ruime zin, mogelijk is.<sup>78</sup> Het is de vraag wanneer een verweer dat het openbaar ministerie de eigen opsporingsbevoegdheden heeft omzeild door de AIVD zijn bevoegdheden ten behoeve van de strafdordering te laten uitoefenen, wèl doel zal kunnen treffen.

---

77. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 23.

78. Zie ook D. Van Daele, B. Vangebergen, ‘Inlichtingendiensten en strafprocedure in Nederland, Duitsland en Frankrijk’, Intersentia, Antwerpen 2006, p. 26.

Bij een taakopdracht die inhoudt ‘het verrichten van onderzoek met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat’, zal immers een bevoegdheidsuitoefening van de AIVD vrijwel altijd mede de eigen taakuitvoering dienen. Het zal voor de verdediging bovendien niet gemakkelijk zijn om zicht te krijgen op de precieze gang van zaken als sprake is geweest van gelijklopend onderzoek met (intensieve) wederkerige contacten.

Prakken plaatste deze problematiek mede in de sleutel van de Wet afgeschermdde getuigen door aan te geven dat AIVD-informatie na onderzoek door de rechter-commissaris als bewijs mag meedoen in de strafzaak. ‘Dat is dan wel bewijs dat verkregen is door toepassing van de veel ruimere bevoegdheden van de AIVD. In wezen worden dus in zaken die de staatsveiligheid raken, voortaan geen normen meer gesteld aan het gebruik van opsporingsmiddelen, wanneer die onder een andere naam zijn toegepast door ambtenaren van de AIVD.’<sup>79</sup> Dat komt minder juist voor. De door de Wet afgeschermdde getuigen voorziene procedures beogen slechts de toetsing van AIVD-informatie te vergroten. Het feit dat AIVD-informatie, met inachtneming van artikel 6 EVRM, toelaatbaar is als bewijs, stond al voor de invoering van die regeling vast. Wat hier werkelijk de doorslag geeft, is de (on)welwillendheid om verzoeken om nader onderzoek uit te voeren.

Een echte oplossing hiervoor is intussen nauwelijks denkbaar. Ligt het in de rede ervoor te pleiten dat het openbaar ministerie zich, gelet op de beperkte mogelijkheden tot toetsing van de bevoegdheidsuitoefening van de AIVD, terughoudend moet opstellen als het gaat om het doen van informatieverzoeken? Is een dergelijke passieve houding bij een serieuze dreiging van een terroristische aanslag maatschappelijk aanvaardbaar?

Meer in het algemeen kan ook de vraag worden gesteld of bij een zo sterke toename in overeenkomst van werkzaamheden nog zoveel gewicht moet worden toegekend aan een verschil in wettelijke taakstelling.<sup>80</sup>

## 4 Bewijskracht van AIVD-informatie

### 4.1 AIVD-informatie als bewijs

Een ambtsbericht van de AIVD is een schriftelijk bescheid dat in beginsel door de rechter als wettig bewijs kan worden gebruikt.<sup>81</sup> De rechter kan slechts tot een bewezenverklaring komen als hij uit wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft beko-

79. E. Prakken, ‘Naar een cyclopisch (straf)recht’, *NJB*, 2004, p. 2341.

80. Aan het mogelijk uitnodigende effect van de ruimere mogelijkheden tot bevoegdheidsuitoefening binnen de sfeer van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zou ook aandacht besteed kunnen worden bij de (toekomstige) vormgeving van strafvorderlijke bevoegdheden.

81. Vgl. (reeds) de eerder besproken notitie van de minister van Justitie van 28 februari 1992, *Kamerstukken II 1991/92*, 22 453, nr. 4, p. 4. Zie ook *Rechtbank Rotterdam* 5 juni 2003, *LJN AF9546*.

men dat de verdachte het feit heeft begaan (artikel 338 Sv). Voor de bruikbaarheid van het bewijs is het in het bijzonder van belang dat de betrouwbaarheid van de in de bewijsmiddelen vervatte gegevens kan worden getoetst op een wijze die in overeenstemming is met artikel 6 EVRM.<sup>82</sup> Artikel 6 lid 3, onder d, EVRM beoogt te garanderen dat de verdachte desgewenst de mogelijkheid heeft getuigen te (doen) ondervragen ter bestrijding van het tegen hem ingebrachte getuigenbewijs. Dat vereist bij bewijsmiddelen als een ambtsbericht of daaromtrent afgelegde verklaringen doorgaans de toepassing van een procedure die enerzijds garanties biedt voor afscherming van gegevens over het actuele kennisniveau en over methoden die worden gehanteerd en de daarbij betrokken personen, en anderzijds voldoende mogelijkheden biedt tot controle van de feitelijke betrouwbaarheid van de voor strafvorderlijk gebruik relevante gegevens.

De Hoge Raad heeft in de zaak Eik in enkele prealabele overwegingen aangegeven welke betekenis AIVD-informatie in strafzaken kan hebben. De Hoge Raad leidt uit een aantal parlementaire rechtsbronnen af 'dat in beginsel geen bezwaar bestaat tegen gebruik in het strafproces van door de inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaard materiaal'. En hij stelt verder: 'Evenmin verzet enige rechtsregel zich tegen het gebruik van door zo een dienst vergaard materiaal tot het bewijs in een strafzaak.' De Hoge Raad noemt het daarbij wel 'denkbaar dat in verband met de beperkte mogelijkheden tot toetsing van de betrouwbaarheid van het overgedragen materiaal de verdedigingsrechten in die mate zijn beperkt dat het gebruik tot het bewijs van dat materiaal niet verenigbaar is met het vereiste van een fair trial als bedoeld in artikel 6 EVRM'. En indien in een strafzaak een onderbouwd beroep wordt gedaan op de onbetrouwbaarheid van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verzameld materiaal, dient de strafrechter, zo geeft de Hoge Raad aan,

'de gegrondheid van die stelling te onderzoeken, waarbij de verdediging de gelegenheid moet hebben om de betrouwbaarheid van dat materiaal aan te te vechten en te (doen) onderzoeken, eventueel door getuigen te horen, bijvoorbeeld door de rechter-commissaris. Daarbij dient de strafrechter rekening te houden met enerzijds de bijzondere positie van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, die veelal tot geheimhouding noopt, en anderzijds de verdedigingsrechten van de verdachte als bedoeld in artikel 6, derde lid, EVRM'.<sup>83</sup>

Ruim een week nadat de Hoge Raad zijn arrest in de zaak Eik wees, verdedigde de minister van Justitie in de Eerste Kamer zijn wetsvoorstel afgeschermd getuigen. Daarbij betoogde hij dat bij de voorbereiding van dat wetsvoorstel op basis van de

82. Uiteraard kan het ambtsbericht ook rechtstreeks als schriftelijk bewijs dienen. Bij de inlichtingen- en veiligheidsdienst werkzame personen kunnen daarnaast ter terechtzitting als getuige worden gehoord. In dat geval zijn de geheimhoudingsplichten van de artikelen 85 en 86 Wiv 2002 relevant. Uitgangspunt bij deze bepalingen is, dat het aan de inlichtingen- en veiligheidsdienst, en uiteindelijk aan de daarvoor verantwoordelijke ministers, is om te bepalen in hoeverre in strafzaken door de betrokken ambtenaren verklaringen worden afgelegd. Zie ook § 2.1 en § 4.4.

83. Hoge Raad 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. T.M. Schalken (Eik).

rechtsbronnen die de Hoge Raad citeert eveneens van het standpunt was uitgegaan dat AIVD-informatie als bewijs in een strafzaak kan worden gebruikt. Zijn wetsvoorstel bouwde op dat standpunt voort: ‘Het creëren van additionele onderzoeksmogelijkheden is een verantwoordelijkheid van de wetgever, maar ligt in lijn met de overwegingen in het arrest van de Hoge Raad.’<sup>84</sup> De minister zag in de overweging van de Hoge Raad ‘dat de rechter dient te streven naar compensatie van eventuele beperkingen van de rechten van de verdediging door andere wegen te zoeken teneinde de betrouwbaarheid van het materiaal te onderzoeken’ een oproep tot creativiteit. Zijn wetsvoorstel afgeschermd getuigen sloot daarop volgens de minister aan omdat het extra wegen bood voor onderzoek van AIVD-informatie. Die extra wegen, welke sinds de inwerkingtreding van de Wet afgeschermd getuigen op 1 november 2006 ter beschikking staan, worden hieronder besproken.

#### 4.2 Beletten openbaarmaking bepaalde gegevens

De eerste mogelijkheid voor onderzoek naar de betrouwbaarheid van AIVD-informatie die de Wet afgeschermd getuigen biedt, is een verhoor van getuigen bij de rechter-commissaris waarbij rekening kan worden gehouden met het belang van de staatsveiligheid. Daartoe is de regeling van artikel 187d Sv uitgebreid. Deze regeling houdt in dat de rechter-commissaris kan beletten dat de getuige in aanwezigheid van de officier van justitie of de verdediging antwoord geeft op vragen betreffende een bepaald gegeven, ‘indien er geground vermoeden bestaat dat door de openbaarmaking van dit gegeven (...) c. het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad’. Hierdoor wordt het voor de rechter-commissaris mogelijk, zo geeft de memorie van toelichting aan, om in het kader van zijn onderzoek naar de wijze waarop bepaalde informatie is verkregen, bijvoorbeeld het onderzoek naar aan een ambtsbericht ten grondslag liggende stukken, getuigen te horen en daarvan verslag te doen op zodanige wijze dat daarbij bepaalde gegevens niet worden vastgelegd.<sup>85</sup>

De toetssteen is derhalve het belang van de staatsveiligheid. Aan de betekenis van dit criterium voor de toepassing van deze regeling is in de wetsgeschiedenis overigens weinig aandacht besteed. Maar gelet op het systematische verband met het hierna te bespreken verhoor van de afgeschermd getuige moet worden aangenomen dat met het begrip ‘staatsveiligheid’ in artikel 187d lid 1 Sv hetzelfde wordt bedoeld als in artikel 226m Sv.<sup>86</sup> Daarbij geldt dat het belang van de staatsveiligheid in het geding is in situaties waarin sprake is of is geweest van werkzaamheden in het kader van de taakuitvoering van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zoals beschreven in artikel 6 Wiv 2002.<sup>87</sup>

Als de rechter-commissaris in het belang van de staatsveiligheid besluit tot het beletten van de openbaarmaking van bepaalde gegevens kan hij maatregelen nemen om onthulling van die gegevens te voorkomen (artikel 187d lid 3 Sv). Op deze wijze

84. *Handelingen I* 2005/06, p. 1818.

85. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 743, nr. 3, p. 7.

86. Ook Cleiren & Nijboer 2007, (T&C Sv), art. 187d, aant. 10.

87. Zie ook § 4.3.1.

kunnen bijvoorbeeld gegevens over de gehanteerde werkmethoden geheim worden gehouden. Deze niet te openbaren gegevens blijven vervolgens buiten de processtukken en buiten kennisneming van het openbaar ministerie, de verdachte, de raadsman en de zittingsrechter.<sup>88</sup> De rechter-commissaris moet in zijn proces-verbaal verantwoorden waarom hij in het belang van de staatsveiligheid openbaarmaking van bepaalde gegevens tegenhoudt. Volgens de wetgever kan daarbij worden volstaan met de opgave dat de AIVD-medewerker heeft aangegeven dat het belang van de staatsveiligheid wordt geschonden door de openbaarmaking van het gegeven.<sup>89</sup>

Het resultaat van het onderzoek van de rechter-commissaris naar de achtergronden van de door de inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte informatie is een proces-verbaal van verhoor van (gewoonlijk) de AIVD-medewerker. Dat proces-verbaal wordt bij de processtukken gevoegd en kan, eventueel tezamen met de inhoud van het ambtsbericht, tot het bewijs van het ten laste gelegde feit meewerken.

De wet laat verder de vrijheid aan de zittingsrechter om, uiteraard binnen de door de wet en het EVRM getrokken grenzen, te bepalen welke waarde hij toekent aan het materiaal. De zittingsrechter kan het onderzoek ook aan zich trekken en in dat kader kan hij (alsnog) besluiten tot het horen van de getuigen ter terechtzitting. De procedure van artikel 187d Sv geeft daarmee geen definitieve afscherming van informatie in het belang van de staatsveiligheid. Voor een verzoek van de verdediging om de rechter-commissaris als getuige te doen horen om te vernemen wat de getuige met toepassing van artikel 187d Sv tegenover hem heeft verklaard is volgens de Hoge Raad in ons wettelijk stelsel evenwel geen plaats.<sup>90</sup>

De wetgever ziet deze procedure als lichte variant voor het afschermen van bepaalde gegevens. Zij kan bijvoorbeeld worden toegepast als het ambtsbericht betrekking heeft op hard bewijs, zoals een tapverslag. De vraag kan dan bijvoorbeeld zijn of een machtiging voor de tap is afgegeven. De rechter-commissaris kan in dat geval kennis nemen van de taplast die door de betrokken ministers is ondertekend.<sup>91</sup> De regeling leent zich ook voor de situatie waarin nadere uitleg van een medewerker nodig is om een tapverslag 'te decoderen'.<sup>92</sup>

De procedure is tevens als onderzoeksmodaliteit voor de zittingsrechter gepresenteerd. Bij vragen over de betrouwbaarheid van de in een ambtsbericht van de AIVD vermelde gegevens kan de zittingsrechter de rechter-commissaris opdragen met toepassing van artikel 187d Sv naar die betrouwbaarheid onderzoek te doen.

'Hieraan zal behoefte kunnen zijn wanneer van de zijde van de verdediging vragen aan de orde worden gesteld die de betrouwbaarheid van de informatie in het ambtsbericht

88. De rechter-commissaris kan de getuige ook buiten tegenwoordigheid van de procespartijen horen (art. 187 lid 2 Sv). De verdediging en de officier van justitie kunnen wel relevante vragen opgeven.

89. Kamerstukken II 2003/2004, 29 743, nr. 3, p. 15.

90. Hoge Raad 17 juni 2008, NJ 2008, 361.

91. Handelingen II 2005/06, p. 4733.

92. Van Wifferen, *a.w.*, p. 621.

betreffen en die relevant zijn voor de beoordeling van de zaak. Vaak zal immers de beantwoording van dergelijke vragen op de openbare terechtzitting zich slecht verdragen met het belang van de staatsveiligheid. Opgeroepen getuigen van de AIVD zullen onder die omstandigheden weinig mededeelzaam zijn.<sup>93</sup>

De verwachting is derhalve dat toepassing van de regeling van artikel 187d lid 1 Sv tot een bevredigender resultaat zou kunnen leiden.

De wetgever erkent dat de regeling ‘een beperking van de rechten van de verdediging kan impliceren, nu het horen door de rechter-commissaris buiten aanwezigheid van en zonder directe confrontatie met de verdediging mogelijk wordt gemaakt en bovendien aan de rechter-commissaris de bevoegdheid wordt verleend om bepaalde antwoorden niet ter kennis te laten komen aan de procespartijen’.<sup>94</sup> De procedure bevat in verband daarmee waarborgen die beogen deze beperkingen te compenseren. Het verhoor van de getuige is in handen van een onpartijdige en onafhankelijke rechterlijke instantie. Verder zijn de procespartijen in de gelegenheid mede te bepalen welke vraagtekens door de rechter-commissaris moeten worden onderzocht en er wordt op gewezen dat uiteindelijk de zittingsrechter bepaalt of voldoende informatie beschikbaar is voor een goede beoordeling.

Voor toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden geldt in zijn algemeenheid dat een toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is vereist. Als met minder beperkende maatregelen kan worden volstaan, moet daarvoor worden gekozen. Bij het bestaan van een regeling die minder ingrijpend is dan de hierna te bespreken procedure inzake het verhoor van de afgeschermd getuigen, geldt daarom – zo luidt het betoog van de wetgever – dat toetsing aan deze beginselen meebrengt dat eerst een verhoor met toepassing van artikel 187d lid 1, onder c, Sv moet worden overwogen.<sup>95</sup>

### 4.3 De afgeschermd getuige

#### 4.3.1 Toepassing van de regeling

De regeling inzake het verhoor van de afgeschermd getuige is neergelegd in de artikelen 226m tot en met 226s Sv. Ook hier gaat het om een getuigenverhoor bij de rechter-commissaris, en ook hier is in eerste instantie gedacht aan het horen van medewerkers van de inlichtingen- en veiligheidsdienst als onderzoeksmogelijkheid om de feitelijke juistheid en betrouwbaarheid van de in ambtsberichten vervatte informatie te laten toetsen door de rechter-commissaris.<sup>96</sup> De regeling is nauw verwant aan de bedreigde getuigenregeling.

---

93. Kamerstukken II 2003/2004, 29 743, nr. 3, p. 8.

94. Kamerstukken II 2003/2004, 29 743, nr. 3, p. 8.

95. Kamerstukken I 2005/06, 29 743, C, p. 6. De minister van Justitie meende dat door de invoering van een lichte en een zwaardere procedure in belangrijke mate tegemoet werd gekomen aan de ‘Guidelines on human rights and the fight against terrorism’ van de Raad van Europa.

96. In zeer uitzonderlijke gevallen kunnen ook informanten van de AIVD worden gehoord (zie Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 22).

De rechter-commissaris in de rechtbank te Rotterdam is bij uitsluiting bevoegd tot het geven van bevelen en het verrichten of doen verrichten van onderzoekshandelingen als omschreven in de artikelen 226m tot en met 226s Sv, ook binnen het rechtsgebied van andere rechtbanken. Dit voorschrift, opgenomen in artikel 178a lid 3 Sv, is door een amendement van het toenmalig Tweede Kamerlid Wolfsen in de wet gekomen. Volgens de opsteller van het amendement bevordert deze verplichte concentratie ‘de deskundigheid van de verhorende rechter-commissaris en de uniformiteit van de wetstoepassing’.<sup>97</sup> Of een bepaalde vorm van specialisme op dit terrein daadwerkelijk van de grond komt, is evenwel zeer onzeker. In het arrondissement Rotterdam zijn tien rechters-commissarissen werkzaam.<sup>98</sup> De wet verhindert niet dat elk van deze functionarissen kan worden belast met het onderzoek van AIVD-informatie. Dat door de concentratie de kans groter wordt, zoals Beijer stelt,<sup>99</sup> dat de gespecialiseerde rechter-commissaris te dicht bij de AIVD komt te staan en zo meer moeite zal hebben om zijn onafhankelijke positie te bewaren, lijkt mij daarom evenmin erg aannemelijk. Daarbij komt dat vermoedelijk slechts in een beperkt aantal gevallen tot toepassing van de regeling zal worden besloten.

Artikel 226m lid 1 Sv bepaalt wanneer onderzoek met behulp van de afgeschermdde getuigenregeling mogelijk is, namelijk ‘indien, naar redelijkerwijze moet worden aangenomen, het belang van de staatsveiligheid dat eist’. Anders dan bij de regeling van artikel 187d Sv het geval is, kan deze procedure meebrengen dat de getuige niet meer op de zitting behoeft te verschijnen. Dit vraagt dan ook om een gedegen toetsing aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. De rechter-commissaris moet onderzoeken of sprake is van een situatie waarin het belang van de staatsveiligheid noodzaakt tot het bevel om een getuige als afgeschermdde getuige te horen. Maar ook hier volstaat in beginsel de vaststelling dat in het specifieke geval inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het kader van hun taakuitvoering werkzaamheden (moeten) uitvoeren dan wel hebben uitgevoerd.<sup>100</sup>

Bij de keuze tussen de procedure van artikel 187d lid 1 Sv en die van de artikelen 226m tot en met 226s Sv speelt dus niet zozeer het gewicht van het staatsveiligheidsbelang een rol, maar veeleer de mate waarin in het belang van die staatsveiligheid afschermingsmaatregelen noodzakelijk blijken te zijn. Ik vermoed evenwel dat met name ook het feit dat bij laatstgenoemde procedure de mogelijkheid beschikbaar komt om niet in te stemmen met het voegen van het proces-verbaal van verhoor bij de processtukken (artikel 226p lid 3 Sv) voor de AIVD aanleiding zal zijn om, zeker in complexe zaken, al snel enkel aan een verhoor als afgeschermdde getuige mee te werken.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afgeschermdde getuigen is de nodige aandacht besteed aan de betekenis van het begrip ‘belang van de

97. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 28, p. 2.

98. Zie A.A Franken, ‘De rol van de rechter-commissaris: tussen ideaal en praktijk’, *DD* 2006, 14, p. 267.

99. A. Beijer, ‘Een andere kennismaking met de (wet) afgeschermdde getuige’, *DD* 2006, p. 965.

100. Kamerstukken II 2003/2004, 29 743, nr. 3, p. 18.



staatsveiligheid'. Voor de minister van Justitie stond voorop dat de nieuwe regeling wilde voorzien in mogelijkheden tot afscherming wanneer geheimhouding van de werkzaamheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten noodzakelijk is. Dat werd volgens de minister goed uitgedrukt met de term 'belang van de staatsveiligheid'. Hoewel het begrip zou zijn gekoppeld aan artikel 6 Wiv 2002 heeft het tegelijkertijd een autonome betekenis. In de strafvorderlijke context worden alle belangen die in artikel 6 Wiv 2002 worden genoemd, zoals nationale veiligheid en veiligheid van de staat, omvat door de term 'belang van de staatsveiligheid', aldus de minister.<sup>101</sup>

De minister meende tegelijkertijd dat de koppeling aan het begrip 'belang van de staatsveiligheid' een wezenlijke beperking inhield van de reikwijdte van de regeling. Voor het amendement van mevrouw Vos, toenmalig Tweede Kamerlid voor GroenLinks, dat beoogde de toepassing van de afgeschermdde getuigenprocedure te beperken tot de gevallen waarin sprake was van een terroristisch misdrijf, voelde hij dan ook weinig.<sup>102</sup> De procedure zou volgens hem vrijwel zonder uitzondering worden gebruikt bij ambtsberichten die betrekking hebben op terroristische misdrijven. Maar in het uitzonderlijke geval dat een ambtsbericht een ander zeer ernstig misdrijf betrof, zou het niet zo moeten zijn dat de wet verbiedt dat dergelijke informatie in een bijzondere regeling nader kan worden getoetst op betrouwbaarheid. Het volgende voorbeeld werd te berde gebracht.

'De AIVD kan bij de uitvoering van zijn taken bijvoorbeeld stuiten op een samenzwering om het vergaderen van de Tweede Kamer onmogelijk te maken. Dat past zonder meer binnen het kader van de bescherming van de democratische rechtsorde, dus de AIVD kan daarop inspringen. Dat misdrijf is echter niet te kwalificeren als terroristisch. De vreemde situatie zou dan ontstaan dat het ambtsbericht in die gevallen wel in de strafvordering kan worden gebruikt, maar dat de procedure om na te trekken wat de kwaliteit en het waarheidsgehalte ervan is niet kan worden gebruikt. Bovendien kan die informatie niet boven water worden gebracht omdat de staatsveiligheid zich daartegen verzet. Daarom moet in dit geval deze logica niet worden toegepast.'<sup>103</sup>

De facto denk ik dat vooral de wens tot toetsing van het ambtsbericht onder afgeschermdde omstandigheden de toepassing van de regeling zal bepalen. De wet drukt dit uit door aan te geven dat in dat geval het belang van de staatsveiligheid in het geding is. Wij zagen al dat de AIVD ook ambtsberichten aan het openbaar ministerie uitbrengt over strafbare feiten gepleegd door dierenrechtenactivisten. De wet sluit niet uit dat ook in dit soort zaken de afgeschermdde getuigenregeling wordt gebruikt. Mij lijkt dat aanvaardbaar. Een striktere voorwaarde voor de toepassing van de regeling, bijvoorbeeld door een koppeling aan een terroristisch misdrijf, zou niet veel begrip ontmoeten wanneer bij een ernstig delict, begaan in het kader van

101. *Handelingen II 2005/06*, p. 4733. Het autonome karakter van het begrip 'staatsveiligheid' zou bijvoorbeeld ook toelaten dat de veiligheid van andere staten onder het criterium valt.

102. *Kamerstukken II 2004/05*, 29 743, nr. 17.

103. *Handelingen II 2005/06*, p. 4734.

bijvoorbeeld dierenrechtenactivisme, cruciale informatie, vervat in ambtsberichten, niet aan het bewijs zou kunnen bijdragen, enkel omdat de wet nadere mogelijkheden tot onderzoek blokkeert.

De rechter-commissaris is hetzij ambtshalve, hetzij op de vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte of van de getuige bevoegd het bevel van artikel 226m lid 1 Sv te geven. Voor de verdediging bestaat dus ook de mogelijkheid om de rechter-commissaris te verzoeken om de regeling toe te passen. Buruma verwacht dat de wet hierdoor onbedoelde neveneffecten zal hebben. De verdediging kan eerder verlangen dat de rechter-commissaris onderzoek doet naar provocaties. ‘Daarom zit het er dik in dat die wet eraan bij zal dragen dat de dienst nog spaarzamer dan voorheen informatie aan politie en OM doorgeeft.’<sup>104</sup> De vraag is echter of in het licht van de doelstelling van de wet een dergelijk effect, zo daarvan sprake zal zijn, als onbedoeld moet worden bestempeld. Het gaat bij deze regeling om de bruikbaarheid van AIVD-informatie in het strafproces. Wanneer de AIVD in het bestaan van nadere onderzoeksmogelijkheden aanleiding zou zien om minder ambtsberichten uit te brengen, wil de dienst kennelijk niet meewerken aan het vergroten van de bruikbaarheid van zijn informatie ten behoeve van de strafvordering. Zou dat effect tegengesteld zijn aan de bedoeling van een wet die juist wel is gericht op het vergroten van de (gecontroleerde) bruikbaarheid?

Niet alleen Buruma<sup>105</sup> is sceptisch over de Wet afgeschermdde getuigen, maar ook binnen de rechtspraak blijkt vooralsnog weinig enthousiasme te bestaan om gebruik te maken van deze wet. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in de Piranha zaak het volgende:

‘Hoewel de Wet van 28 september 2006, Stb. 460 (Wet afgeschermdde getuigen) per 1 november 2006 – dat is gedurende het onderzoek ter terechtzitting – in werking is getreden, heeft geen van de procespartijen het opportuun geacht het verzoek of de vordering te doen om het plaatsvervangend hoofd AIVD dan wel de landelijke terreurofficier van justitie langs de weg van de artikelen 226m e.v. Sv te doen horen. Nog los van de vraag of de rechtbank de eigen bevoegdheid heeft om te bepalen dat een verhoor langs die weg dient plaats te vinden, is de rechtbank van oordeel dat haar in zo’n geval een terughoudende opstelling past. Andere wegen om de betrouwbaarheid van de

104. Y. Buruma, ‘In God we trust, all the others we monitor’, *NJB* 2006, p. 1823.

105. Met overigens veel andere schrijvers: zie bijvoorbeeld Beijer, a.w., p. 959-986; G.J.M. Corstens, ‘Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging’, *NJB* 2005, p. 289; J.E.B. Coster van Voorhout, ‘Intelligence as legal evidence. Comparative criminal law research into the viability of the proposed Dutch scheme of shielded intelligence witnesses in England and Wales and legislative compliance with Article 6(3)d ECHR’, *Utrecht Law Review* 2006-2 ([www.utrechtlawreview.org](http://www.utrechtlawreview.org)), p. 119-144; J.W. Fokkens, ‘Strafrecht en terrorisme’, *NJB* 2004, p. 1350-1351; P.M. Frielink, ‘Terreurbestrijding en strafwetgeving’, *Strafblad* 2004, p. 239-245; D. Marongiu, ‘Afgeschermdde getuigen; niet aan beginnen!’, *AA* 2004, p. 793-797; Prakken, a.w., p. 2341; A. Sennef, ‘Afgeschermdde getuige’, *Advocatenblad* 2004, p. 866-868. Minder kritisch: M. Kuijer, ‘Van Lawless naar een rechtmatige bestrijding van terrorisme’ (oratie Amsterdam VU), Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, p. 24.

door de AIVD overgedragen ambtsberichten te onderzoeken heeft de rechtbank niet gevonden.<sup>106</sup>

Dat de wetgever op dit punt wèl een eigen bevoegdheid voor de zittingsrechter aanwezig acht, kan, behalve uit de tekst van de wet, ook uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid. In antwoord op vragen van de leden van de VVD-fractie in de Tweede Kamer over de situatie waarin de zittingsrechter tot de ontdekking komt dat een verhoor met toepassing van de afgeschermdde getuigenregeling noodzakelijk blijkt, antwoordde de minister van Justitie dat hij een dergelijke gebeurtenis niet uitsluit. Ambtshalve of op verzoek van de verdediging kan dan alsnog op de zitting worden besloten tot nader onderzoek met toepassing van de procedure inzake het verhoor van een afgeschermdde getuige.<sup>107</sup> In ons strafproces is de zittingsrechter belast met het actief vergaren en verifiëren van bewijsmateriaal.<sup>108</sup> Het is tegen deze achtergrond dan ook de vraag of, bij het bestaan van deze ambtshalve bevoegdheid, een al te terughoudende opstelling ten aanzien van het gebruik van een wettelijke voorziening die mogelijkheden biedt om de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal te toetsen, wel past binnen ons strafvorderlijk stelsel. De zittingsrechter in strafzaken is verantwoordelijk voor de zorgvuldigheid en volledigheid van het onderzoek ter zitting. Om deze rol waar te kunnen maken en inhoud te geven, staan de zittingsrechter bevoegdheden en onderzoeksmogelijkheden ter beschikking. De Wet afgeschermdde getuigen moet in dit opzicht niet anders benaderd worden dan elke andere strafvorderlijke mogelijkheid om de materiële waarheid op tafel te krijgen.

#### 4.3.2 Modaliteiten

Wanneer de rechter-commissaris beveelt dat de getuige als afgeschermdde getuige wordt gehoord, moet hij dit motiveren (artikel 226m lid 3 Sv). Evenals bij de regeling van artikel 187d lid 1 Sv geldt hier dat de wetgever aan deze motivering geen hoge eisen stelt. De rechter-commissaris kan volstaan met mededeling van de aard van de gegevens op basis waarvan hij tot zijn oordeel is gekomen. Hij behoeft daarbij niet op de inhoud van de gegevens in te gaan. Het belang van de staatsveiligheid zal veelal meebrengen dat de rechter-commissaris zijn overwegingen slechts in zeer beperkte mate kan concretiseren. De redenen voor zijn beslissing zullen dus slechts in algemene termen worden gesteld.<sup>109</sup> Beslist de rechter-commissaris tot toepassing van de regeling, dan verkrijgt de getuige de status van afgeschermdde getuige (artikel 136d Sv).

De afgeschermdde getuige kan ook anoniem worden gehoord. Deze status van 'afgeschermdde getuige wiens identiteit verborgen wordt gehouden' kan worden verleend indien een zwaarwegend belang van de getuige of een ander dan wel het belang

106. Rechtbank Rotterdam 1 december 2006, LJN AZ3589.

107. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 24.

108. Corstens, *a.w.*, p. 577. Vgl. ook M.S. Groenhuijsen & G.Knigge (red.), 'Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001', Groningen, 1999, p. 23.

109. Beijer, *a.w.*, p. 967.

van de staatsveiligheid dat vereist (artikel 226n lid 1 Sv). Wat onder een zwaarwegend belang wordt verstaan, blijkt niet uit de parlementaire stukken. Gezien de nauwe verwantschap met de bedreigde getuigenregeling zullen hieronder in elk geval de beschermde belangen van artikel 226a lid 1, onder a, Sv kunnen worden begrepen. Daarbij geldt dat de regeling geen toepassing kan vinden als uitsluitend de veiligheid van de getuige in het geding is. Artikel 226m lid 1 eist immers daarnaast dat er een staatsveiligheidsbelang is.<sup>110</sup>

Bij de beslissing inzake het verlenen van anonimiteit kan ook Straatsburgse rechtspraak een rol spelen. Uit de zaak Van Mechelen blijkt bijvoorbeeld dat politieambtenaren minder snel aanspraak kunnen maken op anonimiteit dan andere getuigen.

‘They owe a general duty of obedience to the State’s executive authorities and usually have links with the prosecution; for these reasons alone their use as anonymous witnesses should be resorted to only in exceptional circumstances. In addition, it is in the nature of things that their duties, particularly in the case of arresting officers, may involve giving evidence in open court.’

Niettemin erkent het EHRM dat het in bijzondere gevallen gerechtvaardigd is om politiefunctionarissen anoniem te horen.

‘On the other hand, the Court has recognised in principle that, provided that the rights of the defence are respected, it may be legitimate for the police authorities to wish to preserve the protection and so as not to impair his usefulness for future operations (...).’<sup>111</sup>

Voor medewerkers van de inlichtingen- en veiligheidsdienst geldt dat hun positie ten opzichte van het openbaar ministerie een andere is dan die van politieambtenaren. Dat zou kunnen meebrengen dat het EHRM het in beginsel eerder toelaatbaar acht dat medewerkers van de inlichtingen- en veiligheidsdienst als anonieme getuige worden gehoord. In elk geval is aannemelijk dat zulks op dezelfde gronden kan als die welke gelden voor het anoniem horen van politieambtenaren. Dit laat onverlet dat de te treffen afscherpende maatregelen telkens zodanig moeten zijn dat de beperking van de verdedigingsrechten zo klein mogelijk is.<sup>112</sup>

In de zaak Monika Haas was sprake van getuigenverklaringen die waren gebaseerd op bronnen die om veiligheidsredenen anoniem moesten blijven. Eén daarvan betrof een verklaring van een ambtenaar van de Duitse inlichtingendienst over informatie die een informant aan hem had verstrekt. Deze ambtenaar van de inlichtingendienst weigerde de identiteit van zijn informant bekend te maken. Het Hof overwoog het volgende:

110. Kamerstukken I 2005/06, 29 743, C, p. 21; zie ook Beijer, *a.w.*, p. 969.

111. EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635 (Van Mechelen t. Nederland).

112. Zie ook Marongiu, *a.w.*, p. 798. Interessant is ook een tussenvonnis van de Rechtbank Alkmaar waarin deze rechtbank enkele voorwaarden stelt ten aanzien van de toewijzing van de vordering van de officier van justitie tot het beperkt anoniem horen van AIVD-medewerkers. Zie Rechtbank Alkmaar 20 juli 2005, LJN AT9738.

‘The domestic courts had tried on several occasions to obtain disclosure of the identity of these informers. This has been refused by the Federal Ministry for the Interior, the Intelligence Service and the Federal Office for Criminal Investigations on the ground that it was still necessary to protect their informers, who were operating outside Germany. (...) Given that the informers in question, who were no police officers, were abroad, where German authorities could only protect them to a very limited extent, the Court is satisfied that the domestic authorities have adduced relevant and sufficient reasons to keep secret the witnesses’ identities.’<sup>113</sup>

In deze zaak kon het Hof zich er derhalve mee verenigen dat de informanten van de politie en van de inlichtingen- en veiligheidsdienst met het oog op het veiligheidsbelang anoniem bleven.

#### 4.3.3 Het onderzoek

Hoe het verhoor van de afgeschermdde getuige verloopt, volgt uit de artikelen 226o tot en met 226r Sv. Tot bijwoning van dit verhoor kan de rechter-commissaris bijzondere toegang verlenen (artikel 226o Sv). Dit voorschrift wil een zekere bescherming bieden aan de getuige die in een lastige positie kan komen te verkeren. Het belang van de waarheidsvinding verlangt van de AIVD-medewerker dat hij openheid van zaken geeft. Daartegenover staat de plicht die op hem rust behoedzaam informatie te verstrekken omdat onthulling van bepaalde gegevens het belang van de staatsveiligheid kan schaden. Gedacht is aan de aanwezigheid van de directe chef van de getuige. Advisering door een direct leidinggevende ter plekke kan een lange schorsing van het verhoor in verband met de noodzaak tot ruggespraak voorkomen.<sup>114</sup>

De rechter-commissaris kan ook besluiten om het verhoor buiten aanwezigheid van de officier van justitie en de verdediging te laten plaatsvinden. Hij kan daartoe overgaan als het belang van de staatsveiligheid of het waarborgen van de anonimiteit van de getuige dit vereist (artikel 226p lid 1 Sv). De wetgever spreekt de verwachting uit dat de rechter-commissaris in het licht van deze belangen dikwijls tot ondervraging onder deze omstandigheden zal besluiten. Ook zal deze ondervraging al snel langs schriftelijke weg moeten plaatsvinden omdat het belang van de staatsveiligheid daartoe noopt.<sup>115</sup> Deze beslissingen liggen in essentie in het verlengde van de beslissing tot toepassing van de regeling. De veronderstelling is immers dat in dat geval de nodige staatsgeheime informatie wordt ontsloten. Daarbij blijft de

---

113. EHRM 17 november 2005, NJ 2007, 150 m.nt. Sch (Monika Haas t. Duitsland).

114. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 25. Te wijzen valt in dit verband nog op een tussenbeslissing van de Rechtbank Rotterdam in een strafzaak tegen een tolk van de AIVD die terechtstond wegens schending van staatsgeheimen. Daarin besliste de rechtbank dat het voor de behandeling van die zaak gewenst was dat de rechter-commissaris aan een medewerker van de AIVD, die in staat was de belangen van de nationale veiligheid per concreet gestelde vraag te beoordelen, bijzondere toegang tot het bijwonen van de verhoren van de rechter-commissaris verleende. Vgl. Rechtbank Rotterdam 15 april 2005, LJN AT4031.

115. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 25.

afgeschermd getuige overigens onderworpen aan de geheimhoudingsplichten van de artikelen 85 en 86 Wiv 2002.

Het (anoniem) horen door de rechter-commissaris buiten aanwezigheid van en zonder directe confrontatie met de verdediging impliceert een beperking van de rechten van de verdediging. De wetgever heeft daarom, met het oog op artikel 6 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak, in de procedure waarborgen opgenomen die ertoe strekken deze beperkingen te compenseren.

In deze compenserende waarborgen wordt onder meer voorzien door het verhoor in handen te stellen van een onafhankelijke rechter. Met de keuze om de rechter-commissaris daarmee te belasten wordt volgens de wetgever de gedachtengang van het EHRM gevolgd. Daarbij wordt verwezen naar de zaken *Edwards & Lewis* waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het EHRM van oordeel is ‘dat wanneer de verdediging, bijvoorbeeld ter bescherming van het belang van de staatsveiligheid, bepaalde informatie wordt onthouden, de beslissende instantie ook geen kennis mag nemen van die informatie’.<sup>116</sup> Die stellingname lijkt mij houdbaar.<sup>117</sup> In de zaken *Edwards & Lewis* kwam het EHRM tot de slotsom dat sprake was van schending van artikel 6 EVRM, omdat de ‘trial judge’ had geoordeeld zowel over de vraag of vertrouwelijke informatie over de werkwijze van undercoveragenten moest worden geopenbaard, als over de vraag of sprake was geweest van onrechtmatige opsporing. Vooral de beantwoording van de laatste vraag was cruciaal voor het verdere verloop van de strafzaken.

‘Had the defence been able to persuade the judge that the police had acted improperly, the prosecution would, in effect, have had to be discontinued.

(...)

Moreover, in each case the judge, who subsequently rejected the defence submissions on entrapment, had already seen prosecution evidence which may have been relevant to the issue. For example, in Mr Edwards’ case, the Government revealed before the European Court that the evidence produced to the trial judge and Court of Appeal in the *ex parte* hearings included material suggesting that Mr Edwards had been involved in drug dealing prior to the events which led to his arrest and prosecution. During the course of the criminal proceedings the applicant and his representatives were not informed of the content of the undisclosed evidence and were thus denied the opportunity to counter this allegation, which might have been directly relevant to the judges’ conclusions that the applicant had not been charged with a “State created crime” (see paragraph 33 above).

(...)

---

116. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 8.

117. Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt ook dat het in ons systeem niet de bedoeling is dat de zittingsrechter over meer informatie beschikt dan de verdediging (HR 20 april 1999, NbSr 1999, 111 en HR 30 juni 1998, NJ 1999, 88).

In these circumstances, the Court does not consider that the procedure employed to determine the issues of disclosure of evidence and entrapment complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused. It follows that there has been a violation of Article 6 §1 in this case.<sup>118</sup>

In de zaak Jasper, waarnaar in *Edwards & Lewis* wordt verwezen, was eveneens een ‘trial judge’ belast met de besluitvorming over het al dan niet openbaar maken van geheime informatie. Toen kwam het Hof niet tot schending van artikel 6 EVRM omdat ‘(u)nder the English system of trial by jury, it is the jury which decides upon the guilt or innocence of the accused’ en omdat ‘the material which was withheld from the defence and which was found by the trial judge to be subject to public interest immunity formed no part of the prosecution case whatever, and was never put to the jury (...)’.<sup>119</sup> Het Hof lijkt het dan ook van belang te vinden dat de rechter die moet oordelen over de (noodzaak tot) geheimhouding van mogelijk relevant materiaal, níet (tegelijktijd) over vragen moet oordelen waarbij dat geheimgehouden materiaal van belang kan zijn. Tegen die achtergrond ligt in ons strafvorderlijk systeem de keuze voor de rechter-commissaris, als het gaat om een verhoor van een getuige waarbij bepaalde gegevens geheim gehouden worden, in de rede.<sup>120</sup>

Ook Alink lijkt deze mening toegedaan. Hij plaatst daarbij wel de kanttekening dat het voor de rechter-commissaris niet mogelijk is te voorzien in voortdurende toetsing van het achtergehouden materiaal.<sup>121</sup> De rechter-commissaris maakt op enig moment in het onderzoek de afweging op basis van de dan beschikbare gegevens. Naarmate de strafzaak vordert, kan de belangenafweging echter anders komen te liggen. Dat zou kunnen leiden tot het besluit om geheime informatie alsnog openbaar te maken of om een afgeschermd getuige nog nader te horen, bijvoorbeeld omdat hij ontlastend materiaal kan aandragen of omdat aan zijn belastend materiaal toch getwijfeld moet worden.<sup>122</sup>

Vooraf uit de zaken *Fitt* en *Jasper* valt inderdaad het belang van voortdurende rechterlijke controle af te leiden. In de zaak *Fitt* overwoog het Hof:

‘(T)he fact that the need for disclosure was at all times under assessment by the trial judge provided a further, important, safeguard in that it was his duty to monitor throughout the trial the fairness or otherwise of withholding the evidence. It has not been suggested that the judge was not independent and impartial within the meaning of Article 6 § 1. He was fully versed in all the evidence and issues in the case and in a

---

118. EHRM 27 oktober 2004 en 22 juli 2003, 39647/98 en 40461/98 (*Edwards & Lewis* t. het Verenigd Koninkrijk).

119. EHRM 16 februari 2000, 27052/95 (*Jasper* t. het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 22 juli 2003, 39647/98 en 404061/98 (*Edwards & Lewis* t. het Verenigd Koninkrijk), §55.

120. Zie ook P.H. van Kempen, ‘Geheimhouding van informatie. Een niet-terroristische aanslag op de mogelijkheid tot aïvd-medewerking aan de strafrechtspleging?’, NJCM-bulletin 2005, p. 323.

121. Vgl. ook de noot van Buruma onder HR 6 november 2001, NJ 2002, 186.

122. Alink, a.w., p. 178.

position to monitor the relevance to the defence of the withheld information both before and during the trial.<sup>123</sup>

In de zaak Jasper wordt nogmaals benadrukt dat ‘the judge should continue to assess the need for disclosure throughout the progress of the trial’. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afgeschermd getuigen is dit aspect van voortdurende controle onderbelicht gebleven. Tegelijk is het de vraag of dit een wezenlijk punt is. In het Nederlandse strafproces ligt sterk de nadruk op de vrijheid van de zittingsrechter om zowel de inhoud van het bewijs te beoordelen als de wijze waarop dit is vergaard, te controleren. Mocht er extra informatie ter terechtzitting beschikbaar komen, dan kan de zittingsrechter besluiten de rechter-commissaris opdracht te geven om de waarde van de verklaring van de afgeschermd getuige, gelet op de aanwezigheid van het overige bewijsmateriaal dat is gepresenteerd, met toepassing van de afgeschermd getuigenregeling nader te onderzoeken.

Andere waarborgen die willen bewerkstelligen dat de rechten van de verdediging in voldoende mate kunnen worden gerespecteerd bij toepassing van de afgeschermd getuigenregeling zijn het vereiste dat de rechter-commissaris zich op de hoogte moet kunnen stellen van de volledige identiteit van de getuige, de beëdiging van de getuige, de onderzoeksplicht ingevolge artikel 226q Sv en het feit dat de verdediging in de gelegenheid wordt gesteld om de getuige te ondervragen. Verder mag het bewijs niet in beslissende mate worden gebaseerd op de verklaring van de getuige en geldt voor de zittingsrechter een motiveringsplicht als hij gebruik wil maken van een ambtsbericht voor het bewijs.<sup>124</sup> Op enkele van deze compenserende waarborgen kom ik hieronder nog terug.<sup>125</sup>

Bij het onderzoek door de rechter-commissaris zal het ambtsbericht van de AIVD doorgaans centraal staan en natuurlijk de vragen die de verdediging en de officier van justitie aan de orde gesteld willen zien. Het verhoor kan zich ook concentreren rondom bepaalde punten die de zittingsrechter door de verwijzing duidelijk wil krijgen (artikel 316 Sv). Aan de getuige kan volgens de wetgever de gelegenheid worden geboden, tegen de achtergrond van de gegevens die uit het reguliere onderzoek in de zaak zijn gebleken, tot aanvulling of precisering van de reeds verstrekte gegevens.<sup>126</sup>

Beijer is van mening dat de rechter-commissaris hierdoor een taak heeft gekregen die veelomvattender en gecompliceerder is dan de taak waarmee de rechter-commissaris ‘in de normale strafrechtelijke procedure’ is belast. De rechter-commissaris dient namelijk de belangen van de procespartijen en de positie van de zittingsrechter in het oog te houden. Nieuw is die taak evenwel niet. De rechter-commissaris beslist ook over de erkenning van een getuige als bedreigde getuige bij

---

123. EHRM 16 februari 2000, 29777/96 (Fitt t. het Verenigd Koninkrijk).

124. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 12.

125. Zie § 4.5.

126. Kamerstukken I 2005/06, 29 743, C, p. 19.



toepassing van de bedreigde getuigenregeling (artikelen 226a tot en met 226f Sv) en hoort hem vervolgens in de wetenschap dat deze getuige niet meer op zitting aan de tand kan worden gevoeld. Haar kanttekeningen bij de door de wetgever uitgesproken verwachting dat de rechter-commissaris het niet altijd nodig zal achten 'om tot de bodem te gaan' lijken me daarentegen wel terecht.<sup>127</sup> Als de rechterlijke toetsing in het licht van artikel 6 EVRM een belangrijke compensatie vormt voor de beperkingen van de rechten van de verdediging bij het geheimhouden van informatie ligt het juist in de rede dat de rechter-commissaris zijn onderzoekstaak (mede namens de verdediging) uiterst gewetensvol ter hand neemt. Daarbij kan de rechter-commissaris verzoeken om alle aan een ambtsbericht ten grondslag liggende gegevens in te zien.<sup>128</sup> Maar het kan ook voorkomen dat, in het belang van de staatsveiligheid, niet alle gegevens worden verstrekt die voor de beoordeling van de juistheid en volledigheid van het ambtsbericht noodzakelijk zijn. Dat zal dan uiteraard gevolgen kunnen hebben voor de bewijswaarde van het proces-verbaal van het verhoor van de afgeschermd getuige en het ambtsbericht.

Onderzoek door de rechter-commissaris naar de vraag of de inlichtingen- en veiligheidsdienst de informatie (rechtmatig) heeft vergaard in het kader van de taken die artikel 6 Wiv 2002 hem in het belang van de nationale veiligheid heeft opgedragen, wordt door de wetgever voorts mogelijk geacht. Voorop staat echter dat de rechter-commissaris mag uitgaan van een rechtmatige verkrijging van de door de inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte informatie. Maar dat neemt niet weg

'dat de rechter-commissaris tijdens het verhoor onder afgeschermd omstandigheden, al dan niet op verzoek van de verdediging of de officier van justitie, mede in het licht van artikel 6 van de Wiv 2002, vragen kan stellen over de aard van de werkzaamheden bij de uitvoering waarvan de in het ambtsbericht opgenomen gegevens zijn verkregen'.<sup>129</sup>

Op advies van de Raad van State is de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel afgeschermd getuigen aangevuld met een passage waarin nader wordt ingegaan op de gevolgen die de rechter kan verbinden aan onrechtmatige verkrijging van informatie door de inlichtingen- en veiligheidsdienst in het strafproces. De Raad van State noemde hier als voorbeeld de situatie waarin een getuige van de AIVD de verklaring van een informant heeft verdraaid en dus een vals ambtsbericht heeft opgesteld.<sup>130</sup> Anders dan bij een onder de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie werkzame opsporingsambtenaar ligt, zo wordt in de memorie van toelichting gesteld, een tot het openbaar ministerie gerichte strafprocessuele sanctie niet zonder meer in de rede. Dit kan in uitzonderlijke gevallen anders liggen wanneer bijvoorbeeld het openbaar ministerie op de hoogte was van de onrechtmatigheid.

127. Beijer, a.w., p. 971-972.

128. Kamerstukken II 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 22; Beijer, a.w., p. 971-972.

129. Kamerstukken I 2005/06, 29 743, C, p. 21.

130. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 5, p. 4.

‘Bij gebleken onrechtmatigheden bij de verkrijging van AIVD-informatie die, gelet op de ernst van de schending, voor een strafprocessuele reactie in aanmerking komen, kan het uitsluiten van de informatie als bewijs dan ook meer voor de hand liggen.’<sup>131</sup>

Ook de Hoge Raad gaat er blijkens zijn arrest in de zaak Eik vanuit dat ingeval van onrechtmatigheden bij de verkrijging van informatie door een inlichtingen- en veiligheidsdienst de sanctie van bewijsuitsluiting het meest aangewezen is. Volgens de Hoge Raad kan dit onder meer het geval zijn als doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verzamelde informatie. Voorts wordt het geval genoemd waarin het optreden van de betrokken dienst een schending van de aan de verdachte toekomende fundamentele rechten heeft opgeleverd die van dien aard is dat daarvoor geen sprake meer is van een fair trial als bedoeld in artikel 6 EVRM.<sup>132</sup>

De Hoge Raad overwoog hierbij uitdrukkelijk dat artikel 359a Sv niet van toepassing was omdat dat artikel alleen betrekking heeft op normschendingen die zijn begaan tijdens het voorbereidend onderzoek. Genoemd artikel 359a Sv maakt duidelijk dat de rechtbank rechtsgevolgen kan verbinden aan onrechtmatigheden bij het voorbereidend onderzoek die niet meer kunnen worden hersteld en waarvan de rechtsgevolgen niet uit de wet blijken. Daarbij kan het gaan om strafverlaging, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie. Ten aanzien van de sanctie van bewijsuitsluiting gaf de Hoge Raad in HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 (Loze hashpijp), het standaardarrest over de toepassing van artikel 359a Sv, aan dat deze sanctie slechts in aanmerking kan komen ‘indien door de onrechtmatige bewijsvergaring een (belangrijk) strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden’. De (aanvullende) criteria voor bewijsuitsluiting buiten het verband van het voorbereidend onderzoek die de Hoge Raad in de zaak Eik heeft geformuleerd, sluiten hierop aan.

Schalken is in zijn noot onder dit arrest van mening dat ook het Zwolsman-criterium in het geding kan zijn, waardoor ‘het gebruik van besmette AIVD-informatie door het OM ook tot diens niet-ontvankelijkheid (en niet alleen tot bewijsuitsluiting) kan leiden’. Denkt hij daarbij bijvoorbeeld aan het geval waarin het openbaar ministerie informatie van een inlichtingen- en veiligheidsdienst wil gebruiken voor (een belangrijk deel van) het bewijs, terwijl het ervan op de hoogte is dat deze informatie mogelijk gebaseerd is op gegevens van een buitenlandse zusterdienst die het resultaat zijn van foltering? Als sanctie op dergelijk handelen is een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie inderdaad voorstelbaar. Van Kempen is van mening dat niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in beginsel ook zou moeten volgen indien zou blijken dat infiltranten van de inlichtingen- en veiligheidsdienst de verdachte hebben uitgelokt tot strafbaar handelen. In dat geval is volgens hem een eerlijke berechting niet meer mogelijk.<sup>133</sup>

131. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 13.

132. HR 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. Sch (Eik). Zie ook § 3.4.

133. Van Kempen, *a.w.*, p. 324.

#### 4.3.4 Proces-verbaal van verhoor, instemmingsrecht en afsluiting

De rechter-commissaris legt na het verhoor van de afgeschermd getuige zijn bevindingen vast in een proces-verbaal (artikel 226p lid 2 Sv). Dit vereist een zorgvuldige afweging: welke informatie kan wel worden opgenomen, en welke informatie moet ofwel ter bescherming van de anonimiteit van de getuige, ofwel met het oog op het belang van de staatsveiligheid onvermeld blijven? Als de AIVD-getuige daarmee instemt, krijgen de verdediging en de officier van justitie de gelegenheid om op basis van dit proces-verbaal vervolgvragen te stellen (artikel 226p lid 3 Sv). Het uiteindelijke proces-verbaal bevat, naast een schriftelijke weergave van het onderzoek van de rechter-commissaris en de antwoorden op door de verdediging en de officier van justitie gestelde vragen, een schriftelijk oordeel van de rechter-commissaris over de betrouwbaarheid van de door de afgeschermd getuige afgelegde verklaring (artikel 226q Sv). De rechter-commissaris moet aangeven of hij zich daarbij, in positieve of negatieve zin, mede baseert op gegevens die in het belang van de staatsveiligheid niet in het proces-verbaal zijn opgenomen. Op die manier wordt volgens de wetgever inzicht gegeven in de representativiteit van het proces-verbaal. Duidelijk moet worden of het proces-verbaal nog een adequate weergave geeft van hetgeen is gewisseld tijdens het verhoor danwel dermate is afgevlakt dat daaruit geen betrouwbare gegevens kunnen worden afgeleid.

Voor het voegen van het proces-verbaal bij de processtukken moet de rechter-commissaris toestemming van de afgeschermd getuige krijgen (artikel 226s Sv). De gedachte achter dit vereiste van toestemming is, dat uiteindelijk de inlichtingen- en veiligheidsdienst zelf het beste kan beoordelen of openbaarmaking van gegevens schadelijk is voor de staatsveiligheid.<sup>134</sup> Als de getuige weigert zijn instemming te verlenen, moet de rechter-commissaris ervoor zorgen dat het proces-verbaal van verhoor en alle andere gegevens over het verhoor onverwijld worden vernietigd. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt, dat wordt gevoegd in het procesdossier. Op die manier kan het niet gevoegd zijn van het proces-verbaal van verhoor op de zitting aan de orde komen.

Hiervoor zagen we dat de wetgever het onderzoek van de rechter-commissaris naar de betrouwbaarheid van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verzameld materiaal beschouwt als een belangrijke compensatie van de beperkingen van de verdediging om zelf dit materiaal te toetsen en aan te vechten. Vervaele vraagt zich echter af of het instemmingsrecht van de afgeschermd getuige geen afbreuk doet aan deze compenserende werking van de rechterlijke toets:

‘The question is, however, whether the examining magistrate can qualify as an independent and impartial court. The Bill restricts investigations into the lawfulness of the information to exceptional cases of gross violations of human rights in the

---

134. Na zijn verhoor door de rechter-commissaris kan de afgeschermd getuige ook al weigeren in te stemmen met het verstrekken van het proces-verbaal van verhoor aan de verdachte en de officier van justitie (art. 226p lid 2 Sv).

acquisition of the information. As a starting point, the principle of good faith applies. Investigations into the reliability of the information are also marginal in character, judging from the Explanatory Memorandum (...). The fact that the shielded witness determines whether the hearing report is submitted to the parties or whether it is added to the case file (double consent of the shielded witness) undermines the independence and impartiality of the examining magistrate.<sup>135</sup>

Deze constatering lijkt in zoverre juist dat de mogelijkheid van de getuige om invloed uit te oefenen op het voegen van het proces-verbaal bij de processtukken met zich mee kan brengen dat, in afwijking van het uitgangspunt dat degene die het proces-verbaal opmaakt ook de inhoud daarvan bepaalt, de getuige in de praktijk co-concipiënt kan zijn van het proces-verbaal. Maar als het er echt op aankomt, kan de rechter-commissaris voet bij stuk houden. Als hij vindt dat de zittingsrechter van bepaalde informatie op de hoogte moet worden gesteld, dan staat het de rechter-commissaris vrij om die gegevens toch op te nemen in het proces-verbaal. Het is vervolgens aan de afgeschermden getuige om daaraan de consequentie te verbinden dat geen instemming wordt verleend aan het voegen van de stukken.<sup>136</sup> Het enige teken dat de regeling is toegepast, vormt dan de aanwezigheid van een proces-verbaal van vernietiging in het procesdossier. Dit proces-verbaal attendeert de zittingsrechter en de verdediging op het feit dat de rechter-commissaris de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte informatie heeft onderzocht.

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afgeschermden getuigen is meer dan eens de vraag opgeworpen, welke consequenties deze uitkomst van de procedure voor de bewijskracht van het ambtsbericht voor de strafzaak zou moeten hebben. De minister wilde de zeggenschap daarover, gelet ook op het sterk casusgebonden karakter van de bewijsvoering, uitdrukkelijk aan de zittingsrechter laten, maar hij sloot een vrijspraak of niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie niet uit.

Het proces-verbaal van vernietiging vormt een indicatie dat de rechter-commissaris informatie die zijns inziens voor de zittingsrechter relevant was niet via een proces-verbaal bekend heeft kunnen maken. De zittingsrechter weet in dat geval dat de rechter-commissaris de betrouwbaarheid en bruikbaarheid van de AIVD-informatie heeft onderzocht. Hij weet ook dat de rechter-commissaris daarvan geen verslag heeft kunnen doen in een proces-verbaal dat de instemming van de afgeschermden getuige kon verkrijgen. Bovendien is hem, op basis van het ambtsbericht, duidelijk waarover het onderzoek van de rechter-commissaris in hoofdlijnen ging. Maar ook staat vast dat de bewijskracht van het materiaal ernstig is beperkt doordat de rechter-commissaris en de afgeschermden getuige over voeging van een proces-

135. Vervaele, *a.w.*, p. 441.

136. Hierbij kan nog wel de vraag worden gesteld hoe dit instemmingsrecht zich verhoudt tot de vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het de officier van justitie, de rechter-commissaris en de zittingsrechter zijn die kunnen beslissen over het toevoegen van stukken aan het dossier. Vgl. o.m. HR 21 januari 1997, NJ 1997, 321.

verbaal geen overeenstemming konden bereiken. Dat zal dan, zo komt het mij voor, op zijn minst tot gevolg moeten hebben dat met het overige bewijsmateriaal waarin steun wordt gevonden voor hetgeen in het ambtsbericht is opgenomen, eveneens buitengewoon voorzichtig dient te worden omgegaan.

#### 4.3.5 Regels van bewijsrecht

De Wet afgeschermdde getuigen heeft ook enkele wijzigingen in het strafvorderlijk bewijsrecht aangebracht. Daardoor is het nu mogelijk om een ambtsbericht van de AIVD op grond van artikel 344 lid 1, onder 3°, Sv voor het bewijs te bezigen. Eerder maakte het wetboek onderscheid tussen ambtelijke geschriften, opgemaakt met bewijsbestemming, en overige (ambtelijke) geschriften. Deze laatste categorie van ambtelijke geschriften, waaronder het ambtsbericht, gold alleen als bewijs 'in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen' (artikel 344 lid 1, onder 5°, (oud) Sv). Dit betekende dat de daarin opgenomen gegevens bevestiging moesten vinden in het overige gebezigde bewijsmateriaal. Deze achterstelling van ambtelijke geschriften die geen bewijsbestemming hebben ten opzichte van documenten 'die bestemd zijn om tot bewijs van eenig feit of van eenige omstandigheid te dienen', is geschrapt. Dat ambtelijke documenten in vergelijking met alle andere schriftelijke stukken een bevoorrechte status toekomt, vindt volgens de wetgever reeds een afdoende rechtvaardiging in de kwaliteit van de opstellers: de openbare colleges en ambtenaren. Leidend zou moeten zijn de vraag of het geschrift inhoudelijk betrouwbare informatie bevat, niet met welke bestemming het is opgemaakt. Voor alle duidelijkheid werd daarbij nog opgemerkt dat door deze wijziging een verdachte in het vervolg bijvoorbeeld niet op basis van enkel een ambtsbericht kon worden veroordeeld. 'In veel gevallen laat de mate van controleerbaarheid van het ambtsbericht niet toe, dat de veroordeling in belangrijke mate daarop gebaseerd wordt.'<sup>137</sup>

Tot deze categorie van ambtelijke geschriften behoren ook de 'geschriften, opgemaakt door een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie'. Ook buitenlandse of internationale ambtelijke stukken leveren daarmee in beginsel een volwaardig schriftelijk bewijsmiddel op, mits uiteraard de betrouwbaarheid toereikend kan worden getoetst.<sup>138</sup> Beijer signaleert terecht dat bij gebruik van materiaal van buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten extra waakzaamheid geboden is.

'Kan de landelijke officier terrorismebestrijding de achterliggende bronnen van de ambtsberichten van de AIVD nog wel onderzoeken en eventueel beslissen de ambtsberichten niet door te geleiden, bij buitenlandse ambtsberichten kan hij dit in beginsel niet, zodat nauwelijks controle op de juistheid van deze berichten mogelijk is.'<sup>139</sup>

137. Kamerstukken II 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 14.

138. Zie EHRM 27 juni 2001, NJ 2002, 102 m.nt. Sch (Echeverri Rodriguez t. Nederland).

139. Beijer, a.w., p. 965. Zie ook Fokkens, a.w., p. 1341.

De Wet afgeschermd getuigen heeft voorts de tekst van artikel 344a lid 1 Sv over de bewijskracht van anonieme verklaringen aangepast. Deze wijziging vloeit voort uit het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel. De Raad wees erop dat het volgens vaste rechtspraak van het EHRM van groot belang is dat het bewijs van het daderschap niet in beslissende mate berust op de verklaringen van anonieme getuigen, maar dat er voldoende steunbewijs aanwezig is. Op advies van de Raad van State is aansluiting gezocht bij het criterium van het EHRM 'solely or to a decisive extent'.<sup>140</sup> Artikel 344a lid 1 Sv bepaalt thans dat het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, niet uitsluitend of in beslissende mate door de rechter kan worden gegrond op schriftelijke bescheiden houdende verklaringen van personen wier identiteit niet blijkt.

Daarnaast bevat artikel 344a Sv nu een voorschrift betreffende de bewijskracht van het proces-verbaal van verhoor van de rechter-commissaris, houdende de verklaring van een anonieme, afgeschermd getuige. Het betreft een aanvulling van artikel 344a lid 2 Sv die inhoudt, zulks in lijn met het bewijsvoorschrift voor de verklaring van de bedreigde getuige, dat een verklaring van een afgeschermd getuige alleen tot het bewijs kan meewerken indien hij als zodanig door de rechter-commissaris is gehoord en dan nog alleen voor zover het ten laste gelegde feit (kort gezegd) een ernstig misdrijf is. De bewijskracht van een ambtsbericht waarvan de relevante informatie is gebaseerd op een verklaring van een anoniem gebleven zegsman, wordt bepaald door artikel 344a lid 3 Sv. Dergelijk materiaal mag alleen meewerken tot het bewijs voor zover de bewezenverklaring in belangrijke mate steun vindt in andersoortig bewijsmateriaal, en door of namens de verdachte niet op enig moment in het geding de wens te kennen is gegeven om de anonieme zegsman te ondervragen of te doen ondervragen. Daaraan ligt mede ten grondslag dat noch de rechter, noch de verdediging deze anonieme getuige heeft ondervraagd.

#### 4.4 Positie zittingsrechter

De vraag kan worden gesteld in welke positie de zittingsrechter zich zal bevinden indien zich in het procesdossier AIVD-informatie bevindt die voor het bewijs in de strafzaak van belang kan zijn. In het voorgaande is daarover overigens al zijdelings het een en ander opgemerkt.

Bij toepassing van de afgeschermd getuigenprocedure zal de zittingsrechter in de regel een ambtsbericht en een proces-verbaal van verhoor van de afgeschermd getuige in het procesdossier aantreffen. Omdat het proces-verbaal in dat geval vaak dezelfde, maar mogelijk meer informatie bevat, zal de zittingsrechter zich meestal hoofdzakelijk oriënteren op het proces-verbaal van verhoor. Betreft het ambtsbericht of het proces-verbaal van verhoor een verklaring van een persoon wiens identiteit niet blijkt, dan gelden daarnaast de hiervoor besproken wettelijke bewijswaarderingsvoorschriften (artikel 344a lid 1 Sv). De zittingsrechter is beperkt in zijn onderzoeksmogelijkheden omdat hij doorgaans de afgeschermd getuige niet

---

<sup>140</sup>. EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741 (Doorson t. Nederland).

zelf kan ondervragen en geen kennis kan nemen van de (overige) informatie die ten grondslag ligt aan het ambtsbericht. Van geval tot geval zal hij dan ook met de nodige behoedzaamheid moeten beoordelen of het materiaal tot het bewijs kan meewerken.<sup>141</sup> Daarbij dient hij te betrekken of de verdachte bij de toepassing van de regeling, ondanks de beperkingen, in voldoende mate in de gelegenheid is geweest de verdediging te voeren. Mede tegen die achtergrond zal de strafrechter – indien hij bewijskracht aan de informatie wil toekennen – zich een oordeel moeten vormen of het gebruik van het materiaal niet onverenigbaar is met artikel 6 EVRM. Naarmate de desbetreffende informatie een grotere rol zou spelen in de bewijsconstructie moet – zo volgt uit rechtspraak van het EHRM – strikter gekeken worden naar de gevolgde procedure.<sup>142</sup>

Dat zal ook het geval zijn wanneer de afgeschermdde getuigenprocedure níet wordt toegepast. In dit verband dient nog aandacht te worden besteed aan een tweetal strafzaken waarin staatsgeheime informatie als bedoeld in de artikelen 98 tot en met 98c Sr voorwerp uitmaakte van de ten laste gelegde strafbare feiten. Het staatsgeheime karakter van de inhoud van de documenten waarop de vervolgingen in deze zaken betrekking hadden, bracht beperkingen mee voor de openheid waarin de zaken konden worden behandeld, en voor hetgeen de verdachten en de getuigen naar voren konden brengen.

In zijn arrest van 7 juli 2009, LJN BG7232, waarin het ging om een tolk van de AIVD die staatsgeheimen had openbaar gemaakt,<sup>143</sup> maakte de Hoge Raad duidelijk op welke wijze de zittingsrechter dient om te gaan met de beperking van de verklaringsvrijheid van een verdachte die aan de verplichting tot geheimhouding als bedoeld in artikel 85 Wiv 2002 is gebonden. De Hoge Raad overwoog ter zake het volgende:

‘De wet kent geen uitzondering op de in artikel 85 Wiv 2002 voorziene geheimhoudingsplicht in het geval de desbetreffende ambtenaar verdachte is. Ook dan is de ambtenaar dus aan die geheimhoudingsplicht gebonden en zal hij gegevens in strijd met die plicht niet mogen prijsgeven.

Indien evenwel de rechter ter terechtzitting, al dan niet naar aanleiding van een verzoek of verweer van de verdediging, van oordeel is dat het verdedigingsbelang vergt dat onder de geheimhoudingsplicht vallende gegevens door de verdachte worden geopenbaard, zal de rechter de hier conflicterende belangen dienen af te wegen. Richtsnoer daarbij is of ingeval die gegevens niet alsnog kunnen worden geopenbaard, nog sprake kan zijn van een fair proces als bedoeld in art. 6 EVRM.

141. HR 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. Sch (Eik), r.o. 4.6.

142. Vgl. EHRM 14 februari 2002, NJ 2002, 378 (Visser t. Nederland).

143. Het betrof een deel van een zogenoemde ‘stand van zaken week 31’ die circuleerde binnen de AIVD en waarin onder meer zicht wordt gegeven op de identiteit van een menselijke bron van de AIVD, twee telefoontapverslagen van de AIVD die in het kader van het onderzoek naar terroristische activiteiten van belang waren voor de AIVD en ten slotte een deel van een voorlopig observatieverslag afkomstig van de AIVD alsmede een e-mailbericht bevattende informatie met een staatsgeheim karakter.

Indien de rechter tot het oordeel komt dat kennisneming van de geheime gegevens vanuit een oogpunt van die verdragswaarborg noodzakelijk is en de handicap die de verdediging hierdoor ondervindt niet in voldoende mate wordt gecompenseerd door de gevolgde procedure, zal hij zich ervan dienen te vergewissen – bijvoorbeeld door daaromtrent de in aanmerking komende ambtenaar/ambtenaren van de AIVD te horen – of de geheimhoudingsplicht ten aanzien van die gegevens onverkort wordt gehandhaafd. Indien dat het geval is zal daaraan de gevolgtrekking moeten worden verbonden dat van een eerlijk proces geen sprake kan zijn en zal de officier van justitie niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in de vervolging.’

De verdediging had in deze zaak voorts aangevoerd dat het ondervragingsrecht was geschonden omdat de verdediging daarbij met een aantal beperkingen zou zijn geconfronteerd, waarvan de noodzaak geenszins zou zijn komen vast te staan. Het Gerechtshof Den Haag overwoog in hoger beroep ter zake dat de wijze van verhoor van de onder nummer gehoorde medewerkers van de AIVD niet in alle opzichten begrijpelijk voorkwam. Bij de tot afscherming van de identiteit getroffen maatregelen alsook het herhaalde beroep op de geheimhoudingsplicht konden volgens het hof vraagtekens worden gezet. Nochtans was het hof met betrekking tot de door de verdediging gehoorde getuigen à décharge van oordeel dat ‘noch de wijze van hun verhoor, noch de omstandigheid dat zij zich meermalen op hun geheimhoudingsplicht beriepen, in het licht van het door de verdediging nagestreefde doel van hun verhoor, te weten het zoeken naar alternatieve verklaringen voor het uitlekken van de documenten, de verdediging in relevante mate heeft geschaad’. Ten aanzien van de belastende getuigen overwoog het hof dat

‘slechts van de verklaring van één onder nummer en wellicht – het dossier verschaft dienaangaande geen zekerheid – onder visuele en akoestische beperkingen gehoorde getuige, de ICT-medewerker van de AIVD, die als zodanig bij de verdachte bekend is en die vele vragen van de verdediging heeft beantwoord, gebruik is gemaakt voor het bewijs in deze zaak, overigens niet in beslissende mate. De overige belastende getuigen zijn allen op naam gehoord en getuigen [getuige 1] en getuige [2], die evenals getuige 05 een wettelijke geheimhoudingsplicht hebben, hebben desondanks uitgebreid verklaard’.

De Hoge Raad dacht over deze overwegingen van het gerechtshof, waartegen in cassatie werd opgekomen,<sup>144</sup> het volgende:

‘Het Hof is, ondanks enige bedenkingen bij de wijze waarop de getuigen zijn afgeschermd en de mate waarin de getuigen is toegestaan een beroep te doen op hun geheimhoudingsplicht, uiteindelijk tot de slotsom gekomen dat de verdediging, mede gelet op hetgeen door haar met de ondervraging van de getuigen is beoogd, niet zodanig is belemmerd dat niet meer van een eerlijk proces kan worden gesproken. Dat oor-

<sup>144</sup>. In hetzelfde middel werd ook opgekomen tegen het beweerde ontbreken van de mogelijkheid het interne onderzoek van de AIVD te betwisten. Zie ook § 3.4.



deel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is evenmin onbegrijpelijk. Het kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst.’

Een belangrijke andere kwestie die in dit strafproces aan de orde kwam, betrof de vraag of wel met voldoende zekerheid vastgesteld kon worden dat de in de tenlastellegging genoemde informatie was aan te merken als – kort gezegd – staatsgeheime informatie. Het Gerechtshof Den Haag had voor de beoordeling van de desbetreffende informatie een toetsingskader aangelegd waarbij als uitgangspunt gold dat in het kader van de wettelijke taak van de AIVD ten aanzien van terrorismebestrijding het belang van de staat meebrengt dat het actuele kennisniveau, de (menselijke) bronnen en de operationele werkwijzen van de AIVD geheim werden gehouden en voorts dat informatie daaromtrent tot de veiligheid van de staat in betrekking stond. Het Hof achtte het daarbij niet noodzakelijk om te beschikken over of inzage te hebben in de geheel ongecensureerde versies van de informatie. De Hoge Raad kon zich verenigen met deze handelwijze:

‘Blijkens hetgeen hiervoor onder 8.2 is weergegeven, heeft het Hof tot uitgangspunt genomen dat de wettelijke taak van de AIVD meebrengt dat “in het kader van de (...) wettelijke taak van de AIVD ten aanzien van terrorismebestrijding het belang van de staat meebrengt dat het actuele kennisniveau, de (menselijke) bronnen en de operationele werkwijzen van de AIVD geheim worden gehouden en voorts dat informatie daaromtrent tot de veiligheid van de staat in betrekking staat”.

Uitgaande van die maatstaf heeft het Hof geoordeeld dat het zich aan de hand van (1) de zich in het dossier bevindende ongecensureerde tekstgedeelten, (2) de toelichtingen die door de AIVD bij ambtsberichten zijn verstrekt omtrent typering en de duiding van het staatsveiligheidsbelang van de in de gecensureerde tekstgedeelten vervatte informatie, en (3) de verificatie van het standpunt van de AIVD door de landelijk officier van justitie terrorismebestrijding, in onderlinge samenhang bezien, voldoende in staat achtte om de aard en het karakter van de teksten te beoordelen. Aldus is het Hof tot het oordeel gekomen dat de informatie op de documenten inlichtingen betreft waarvan de geheimhouding door het belang van de Staat wordt geboden en die tot de veiligheid van de Staat in betrekking staan, zoals bedoeld in art. 98 Sr. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is. Het kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst.’

Vergelijkbare vraagpunten deden zich voor in het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 26 juni 2009, LJN BI9646. In deze zaak veroordeelde het Hof een oud-medewerker van de BVD tot twee jaar gevangenisstraf voor het, zonder daartoe gerechtigd te zijn, onder zich nemen en houden van staatsgeheime documenten. Betrokkene had deze documenten onder zich genomen in de jaren dat hij bij de BVD werkzaam was.

De verdediging voerde in deze zaak onder meer het verweer dat de verdachte geen eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM had gekregen en dat het openbaar ministerie daarom niet-ontvankelijk moest worden verklaard. Volgens de verdediging berustte 'het proces op geheime stukken en op informatie van een geheime organisatie, de AIVD'. De verdediging zou die stukken en die informatie onvoldoende hebben kunnen toetsen en betwisten, mede omdat de verdachte en een aantal getuigen aan hun geheimhoudingsverplichtingen waren gebonden. Het Hof erkende dat in een strafzaak als de onderhavige het staatsgeheime karakter van de inhoud van de documenten waarop de vervolging betrekking had, beperkingen stelde aan de openheid waarin deze zaak kon worden behandeld.

'Het enkele feit dat aan de bedoelde openheid beperkingen zijn gesteld, brengt naar het oordeel van het hof echter nog niet mee dat de verdachte het recht op een eerlijk proces wordt onthouden; een dergelijk absoluut standpunt zou meebrengen dat in een zaak als de onderhavige strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde niet mogelijk zou zijn. Wel zal aan de hand van de beperkingen die zijn opgetreden en de compensatie die daarom werd geboden moeten worden gezien of die beperkingen – de procedure in haar geheel gezien – van zodanige aard zijn geweest dat zij het recht van de verdachte op een eerlijk proces op onaanvaardbare wijze hebben verkort.'

In dat kader onderzocht en beoordeelde het Hof achtereenvolgens de toetsing van het de verdachte belastende materiaal, de beperking van het ondervragingsrecht van getuigen, de beperking van de verklaringsvrijheid van de verdachte en de mogelijkheid om ontlastende gegevens 'op tafel' te krijgen. Bij geen van deze punten – al dan niet vanwege de geboden compensatie – kwam het Hof tot het oordeel dat aanmerkelijk was geworden dat de verdachte (noemenswaardig) tekort was gedaan in zijn verdedigingsrechten. Zo overwoog het Hof met betrekking tot de beperking van het ondervragingsrecht van getuigen het volgende:

'Datzelfde geldt in vergaande mate voor het beroep dat getuigen van de kant van de AIVD op hun geheimhoudingsplicht hebben gedaan. Niet beantwoorde vragen kunnen de verdachte niet belasten; voor zover een enkele getuige een antwoord schuldig bleef dat ontlastend voor de verdachte zou hebben kunnen zijn, gaat het vooral om kwesties die de rigiditeit van de geheimhouding binnen de BVD (dan wel het gebrek daaraan) en de interne verspreiding van staatsgeheime documenten betreffen in de tijd dat de verdachte daar werkzaam was. Daarover zijn echter – naast de verdachte – ook door anderen, ontlastende verklaringen afgelegd. Laatstbedoelde verklaringen hebben ertoe geleid dat het hof aan bepaalde, op zichzelf belastende gegevens slechts betrekkelijke waarde zal hechten. Dit heeft tot gevolg dat het zwijgen van de bedoelde getuigen hem in concreto géén verdedigingsschade oplevert.'

Het Gerechtshof kwam daarom, alles afwegende, in deze zaak tot het oordeel dat geen sprake was geweest van een procedure waarbij door de beperkingen van de openheid (dan wel anderszins) afbreuk is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces.

De hierboven aangehaalde kwesties die aan de orde kunnen zijn in zaken waarbij een vervolging betrekking heeft op strafbaar handelen betreffende staatsgeheime documenten, laten zien dat de zittingsrechter, evenals de overige procesdeelnemers, voor lastige afwegingen komt te staan.

Daarbij geldt ook dat de positie van de AIVD een andere is dan wanneer deze dienst in andere gevallen in het belang van de opsporing en vervolging informatie verstrekt aan het openbaar ministerie. De AIVD is immers 'belanghebbende': de dienst is zelf getroffen door het delict en treedt ook op als aangever van het strafbare feit. Verder zal de AIVD een belangrijke rol bij het bewijslevering (moeten) spelen. Zoals wij zagen, kunnen bij die bewijslevering en de betwisting daarvan de mogelijkheden tot het uitoefenen van verdedigingsrechten in het gedrang komen doordat datgene wat met het oog op de taakvervulling van de AIVD (staats)geheim moet blijven in beginsel niet op de terechtzitting aan de openbaarheid kan worden prijsgegeven. Dat kan ook meebrengen dat procesdeelnemers in het belang van de staatsveiligheid gedwongen kunnen zijn te spreken in vage, verholde termen, ook al omdat zij zich anders misschien schuldig zouden kunnen maken aan een strafbaar feit. In beide zaken is voorts sprake geweest van zittingen achter gesloten deuren.<sup>145</sup> Als een verdachte onder die omstandigheden ontlastende informatie naar voren zou brengen, terwijl de staatsveiligheid ernstig zou worden geschaad bij openbaarmaking van die informatie (en al snel sprake zal zijn van een strafbaar feit) blijft het de vraag hoe hiermee verder moet worden omgegaan.

Het valt daarnaast op dat in deze zaken bij de beoordeling of bepaalde staatsgeheime documenten al dan niet moeten worden aangemerkt als processtukken wordt gezocht naar wegen om inzage in en voeging van die documenten te laten plaatsvinden op een wijze waarbij in voldoende mate ook rekening kan worden gehouden met het belang van de staatsveiligheid.<sup>146</sup> Het gaat dan niet om een tijdelijke beperking van de kennisneming van bepaalde processtukken, zoals mogelijk gemaakt door de regeling van de artikelen 30 tot en met 33 Sv, maar om de situatie waarin bepaalde (beschikbare en relevante) informatie definitief buiten de processtukken wordt gehouden. Jurisprudentieel is de mogelijkheid om (relevante) informatie niet te vermelden in de processtukken erkend.<sup>147</sup> Vermeldenswaard is in dit verband dat de onderzoekers van het grondslagenproject Strafvordering 2001 hebben gewezen op het systematische verband tussen deze (buitenwettelijke) mogelijkheid van afscherming en de procedures inzake het verhoor van de bedreigde getuige (artikel 226a e.v. Sv) en het beletten van de openbaarmaking van bepaalde gegevens (artikel

145. Vgl. Rechtbank Rotterdam 15 april 2005, LJN AT4031 (tussenbeslissing) en Rechtbank Den Haag 22 oktober 2007, LJN BE9245 (onder punt 50).

146. In haar afscheidsinterview met het NRC Handelsblad op 30 mei 2009 vroeg de voorzitter van de Commissie van Toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, mevrouw Michiels van Kessenich-Hoogendoorn, eveneens aandacht voor deze kwestie: 'Nu kan de rechter verklaringen van de verdachte, gebaseerd op staatsgeheime documenten, niet opnemen in het vonnis. Ook de officier van justitie of de advocaat kan daar niets mee. Ons rechtsstelsel is niet ingericht op het berechten van verdachten die hun geheimhoudingsplicht hebben geschonden. Er moet een bijzondere strafkamer komen voor dergelijke zaken. Met rechters die zelf ook een veiligheidsonderzoek door de AIVD hebben ondergaan.'

147. Vgl. Hoge Raad 18 mei 1999, NJ 2000, 104 m.nt. Sch en Hoge Raad 7 mei 1996, NJ 1996, 687.

187d e.v. Sv). Zij zijn van mening dat de bestaande wettelijke regeling in dit opzicht onevenwichtig is. De bevoegdheid van de officier van justitie om bepaalde relevante informatie niet in de processtukken op te nemen, dient volgens de onderzoekers zelfstandig wettelijk te worden ingekaderd. Net als bij de wettelijke regelingen inzake het getuigenverhoor gaat het om een beperking van de interne openbaarheid. Daarbij merken de onderzoekers 'de bescherming van de nationale veiligheid' aan als een van de limitatief op te sommen belangen die kunnen leiden tot beperking van de interne openbaarheid, en tot het niet vermelden van informatie in de processtukken.<sup>148</sup>

## 5 Afsluiting

In zijn op 11 maart 2009 verschenen rapport over de mensenrechten in Nederland toonde de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa, de heer Thomas Hammarberg, zich bezorgd over het gebruik van AIVD-informatie in het Nederlandse strafproces:

'Another anti-terrorism measure raising human rights concerns is the *Witness Identity Protection Act*. In force since 1 November 2006, the Act broadens the use of official reports of the General Intelligence and Security Service (AIVD) by allowing the investigation of information contained in those reports through the questioning of intelligence agents by an examining judge. According to the Government, the defence retains the right to interview witnesses since it can submit questions, which may be posed through the intervention of the examining judge. However, the Commissioner notes with concern that, in the interest of national security, the defence cannot always attend the examination of the witness. He finds that the position of the defence is weakened, considering that the witness remains anonymous in most cases and has a decisive say in the decision as to whether the official report of the investigating judge will become part of the case file and accepted as evidence. The Commissioner questions how the principle of equality of arms, an essential guarantee of the right to fair trial, is safeguarded by the Act and recalls the right of the individual to know the full case against him or her.'<sup>149</sup>

Vooraf de laatste opmerking van de Commissaris, die de suggestie lijkt te wekken dat het gebruik van AIVD-informatie op gespannen voet zou staan met 'the right of the individual to know the full case against him or her' illustreert mijns inziens dat over de strafvorderlijke betekenis van informatie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten nog bij velen onduidelijkheden bestaan. Deze onduidelijkheden blijken ook uit eerdere publicaties. Want heeft de minister 'een geheime proces-

---

148. Zie M.S. Groenhuisen & G. Knigge (red.), 'Het vooronderzoek in strafzaken. Het tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001', Deventer, 2001, p. 490-491.

149. Report by the Commissioner for human rights Mr Thomas Hammarberg on his visit to the Netherlands 21-25 september 2008, CommDH(2009)2, www.coe.int, p. 37-38.

gang' mogelijk gemaakt 'waarin de R-C informatie vergaart, deze als betrouwbaar bestempelt en vervolgens ten behoeve van de bewijsvoering aan de zittingsrechter ter beschikking stelt'?<sup>150</sup> En is het zo dat de gekozen 'legal constructions may result in the conviction of innocent persons (...) due to a lack of checks and balances built in the procedure'?<sup>151</sup>

Naar mijn mening is het gebruik van informatie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het strafproces in Nederland adequaat ingekaderd. Dat geldt in de eerste plaats voor het gebruik van die informatie als grondslag voor toepassing van bevoegdheden. De Hoge Raad bepaalde in de zaak Eik heel in het algemeen dat geen rechtsregel zich verzet tegen het gebruik van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte gegevens als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Hieruit mag in elk geval worden afgeleid dat naar aanleiding van een ambtsbericht opsporingshandelingen kunnen en mogen worden geïnitieerd. Dit is logisch en ook aanvaardbaar. Waarom zou een ambtsbericht anders behandeld moeten worden dan een tip, een melding of een aangifte?

Ter opsporing van terroristische misdrijven is de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden mogelijk gemaakt bij aanwijzingen in plaats van een verdenking. Dit begrip aanwijzingen krijgt zijn betekenis vooral in relatie tot het verdenkingsbegrip; het biedt ten opzichte van dat begrip een verruiming. We zagen dat AIVD-informatie feiten of omstandigheden kan opleveren waaruit een verdenking voortvloeit. Dat een ambtsbericht, uiteraard afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook aanwijzingen van een terroristisch misdrijf kan opleveren, is daarmee gegeven. De wetgever heeft dit ook uitdrukkelijk zo gewild.<sup>152</sup>

Bij het al dan niet aannemen van een verdenking op de grondslag van AIVD-informatie spelen de factoren concreetheid en verifieerbaarheid een belangrijkere rol dan bij het aanwezig achten van aanwijzingen. De toetsing door de landelijk officier van justitie voor terrorismebestrijding bleek bijvoorbeeld medebepalend te zijn voor de beantwoording van de vraag of op basis van informatie uit een ambtsbericht een verdenking kon worden aangenomen. Relevant is ook de factor tijd. Laat de in het ambtsbericht opgenomen informatie nadere verificatie toe? Aarzelingen over de vraag of de beschikbare informatie voldoende is voor een verdenking zal voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden doorgaans weinig problematisch zijn. Het onderzoek kan immers ook worden opgebouwd met de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden op basis van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.

Waar in de besproken strafzaken de inhoud van ambtsberichten nog toereikend werd geacht voor de inzet van opsporingsbevoegdheden waaraan de voorwaarde van een verdenking van een strafbaar feit was verbonden, lijkt bij de concrete toepassing van vrijheidsbenemende dwangmiddelen de lat hoger te worden gelegd. Van belang hierbij is ook in welke fase van het onderzoek de toepassing van het dwangmiddel

150. Sennef, *a.w.*, p. 867-868.

151. Coster van Voorhout, *a.w.*, p. 144.

152. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 164, nr. 3, p. 11.

aan de orde is. Voor een aanhouding op basis van een ‘kaal’ ambtsbericht zal, uiteraard afhankelijk van de inhoud van de daarin vervatte informatie, meer ruimte bestaan dan voor het geven van een bevel tot bewaring dat wordt gegrond op dat ambtsbericht. Zeker wanneer de verdenking een terroristisch misdrijf betreft, lijkt voor deze stellingname steun te kunnen worden gevonden in de zaak Murray.<sup>153</sup>

Maar ook voor het gebruik van AIVD-informatie als bron van bewijs in een strafzaak geldt dat dit adequaat is ingekaderd. Volgens de Hoge Raad dient bij een onderbouwd beroep op de onbetrouwbaarheid van deze informatie de gegrondheid van die stelling te worden onderzocht. In dat geval moet de verdediging de gelegenheid hebben om de betrouwbaarheid van dat materiaal aan te vechten en te doen onderzoeken, eventueel door getuigen te doen horen, bijvoorbeeld door de rechter-commissaris.

De rechtspraak en de wetgever hebben op dit punt aansluiting gezocht bij de bestaande systematiek van onze strafprocedure. Die inpassing in de reguliere strafvorderlijke kaders heeft ertoe geleid dat ook voor het gebruik van informatie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het strafproces in beginsel het vereiste van toetsbaarheid geldt, en dat de verdediging, de officier van justitie en de rechter een beroep kunnen doen op de bestaande voorzieningen om die toetsing te kunnen bewerkstelligen. Deze voorzieningen zijn aangevuld met de procedures die de Wet afgeschermd getuigen in het wetboek heeft geïntroduceerd.

Tegelijk is het de vraag of de zittingsrechter snel geneigd zal zijn om AIVD-informatie bij de bewijsvoering te betrekken.<sup>154</sup> De zittingsrechter zal er immers de voorkeur aan geven bewijsmiddelen te bezigen waarvan hij de betrouwbaarheid zelf kan onderzoeken. Als de AIVD-informatie in de bewijsconstructie een marginale rol vervult, zal hij het doorgaans uit zichzelf niet noodzakelijk achten om daarover getuigen te horen (artikel 315 Sv). Wel kan het zo zijn dat de verdediging een onderbouwd beroep op de onbetrouwbaarheid van AIVD-informatie doet. Maar uit de tot dusver gepubliceerde rechtspraak blijkt vooralsnog dat de rechter, ondanks het

---

153. Het zal interessant zijn om te bezien op welke wijze het criterium van aanwijzingen in terrorismezaken van invloed zal zijn op de invulling van het verdenkingsbegrip. Primair gaat het dan om het effect op de toepassing van bevoegdheden die zijn gekoppeld aan een verdenking van een strafbaar feit. Daar was het de wetgever in beginsel om te doen. Het zou daarnaast winst zijn als het bestaan van de criteria voor de toepassing van bevoegdheden ter opsporing van terroristische misdrijven de justitiële autoriteiten ook zal (blijven) stimuleren om, vooral als het gaat om het gebruik van vrijheidsbenemende dwangmiddelen, niet al te lichtvaardig een verdenking tegen een persoon aan te nemen. Zie ook M. Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 293.

154. Zie ook Commissie evaluatie antiterrorismebeleid, ‘Naar een integrale evaluatie van antiterrorismemaatregelen’, Ministeries van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 2009, p. 27: ‘Navraag bij het OM en de AIVD heeft uitgewezen dat de afgeschermd getuigeprocédure ten tijde van het afsluiten van dit rapport in het geheel nog niet is toegepast.’ Dat van Wet afgeschermd getuigen slechts spaarzaam gebruik gemaakt zal worden, is ook de verwachting van de wetgever. Vgl. Kamerstukken I 2005/06, 29 743, C, p. 7. De wetgever trekt daarbij nadrukkelijk de parallel met de bedreigde getuigenregeling. ‘Een van de resultaten van de evaluatie van de bedreigde getuigenregeling was destijds (...) dat er terecht sprake was van een restrictief toegepaste voorziening. Ten aanzien van de thans voorgestelde procedure mag evenmin een al te groot effect op de bestrijding van criminaliteit worden verwacht.’

bestaan van de nieuwe wettelijke regelingen, een dergelijk beroep niet snel honoreert en volstaat met een beperkte controle.<sup>155</sup>

Die rechtspraak betreft als gezegd evenwel zaken waarin het AIVD-materiaal contextueel of hoogstens als steunbewijs lijkt te worden gebezigd. Dit ligt anders indien een van de misdrijven van de artikelen 98 tot en met 98c Sr is ten laste gelegd. Dat bleek uit de besproken strafzaken waarin medewerkers van de AIVD werden aangeklaagd. In die gevallen speelt AIVD-informatie een centrale rol bij de bewijsvoering en dient de zittingsrechter, indien hij bewijskracht aan deze informatie wil toekennen, zeer nauwkeurig na te gaan of de verdachte, ondanks de beperkingen die voortvloeien uit de geheimhouding van gegevens in het belang van de staatsveiligheid, in voldoende mate in de gelegenheid is geweest de verdediging te voeren. Een dergelijke beperking kan ook inhouden dat bepaalde informatie 'gecensureerd' bij de processtukken wordt gevoegd. De vraag kan worden gesteld of de tijd niet rijp is om die manier van werken te voorzien van een wettelijk fundament. Een herziening van de wettelijke regeling inzake de processtukken en het inzagerecht, waarvoor de onderzoekers van het grondslagenproject Strafvordering 2001 reeds de nodige bouwstenen hebben aangeleverd, biedt daarvoor een goede gelegenheid.

---

155. Vgl. Gerechtshof Den Haag 2 oktober 2009, LJN BF3987 en Hoge Raad 13 november 2007, LJN BA2553.





# Bijlage: Belangrijkste bepalingen van de Wet afgeschermdde getuigen

## Artikel 136d

Onder afgeschermdde getuige wordt verstaan een getuige die door de rechter op grond van artikel 226m als zodanig is aangemerkt.

## VIERDE AFDELING B

### *Afgeschermdde getuigen*

## Artikel 226m

1. De rechter-commissaris beveelt hetzij ambtshalve, hetzij op de vordering van de officier van justitie of op het verzoek van de verdachte of van de getuige, dat een getuige als afgeschermdde getuige wordt gehoord indien, naar redelijkerwijze moet worden aangenomen, het belang van de staatsveiligheid dat eist.
2. De officier van justitie, de verdachte en de getuige worden in de gelegenheid gesteld daaromtrent te worden gehoord.
3. De rechter-commissaris maakt in zijn proces-verbaal melding van de redenen waarom het eerste lid toepassing heeft gevonden.
4. Hoger beroep of beroep in cassatie is tegen een beslissing op grond van het eerste lid niet toegelaten.

## Artikel 226n

1. De rechter-commissaris beveelt hetzij ambtshalve, hetzij op de vordering van de officier van justitie of op het verzoek van de verdachte of van de getuige, dat ter gelegenheid van het verhoor van de afgeschermdde getuige diens identiteit verborgen wordt gehouden, indien een zwaarwegend belang van de getuige of een ander dan wel het belang van de staatsveiligheid dat vereist. In dat geval stelt hij zich voorafgaand aan het verhoor van de afgeschermdde getuige op de hoogte van diens identiteit en vermeldt hij in het proces-verbaal dit te hebben gedaan.
2. De getuige wordt overeenkomstig artikel 216 beëdigd of aangemaand.
3. Indien de rechter-commissaris het in het eerste lid omschreven bevel geeft, hoort hij de afgeschermdde getuige op een zodanige wijze dat zijn identiteit verborgen blijft.

## Artikel 226o

Tot bijwoning van het verhoor van een afgeschermdde getuige kan de rechter-commissaris bijzondere toegang verlenen.

## Artikel 226p

1. Indien een belang als bedoeld in artikel 226n, eerste lid, dat vereist, kan de rechter-commissaris bepalen dat de verdachte of diens raadsman dan wel beiden het verhoor van de afgeschermdde getuige niet mogen bijwonen. In het laatste geval is ook de officier van justitie niet bevoegd daarbij aanwezig te zijn.
2. De rechter-commissaris draagt er zorg voor dat het proces-verbaal van verhoor van de afgeschermdde getuige geen verklaring bevat die strijdig is met een belang als bedoeld in artikel 226n, eerste lid.
3. De rechter-commissaris verstrekt, indien de getuige daarmee instemt, het proces-verbaal aan de officier van justitie, de verdachte alsmede diens raadsman. De getuige kan zijn instemming slechts onthouden indien het belang van de staatsveiligheid dit vereist. In geval de getuige zijn instemming onthoudt, draagt de rechter-commissaris er zorg voor dat het proces-verbaal van verhoor en alle andere gegevens betreffende het verhoor onverwijld worden vernietigd. De rechter-commissaris maakt hiervan proces-verbaal op.
4. De rechter-commissaris biedt de officier van justitie, de verdachte of diens raadsman, indien deze het verhoor van de getuige niet heeft bijgewoond, de gelegenheid door middel van telecommunicatie of, indien zulks zich niet verdraagt met een belang als bedoeld in het eerste lid, schriftelijk de vragen op te geven, die hij gesteld wenst te zien. Tenzij het belang van het onderzoek geen uitstel van het verhoor gedooft, kunnen vragen reeds voor de aanvang van het verhoor worden opgegeven.
5. Artikel 226d, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

## Artikel 226q

Tijdens het verhoor van de afgeschermdde getuige onderzoekt de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de verklaring van de afgeschermdde getuige en hij legt daarover in het proces-verbaal rekenschap af.

## Artikel 226r

1. De rechter-commissaris neemt, indien hij het in artikel 226n, eerste lid, omschreven bevel geeft, hetzij ambtshalve, hetzij op vordering van de officier van justitie, de maatregelen die redelijkerwijs nodig zijn om de identiteit van de afgeschermdde getuige en de persoon ten aanzien van wie een verzoek of een vordering als bedoeld in artikel 226n, eerste lid, wordt gedaan, verborgen te houden.
2. Artikel 226f, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

## Artikel 226s

1. De rechter-commissaris voegt, indien de afgeschermdde getuige daarmee instemt, het proces-verbaal van verhoor bij de processtukken.
2. Artikel 226p, derde lid, is, behoudens de eerste volzin, van overeenkomstige toepassing.