

Over burgers en opsporing

Rede

Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, met de leeropdracht straf- en strafprocesrecht, op donderdag 2 september 2010

door

Mr. F.W. Bleichrodt

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	Randvoorwaarden	3
3.	Vormen van betrokkenheid	6
3.1	De burger verstrekt informatie	6
3.2	De burger past dwangmiddelen toe	7
3.3	Particulier onderzoek	9
3.4	Burgers en bijzondere opsporing	13
3.4.1	Informanten en infiltranten	13
3.4.2	'Kroongetuigen'	18
3.4.3	Hybride rechtsverhoudingen; zorgplicht	21
4.	Naar een meer coherente inbedding van de positie van de burger in de opsporing	22

Inleiding

Mijnheer de Rector Magnificus, mevrouw de voorzitter van het college van bestuur, dames en heren,

De opsporing van strafbare feiten wordt gezien als een vanzelfsprekende taak van de overheid. De wetgever heeft de opsporing toevertrouwd aan de officier van justitie en aan opsporingsambtenaren die onder zijn gezag functioneren.¹ Opsporing is geen taak van burgers. Toch is het van alle tijden dat ook burgers bij tijd en wijle hun steentje aan de opsporing bijdragen, bijvoorbeeld door het doen van aangifte en het afleggen van een verklaring als getuige. Tot zo ver is er niets nieuws onder de zon.

Toch zijn er tekenen van een veranderende rol van de burger in de opsporing. De betrokkenheid van burgers – onder wie journalisten – is de laatste decennia toegenomen. Die ontwikkeling komt ten dele voort uit beleidsmatige keuzes van de overheid, ten dele uit particuliere initiatieven.

Politie en openbaar ministerie betrekken burgers vaker actief bij de opsporing. Die ontwikkeling past volgens de minister van justitie bij de politieke ambities tot een meer actieve en “verantwoorde” deelname van burgers aan de samenleving.² Het betrekken van particulieren bij de opsporing sluit op zichzelf aan bij het benadrukken van de eigen

¹ Zie m.n. de artikelen 132a, 141, 142 en 148 Sv.

² Aldus de minister van justitie in een brief van 15 juni 2010, *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 123 VI, nr. 108. In de brief verwijst hij ook naar het Handvest Verantwoordelijk Burgerschap (*Kamerstukken II* 2008/2009, 29 614, nr. 12).

verantwoordelijkheid van burgers bij de beheersing van criminaliteit.³ Te wijzen valt op initiatieven als Burgernet en SMS-alert, waarbij de overheid burgers rechtstreeks benadert met het oog op (onder meer) de aanhouding van verdachten.⁴ Ook het initiatief ‘Meld misdaad anoniem’ staat in de sleutel van het vergroten van de informatiepositie van de politie.⁵ Maar de overheid richt zich bij de versterking van haar informatiepositie niet alleen op het grote publiek. In de strijd tegen de georganiseerde misdaad worden ook minder orthodoxe middelen gebruikt. Daartoe behoort de samenwerking met burgers in het criminele circuit, zoals informanten, infiltranten en getuigen die ook zelf verdachte zijn. Verschillende van deze methoden zijn deze eeuw wettelijk verankerd. Ook heeft de wetgever het slachtoffer, als rechtstreeks betrokken burger, meer aandacht gegeven. Zo heeft de wetgever een voorziening getroffen die het slachtoffer in de gelegenheid stelt documenten die hij relevant acht voor de beoordeling van de zaak tegen de verdachte aan het dossier toe te voegen.⁶

³ Zie reeds de nota Samenleving en Criminaliteit uit 1985 (*Kamerstukken II* 1984/85, 18 995) en ook: Th.A. de Roos, ‘Burgers, overheid, rechtshandhaving en eigenrichting’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2000, p. 307-316, m.n. p. 314.

⁴ Zie onder meer www.burgernet.nl. Het televisieprogramma ‘Opsporing verzocht’, dat ook gericht is op vergroting van de informatiepositie van het opsporingsapparaat, bestaat al langer.

⁵ Zie www.meldmisdaadanoniem.nl.

⁶ Zie art. 51b, tweede lid, Sv volgens de Wet van 17 december 2009, *Stb.* 2010, 1, met als datum van inwerkingtreding 1 januari 2011. Op de in lid 3 genoemde gronden kan de officier van justitie toevoeging van de documenten weigeren.

Tot zo ver gaat het om initiatieven van de overheid. Maar er zijn ook initiatieven van burgers die gevolgen hebben voor de opsporing. Soms krijgt de politie de vruchten van spontaan onderzoek door burgers als het ware in de schoot geworpen. Te denken valt aan het afleveren van de zwarte boekhouding van een bedrijf door een ontslagen werknemer. Van meer structurele aard zijn vormen van particuliere recherche, waarin soms vergaande methoden worden toegepast – zoals het onderscheppen van mails en het afluisteren van telefoons – om onregelmatigheden aan het licht te brengen.⁷ Ten slotte zijn er particuliere initiatieven die ertoe strekken de resultaten van de opsporing in twijfel te trekken, zowel hangende het opsporingsonderzoek als na afloop daarvan. Vaak komen dergelijke initiatieven voort uit wantrouwen jegens de strafvorderlijke overheid. Het onderzoek wordt in die gevallen geïnitieerd door kritische volgers van de strafrechtspleging, onder wie journalisten. Soms presenteren burgers zich in dat verband zelfs als deskundigen die het in het kader van de strafzaak uitgevoerde deskundigenonderzoek aanvechten.⁸

⁷ Zie nader: C. Fijnaut, 'Bedrijfsmatig georganiseerde particuliere opsporing en (het Wetboek van) s/Strafvordering', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 689-750 en J.D.L. Nuis, 'Particulier onderzoek in strafzaken', in: J.D.L. Nuis e.a., *Particulier speurwerk verplicht*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004, p. 27-139.

⁸ Het besef van de eigen beperkingen springt daarbij overigens niet altijd in het oog. Zie nader: C.P.M. Cleiren, 'Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding', *Strafblad* 2008, p. 272-285.

Graag neem ik u mee op een verkenning van de betrokkenheid van burgers bij de opsporing van strafbare feiten. Daarbij moet worden vooropgesteld dat dé burger niet bestaat. Onder deze noemer valt een kleurrijk gezelschap, dat zich uitstrekt van de oplettende, gezagsgetrouwe deelnemer aan Burgernet tot de voormalige huurmoordenaar die zich tot de politie wendt om zijn vroegere broeders in het kwaad strafrechtelijk een hak te zetten. Dit bonte gezelschap vraagt om een gedifferentieerde aanpak. De verkenning heeft dan ook het karakter van een vogelvlucht boven het strafprocessuele speelveld, waarbij na een duikvlucht wordt ingezoomd op enkele bijzondere vormen van betrokkenheid.⁹ Daarbij komt de vraag aan de orde of het huidige juridisch kader in voldoende mate is toegesneden op de verschillende vormen van betrokkenheid van de burger bij de opsporing van strafbare feiten. Aan het einde van mijn betoog zal ik enkele algemene conclusies formuleren.

2 Randvoorwaarden

Wij zagen dat de toenemende betrokkenheid van de burger bij de opsporing een proces is van twee partijen die naar elkaar toe bewegen: de overheid en de burger. Die ontwikkeling is verklaarbaar vanuit een wederzijdse afhankelijkheid: de strafvorderlijke autoriteiten hebben burgers nodig ter

⁹ De meest algemene en klassieke vorm van het leveren van een bijdrage, te weten door het geven van een getuigenverklaring als niet-verdachte en zonder tegenprestatie, blijft in het vervolg buiten beschouwing.

opheldering van strafbare feiten, terwijl burgers belang hebben bij een adequate afdoening van strafbare feiten. In die zin is een sterkere betrokkenheid van particulieren bij de opsporing in algemene zin niet onwenselijk.

Maar de inbreng van burgers in de opsporing heeft niet alleen voordelen.¹⁰ Deze brengt ook complicaties mee. Gezocht moet worden naar randvoorwaarden die de complicaties zoveel mogelijk kunnen ondervangen. Ik wijs daarbij op het volgende.

De inzet van burgers zal in de eerste plaats niet mogen afdoen aan de door de wetgever aan de officier van justitie – en onder diens gezag werkzame opsporingsambtenaren – toevertrouwde verantwoordelijkheid voor de opsporing van strafbare feiten. Die verantwoordelijkheid is niet overdraagbaar. Mede ter voorkoming van eigenrichting door burgers berust het geweldsmonopolie bij de overheid. Tegelijkertijd is de overheidsmacht in een democratische rechtsstaat aan banden gelegd. Op grond van het legaliteitsbeginsel dient elk overheidshandelen dat ingrijpt in rechten of vrijheden van burgers een grondslag te hebben in de wet.¹¹ Het legaliteitsbeginsel ziet niet op de situatie waarin sprake is van particulier

¹⁰ Buruma noemt drie nadelen van wat hij ‘burgeropsporing’ noemt: burgers kunnen bij de reguliere opsporing in de weg lopen, derden benadelen en bijdragen aan verlies van gezag van politie en justitie. Zie Y. Buruma, ‘Burgeropsporing in de dramademocratie’, in: *De burger als opspoorder* (OM-congres 2008), p. 35-60, m.n. p. 46-47.

¹¹ Zie over de relatie van het legaliteitsbeginsel tot de rechtsstaat nader: C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie EUR), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 9-14 en P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie EUR), Deventer: Kluwer 1998, m.n. p. 34-35.

onderzoek waarbij de politie en het openbaar ministerie niet betrokken zijn.¹² Burgers zijn dan ook niet aan dezelfde beperkingen gebonden als opsporingsambtenaren. Maar in een rechtsstaat die waarborgen wil bieden tegen vormen van eigenrichting, moet ook aandacht worden gevraagd voor de bescherming tegen inbreuken door particulieren.

Gezocht moet worden naar een adequate normering van de inzet van burgers bij de opsporing. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de burger enerzijds en de vraag onder welke omstandigheden door hem onrechtmatig vergaard materiaal in de strafzaak mag worden gebruikt anderzijds.

De rol van burgers in de opsporing brengt ook mee dat de rechtsverhoudingen in het kader van de strafrechtspleging minder eenduidig worden. De verdachte, de burger en het openbaar ministerie bevinden zich soms tot elkaar in een gecompliceerde driehoeksverhouding.¹³ De rechtspositie binnen die verhouding wordt niet alleen beheerst door regels van strafprocesrecht, maar ook door het burgerlijk recht. Een voorbeeld vormen overeenkomsten met getuigen die ook verdachte of veroordeelde zijn en waarin rechten en verplichtingen van de getuige en de officier van justitie zijn opgenomen.¹⁴ Bij de normering zal dan ook recht moeten worden gedaan aan deze hybride rechtsverhouding. Aldus zal – als tweede

¹² Zie ook: G. Knigge en N.J.M. Kwakman, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 268-269.

¹³ Zie ook: A.M. van Woensel, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *DD* 34 (2004), p. 119-171, m.n. p. 162-163.

¹⁴ Zie nader: J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

randvoorwaarde – de normering moeten worden toegesneden op de bijzondere aard van de betrokkenheid van burgers bij de opsporing.

De inzet van burgers roept bovendien vragen van rechtspolitieke dan wel ethische aard op. De ontsparing van de opsporing in de jaren negentig van de vorige eeuw werd in belangrijke mate veroorzaakt door de wijze waarop de overheid burgers als infiltranten en informanten inzette. De overheid dreigde in sommige gevallen de regie over de opsporingshandelingen te verliezen aan door haar ingeschakelde burgers en raakte zelf betrokken bij strafbare feiten. Ook de vraag in hoeverre de strafvorderlijke autoriteiten mogen profiteren van materiaal dat door derden onrechtmatig is verkregen raakt aan de behoorlijkheid van de strafrechtspleging.

Daarom zal – als derde randvoorwaarde – aandacht moeten worden gegeven aan het overkoepelende belang van een behoorlijke strafrechtspleging. Deze term is allesbehalve helder; zij blinkt integendeel uit in vaagheid en zou te pas en te onpas kunnen worden gebruikt. Toch drukt zij een streven uit dat niet geheel overeenkomt met het recht op een eerlijk proces.¹⁵ Als voorbeeld kan worden gewezen op de situatie waarin de politie en een burgerinfiltrant betrokken zijn bij het doorlaten van grote partijen harddrugs. Deze opsporingsmethode behoeft niets af te doen aan de eerlijkheid van het proces tegen de hoofdverdachte, maar uit maatschappelijk oogpunt is zij

¹⁵ Zie ook G. Knigge, 'Hoe gestolen goed kan gedijen', in: *Mens en recht. Kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 286-295, m.n. p. 294-295.

onaanvaardbaar; zij schaadt de veiligheid en de volksgezondheid en vormt een aantasting van de integriteit van de strafrechtspleging.¹⁶

Bij onze verkenning zullen wij bezien in hoeverre in ons strafprocesrecht wordt voldaan aan de besproken randvoorwaarden. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de diverse vormen van inbreng van burgers in de opsporing.

3 Vormen van betrokkenheid

3.1 De burger verstrekt informatie

Initiatieven als Opsporing verzocht en Burgernet zijn erop gericht de informatiepositie van de strafvorderlijke autoriteiten te versterken. Het is daarbij niet de bedoeling dat burgers zelf opsporingshandelingen verrichten. In het beste geval geven zij de overheid informatie die haar in de gelegenheid stelt opsporingshandelingen te verrichten. De ‘ogen en oren’ van de politie krijgen door deze initiatieven en de toegenomen technische mogelijkheden een verlengd bereik.

Bij deze vormen van inschakeling van burgers doen zich de hiervoor in algemene zin genoemde complicaties in het algemeen niet of nauwelijks voor. De regie berust bij de overheid en de inbreuk die de burger op de

¹⁶ Zie ook HR 2 juli 2002, *NJ* 2002, 602 en over de ratio van het verbod tot doorlaten in art. 126ff Sv: *Kamerstukken II* 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 5.

rechten van de verdachte maakt, is, zo al aanwezig, zeer bescheiden. In het licht van een behoorlijke strafrechtspleging zijn deze varianten evenmin problematisch. Hoewel regelgeving op dit terrein zo goed als ontbreekt of slechts in richtlijnen van het openbaar ministerie is neergelegd,¹⁷ is om die redenen van een serieus normeringsprobleem geen sprake.

Wel zal de overheid in voorkomende gevallen moeten afwegen in hoeverre het openbaar maken van gegevens over verdachten inbreuk maakt op diens persoonlijke levenssfeer en of deze inbreuk gerechtvaardigd is in het licht van de eisen van art. 8, tweede lid, EVRM.¹⁸ Maar dat is een afweging die voorafgaat aan de inbreng van de burger.¹⁹

¹⁷ Zie bijv. de Aanwijzing opsporingsberichtgeving van het College van procureurs-generaal (2009A004).

¹⁸ Zie bijv. Rechtbank Amsterdam 29 november 2004, *LJN*: AR6898, *NJF* 2005, 54, over het tonen van een foto van de verdachte van de moord op Theo van Gogh in het programma 'Opsporing verzocht'. Zie voor een geval van onzorgvuldige opsporingsberichtgeving de typering in een opsporingsbericht van AT5 in augustus 2010 van personen als verdachten in plaats van als getuigen van een mishandeling in een tram (*Volkskrant*, 14 augustus 2010).

¹⁹ Zie over het gebruik van informatie afkomstig van het meldpunt 'Meld misdaad anoniem' onder meer: HR 13 juni 2006, *NJ* 2006, 346, HR 22 januari 2008, *LJN* BC1375 en HR 11 maart 2008, *LJN* BC1367.

3.2 De burger past dwangmiddelen toe

Een forse stap verder gaat het toekennen van bevoegdheden aan burgers om inbreuk te maken op rechten van medeburgers. In het licht van de verdeling van verantwoordelijkheden in een rechtsstaat, waarin het geweldsmonopolie aan de overheid behoort, zal de toekenning van dwangmiddelen aan burgers tot een minimum beperkt moeten blijven.

Sinds lange tijd is iedere burger bevoegd tot aanhouding van een verdachte in geval van ontdekking op heterdaad (art. 53, eerste lid, Sv).²⁰ In die situatie, waarin de kans dat de verkeerde persoon wordt aangehouden klein is, mag iedere burger de verdachte beletten te ontkomen. Van de burger kan onder die omstandigheden niet worden verwacht dat hij niets doet. Hij dient de aangehoudene wel onverwijd aan een opsporingsambtenaar over te leveren (art. 53, vierde lid, Sv). Daarin komt tot uitdrukking dat het hier in de kern gaat om een vorm van zaakwaarneming bij afwezigheid van een opsporingsambtenaar en totdat die zich aandient.

Zoveel is duidelijk. Maar veel meer ook niet. De aanhoudingsbevoegdheid van art. 53 Sv door anderen dan opsporingsambtenaren is niet uitgewerkt en laat diverse vragen open.

Aangenomen kan worden dat art. 53 Sv ook de particulier de bevoegdheid geeft zo nodig proportioneel geweld toe te passen bij de aanhouding van een

²⁰ In verband met de aanhoudingsbevoegdheid is de burger ook bevoegd tot het betreden van plaatsen (art. 55, tweede lid, Sv) en tot inbeslagneming van voorwerpen die de aangehoudene met zich voert (art. 96, eerste lid, Sv).

verdachte.²¹ De wettelijke basis voor die geweldsuitoefening is slechts impliciet en de grenzen van wat nog is toegestaan zijn vaag.²² Dat is zowel vanuit de invalshoek van de doortastende burger als vanuit het perspectief van de verdachte onbevredigend. De grens tussen burgermoed en eigenrichting is gevoelsmatig groot, maar in de praktijk van alledag klein. De burger die de grenzen van zijn aanhoudingsbevoegdheid te buiten gaat, riskeert strafvervolgning ter zake van mishandeling of wederrechtelijke vrijheidsberoving. Voorgesteld is een specifieke rechtvaardigingsgrond op te nemen die inhoudt dat niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een rechtmatige aanhouding.²³ Dit voorstel heeft als voordeel dat geweld dat bij een aanhouding wordt toegepast niet hoeft te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven van daarop niet toegesneden strafuitsluitingsgronden als noodweer en noodweereces. Als een burger een verdachte achterhaalt en door vastgrijpen belet te ontkomen, is van een noodweersituatie immers geen sprake, terwijl verzet tegen die aanhouding niet onder alle omstandigheden een wederrechtelijke aanranding in de zin van art. 41 Sr hoeft op te leveren. Naast deze kwestie van materieel recht, blijft de strafvorderlijke vraag wanneer geweld toegepast bij een aanhouding als rechtmatig kan worden aangemerkt. Betoogd is wel dat het door een

²¹ Zie hierover meer uitgebreid: A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht*, (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986, p. 561 en J. Naeyé, *Burgerarrest*, afscheidsrede VU, Deventer: Kluwer 2009.

²² Zie voor aanhoudingsgeweld door politieambtenaren: art. 8, eerste lid, Politiewet 1993 en de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar.

²³ Zie Naeyé (2009), p. 15.

burger toe te passen geweld in elk geval minder zou moeten zijn dan het geweld dat de politie op grond van haar ambtsinstructie mag toepassen.²⁴ Een hanteerbare norm levert dit echter niet op. Vooralsnog moet worden volstaan met de conclusie dat art. 53 Sv de burger de bevoegdheid geeft proportioneel geweld toe te passen indien en voor zover dat noodzakelijk is om een op heterdaad betrapte onverwijld aan een opsporingsambtenaar te kunnen overleveren.²⁵ Voor het overige is de burger afhankelijk van een verstandige invulling van het vervolgingsbeleid door het openbaar ministerie.

De burger die aanhoudt bevindt zich bovendien in een meer kwetsbare positie dan de opsporingsambtenaar die dit dwangmiddel toepast. Verzet tegen de aanhouding door een burger is, anders dan verzet tegen een rechtmatige aanhouding door een opsporingsambtenaar, als zodanig niet strafbaar. Art. 180 Sr heeft immers slechts betrekking op verzet tegen een ambtenaar werkzaam in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening of tegen personen die hem daarbij krachtens wettelijke verplichting of op zijn verzoek bijstand verlenen. De burger die eigener beweging aanhoudt valt hieronder niet, omdat hij noch op verzoek van de ambtenaar noch krachtens wettelijke verplichting aanhoudt.

Hinkt de wetgever hier niet op twee gedachten? De burger oefent in geval van een rechtmatige aanhouding een hem door de wetgever toegekende

²⁴ Vgl. J. Naeyé, *Heterdaad. Politiebevoegdheden bij ontdekking op heterdaad in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 120 en J.W. van der Hulst, in: Melai c.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, aant. 8 bij art. 53, suppl. 146, (2005).

²⁵ Zie ook Machielse, a.w., p. 562.

opsporingsbevoegdheid uit met het oog op een effectieve rechtshandhaving. De omstandigheid dat hij geen politiepet draagt, lijkt mij onder deze omstandigheden geen doorslaggevend verschil te maken. Er is veel voor te zeggen de bescherming van art. 180 Sr uit te breiden tot de burger die rechtmatig de hem wettelijk toegekende aanhoudingsbevoegdheid uitoefent.

3.3 Particulier onderzoek

Burgers maken soms ook zonder wettelijke grondslag inbreuk op rechten en vrijheden van medeburgers. Een voorbeeld uit de rechtspraak is de situatie waarin personen via een babyfoon een gesprek van medeburgers opvingen waarin relevante informatie over een misdrijf naar voren kwam. Zij namen dit gesprek op band op en overhandigden het resultaat aan de politie.²⁶ Hierbij gaat het om incidenten. Dat geldt in mindere mate voor onderzoeken door particuliere beveiligings- en recherchebureaus waarvan het resultaat aan de politie wordt overgedragen. Het initiatief tot het hier bedoelde onderzoek gaat uit van de burger; de politie heeft daarmee geen bemoeienis. Het legaliteitsbeginsel is dan ook op het onderzoek als zodanig niet van toepassing.

De vraag of het particuliere onderzoek rechtmatig is, wordt niet beheerst door strafvorderlijke regels, maar door normen van burgerlijk recht, in het bijzonder de criteria voor onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6: 162

²⁶ HR 14 juni 2003, *NJ* 2003, 288.

BW.²⁷ De grenzen van wat bijvoorbeeld een onderzoeksjournalist mag doen met een beroep op de vrijheid van nieuwsgaring zijn buitengewoon ruim, veel ruimer dan de strafvorderlijke bevoegdheden van opsporingsambtenaren.²⁸

Normering van particulier onderzoek binnen de strafvorderlijke kaders ligt echter niet in de rede. Burgers hebben geen opsporingstaak en zijn in dit opzicht dus ook niet op één lijn te stellen met opsporingsambtenaren. Belangrijker voor onze verkenning zijn de vragen onder welke omstandigheden de bewijsgaring door de burger aan de overheid kan worden toegerekend en onder welke omstandigheden het door de burger verkregen materiaal tot het bewijs mag worden gebezigd.

De Hoge Raad laat veel ruimte voor het gebruik van bewijsmateriaal dat door particulieren onrechtmatig is verkregen. In geval noch het openbaar ministerie noch de politie enige bemoeienis heeft gehad met de (onrechtmatige) verkrijging van het materiaal, mag het in beginsel voor het bewijs worden gebruikt.²⁹ Op deze regel is in enkele arresten een

²⁷ Sommige auteurs voegen daaraan de vraag of een strafbaar feit is gepleegd toe. Nu het plegen van een strafbaar feit impliceert dat in strijd met een wettelijke plicht en daarmee onrechtmatig is gehandeld, komt mij deze toevoeging overbodig voor. In geval van particuliere recherchebureaus en beveiligingsbureaus wordt de norm van art. 6: 162 BW mede ingekleurd door de voor die sectoren toepasselijke gedragscodes.

²⁸ Zie bijv. Gerechtshof Amsterdam 21 mei 2010, *LJN*: BM8273.

²⁹ De Hoge Raad sluit niet-ontvankelijkheid als sanctie uit. Zie HR 1 juni 1999, *AAe* 2000, p. 117, m.nt. Y. Buruma. In HR 14 november 2006, *NJ* 2007, 179 wordt in dit verband in algemene zin overwogen dat niet was gebleken dat 'overheidsdienaren' op enigerlei

uitzondering aanvaard voor de situatie waarin het onrechtmatig optreden van derden zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde of veronachtzaming van de rechten van de verdediging in de strafzaak tot gevolg heeft, dat dit dient te leiden tot uitsluiting van bewijsmateriaal dat als gevolg daarvan is verkregen. Deze uitzondering lijkt volgens de rechtspraak van de Hoge Raad niet aan de orde als in de strafzaak niet is tekortgedaan aan het recht van de verdediging om de inhoud van het bewijsmateriaal dat met het optreden in verband staat te betwisten.³⁰

In deze lijn in de rechtspraak klinkt de gedachte door dat onrechtmatig optreden waar politie en openbaar ministerie part noch deel aan hebben gehad niet aan de strafvorderlijke autoriteiten mag worden toegerekend. Deze gedachte sluit aan bij de verdeling van verantwoordelijkheden in het strafproces. Het gaat in het algemeen niet aan het openbaar ministerie af te rekenen op fouten van derden.³¹

wijze bij de onrechtmatige verkrijging betrokken waren of deze hadden geïnitieerd of gefaciliteerd.

³⁰ Zie onder meer HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 288, m.nt. YB. Vgl. voorts HR 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, m.nt. C en HR 18 maart 2003, *NJ* 2003, 527. Vgl. F.W. Bleichrodt, 'Onrechtmatig verkregen bewijs afkomstig van derden', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen (liber amicorum J. de Hullu)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 39-50.

³¹ In gelijke zin de rechtspraak in de Verenigde Staten. Zie daarover R. Kuiper, *Vormfouten in de Verenigde Staten*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2010, m.n. p. 138-141. In Duitsland wordt daarentegen in voorkomende gevallen meer nadruk gelegd op de inbreuk als zodanig dan op degene die de inbreuk heeft gemaakt. Vgl. J. Bockemühl, *Private Ermittlungen im Strafprozeß*, Baden-Baden: Nomos. Verl.-Ges. 1996. Zie in

Bij dit uitgangspunt zijn twee kanttekeningen te maken. De overheid zal zich niet aan haar publieke verantwoordelijkheid mogen onttrekken door de uitvoering van opsporingstaken *de facto* over te hevelen naar particulieren, op wier handelen het Wetboek van Strafvordering niet is toegesneden. Dat geldt ook voor de verhouding tot min of meer structurele particuliere onderzoekers, zoals de recherche- en beveiligingsbureaus. Deze kanttekening ziet op de mate van ‘bemoeienis’ van de strafvorderlijke autoriteiten met het optreden door particulieren.

De Hoge Raad lijkt niet snel aan te nemen dat sprake is van bemoeienis van de strafvorderlijke autoriteiten die maakt dat het (onrechtmatig) optreden aan deze moet worden toegerekend. In de rechtspraak hebben zich gevallen voorgedaan waarin de politie op beperkte schaal adviseert aan de particulier had gegeven en deze technische ondersteuning had geboden voor het opnemen van telefoongesprekken. De uiteindelijke beslissing of de gesprekken zouden worden opgenomen, was aan de particulier. In de specifieke omstandigheden van die zaken leidde dat volgens de Hoge Raad niet tot de conclusie dat de politie zodanig sturend was opgetreden dat sprake was van inmenging van een publieke autoriteit in de zin van art. 8, tweede lid, van het EVRM. In één van de bedoelde zaken kwam het Europese Hof overigens tot een andersluidend oordeel.³²

meer algemene zin: M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003.

³² HR 18 februari 1997, NJ 1997, 500 resp. EHRM 8 april 2003, met noot van E. Myer gepubliceerd in het NJCM-bulletin 2003, p. 653-658. Vgl. ook HR 9 december 1999, NJ 2000, 422, m.nt. Sch.

Teneinde recht te doen aan de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de opsporing, verdient het aanbeveling het begrip bemoeienis gedifferentieerd en niet te eng uit te leggen. Onder bemoeienis zou ik willen verstaan het initiëren dan wel faciliteren van opsporingshandelingen door burgers.³³ Dat zou ook kunnen geschieden door substantiële advisering. Door onderzoek van burgers met het oog op de opsporing te faciliteren, nemen de opsporingsautoriteiten als het ware de regie van de burger over. Als sprake is van structurele samenwerking van politie of openbaar ministerie met degene die de informatie feitelijk heeft vergaard, zal naar mijn mening eerder moeten worden aangenomen dat de opsporingsautoriteiten daarmee bemoeienis hebben gehad. Dat geldt temeer in geval sprake is van afspraken met als strekking dat de politie alvorens zelf in actie te komen de uitkomst van particulier onderzoek afwacht. Structureel wegstijven kan ook een vorm van bemoeienis opleveren. Er is nog een tweede kanttekening te plaatsen bij het uitgangspunt dat onrechtmatig verkregen materiaal waarmee de strafvorderlijke overheid geen bemoeienis heeft gehad niet aan haar kan worden tegengeworpen. De verkrijging van dit materiaal is het openbaar ministerie niet aan te rekenen, maar zijn keuze het onrechtmatig verkregen materieel voor strafvorderlijke doeleinden te gebruiken is uit strafvorderlijk oogpunt wel relevant. Naar huidig recht komt bewijsuitsluiting in gevallen waarin de strafvorderlijke autoriteiten met de onrechtmatige verkrijging van belastend

³³ Vgl. HR 14 november 2006, *NJ* 2007, 179, m.n. YB.

materiaal niets van doen hebben in de regel niet in aanmerking.³⁴ Hoe onbehoorlijk de bewijsverkrijging ook is, door de mogelijkheid van de verdediging zich in het strafproces daarover uit te laten en dat materiaal te betwisten, zijn moeilijk situaties voor te stellen waarin het materiaal niet tot het bewijs mag worden gebezigd.³⁵ Naar mijn mening biedt de rechtspraak van de Hoge Raad ruimte voor een nuancering van deze vaste lijn, die aansluit bij het criterium of sprake is van schending van beginselen van een behoorlijke procesorde. In diverse arresten wordt dit criterium wel genoemd, maar lijkt het geen zelfstandige betekenis toe te komen naast dat van de veronachtzaming van de rechten van de verdediging. Een meer zelfstandige benadering van het criterium biedt ruimte voor het in uitzonderingsgevallen uitsluiten van materiaal in het belang van een behoorlijke strafrechtspleging. De begrippen eerlijk proces en behoorlijke strafrechtspleging vallen zoals gezegd niet geheel samen.³⁶ Door deze invulling van de al in de rechtspraak besloten liggende maatstaf van de behoorlijke procesorde zou de uitzondering op de regel meer dan

³⁴ Met het voorgestelde art 482a, vierde lid, Sv wordt gepoogd particuliere opsporing in weerwil van een onherroepelijke vrijspraak tegen te gaan. Volgens deze bepaling mogen resultaten van onderzoek dat niet overeenkomstig de wettelijke voorschriften heeft plaatsgevonden en waarbij een inbreuk is gemaakt op een recht van de gewezen verdachte niet in aanmerking worden genomen in het kader van een procedure tot herziening ten nadele van de gewezen verdachte. Vgl. *Kamerstukken II 2008/09*, 32 044, nr. 3, p. 18-19.

³⁵ Te denken valt hooguit aan een door foltering afgedwongen verklaring terwijl de verdachte in het strafproces ontkent.

³⁶ Zie ook Knigge (1996), p. 294-295.

theoretische betekenis kunnen krijgen, met name in die gevallen waarin de bewijsverkrijging is gepaard gegaan met vergaande inbreuken op grondrechten.³⁷ Wel rijst in deze gevallen de vraag of bewijsuitsluiting altijd de meest geëigende sanctie is.

3.4 Burgers en bijzondere opsporing

Het spanningsveld dat de inschakeling van burgers bij de opsporing van strafbare feiten kan meebrengen, wordt het best geïllustreerd aan de hand van vormen van bijzondere opsporing en toezeggingen aan verdachte of veroordeelde getuigen. Wij constateerden dat aan de inschakeling van burgers bij de opsporing drie mogelijke complicaties zijn verbonden: problemen ten aanzien van regie en verantwoordelijkheid, normering die niet is toegesneden op de bijzondere aard van de betrokkenheid van burgers bij de opsporing en risico's in verband met de behoorlijkheid van de strafrechtspleging. Die risico's doen zich op deze terreinen in het bijzonder voor.

In navolging van de voorstellen van de parlementaire enquêtecommissie Opsporingsmethoden heeft een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden een plaats gekregen in het Wetboek van Strafvordering. Daarmee heeft de wetgever opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel die een inbreuk maken op

³⁷ Zie ook de conclusie van A-G Fokkens bij HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175. De A-G merkt op dat de bewijsgaring door de particulier zo schandelijk kan zijn dat het met een behoorlijke procesvoering zou strijden van deze gegevens gebruik te maken.

grondrechten van burgers, een voldoende specifieke basis in het Wetboek van Strafvordering willen geven.³⁸ Een afzonderlijke titel is gewijd aan vormen van bijstand aan de opsporing door burgers.³⁹

De wettelijke regeling voldoet naar mijn mening in diverse opzichten niet aan de zojuist geformuleerde randvoorwaarden. Ik licht deze stelling toe door stil te staan bij verschillende vormen van betrokkenheid van burgers.

3.4.1 *Informanten en infiltranten*

Informanten van de politie zijn van alle tijden. De hang naar geldelijk gewin ook. Judas Iskariot streek als informant *avant la lettre* dertig zilverlingen op door zijn verraad. Van zijn bloedgeld heeft hij overigens niet lang genoten. Dit afschrikwekkende voorbeeld ten spijt, fungeren informanten als een belangrijke informatiebron van de CIE.⁴⁰

Van oudsher is het runnen van informanten gebaseerd op art. 2 van de Politiewet 1993, de algemene taakstelling van de politie. De wetgever heeft in aansluiting op rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt genomen

³⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 3.

³⁹ Zie titel VA van het eerste boek, alsook titel VC, met als aanhef: Bijstand aan opsporing van terroristische misdrijven door burgers. In aansluiting op de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn andere regelingen tot stand gekomen, zoals de Regeling Criminele Inlichtingen Eenheden.

⁴⁰ De parlementaire enquêtecommissie Opsporingsmethoden concludeerde in haar eindrapport zelfs dat het gebruik van informanten in de praktijk een cruciaal onderdeel van het strafrechtelijk onderzoek was geworden. Zie het eindrapport met als titel *Inzake opsporing*, *Kamerstukken II 24 072*, nrs. 10-11, p. 205.

dat voor het gebruik van informanten alleen dan een specifieke wettelijke grondslag nodig is als een meer dan beperkte inbreuk op de privacy van een burger wordt gemaakt.⁴¹ Daarvoor is art. 126v van het Wetboek van Strafvordering in het leven geroepen.⁴² Volgens de wetgever is deze bepaling toepasselijk als stelselmatig informatie over een persoon wordt ingewonnen. In dat geval moeten de waarborgen van deze bepaling in acht worden genomen, zoals een bevel van de officier van justitie en een te sluiten overeenkomst. De bepaling is daarmee in de sleutel gezet van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van degene over wie informatie wordt vergaard. Het criterium is niet toegesneden op de complicaties die zich eind vorige eeuw voordeden in verband met de integriteit van de strafrechtspleging en het houden van regie over de informant door de politie.

De transparantie die de wetgever met de wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft nagestreefd, verdraagt zich moeilijk met de noodzaak tot afscherming van informanten. Met name de verplichting tot het sluiten van een overeenkomst blijkt voor zowel de informant als de CIE ontmoedigend te werken.⁴³ In de praktijk wordt art.

⁴¹ Zie HR 19 december *NJ* 1996, 249, m.nt. Sch en *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 44-45.

⁴² Zie ook art. 126zt, eerste lid, onder b Sv in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.

⁴³ A. Beijer e.a., *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden – eindevaluatie*, WODC 222, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2004, p. 261. Ook uit een oogpunt van opsporingstactiek wordt de te sluiten overeenkomst, met daarin de aanduiding van de

126v Sv dan ook niet of nauwelijks toegepast en wordt het runnen van informanten in de regel nog steeds gebaseerd op art. 2 Politiewet 1993.⁴⁴

Ook ten aanzien van informanten is de vraag aan de orde onder welke omstandigheden het handelen van burgers aan de overheid kan worden toegerekend. Als sprake is van een informant die door de CIE wordt gerund, kan de overheid onder omstandigheden toch verantwoordelijk worden gehouden voor het handelen van de informant, ook al is dat handelen niet gedekt door afspraken met de CIE en vindt het concrete handelen niet op initiatief of onder regie van de overheid plaats. In een recente zaak had de CIE volgens het hof te Den Haag gebrekkig controle gehouden op het reilen en zeilen van de informant. De informant lokte een medeverdachte uit tot het plegen van strafbare feiten. De informant kon in dit verband volgens de Hoge Raad worden beschouwd als een persoon voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is.⁴⁵ De zaak eindigde in niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie.

Het arrest duidt erop dat in gevallen waarin de politie samenwerkt met burgers in de hoedanigheid van informanten het handelen van die burgers onder omstandigheden ook aan de strafvorderlijke overheid kan worden toegerekend als de overheid het concrete handelen niet heeft geïnitieerd. Die benadering sluit aan bij de hiervoor verdedigde opvatting dat eerder van

verdachte of het georganiseerd verband waarover informatie wordt ingewonnen, als nadeel gezien.

⁴⁴ Zie ook Beijer c.s., a.w., p. 88 en D. van der Bel, A.M. van Hoorn en J.J.T.M. Pieters, *Informatie en opsporing*, tweede druk, Kerckebosch: Zeist 2009.

⁴⁵ HR 29 juni 2010, *LJN* BL0655, *NJ* 2010, 442, m.nt. T.M. Schalken. Vgl. ook EHRM 5 februari 2008, *NJ* 2008, 499.

strafrechtelijk relevante bemoeienis van de overheid kan worden gesproken als sprake is van min of meer structurele samenwerking van politie en openbaar ministerie met bepaalde burgers.⁴⁶

Een stap verder dan het runnen van informanten gaat het inzetten van een burgerinfiltrant (artt. 126w en 126x).⁴⁷ De infiltrant verleent bijstand aan de opsporing door deel te nemen of bijstand te verlenen aan een groep personen die misdrijven pleegt of beraamt. Hij ruikt dus niet alleen aan het criminele milieu, maar neemt daaraan actief deel, onder regie van de overheid. Uit een oogpunt van een behoorlijke strafrechtspleging en het houden van regie over de opsporing is burgerinfiltratie een uiterst riskante opsporingsmethode, die in de praktijk dan ook zelden wordt toegepast. Terecht heeft de wetgever de toepassing van burgerinfiltratie met waarborgen omkleed.⁴⁸

De waarborgen waarmee de inschakeling van burgerinfiltranten is omkleed, wijken sterk af van die ten aanzien van het inzetten van een informant. De afbakening van de infiltrant van de informant vraagt om deze reden onze aandacht. De overheid neemt de deelneming aan bepaalde strafbare feiten van een infiltrant als het ware voor haar rekening, al zal ter zake wel de

⁴⁶ Ook heeft de Hoge Raad in deze specifieke zaak, anders dan in HR 1 juni 1999, AAe 2000, p. 117, m.nt. Y. Buruma, niet-ontvankelijkheid wel een toelaatbare sanctie geacht.

⁴⁷ Zie voor de specifieke context van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf art 126zu Sv.

⁴⁸ Daartoe behoort de voorwaarde dat burgerinfiltratie alleen is toegestaan als inschakeling van opsporingsambtenaren als infiltranten niet aan de orde is (art. 126w en x, tweede lid Sv en art. 126zu, eerste lid, Sv).

nodige instructie plaatsvinden. Strafbare feiten die de informant pleegt, blijven daarentegen in de regel voor zijn rekening. De grens tussen een informant en een infiltrant kan in de praktijk vaag zijn, zeker als de informant zich dieper in een organisatie begeeft om zoveel mogelijk informatie in te winnen.⁴⁹ Als de luistervink te dicht bij het vuur zit, kan hij zijn oren branden. Het verschil in typering als informant dan wel infiltrant heeft niettemin grote gevolgen: zoals gezegd is burgerinfiltratie slechts onder zeer strikte voorwaarden toegestaan, terwijl een informant doorgaans al op basis van de algemene taakstelling van de politie kan worden gerund. Eenzelfde categorisch onderscheid wordt gemaakt tussen de criminele burgerinfiltrant en de niet-criminele burgerinfiltrant. De wet sluit niet uit dat burgers met een strafblad als infiltrant worden ingezet. De Tweede Kamer heeft echter een motie aanvaard waarin wordt uitgesproken dat voor het openbaar ministerie een verbod geldt op het inzetten van criminele burgerinfiltranten, overigens een curieuze staatsrechtelijke variant.⁵⁰ Volgens de Tweede Kamer vormen criminele burgerinfiltranten een hoog “processueel afbreukrisico” en zijn zij slecht controleerbaar. Met het ‘verbod’ van het gebruik van criminele burgerinfiltranten is beoogd aan twee randvoorwaarden voor de inschakeling van burgers – regie en de integriteit van de strafrechtspleging – tegemoet te komen. Op zichzelf is dat een goed streven. Maar de vraag rijst of een categorische uitsluiting van een

⁴⁹ Zie ook Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 105-108 en de conclusie van A-G Machielse bij HR 4 februari 2003, *LJN*: AE9069.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 403 en 23 251, nr. 33.

moeilijk definieerbare groep burgers haar doel niet voorbijschiet.⁵¹ Voor de integriteit van de strafrechtspleging is de toepassing van deze opsporingsmethode in concreto relevanter dan het strafblad van de infiltrant. Het lijkt bovendien geen gegeven dat criminele burgerinfiltranten per definitie slechter te sturen zijn dan andere burgerinfiltranten, nog daargelaten de vaagheid van het begrip ‘crimineel’. Zouden de waarborgen voor een integere en controleerbare toepassing van het middel niet beter kunnen worden gevonden in meer toekomstgerichte, procedurele waarborgen in plaats van in het strafblad van de betrokkene? Dat zou ook beter aansluiten bij de situatie in andere landen.⁵² Als de stuurbaarheid de kern is, ligt het dan niet meer in de rede de mogelijkheden het gedrag van de infiltrant te monitoren uit te breiden? Dat zou ook kunnen gelden voor informanten, op wier handelen de overheid die hem in de opsporing betreft tot op zekere hoogte controle moet houden. Daarnaast is het van belang dat de overheid voorafgaand aan de infiltratie zicht krijgt op de stabiliteit en daarmee op de stuurbaarheid van de burgerinfiltrant. Dat alles laat onverlet dat deze opsporingsmethode met uiterste behoedzaamheid moet worden toegepast.

Enigszins verwant aan infiltratie is de mogelijkheid van burgerpseudokoop of -dienstverlening (art. 126ij en art. 126zt Sv). Anders dan de

⁵¹ In het Handboek voor de opsporingspraktijk, is gepoogd nadere invulling te geven aan het begrip ‘criminele burgerinfiltrant’. Zie M. Nieuwenhuis (red.), *Handboek voor de opsporingspraktijk, deel I*, Den Haag: SDU 2007, p. 368-369.

⁵² In het buitenland stuit het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten in ons land nogal eens op onbegrip. Vgl. Beijer c.s., a.w., p. 237-238.

burgerinfiltrant, dringt de burger hier niet door in een criminele organisatie maar maakt deze incidenteel onder regie van het openbaar ministerie met de verdachte afspraken over het afnemen van goederen of het verlenen van diensten. Daardoor is het risico dat de politie en de officier van justitie de regie verliezen minder groot.

Ook bij deze opsporingsmethode dringt de vraag zich op wanneer de betrokkenheid van de opsporingsambtenaren zodanig is, dat de handelingen van de particulier aan de overheid moeten worden toegerekend en dus binnen het bereik van de wettelijke regeling van pseudokoop en – dienstverlening vallen. De rechtspraak leert dat daarvan niet snel sprake is in gevallen waarin het initiatief tot de koop of dienstverlening bij een burger ligt. In een recente zaak had een burger het plan opgevat een koffer met cocaïne aan een medeverdachte over te dragen. Hij werd echter aangehouden. De politie vroeg hem zijn plan tot het overdragen van de koffer voort te zetten en observeerde de (voorbereidingen van de) overdracht.⁵³ Onder die omstandigheden was volgens de Hoge Raad sprake van particulier initiatief en hoefde niet aan de wettelijke voorwaarden voor burgerpseudodienstverlening te worden voldaan. Tot dezelfde conclusie kwam de Hoge Raad in een zaak waarin een medewerker van Sotheby's met de verdachte afspraak bij het veilinghuis gestolen schilderijen terug te kopen.⁵⁴ De medewerker van Sotheby's bracht de politie van de voorgenomen transactie op de hoogte. De politie adviseerde daarop de

⁵³ HR 26 januari 2010, *NJ* 2010, 77.

⁵⁴ HR 23 november 2004, *NJ* 2005, 193, m.nt. YB.

medewerker hoe verder te handelen ten aanzien van de geplande overdracht en observeerde de overdracht.

De voorbeelden tonen aan dat ook hier het grensgebied tussen adviseren en regisseren vaag kan zijn. Er is veel voor te zeggen niet per definitie doorslaggevend te achten van wie het oorspronkelijke plan afkomstig is geweest. Het ligt meer in de lijn van de verdeling van verantwoordelijkheden in het kader van de opsporing ook hier beslissend te achten of de opsporingsambtenaren de koop of dienstverlening hebben geïnitieerd dan wel hebben gefaciliteerd. In de genoemde zaken heeft het er alle schijn van dat de politie nog voor de uitvoering van de plannen de regie van de burger had overgenomen.

3.4.2. *'Kroongetuigen'*

Burgers kunnen ook de gedaante aannemen van wat in de volksmond 'kroongetuigen' worden genoemd. De wet kent deze term niet, evenmin als de term 'klokkenluider'. Opmerkelijker is dat beide categorieën burgers zo verschillend worden ervaren en getypeerd: klokkenluiders worden als een toonbeeld van integriteit en burgermoed afgeschilderd, terwijl zogenoemde 'kroongetuigen' het aura hebben van onbetrouwbaar, crimineel en gedreven door eigenbelang. In de praktijk kunnen beide categorieën soms opmerkelijke gelijkenis vertonen en is het verschil tussen een klokkenluider die zelf ook aan strafbare feiten heeft deelgenomen en een kroongetuige veelal meer van procedurele dan van materiële aard.

De wetgever heeft een regeling getroffen voor het doen van toezeggingen aan verdachten die bereid zijn een getuigenverklaring af te leggen in de

strafzaak tegen een andere verdachte (art. 226g Sv).⁵⁵ Deze methode speelt in op de maatschappelijke realiteit dat toezeggingen in voorkomende gevallen kunnen bijdragen aan de bereidheid verklaringen af te leggen in zaken van georganiseerde criminaliteit, waar zonder die verklaringen een veroordeling geen haalbare kaart zou zijn. Het enkele gebruik van verklaringen van getuigen aan wie toezeggingen zijn gedaan, zie ik niet als een gevaar voor de integriteit van onze strafrechtspleging.⁵⁶ De wijze waarop met dit middel wordt omgegaan, is uiteraard wel van belang.⁵⁷ Daarbij gaat het enerzijds om de ruimte die de wetgever het openbaar ministerie biedt voor het maken van afspraken met de burger en anderzijds om de wijze waarop het openbaar ministerie hiermee omgaat. Het voert in dezen te ver op deze aspecten uitvoerig in te gaan. Ik volsta met enkele opmerkingen.

De wetgever heeft de contractsvrijheid van het openbaar ministerie op zichzelf terecht aan banden gelegd. Dat is ook van belang om het openbaar ministerie in het kader van de opsporing en de in dat kader gevoerde onderhandelingen de regie te laten behouden. In een onderhandelingstraject kunnen van het openbaar ministerie nu eenmaal geen verdergaande toezeggingen worden verwacht dan die de wet hem toestaat. Wel plaats ik drie kanttekeningen bij de huidige normering.

⁵⁵ Zie ten aanzien van reeds veroordeelde getuigen art. 226k.

⁵⁶ Uitgesproken kritisch zijn: T. Prakken, 'Over kroongetuigen en deals met criminelen', *NJB* 1996, 1615-1621 en Th.A. de Roos, 'Daar is hij weer, de kroongetuige', *NJB* 2007, p. 1957-1961.

⁵⁷ Zie ook J.Plooy, Toezeggingen aan getuigen in strafzaken – de rechtsstaat in het geding?, *Trema* 2004, p. 185-196, m.n. p. 187.

De wetgever lijkt in de eerste plaats strikter in de leer dan de Hoge Raad voor de inwerkingtreding van de huidige wettelijke regeling waar het gaat om toelaatbare toezeggingen.⁵⁸ De wetgever heeft velerlei soorten toezeggingen categorisch uitgesloten. Zo mag het openbaar ministerie in ruil voor de af te leggen verklaringen niet toezeggen dat de getuige een geldelijke beloning krijgt, dat geen straf wordt gevorderd of dat een lichter feit dan mogelijk is, wordt ten laste gelegd. Hoewel deze striktheid op zichzelf de duidelijkheid ten goede komt, heeft de wettelijke regeling een wat star karakter gekregen en steekt deze schril af tegen de vrijheid die het openbaar ministerie normaalgesproken op grond van het opportuniteitsbeginsel toekomt. Het maakt bijvoorbeeld voor het al dan niet afzien van vervolging verschil of de desbetreffende getuige verdacht wordt van moord of van valsheid in geschrift. Daarbij komt dat de getuige in sommige gevallen zonder zijn eigen verklaring niet veroordeeld zou kunnen worden. Het wettelijk kader biedt nagenoeg geen ruimte om dergelijke omstandigheden te verdisconteren.

Ten tweede is de vraag of de strikte afbakening van toelaatbare toezeggingen niet het risico in de hand werkt dat druk ontstaat op onderhandelingen die buiten het transparante kader van art. 226g Sv worden gevoerd. Zo vallen afspraken over de bescherming van de getuige buiten de openbaarheid. Dat is ook noodzakelijk voor zover het gaat om informatie die de traceerbaarheid van de getuige betreft. Het gaat ook om een ander toetsingskader: niet de waarde van de verklaring van de getuige, maar de

⁵⁸ Zie bijv. HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799, waarin de Hoge Raad ook het afzien van strafvervolgung als een in beginsel toelaatbare toezegging lijkt te zien.

noodzaak van beschermingsmaatregelen is maatgevend.⁵⁹ Om te voorkomen dat de getuige via de band van de beschermingsmaatregelen wil bereiken wat op grond van art. 226g Sv niet is toegestaan, – bijvoorbeeld een geldelijke beloning – is te overwegen wettelijk vast te leggen dat eventuele financiële afspraken die in dat kader worden gemaakt ter toetsing aan de rechter-commissaris worden voorgelegd.

Ten derde staat de strikte normering van toelaatbare toezeggingen aan getuigen in schril contrast tot de positie van informanten. Informanten en de bedoelde getuigen hebben materieel vaak veel met elkaar gemeen. Zij worden gezien als verklikkers die aan de strafvorderlijke autoriteiten informatie verschaffen over een persoon of organisatie. Openbaarmaking van hun rol leidt veelal tot veiligheidsrisico's. De strafvorderlijke betekenis van hun inbreng in de opsporing verschilt wel: de informatie die informanten geven, wordt in de regel als start- of sturingsinformatie gebruikt, terwijl de getuige aan wie een toezegging is gedaan ervoor tekent dat hij op naam in een openbare terechtzitting verklaringen aflegt.

Ondanks de gelijkenissen, verschillen de rechtsposities van informanten en de bedoelde getuigen aanzienlijk. Informanten kunnen voor hun verklaring financieel worden beloond op grond van de Regeling bijzondere opsporingsgelden. Evenmin valt uit te sluiten dat bepaalde feiten die de informant heeft gepleegd en waarvan de politie kennis draagt geen strafrechtelijk vervolg krijgen. Dergelijke toezeggingen achtte de wetgever ten aanzien van getuigen uit den boze. Hier ligt een nauwere afstemming in de rede.

⁵⁹ Zie in dit verband ook Rechtbank Amsterdam 27 april 2010, *LJN*: BM2493.

3.4.3. *Hybride rechtsverhoudingen; zorgplicht*

De Staat heeft in de regel een zorgplicht voor het bevorderen van de fysieke veiligheid van degene die door medewerking te verlenen aan politie en justitie in de gevarenzone terecht is gekomen.⁶⁰ De rechtsplicht tot bescherming kan ook voortvloeien uit een verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad, bijvoorbeeld als de identiteit van een informant (mede) door toedoen van de overheid is geopenbaard.⁶¹ Bescherming kan ook zijn geboden op grond van een positieve verdragsverplichting.⁶² In dit opzicht bestaan er geen relevante verschillen tussen de positie van de getuige aan wie toezeggingen zijn gedaan en die van de informant of infiltrant wiens identiteit bekend is geworden.

De zorgplicht van de Staat verdient nadere uitwerking. Om recht te doen aan de desbetreffende inspanningsverplichting van de Staat zullen wij over de grenzen van ons strafvorderlijk stelsel moeten kijken. De invulling van de zorgplicht hangt van een aantal factoren af, zoals de mate van dreiging, de praktische mogelijkheden tot bescherming en de houding van de te beschermen persoon. De huidige wettelijke regeling is hierop niet toegesneden. Art. 226l Sv bevat slechts de voorziening dat de minister van justitie op bij algemene maatregel van bestuur te bepalen wijze specifieke maatregelen kan treffen voor de feitelijke bescherming van bepaalde

⁶⁰ Aldus ook bijv. Gerechtshof 's-Gravenhage 27 september 2007 (ongepubliceerd).

⁶¹ Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 24 maart 2009, *LJN*: BH 6193.

⁶² Zie bijv. EHRM 26 maart 1996, (Doorson), *NJ* 1996, 741, m.nt. Knigge en meer in algemene zin: EHRM 28 oktober 1998, (Osman), *NJ* 2000, 134.

bedreigde getuigen en informanten.⁶³ De desbetreffende algemene maatregel van bestuur, het Besluit getuigenbescherming, is met name procedureel van aard. Voorts valt slechts te wijzen op art. 42a, eerste lid, Politiewet 1993. Daarin is een voorziening getroffen voor een tijdelijke wijziging van de identiteit van personen die zijn opgenomen in een getuigenbeschermingsprogramma. Deze bepaling gaat naar mijn mening niet ver genoeg. Het verdient aanbeveling bij wet de mogelijkheid van een definitieve identiteitswijziging mogelijk te maken. Daarmee wordt voorkomen dat de nieuwe identiteit van een bedreigde getuige die een nieuw bestaan opbouwt na beëindiging van het getuigenbeschermingsprogramma moet worden ingenomen.

Een dergelijke wetwijziging zou onderdeel kunnen vormen van een meeromvattende wettelijke regeling over de invulling van de zorgplicht voor personen die door hun medewerking aan de strafvordering in een levensbedreigende positie zijn of dreigen terecht te komen. Nederland loopt achter op andere landen waar het gaat om de wettelijke vormgeving van getuigenbescherming.⁶⁴ Het gaat hierbij om maatregelen die diep kunnen

⁶³ Het betreft bedreigde getuigen, getuigen aan wie toezeggingen zijn gedaan, afgeschermd getuigen en andere personen die medewerking hebben verleend aan de met opsporing en vervolging belaste autoriteiten, voor zover daartoe een dringende noodzaak is ontstaan als gevolg van die medewerking en daarmee verband houdend overheidsoptreden.

⁶⁴ Zie voor een overzicht: United Nations Office on Drugs and crime Vienna, *Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime*, New York: Verenigde Naties 2008.

ingrijpen in het bestaan van de betrokkene. De wetgever kan de invulling daarvan niet volledig aan de praktijk overlaten.

4 Naar een meer coherente inbedding van de positie van de burger in de opsporing

Ik kom tot een afronding. Ons stelsel van strafvordering en de burger zijn nog niet aan elkaar gewend. In de kern gaat ons Wetboek van Strafvordering uit van een dichotomie: het openbaar ministerie en onder zijn gezag ressorterende opsporingsambtenaren versus de burger in zijn hoedanigheid van verdachte. De positie van de burger in de opsporing verdient meer aandacht van de wetgever. Daarbij zal recht moeten worden gedaan aan de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de opsporing, aan de specifieke rechtsverhouding van de burger tot de Staat en aan het overkoepelende belang van een behoorlijke strafrechtspleging. De rechtspositie van de burger is naar huidig recht mede afhankelijk van typering, die niet altijd recht doen aan de genuanceerde werkelijkheid.

Dat wil niet zeggen dat gestreefd zou moeten worden naar eenvormigheid. De diversiteit van de vormen van betrokkenheid laat zich niet in één wettelijk keurslijf persen. Maar er zijn ook gemeenschappelijke kenmerken te onderkennen, die naar mijn mening in de normering tot uitdrukking zullen moeten komen.

Zo is op verschillende terreinen de vraag relevant wanneer de betrokkenheid van de strafvorderlijke autoriteiten zodanig is dat het optreden van de burger aan de autoriteiten moet worden toegerekend. Voorkomen moet worden dat

openbaar ministerie en politie worden gestimuleerd zo min mogelijk verantwoordelijkheid te nemen voor wat derden in het kader van de opsporing doen.⁶⁵ Het ligt in de rede in deze gevallen maatgevend te achten of politie of openbaar ministerie het handelen van de burger met het oog op de opsporing hebben geïnitieerd of hebben gefaciliteerd. Deze maatstaf zal gedifferentieerd moeten worden uitgelegd, waarbij eerder aan het criterium is voldaan als sprake is van een bestendige relatie van de overheid met de betrokken burger in het kader van de opsporing.

In aansluiting op de toetsing van voorgenomen toezeggingen met getuigen, kan worden gezien of de rechter-commissaris ook een rol kan krijgen bij de toetsing van andere precaire aspecten van de inzet van burgers bij de opsporing.⁶⁶ Dat geldt bijvoorbeeld voor de financiële afspraken die in het kader van het afsluiten van een overeenkomst tot getuigenbescherming worden gemaakt. Een dergelijke wijziging laat zich ook inpassen in het 'wetsvoorstel versterking positie rechter-commissaris'.⁶⁷

⁶⁵ Zie ook Y. Buruma in zijn annotatie onder HR 23 januari 2001, *NJ* 2001, 218.

⁶⁶ Brinkhoff stelt voor de rechter-commissaris een rol te geven bij de toetsing van het handelen van de CIE. Zie S. Brinkhoff, 'Controle op de Criminele inlichtingeneenheden', *DD* 2009, p. 112-139, m.n. p. 136-137.

⁶⁷ Kamerstuk 32 177.

Voor alles zal de discussie over de inzet van burgers in de opsporing in bredere zin moeten worden gevoerd dan alleen vanuit de optiek van politie en justitie enerzijds en de rechtsbescherming van de verdachte anderzijds. Eerst dan kan recht worden gedaan aan alle in het geding zijnde belangen.⁶⁸

Ik heb gezegd.

⁶⁸ In de op 2 september 2010 uitgesproken versie van de oratie is het inhoudelijk deel gevolgd door een persoonlijk dankwoord.