

Memorandum 2012-3

De Wet afgeschermdde getuigen in de praktijk

R.J. Bokhorst

Memorandum

De reeks Memorandum omvat de rapporten van onderzoek dat door en in opdracht van het WODC is verricht.

Opname in de reeks betekent niet dat de inhoud van de rapporten het standpunt van de Minister van Veiligheid en Justitie weergeeft.

Inhoud

1	Inleiding — 5
2	De Wet afgeschermdde getuigen — 7
3	Rechtspraak — 11
4	Bevindingen uit de interviews — 13
5	Conclusie — 17
	Literatuur — 19
	Bijlage 1 Begeleidingscommissie — 21

1 Inleiding

De Wet afgeschermdde getuigen beoogt de bruikbaarheid van informatie afkomstig van inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het strafproces te vergroten. Kern van de wet is dat getracht wordt met bescherming van de staatsveiligheid de inhoud van ambtsberichten¹ beter toetsbaar te maken. Hiertoe is onder meer een speciale procedure in het leven geroepen voor het horen van ambtenaren van de Algemene Inlichtingen-en Veiligheidsdienst (AIVD) en Militaire Inlichtingen-en Veiligheidsdienst (MIVD) door de rechter-commissaris. Aan de toenmalige minister van Justitie (thans de minister van Veiligheid en Justitie) is opgedragen om vijf jaar na de inwerking-treding van de wet aan de Tweede Kamer een verslag toe te zenden over de 'doel-treffendheid en de effecten van de wet in de praktijk'.² Reeds nu kan gezegd worden dat tot op heden (april 2012) geen gebruik is gemaakt van de regeling.³ Dat brengt mee dat op basis van daadwerkelijke ervaringen nog geen evaluatie van de wetgeving valt te geven. Wel is het mogelijk om met sleutelpersonen te bespreken hoe men tegenover de wetgeving staat, in hoeverre men – zo daar een mogelijkheid toe was – heeft overwogen van de wetgeving gebruik te maken en of men daar mogelijkheden voor ziet. Hiertoe zijn interviews gehouden met in totaal negen personen die bij terrorismeonderzoeken betrokken zijn geweest. We spraken met officieren van justitie (2), medewerkers van de AIVD (2), rechters-commissarissen (4) en advocaten (2). Doel van deze interviews was nadrukkelijk niet om vast te stellen welke gedachten er bij een bepaalde beroepsgroep, zoals de advocatuur of de rechterlijk macht, leven ten aanzien van de wetgeving, maar om ervaringsdeskundigen aan het woord te laten over mogelijkheden en beperkingen van de wet. Gelet op het specialisme en het beperkte aantal terrorismeprocessen dat de laatste jaren is gevoerd, was dit een beperkte groep.

Allereerst bevat deze notitie een korte beschrijving van de Wet afgeschermdde getuigen en aanverwante strafprocesrechtelijke bepalingen en bespreken we een recente uitspraak van de Hoge Raad, waarin gecasseerd wordt om reden dat de verdedigingsrechten bij het gebruik van AIVD-materiaal voor het bewijs, naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende tot hun recht waren gekomen. Daarna volgt een bespreking van de bevindingen uit de interviews. We sluiten af met een conclusie.

¹ Indien de AIVD bij de uitvoering van haar taak op informatie stuit die van belang kan zijn bij de opsporing van strafbare feiten, kan de dienst deze informatie via een zogenaamd ambtsbericht ter kennis brengen aan het Openbaar Ministerie. Een en ander is geregeld in artikel 36 t/m 38 van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002).

² Zie *Staatsblad* 2006, nr. 460.

³ De verwachting van de wetgever was dat slechts in enkele gevallen van de regeling gebruik gemaakt zou worden. *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7.

2 De Wet afgeschermdde getuigen

Op 1 november 2006 is de Wet afgeschermdde getuigen in werking getreden. Blijkens de Memorie van Toelichting (MvT) strekt de wet ertoe om de bruikbaarheid van ambtsberichten van de AIVD⁴ in het strafproces te vergroten. Tevens is de verwachting dat daarmee de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, bij de afweging van belangen waarvoor zij worden gesteld, vaker tot verstrekking (van een ambtsbericht) kunnen overgaan.⁵ Daartoe maakt de wettelijke regeling het mogelijk om de in het ambtsbericht vervatte informatie nader te laten onderzoeken door middel van het onder ede horen van (AIVD)-getuigen door de rechter-commissaris.⁶ Deze kan door het horen van medewerkers van de inlichtingen- en veiligheidsdienst de in het ambtsbericht vervatte informatie op juistheid en betrouwbaarheid toetsen. Via een zogenaamd ambtsbericht vindt de informatieverschaffing door de AIVD aan het Openbaar Ministerie plaats. Naar de verwachting van de wetgever zal de afgeschermdde getuigen regeling eerder worden toegepast in de fase voorafgaand aan de terechtzitting, maar kan dit ook gedurende de zitting plaatsvinden.⁷ De Wet afgeschermdde getuigen heeft tot doel een effectieve bestrijding van terroristische misdrijven, maar is daar niet expliciet toe beperkt. Echter, slechts in uitzonderlijke gevallen achtte de wetgever het denkbaar dat de regeling zal worden toegepast buiten het domein van terroristische misdrijven.⁸

Naast het horen van (AIVD)-getuigen door de rechter-commissaris, noemt de MvT ook dat nader onderzoek naar de juistheid en betrouwbaarheid van het ambtsbericht kan plaatsvinden door het aan de orde te stellen van de 'harde informatie' die aan het ambtsbericht ten grondslag ligt, zoals tapverslagen en schriftelijke bescheiden.⁹ Op een ander plek valt te lezen dat de afgeschermdde getuigen regeling tot doel heeft te bevorderen dat bewijsmateriaal van de AIVD met behulp van getuigenverklaringen nader onderbouwd en getoetst kan worden.¹⁰ In welke vorm het aan de orde stellen van de 'harde informatie' kan plaatsvinden wordt in de MvT niet expliciet uitgewerkt. Voor de hand ligt dat de rechter-commissaris ook inzage kan krijgen in dit materiaal, indien dat voor de beoordeling van het ambtsbericht noodzakelijk zou zijn. De MvT geeft elders weer dat de regeling uit de Wet afgeschermdde getuigen het mogelijk maakt dat de rechter-commissaris in ieder geval zelf van alle feiten kennis neemt. Daarop volgt het voorbeeld dat de rechter-commissaris in geval een ambtsbericht voortkomt uit een telefoontap, kennis kan nemen van de door de verantwoordelijke ministers ondertekende toestemming voor die telefoon-

⁴ En van de Militaire Inlichting- en Veiligheidsdienst. In het navolgende zullen we ter wille van de leesbaarheid telkens spreken over AIVD-informatie.

⁵ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 12.

⁶ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 1. De regeling van verhoor van de afgeschermdde getuige is neergelegd in de artikelen 226m-226s Sv. De regeling van artikel 187d Sv., die bepaalt dat de rechter-commissaris bij verhoor van getuigen op een aantal gronden kan beletten dat een antwoord van de getuige ter kennis komt aan de verdediging en de officier van justitie, is uitgebreid met de volgende bepaling: 'Indien er gegrond vermoeden bestaat dat door openbaarmaking van dit gegeven (...) c. het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad.'

⁷ NV, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 22.

⁸ NV, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 16. Zie ook Krips (2009, p. 169).

⁹ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 6.

¹⁰ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 12.

tap.¹¹ Schalken is in zijn noot bij NJ 2007/336 een andere opvatting toegedaan, waar hij stelt dat de Wet weinig toevoegt omdat de mogelijkheden voor de verdediging en de rechter om de AIVD-informatie op haar betrouwbaarheid te toetsen zeer beperkt blijven. De toetsing door de rechter-commissaris zou zeer onvolledig zijn omdat de rechter-commissaris niet de aan de ambtsberichten ten grondslag liggende interne stukken kan inzien. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag (NV) blijkt echter dat de wetgever het mogelijk acht dat de rechter-commissaris deze onder ogen krijgt. Zo valt te lezen dat de rechter-commissaris desgewenst kan '(...) verzoeken om alle aan een ambtsbericht ten grondslag liggende gegevens met behulp van de afgeschermdde getuige in te zien.'¹² Wel is het zo dat de afgeschermdde getuige een dergelijk verzoek met een beroep op de staatsveiligheid kan weigeren (zie verderop).

In principe kan een ambtsbericht gebruikt worden voor bewijs in een strafzaak.¹³ Voor de overtuigingskracht die in een dergelijk geval aan het ambtsbericht ontleend kan worden is het van belang dat de inhoud zo goed mogelijk getoetst kan worden. In de praktijk worden hieraan beperkingen gesteld door de geheimhoudingsplicht waaraan medewerkers van de AIVD zijn gebonden. De Hoge Raad geeft aan dat indien de verdediging een beroep doet op de onbetrouwbaarheid van informatie, de strafrechter aan de verdediging de mogelijkheid moet geven de betrouwbaarheid daarvan te (doen) onderzoeken, eventueel door het horen van getuigen door de rechter-commissaris. Daarbij moet de bijzondere positie van de Inlichtingen- en Veiligheidsdienst in acht worden genomen, 'die veelal tot geheimhouding noopt' en anderzijds de verdedigingsgerechten van de verdachte als bedoeld in artikel 6, derde lid, EVRM.¹⁴

Reeds voor de inwerkingtreding van de Wet afgeschermdde getuigen konden AIVD'ers op verzoek van de verdediging, het OM of de rechtbank worden gehoord. Veelal gebeurde dit ook door de rechter-commissaris en op zodanige wijze dat door middel van vermomming of via communicatie achter schermen, de vertrouwelijkheid van de informatie en de positie van (soms anonieme) getuigen zoveel mogelijk werd beschermd. De Wet afgeschermdde getuigen¹⁵ gaat een stap verder in een poging twee op gespannen voet staande uitgangspunten, namelijk toetsbaarheid van de informatie en het belang van de staatsveiligheid – dat vaak strijdig is met verdergaande openbaarmaking van gegevens – met elkaar te verenigen.¹⁶

De nieuwe procedure beoogt enerzijds garanties te geven voor afscherming van de methoden die een veiligheidsdienst gebruikt en anderzijds voldoende mogelijkheden tot controle van de betrouwbaarheid te bieden.¹⁷ Vertrekpunt, is zo stelt de MvT, een verruiming van de mogelijkheden om bij het verhoor van getuigen rekening te houden met de het belang van de staatsveiligheid. Hiertoe dient een getuigenverhoor door de rechter-commissaris waarbij, veelal door diens tussenkomst – dat wil zeggen niet rechtstreeks aan de (AIVD) getuige – door verdediging en OM vragen

¹¹ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 8, Brief van de minister van Justitie, 10 mei 2005, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 23, p 3.

¹² NV, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7, p 22.

¹³ Hoge Raad 5 september 2006, *NJ* 2007, 336 m. nt. T.M. Schalken, *LJN: AV4.122*. Zie ook Krips (2009, p. 163-164).

¹⁴ Hoge Raad 5 september 2006, *NJ* 2007, 336 m. nt. T.M. Schalken, *LJN: AV4.122*.

¹⁵ De regeling is neergelegd in de artikelen 226m tot en met 226s Sv.

¹⁶ Zie voor een bespreking van de Wet afgeschermdde getuigen tegen het licht van de Europese jurisprudentie: Van Kempen & Vervoort (2009).

¹⁷ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 3.

aan de getuige gesteld kunnen worden, eventueel ook schriftelijk.¹⁸ De rechter-commissaris dient na te gaan of de aldus verkregen en bij proces-verbaal vastgelegde verklaring niet het belang van de staatsveiligheid schaadt. Daarnaast, en dat is het meest kenmerkende van de wettelijke regeling, zal, omdat volgens de MvT uiteindelijk alleen de AIVD volledig kan beoordelen of hetgeen in het proces-verbaal is neergelegd bij openbaarmaking schadelijk is voor de staatsveiligheid, voeging van het proces-verbaal aan het dossier slechts plaatsvinden als de getuige daarin toestemt. Dit is een uitzonderlijke afwijking van het uitgangspunt dat de rechter-commissaris degene is die bepaalt welke gegevens tot de processtukken behoren.

Het enkele feit dat afgeschermd getuige niet instemt met voeging van het proces-verbaal van verhoor, hoeft nog niet te betekenen dat daarmee de bewijswaarde van het ambtsbericht afneemt of dat dit niet meer voor bewijs zou mogen worden gebruikt.¹⁹ Dit is ter beoordeling aan de zittingsrechter en zal afhangen van alle overige omstandigheden en overige bewijsmiddelen die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van de waarde van het ambtsbericht. Dat het ontbreken van deze instemming van de zijde van de afgeschermd getuige een (negatieve) invloed kan hebben, klinkt evenwel door in een passage uit de NV, waarin gesteld wordt dat de zeggenschap van de rechter-commissaris ook niet moet worden onderschat. Immers, aldus de NV, indien de afgeschermd getuige niet instemt met voeging van het proces-verbaal van verhoor, zal de rechter-commissaris proces-verbaal van vernietiging van dit verhoor opmaken, hetgeen 'voor de zittingsrechter niet onopgemerkt zal blijven'.

Om ervaring met het horen van getuigen door de rechter-commissaris in deze specialistische materie te concentreren is het Kabinet van de rechter-commissaris te Rotterdam hiervoor speciaal aangewezen. Binnen het Kabinet hebben in totaal drie rechters-commissarissen deze taak toegewezen gekregen.²⁰

De Wet afgeschermd getuigen bevat ook een wijziging van het bewijsrecht waarmee wordt bereikt dat een ambtsbericht niet langer slechts in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen als bewijs kan gelden, maar dat deze ambtsberichten voortaan als volwaardig schriftelijk bescheid worden beschouwd.²¹ De opwaardering van de status van het ambtsbericht past binnen de wens om in algemene zin leidend voor het gebruik als bewijs te laten zijn de vraag of het geschrift inhoudelijke betrouwbare informatie bevat, en niet met welke bestemming het is opgemaakt.^{22 23} Het volgt dus niet uit de gedachte dat de regeling uit de Wet afgeschermd getuigen de controleerbaarheid van de ambtsberichten vergroot.²⁴ De opwaardering van de bewijskracht geldt niet alleen ook voor ambtsberichten die niet

¹⁸ NV, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 25.

¹⁹ NV, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 27.

²⁰ Aldus een rechter-commissaris uit het Kabinet van de rechter-commissaris te Rotterdam.

²¹ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 13, Brief van de Minister van Justitie, 10 mei 2005, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 23.

²² Zie artikel 344 lid 1 Sv.

Onder schriftelijke bescheiden worden verstaan:

(...)

Drie geschriften opgemaakt door openbare colleges of ambtenaren, betreffende onderwerpen behorende tot den onder hun beheer gestelden dienst, alsmede geschriften, opgemaakt door een persoon in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie.'

²³ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 14.

²⁴ In die zin Beijer (2006, p. 961), Melai & Groenhuijsen (2008).

met toepassing van de afgeschermd getuigen procedure zijn getoetst²⁵, maar ook voor bijvoorbeeld een proces-verbaal van een buitenlandse opsporingsinstantie, en andere overheidsinstanties dan de AIVD.²⁶ Artikel 344a Sv. bepaalt – in lijn met Europese rechtspraak – dat een veroordeling niet uitsluitend of in beslissende mate gegrond mag worden op een verklaring van een bedreigde of afgeschermd anonieme getuige.

Samenvattend is de gedachte dat de Wet afgeschermd getuigen het mogelijk maakt dat ambtenaren van de AIVD uitgebreider kunnen verklaren over hetgeen is opgenomen in hun ambtsberichten; voorzieningen met betrekking tot een afgeschermd verhoor maken het mogelijk om personen te horen die aan de bron van de informatie staan en meer materiaal in te zien; de wet stelt geen beperkingen meer aan het toekennen van bewijswaarde aan het ambtsbericht.^{27 28}

²⁵ NV, *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7.

²⁶ Zie hierover Hoge Raad, 7 oktober 2008, *LJN: BC3.741*.

²⁷ Afgezien van het bepaalde in art. 344a Sv.

²⁸ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 3.

3 Rechtspraak

Rechtspraak over toepassing van de Wet afgeschermdde getuigen is nog zeer schaars. Van november 2011 dateert een uitspraak van de Hoge Raad, gedaan in een terrorismeproces (de zogenaamde Piranhazaak) waarin het gebruik van AIVD-informatie en de toepassing van de Wet afgeschermdde getuigen een rol hebben gespeeld. We bespreken deze casus hieronder en staan ook kort stil bij de behandeling bij de rechtbank en het Hof.

Piranha, de rechtbank

In de zaak Piranha stond een aantal verdachten van – onder meer – terroristische misdrijven terecht. Voor de rechtbank in Rotterdam was door de raadslieden verweer gevoerd tegen materiaal afkomstig van de AIVD, in de vorm van ambtsberichten, uitwerkingen van telefoongesprekken en een videoboodschap. De rechtbank²⁹ overwoog in algemene zin dat materiaal afkomstig van de AIVD in beginsel gebruikt kan worden in het strafproces. In het voorbereidend onderzoek waren het plaatsvervangend hoofd van de AIVD en de landelijk terrorismeofficier als getuigen door de rechter-commissaris gehoord. Volgens de rechtbank hadden de getuigen zich, waar het vragen betrof die wellicht voor de toetsing van de betrouwbaarheid van de AIVD-informatie van belang konden zijn, vrijwel steeds op hun geheimhoudingsplicht beroepen. Ten tijde van de behandeling van de zaak door de rechtbank was inmiddels de Wet afgeschermdde getuigen van kracht geworden.³⁰ De rechtbank merkte in dat verband op dat geen van de procespartijen gevraagd had om deze getuigen alsnog in het kader van die wet te horen. Nog los van de vraag of de rechtbank de eigen bevoegdheid heeft om te bepalen dat een verhoor langs die weg diende plaats te vinden,³¹ was de rechtbank van mening dat haar in zo'n geval een terughoudende opstelling paste. Omdat toetsing van de informatie van de AIVD onvoldoende had kunnen plaatsvinden sloot de rechtbank deze informatie uit van het bewijs. Het gebruik daarvan zou in strijd zijn met een eerlijk proces.

Het Hof

In de procedure voor het Hof³² tegen een van de verdachten spitste de kwestie met betrekking tot de AIVD-informatie zich – voor zover nu relevant – toe op een voor verdachte belastend telefoongesprek (het zogenaamde Apothekersgesprek³³) en het horen van een getuige, vermoedelijk een medewerker van de AIVD. In eerste instantie wijst het Hof verzoeken om voor de context van dat gesprek mogelijk relevante andere tagesprekken aan het dossier te voegen en deze getuige te horen toe. Het Hof acht de noodzaak daartoe aanwezig. De AIVD heeft daaraan met een beroep op artikel 15 WIV 2002 (de geheimhoudingsplicht) evenwel niet voldaan. De ter terechtzitting gedane herhaalde verzoeken wijst het Hof af, gelet op deze weigering, en het acht een hernieuwd verzoek van de verdediging om de getuige te horen – eventueel als afgeschermdde getuige – zinloos, omdat het Hof het onaannemelijk acht dat deze binnen een aanvaardbare termijn zal verschijnen. Met betrekking tot

²⁹ Rechtbank Rotterdam, 1 december 2006, *LJN: AZ3.589*.

³⁰ Inwerkingtreding per 1 november 2006.

³¹ Blijkens de NV kan de zittingsrechter ook ambtshalve besluiten tot een onderzoek met toepassing van de procedure inzake het verhoor van een afgeschermdde getuige. *NV, Kamerstukken II, 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 24*.

³² Hof Den Haag, 2 oktober 2008, *LJN: BF.3987*.

³³ Hierin zou verdachte met haar zus, werkzaam in een apotheek, besproken hebben welke bekende personen (politici) daar kwamen en haar naar hun adressen hebben gevraagd.

het Apothekersgesprek is de verdediging van mening dat dit van het bewijs moet worden uitgesloten omdat het materiaal onvoldoende op betrouwbaarheid kon worden getoetst. Het Hof evenwel acht het gesprek betrouwbaar en gebruikt het voor het bewijs. Het Hof acht dit gesprek zelfs 'cruciaal voor de beoordeling van de vraag of de verdachte moet worden gerekend tot de deelnemers aan' een organisatie in de zin van artikel 140a van het Wetboek van Strafrecht' (een organisatie met een terroristisch oogmerk).

De Hoge Raad

Op 15 november 2011 heeft de Hoge Raad³⁴ uitspraak gedaan in de Piranhazaak. De Hoge Raad is van oordeel dat het Hof de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de telefoongesprekken breder had moet motiveren, onder meer nu het Hof het Apothekersgesprek cruciaal heeft geacht voor de bewijsvoering. Daarnaast valt – aldus de Hoge Raad – uit de motivering van de afwijzing door het Hof van het verzoek van de verdediging tot het horen van een getuige, 'niet genoegzaam te ontlenen dat en waarom – naar het Hof kennelijk heeft geoordeeld – de mogelijkheid om de medewerker van de AIVD die achter dat pseudoniem schuilgaat als afgeschermd getuige te doen horen, uitgesloten moet worden geacht.

In de conclusie bij dit arrest schrijft de Advocaat-generaal (AG) dat ter bescherming van de staatsveiligheid informatie die in het strafproces van belang is, toch verborgen kan blijven zolang de verdediging de gelegenheid krijgt voldoende tegenwicht te bieden. Vervolgens wijst hij er op dat in zaken van het EHRM waarbij sprake was van 'heimelijke informatie-operaties' er telkens toch een rechterlijke instantie was die toezicht hield en het uiteindelijk de beslissing van de rechter was om materiaal al dan niet ter beschikking te stellen. Volgens de AG ontbreekt het in Nederland echter aan 'een van de waarborgen waaraan het EHRM grote waarde toekent, het toezicht van een onafhankelijke rechter' en hij pleit er voor om te overwegen een pendant van de Noord-Ierse *disclosure judge* in Nederland te introduceren. Dat zou een belangrijke waarborg betekenen in het strafproces en voorkomen dat de redenen van de AIVD om materiaal niet ter beschikking te stellen niet alleen volkomen duister blijven, maar ook op geen enkele manier toetsbaar zijn.' Het hier aangehaalde roept de vraag op of het bestaan van de Wet afgeschermd getuigen over het hoofd is gezien, of waarom de mogelijkheden van deze regeling niet zijn afgezet tegen die van de *disclosure* procedure die daarmee immers grote raakvlakken vertoont.

³⁴ Hoge Raad, 15 november 2011, NJ 2012, 36 m. nt. T.M. Schalken, L/JN: BP7.544.

4 Bevindingen uit de interviews

Bekendheid met de wet

Allereerst moet opgemerkt worden dat de Wet afgeschermdde getuigen, die inmiddels 5 jaar van kracht is, niet direct op het netvlies stond bij elke respondent. Zo werd bijvoorbeeld de vraag gesteld of de rechter-commissaris naast het horen van getuigen zo nodig ook achterliggende stukken zou kunnen opvragen om een ambtsbericht of de verklaringen van de getuige op de waarde te kunnen beoordelen. Dit is inderdaad mogelijk (zo bespraken we hiervoor)³⁵ en dit leek een officier van justitie, die zich dit niet had gerealiseerd, dan ook een belangrijke meerwaarde. Een advocaat realiseert zich gaande het interview met terugwerkende kracht dat van de regeling gebruik gemaakt had kunnen worden ten tijde van een strafzaak waarbij hij als advocaat betrokken was. Volgens een rechter-commissaris kwam je met de Wet afgeschermdde getuigen 'toch een beetje in een uithoek van het wetboek terecht.' In de gesprekken met respondenten zijn daarom de doelen van de wetgeving en de mogelijkheid van de AIVD om voeging van proces-verbaal bij de stukken tegen te houden besproken, en indien nodig verder toegelicht. Dat tot op heden geen gebruik is gemaakt van de wetgeving draagt ook niet bij aan de bekendheid ervan. Of hier ook sprake is van een omgekeerde relatie valt moeilijk te zeggen, omdat er de laatste jaren – zoals gezegd – weinig terrorismeprocessen zijn geweest. De relatieve onbekendheid met de wet en met alle ins en outs daarvan, beïnvloeden waarschijnlijk ook de oordelen over de mogelijkheden en beperkingen van de wet.

Openbaarheid?

Volgens een (voor de toepassing van de wetgeving aangewezen) rechter-commissaris vormde het feit dat je AIVD'ers eigenlijk niet kon horen – dat wil zeggen, in de praktijk stond de geheimhoudingsplicht van de AIVD'ers aan beantwoording van de meeste vragen in de weg – in het verleden wel eens een belemmering om een bericht te kunnen toetsen. 'De dienst bepaalt wat je krijgt en dat is potentieel manipulatief' zo stelde hij. Deze rechter-commissaris had wel eens het plaatsvervangend hoofd van de AIVD gehoord, maar op gestelde vragen werd geen (inhoudelijk) antwoord gegeven. De afgeschermdde getuigenregeling zou volgens de respondent daarvoor een oplossing kunnen bieden.

'Je kunt een ambtsbericht met de nodige behoedzaamheid gebruiken, maar je kon niet de herkomst toetsen, als rechter-commissaris of rechter. In die zin is de regeling voor de afgeschermdde getuige een aanwinst. Idealiter kan er dan wel openheid gegeven worden, maar toch weet je niet of dat wel echt gebeurt.'

Dit laatste punt, of de AIVD werkelijk openheid van zaken kan of zal geven is door meerdere respondenten naar voren gebracht. Zo was het de vraag of de AIVD gehouden was in alles aan de rechter-commissaris openheid van zaken te geven. Ook voor respondenten van de AIVD bestond hier nog geen duidelijkheid over, omdat de situatie zich nog niet had voorgedaan.

Volgens de Nota naar aanleiding van het Verslag zou overigens de getuige nog steeds in verband met zijn geheimhoudingsplicht kunnen weigeren om op bepaalde vragen antwoord te geven of bepaalde schriftelijk informatie te tonen.³⁶

³⁵ MvT, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 743, nr. 3, p. 6.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr 7, p. 22.

De positie van de rechter-commissaris

Over het algemeen bestaat bij rechters-commissarissen en advocaten het beeld dat het voor de rechter-commissaris moeilijk is om de AIVD-informatie goed te kunnen toetsen. Ook hier geldt weer dat dit gebaseerd is op hun eerdere ervaringen met het horen van AIVD'ers. Een rechter-commissaris noemt de wet eigenlijk niet uitvoerbaar en vraagt zich af wat je er mee moet. Ook deze opvatting was gestoeld op de ervaring dat de AIVD zich vaak op de geheimhoudingsplicht beroept. Deze rechter-commissaris die AIVD'ers uitgebreid had gehoord, als beschermde getuige in een box en vermomd en wel, stelt het als volgt:

'Het blijft heel lastig om te beoordelen of men terecht gebruik maakt van het zwijgrecht. Je blijft dan toch met vragen zitten en of men wel het achterste van de tong laat zien.'

Volgens deze respondent zou dit toch ook bij gebruikmaking van de Wet afgeschermd getuigen zo zijn.

Een rechter-commissaris wijst er op dat de verhorende rechter-commissaris over beduidend meer informatie kan komen te beschikken dan de andere procesdeelnemers, doordat de rechter-commissaris informatie vanwege het staatsbelang niet met hen kan delen. De rechter-commissaris werpt de suggestie op dat het dan wellicht beter zou zijn als een andere rechter-commissaris, die niet bij het onderzoek betrokken is, de verhoren zou doen. Los van de vraag of deze oplossing wenselijk is, sluit de observatie goed aan bij een passage uit de Nota naar aanleiding van het Verslag. Daarin valt te lezen dat de rechter-commissaris kan verzoeken alle aan een ambtsbericht ten grondslag liggende gegevens met behulp van de afgeschermd getuige in te zien. Het is echter de vraag, aldus de Nota naar aanleiding van het Verslag, of de rechter-commissaris 'volledig tot op de bodem zou gaan' omdat hij er waarschijnlijk naar zal streven zijn informatiepositie 'niet teveel in onbalans te brengen' met die van de verdachte, diens raadsman en de officier van Justitie.³⁷

Een advocaat wijst er op dat de rechter-commissaris de kennis ontbeert die de raadsman ontleent aan de verdachte en die de achtergrond kan vormen voor de door de verdediging te stellen vragen aan de getuige. Indien een rechter-commissaris spreekt met de getuige zonder dat de inhoud van het gesprek – vanwege het belang van de afscherming – ter kennis komt aan de advocaat en de officier van Justitie, kunnen deze partijen geen input leveren via het voorleggen van vragen.³⁸ In dat geval zou de extra informatie die de rechter-commissaris krijgt en die interpretatie behoeft, niet goed alleen door een rechter-commissaris te beoordelen zijn. Een andere advocaat is van mening dat de wetgeving uitgaat van de ideaaltypische rechter-commissaris die objectief en onafhankelijk van het OM opereert. Volgens hem is dit in de praktijk echter niet altijd het geval. Het zou daarom volgens deze advocaat wenselijker en zuiverder zijn wanneer – zoals nu het geval is – de landelijke officier terrorismebestrijding de achtergrond en basis van de ambtsberichten beoordeelt en deze doorleidt naar de opsporingsinstanties.

³⁷ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr 7, p. 22.

³⁸ De wettelijke regeling gaat er wel vanuit gaat dat de verdediging steeds in de gelegenheid wordt gesteld om vragen op te geven die zij gesteld wil zien. Het bepaalde in artikel 226p, lid 4 Sv., geeft de officier van justitie en de verdediging, indien deze het verhoor van de getuige niet hebben bijgewoond, de gelegenheid door middel van telecommunicatie, of schriftelijk, vragen op te geven.

'Als de rechter-commissaris zegt: de AIVD heeft een redelijk belang om het niet vrij te geven of, het is inderdaad wel een staatsgeheim, hoe kunnen we dat dan verder toetsen?

Nee, en daar zit nog een probleem, de rechter moet op basis van wettig bewijs de overtuiging krijgen, maar daar kan niet de overtuiging van de rechter-commissaris voor in de plaats komen. Je speelt dan met vuur.'

Informatieverstrekking door de AIVD

Zowel de advocaten als enkele rechters-commissarissen en een officier van Justitie zijn van mening dat er bij de AIVD terughoudendheid bestaat waar het gaat om het delen van gegevens. De gedachte dat de AIVD meer ambtsberichten zou kunnen doen uitgaan, onder de aanname dat deze voor het bewijs meer relevant zouden kunnen zijn nu deze door de rechter-commissaris op andere wijze dan voorheen getoetst kunnen worden, leeft noch bij respondenten van het OM, noch bij de AIVD zelf. Volgens een officier van justitie gaat aan de vraag of de AIVD mogelijk eerder of meer informatie kan delen de vraag vooraf of de AIVD dat daadwerkelijk zou willen.

'De eerste vraag is naar de bereidheid van de AIVD om meer materiaal over te leggen, respectievelijk medewerkers te laten horen als getuigen. Zo simpel is het eigenlijk, de kern is de discretionaire bevoegdheid van de dienst.'

Ook volgens medewerkers van de AIVD is het niet zo dat de dienst nu anders naar hun informatie kijkt, met de mogelijkheden van de Wet afgeschermd getuigen in het achterhoofd.

'Nee, dat maakt niets uit. Het gaat om de belangen die spelen. We kijken wat we kwijt kunnen, wat is het belang voor de opsporing en schade we daarmee geen bronnen of werkwijze?

Ik heb nooit signalen intern gehoord dat we nu meer zullen (kunnen) verstrekken omdat het zo nuttig is voor de opsporing, althans, dat ze er nu meer mee kunnen.'

Voorts leeft bij meerdere respondenten het idee dat er bij de AIVD ook niet zo veel vertrouwen zou bestaan in de rechters-commissarissen. In dit verband wordt ook gewezen op het belang van specialisatie van de rechter-commissaris, zoals daar overigens door de wet ook in wordt voorzien.³⁹

Een AIVD-medewerker als verdachte

De Wet afgeschermd getuigen ziet in principe op de situatie waarin ambtsberichten van de AIVD een rol spelen in een opsporingsonderzoek naar terroristische misdrijven. In het verleden is het echter ook een aantal keer voorgekomen dat een (ex)-AIVD-medewerker zelf verdacht werd van het lekken van staatsgeheime informatie. Wat de vervolging en berechting van deze zaken onder meer compliceert, is dat het staatsgeheime karakter van dergelijke stukken, kennisneming en openbaarmaking daarvan door rechters en procespartijen bemoeilijken, zo niet onmogelijk maken. In de praktijk zijn oplossingen gevonden door het gedeeltelijk 'zwarten' van passages uit staatsgeheime stukken die in elk geval verborgen moeten blijven.⁴⁰ Daarnaast blijft de verdachte gebonden aan zijn geheimhoudingsplicht, hetgeen het voeren van

³⁹ Door de – hierboven genoemde – aanwijzing van het Kabinet van de rechter-commissaris te Rotterdam.

⁴⁰ Zie Hoge Raad, 7 juli 2009, *NJ* 2009, 528, m. nt. Buruma, *LJN*: *BG7.232* en Hoge Raad, 29 november 2011, *NJ* 2012, 45, m. nt. Schalken, *LJN*: *BU6.207*.

diens verdediging bemoeilijkt. De AIVD is bovendien aangever en belanghebbende in dergelijke gevallen en heeft 'ook – buiten het zichtveld van de rechters en procesdeelnemers – een vergaande invloed op de samenstelling van het strafdossier.'⁴¹ In een tussenarrest met betrekking tot de berechting van een voormalige tolk van de AIVD, heeft het Hof de verdediging gewezen op de (eertijds) aanstaande inwerking-treding van de Wet afgeschermdde getuigen. Dit was naar aanleiding van het feit dat de verdediging zich beperkt had gevoeld in haar rechten doordat met toepassing van artikel 190 Sv. AIVD-getuigen waren gehoord, met vermomming, stemvervorming en afgeschermd (letterlijk) in een box. Eveneens hadden getuigen 'bovenmatig' een beroep op hun geheimhoudingsplicht gedaan. Het Hof wees er op dat deze regeling het mogelijk maakt dat de rechter-commissaris buiten tegenwoordigheid van de verdediging en het Openbaar Ministerie de AIVD-getuige kan ondervragen over mogelijke ontlastende gegevens. De verdediging zag hier echter geen heil in.⁴²

Verschillende respondenten geven aan dat de nieuwe wet de mogelijkheid biedt om de rechter-commissaris in zo'n geval bijvoorbeeld de aard van de staatsgeheime informatie te laten toetsen. In de genoemde zaken was het zo dat de beweerdelijke staatsgeheime stukken – die uit de aard van de zaak niet verder verspreid mochten worden – pas aan het procesdossier werden toegevoegd nadat de gevoelige onderdelen waren weggeklapt. Hierdoor was uit de schaars overgebleven woorden nauwelijks nog iets op te maken over de aard van de stukken, aldus een respondent. Wat daarvan zij, respondenten van de AIVD, het OM en een advocaat zien hier mogelijkheden om gebruik te maken van de nieuwe wet. Volgens een advocaat gaf de wet in dit geval goede mogelijkheden, omdat het gaat om objectief toetsbaar materiaal dat minder afhankelijk is van de interpretatie en vraagstelling van de rechter-commissaris. Zoals eerder is vermeld, is toepassing van de Wet afgeschermdde getuigen, anders dan in het kader van terroristische misdrijven, strikt genomen niet uitgesloten.

Het toetsen van AIVD-informatie ten behoeve van de opsporing

Onder andere door rechters-commissarissen is opgemerkt dat soms de behoefte bestaat om meer achter een ambtsbericht te kunnen kijken, omdat op basis van dat bericht soms een beslissing moet worden genomen over een doorzoeking of over de toepassing van andere bevoegdheden of dwangmiddelen. Of dit tot de mogelijkheden van de wet behoorde, was voor hun nog de vraag. In de Nota naar aanleiding van het Verslag⁴³ wordt gememoreerd dat reeds in het stadium van het voorbereidend onderzoek de waarde van het bewijsmateriaal tegen het licht kan worden gehouden en dat ook dan inschakeling van de rechter-commissaris in de rede ligt wanneer dat voor nader onderzoek van het bewijsmateriaal gewenst is. De Wet afgeschermdde getuigen biedt – uiteraard – geen soelaas wanneer de verdachte niet op de hoogte is of mag komen van de voorgenomen onderzoekshandelingen, zoals een telefoontap of een doorzoeking en het feit dat er tegen hem een opsporingsonderzoek loopt. Dan zal er immers ook nog geen sprake kunnen zijn van een raadsman die in de procedure van de Wet afgeschermdde getuigen een rol dient te spelen. Mogelijk ligt dit anders in de fase van gevangenhouding. Dan kunnen de informatie en de bron daarvan die (mede) aan de gevangenhouding ten grondslag liggen getoetst worden.

⁴¹ Aldus het Hof Den Haag, bij een tussenarrest inzake een proces tegen een AIVD-tolk, 12 oktober 2006, *LJN: AY9.924*. Zie ook: Krips (2009, p. 183-188).

⁴² Hof Den Haag, 12 oktober 2006, *LJN:AY9.924*.

⁴³ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 743, nr. 7, p. 24.

5 Conclusie

De verwachting van de wetgever dat de Wet afgeschermdde getuigen slechts sporadisch zou worden toegepast is, is bewaarheid. Tot op heden, nu de wet vijf jaar van kracht is, is de wet nog niet gebruikt. Een voor de hand liggende reden daarvoor is allereerst het geringe aantal terrorismeprocessen dat de afgelopen jaren is gevoerd. Verder komt uit het onderzoek naar voren dat kennis met betrekking tot de mogelijkheden van de wet en wellicht ook de relatieve onbekendheid met de wet daarop van invloed is geweest. Dit stellen we met enige voorzichtigheid, omdat op basis van het onderzoek niet zonder meer gezegd kan worden dat mogelijkheden voor toepassing van de wet zich wel degelijk hebben voorgedaan én ook in de rede hadden gelegen. Uit het in dit rapport besproken arrest van de Hoge Raad is af te leiden dat de gebruik van AIVD-informatie voor de bewijsvoering in elk geval meebrengt dat de daaraan inherente beperking met betrekking tot de toetsbaarheid van de informatie door de verdediging zoveel mogelijk gecompenseerd worden en dat toepassing van de Wet afgeschermdde getuigen daaraan dienstbaar kan zijn.

Een gedachte achter de Wet afgeschermdde getuigen was dat – kort gezegd – de AIVD vaker tot verstrekking van een ambtsbericht zou kunnen overgaan. Bij respondenten van verschillende achtergrond leeft de opvatting dat de wet dit effect in de praktijk niet zal hebben, noch dat hieraan grote behoefte bestaat.

Nu er nog geen ervaring met de wetgeving is opgedaan, kan nog niet iets gezegd worden over de toepassing daarvan in de praktijk. Bij respondenten leven nog vragen ten aanzien van de meer of minder actieve houding van de rechter-commissaris, of deze voldoende voor de taak is toegerust en de mate waarin de AIVD – althans tegenover de rechter-commissaris – openheid van zaken dient te geven. Dit zijn alle vragen die eerst later, indien de wet praktische toepassing krijgt, beantwoord kunnen worden.

Ofschoon de Wet afgeschermdde getuigen tot doel heeft de bestrijding van terroristische misdrijven, zou toepassing ook in andere gevallen mogelijk zijn. Dit biedt een mogelijkheid voor de hiervoor besproken situatie waarin een medewerker van de AIVD zelf verdachte is en de informatie van de AIVD van belang is voor het leveren van bewijs. Zowel de levering en waardering van het bewijs als de verdediging van de verdachte kunnen hier botsen met de geheimhoudingsplicht van de AIVD en de verdachte. Door meerdere respondenten is geopperd dat de rechter-commissaris in het kader van de procedure van de Wet afgeschermdde getuigen de staatsgeheime informatie zou kunnen beoordelen.

Literatuur

- Beijer, A. (2006). Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermdde getuig. *DD* 2006, 68.
- Gestel, B. van, Poot, C.J. de, Bokhorst, R.J., & Kouwenberg, R.F. (2012), *Opsporing van terrorisme in de praktijk: De wet opsporing terroristische misdrijven vier jaar in werking*. Den Haag: WODC. Cahier 2012-4.
- Kempen, P.H.P.H.M.C. van, Voort, J. van der (2010), *Nederlandse antiterrorismeregeling getoetst aan fundamentele rechten, een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*. Nijmegen/Den Haag: Radbouduniversiteit Nijmegen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid / WODC.
- Krips, F., Scheltema, A., & Scheltema, M. (2009). *Over de bruikbaarheid van AIVD-informatie in strafzaken: Preadviezen: Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Melai, A.I., & Groenhuijsen, M.S. et al. (red.) (2008). *Aantekening 4.2 bij art. 226m-226s Sv., Het Wetboek van Strafvordering*. Deventer: Kluwer.

Wet- en Regelgeving

- Kamerstukken II, 2003/04, 29 743, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2004/05, 29 743, nr. 7.
- Kamerstukken II, 2003/04, 29 743, nr. 23.
- Staatsblad 2006, nr. 460.

Jurisprudentie

- Hoge Raad 5 september 2006, *NJ 2007*, 336 m. nt. T.M. Schalken, *LJN: AV4.122*.
- Hoge Raad, 7 oktober 2008, *LJN: BC3.741*.
- Hoge Raad, 7 juli 2009, *NJ 2009*, 528, m. nt. Buruma, *LJN: BG7232*.
- Hoge Raad, 15 november 2011, *NJ 2012*, 36 m. nt. T.M. Schalken, *LJN: BP7.544*.
- Hoge Raad, 29 november 2011, *NJ 2012*, 45, m. nt. Schalken, *LJN: BU6207*.
- Hof Den Haag, 12 oktober 2006, *LJN: AY9.924*.
- Hof Den Haag, 2 oktober 2008, *LJN: BF3.987*.
- Rechtbank Rotterdam, 1 december 2006, *LJN: AZ3589*.

Bijlage 1 Begeleidingscommissie

Voorzitter

Prof. mr. E. Niemeijer

Hoogleraar empirische rechtssociologie, Vrije
Universiteit Amsterdam
Directie strategie, ministerie van Veiligheid en
Justitie

Leden

Prof. mr. H. de Doelder

Hoogleraar strafrecht, Erasmus Universiteit
Rotterdam

Mr. L.J.M. Ling Ket On

Directie beleid en strategie, Nationaal Coördinator
Terrorismebestrijding en Veiligheid

Mr. A. den Hertog

Senior adviseur portefeuille terrorisme, Korps
Landelijke Politiediensten

Mr. P.A.M. Verrest

Directie wetgeving, sector straf- en sanctierecht,
ministerie van Veiligheid en Justitie

Mr. J. van Zijl

Officier van justitie, Landelijk Parket, Openbaar
Ministerie