

De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet

Theo de Roos

hoogleraar straf(proces)recht Tilburg
advocaat te Amsterdam

Hoofdpunten uit de nieuwe wetsvoorstellen tegen terrorisme zijn: toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, schrapping van de eis van ernstige bezwaren bij bewaring, en langdurig onthouden van stukken aan de verdediging. Theo de Roos gaat op verzoek van de redactie na wat die voorstellen in de praktijk voor de advocatuur betekenen. Hij heeft ernstige twijfels of de diep ingrijpende voorstellen de strijd tegen het terrorisme helpen. ‘Te vroeg ingrijpen maakt de zaak wellicht stuk, maar het is twijfelachtig of de nieuwe voorstellen de ellende kunnen voorkomen die ontstaat als je er een keer te laat bij bent.’

De Tweede Kamer maakt vorderingen met het wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.¹ De leden van de Vaste commissie voor justitie hebben nogal wat vragen gesteld, maar het lijkt er op dat het voorstel ongeschonden door de Kamer zal komen. Dit is opmerkelijk, omdat er zelfs uit de hoek van de zittende magistratuur kritiek is geventileerd op de vergaande bevoegdheden die de Minister van Justitie ter wille van de strijd tegen het terrorisme ter beschikking wil stellen.²

Het wetsvoorstel staat uiteraard niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een heel pakket wetgeving en andere maatregelen. Ik noem slechts – wat de wetgeving betreft – de Wet op de afgeschermdde getuige³ en de al in 2004 in werking getreden Wet op de terroristische misdrijven, waarmee in de zaak-Mohammed B. inmiddels ervaring is opgedaan en die ook een grote rol speelt in de zaak tegen de zogenaamde Hofstadgroep.

BIJZONDERE BEVOEGDHEDEN EN ‘AANWIJZINGEN’

De minister wil als het gaat om terroristische misdrijven de toepassingen van de bijzondere opsporingsbevoegdheden reeds mogelijk maken wanneer er nog slechts sprake is van ‘aanwijzingen’ van een terroristisch misdrijf. Dit begrip is bekend, zo betoogt de memorie van toelichting,⁴ van de Wet wapens en munitie en de Wet op de economische delicten.

In art. 51 en 52 WWM wordt het onderzoek van vervoermiddelen en het preventief fouilleren toegestaan bij aanwijzingen dat een strafbaar feit zal worden gepleegd waarbij wapens zullen worden gebruikt; en in diverse WED-opsporingsbevoegdheden wordt het begrip ‘in het belang van de opsporing’ aldus uitgelegd dat aanwijzingen van een economisch delict volstaan.⁵

bevoegdheden te rechtvaardigen, zo luidt het elders,⁷ waar de minister een poging doet de kritiek van diverse adviesorganen (NVVR, Raad voor de rechtspraak en Orde) te ontkrachten dat het begrip te vaag is tegen de achtergrond van art. 8 EVRM.⁸ Zachte informatie kan volstaan, bijvoorbeeld een anonieme tip die specifieke gegevens over een aanslag bevat. Een ander voorbeeld: betrouwbare informanten maken afzonderlijk

In het licht van art. 5 EVRM zou een probleem kunnen zijn dat geheime dienst-informatie niet ‘hard’ en nauwelijks toetsbaar is, en daardoor niet ‘capable of satisfying the Court’

Van aanwijzingen is sprake, zegt de memorie van toelichting,⁶ indien de beschikbare informatie feiten en omstandigheden bevat die erop duiden dat daadwerkelijk een terroristisch misdrijf zou zijn of zal worden gepleegd. Als voorbeeld wordt gegeven ‘moeilijk verifieerbare geruchten dat een aanslag wordt voorbereid of dat daartoe wordt samengespannen’. Ook dreigingsanalyses van de AIVD kunnen aanwijzingen opleveren. Feiten en omstandigheden waarvan de juistheid niet verifieerbaar is of de herkomst niet of onvoldoende kan worden onderzocht zijn voldoende om de inzet van de bijzondere

melding van bijzondere belangstelling die bepaalde personen tonen voor de bouwkundige aspecten van een overheidsgebouw.

In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt weer een andere situatie geschetst, om te illustreren dat vaak reeds een misdrijf zal zijn gepleegd, maar dat dat niet altijd het geval behoeft te zijn:⁹ ‘Stel, een tipgever is uitgenodigd op een hotelkamer voor een samenkomst om afspraken te maken over het plegen van een aanslag. In dat geval zullen gewoonlijk plannen bestaan voor de uitvoering van dat misdrijf. Het “in gereedheid brengen” en “onder zich hebben” van



Samir A in een geblindeerde politiewagen bij vertrek uit de speciaal beveiligde rechtbank in Rotterdam (Rotterdam, 27 januari 2006).

dergelijke plannen zijn strafbaar gesteld in art. 95 lid 2 onder 4 Sr. De inzet van de bevoegdheden kan derhalve worden gebaseerd op aanwijzingen dat een strafbaar feit zou zijn of zal worden gepleegd. Tegelijk maakt het voorbeeld duidelijk waarom ook de aanwijzingen dat een strafbaar feit zal worden gepleegd toereikend moeten zijn. Ook in het geval de tipgever aangeeft dat de plannen nog niet in voldoende mate geconcretiseerd zijn, moet kunnen worden opgespoord.⁷

Het is duidelijk dat wij met dit onderdeel van het wetsvoorstel royaal in de preventieve fase zijn beland. Dat wordt nog duidelijker wanneer in aanmerking wordt genomen dat het verkennend onderzoek (art. 126gg Sv) in terrorismezaken een belangrijker plaats moet krijgen door invoering van een nieuw artikel 126hh,¹⁰ dat de officier van justitie de bevoegdheid verschaft met machtiging van de rechter-commissaris in het belang van het onderzoek schriftelijke (delen van)

gegevensbestanden te vorderen van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij tot die bestanden toegang heeft. De bestanden mogen vervolgens worden bewerkt, wat kan inhouden de onderlinge vergelijking dan wel vergelijking met andere bestanden.¹¹ In die fase behoeven er nog geen aanwijzingen te zijn. Zijn die er wel, dan kan de nieuwe derde afdeling (Vorderen van gegevens) worden toegepast (de artikelen 126zk e.v.).

1 TK 30 164 nr. 2. Over het concept-wetsvoorstel reeds P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen', in: *NJB* 2005 (8), p. 397-400.
 2 Spraakmakend was het redactioneel van G.J.M. Corstens, 'Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging', in: *NJB* 2005 (6), p. 289.
 3 Daarover in dit blad A. Sennep, 'Afgeschermde getuige', *Advocatenblad* 2005-19, p. 866-868.
 4 TK 30 164, nr. 3, p. 8.

5 De MvT (p. 9) verwijst naar HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633, en naar HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985, 275 (over art. 75 Jachtwet).

6 TK 30 164, nr. 3, p. 9.

7 TK 30 164, nr. 3, p. 10.

8 Zie over die kritiek ook Th. A. de Roos, 'Terrorismebestrijding langs de randen van het strafrecht', in: R. H. Haveman, H. C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*. Nijmegen (Wolf Legal Publishers), 2005, p. 129-140.

9 TK 30 164, nr. 7, p. 15.

10 In een nieuw art. 126ii wordt daarnaast aan de officier van justitie de bevoegdheid verleend om van de professionele verwerker van gegevens bepaalde identificerende persoonsgegevens te vorderen; ook kan de officier gegevens ter zake van naam, adres, postcode, woonplaats, nummer en soort dienst betreffende een telecommunicatiegebruiker vorderen van een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk.

GEEN MEERWAARDE

Al met al kan worden vastgesteld dat het Openbaar Ministerie en de recherche taken en bevoegdheden krijgen die sterk verwant zijn aan die van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Het is sterk de vraag of deze diensten daar blij mee moeten zijn. Het zal wellicht kunnen gebeuren dat men elkaar voor de voeten gaat lopen en dat justitie projecten van de AIVD 'stukmaakt'. Aan de andere kant moet worden erkend dat de regeling blijkens de memorie van toelichting sterk in het teken staat van de urgentie: snel kunnen optreden wanneer er aanwijzingen bestaan van groot en acuut gevaar.

De vraag is of de voorstellen meerwaarde bezitten ten opzichte van de huidige mogelijkheden. De strafbare voorbereiding (art. 46 Sr, dat overigens ook wordt gewijzigd omdat het bestanddeel 'kennelijk' wordt geschrapt) en de uitgebreide strafbaarstelling van de samenspanning in de Wet op de terroristische misdrijven bieden al zeer ruime mogelijkheden. Dat die niet altijd tot een veroordeling leiden, zoals in de eerste zaak van Samir A., heeft naar het lijkt weinig met ontbrekende strafvorderlijke bevoegdheden te maken, en al evenmin met een tekortschietend materieel strafrecht (tenzij men wenst over te schakelen naar een intentiestrafrecht). Het vrijspreekende Hof Den Haag had geen twijfel aan de terroristische intenties van Samir A., maar oordeelde – naar mijn smaak volkomen terecht – dat die intenties moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de materialen die de verdachte daartoe voorhanden had.¹² De kaarten, schetsen en dergelijke van diverse gebouwen en locaties achtte het hof zo primitief en oppervlakkig dat het onmogelijk geacht moet worden dat op basis van de 'vergaand onvolkomen informatie een aanval op deze objecten met enige kans op succes zelfs maar in voorbereiding kan worden genomen'. Wat het geknutsel met 'explosieven' betreft stelt het hof vast dat dit project zich in een zodanig pril stadium bevond en zo onbeholpen en primitief was dat daarvan geen reële dreiging (binnen afzienbare termijn) kón uitgaan. 'De verdachte stond in feite met lege handen.' Hoe dat ook zij, niet valt in te zien hoe de nu voorgestelde extra bevoegdheden tot een ander resultaat hadden kunnen leiden.

Het is goed om het vermaan van het hof Den Haag ter harte te nemen: 'Daarom moet aanvaard worden dat onder omstandigheden optreden dat door de belangen gemoeid met de opsporing van ernstige misdrijven worden gerechtvaardigd, er niet altijd toe zal (kunnen) leiden dat die vermeende ernstige misdrijven ook daadwerkelijk bestraft kunnen worden.'

GEEN 'ERNSTIGE BEZWAREN' NODIG

Voorgesteld wordt aan art. 67 Sv een vierde lid toe te voegen waarin het vereiste van de ernstige bezwaren voor de eerste fase van de voorlopige hechtenis, de bewaring van 14 dagen, te laten vervallen wanneer het om de verdenking van terroristische misdrijven gaat. Eenvoudige verdenking in de zin van art. 27 Sv, de eis die ook tijdens de inverzekeringstelling geldt, is dan voldoende, en het behoeft niet 'waarschijnlijk' te zijn dat de verdachte het feit heeft gepleegd (MvT p. 25).

Volgens de minister is dit nodig omdat 'de aanwijzingen bij de start van een onderzoek naar het voorbereiden van een terroristische aanslag veelal nog niet een hecht onderbouwde verdenking behelzen. Tegelijkertijd kan, gelet op het groot aantal slachtoffers dat bij een dergelijke aanslag kan vallen, daadwerkelijk optreden tegen mogelijke betrokkenen niet worden uitgesteld. Deze factoren leiden ertoe dat inverzekeringstelling zich in deze gevallen op basis van een betrekkelijk lichte verdenking kan voordoen. Het is dan ongewenst dat een bevel tot bewaring door de rechter vervolgens achterwege blijft als het onderzoek in de beschikbare korte periode te weinig heeft opgeleverd.' (MvT p. 26).

Voor het Openbaar Ministerie ging dit nog niet ver genoeg (het doet de suggestie tot de eerste openbare terechtzitting te volstaan met het redelijk vermoeden¹³), maar alle andere adviesorganen (de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de rechtspraak en de Orde) stelden dat het

regeringsvoorstel te ver gaat en strijdig was met art. 5 EVRM. Dat wordt door de minister bestreden met verwijzing naar jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hij citeert achtereenvolgens het arrest inzake O'Hara tegen het Verenigd Koninkrijk¹⁴ en Fox e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk.¹⁵

In O'Hara overweegt het hof dat de verdenking die de preventieve vrijheidsbeneming kan rechtvaardigen feiten of informatie moet betreffen 'which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence, although what may be regarded as reasonable will depend on all the circumstances of the case.' De feiten die een verdenking doen ontstaan 'need not be of the same level as those necessary to justify a conviction, or even the bringing of a charge which comes at the next stage of the process of criminal investigation'.

En in het Fox-arrest valt te lezen dat art. 5 EVRM 'should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities of the Contracting States in taking effective measures to counter organised terrorism'.

TE ZACHT VOOR ARTIKEL 5 EVRM

Het is moeilijk een algemeen luidend antwoord te geven op de vraag of het schrappen van de ernstige bezwaren problemen oplevert in het licht van art. 5 EVRM. Duidelijk is wel dat ook in terrorismezaken het begrip 'redelijk' niet extensief mag worden uitgelegd: 'Even in those circumstances, the respondent Government have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence', overweegt het hof in O'Hara, met verwijzing naar Fox e.a.¹⁶

Erkend moet worden dat de begrippen 'some facts or information' en 'reasonable suspicion' wel zo ongeveer samenvallen met

Om te bereiken dat niets van de informatie die van belang is voor de voorlopige hechtenis wordt onthouden aan de verdediging, moet dat expliciet in de wet worden vastgelegd



Beveiliging op het Binnenhof (november 2005)

‘uit feiten en omstandigheden blijken van een redelijk vermoeden van schuld’. Wel zou het een probleem kunnen zijn dat de feiten en omstandigheden niet ‘hard’ en niet of nauwelijks toetsbaar zijn, en daardoor niet ‘capable of satisfying the Court’. Dat zou het geval kunnen zijn met geheime dienst-informatie.

ONTHOUDING VAN STUKKEN

Nog meer omstreden is het voorstel om in geval van verdenking van een terroristisch misdrijf de mogelijkheid te scheppen om de duur van de gevangenhouding na omme-

komst van 90 dagen telkens met een periode van 90 dagen te verlengen tot maximaal twee jaar. De behandeling van de vordering tot verlening vindt in het openbaar plaats (art. 66 lid 3 Sv). Daarmee wordt voorkomen dat de zaak binnen 90 dagen nadat de gevangenhouding is ingegaan ter terechtzitting moet worden aangebracht, en wordt bereikt dat het tijdstip waarop volledige inzage in de processtukken moet worden gegeven aan de verdediging wordt uitgesteld. Art. 33 Sv bepaalt immers dat kennisneming van alle processtukken niet aan de verdachte mag worden onthouden zodra de dagvaarding ter

terechtzing aan hem is betekend. Voortaan is dagvaarding binnen de 90 dagen-termijn niet meer nodig.

Deze forse ingreep in de rechten van de verdediging is volgens de regering noodzakelijk omdat onderzoek naar terroristische misdrijven zich zeer wel ook in het buitenland kan afspelen en dat daarbij informatieverschaffing door inlichtingendiensten een rol kan spelen. Voortijdig bekend worden van verkregen informatie zal niet alleen de zaak tegen de verdachte, maar ook de zaken tegen eventuele medeverdachten kunnen schaden. In de nota naar aanleiding van het verslag zegt de regering het nog wat uitgebreider: inzage moeten verlenen is onwenselijk bij complexe onderzoeken naar terroristische misdrijven, met vaak vertakkingen naar het buitenland, en waarbij vele ‘verzoeken buitenland’ moeten worden gedaan.¹⁷ ‘Het onderzoek kan hierdoor onnodig onder druk komen te staan (vertaling en interpretatie van stukken, doorzoeken en bewerken van enorme databases), bepaalde onderzoekssporen moeten daardoor soms noodzakelijkerwijs worden afgebroken.’

RIJKELIJK NAÏEF

Opgewekt betoogt de memorie van toelichting dat de voorgestelde mogelijkheid geen afbreuk doet aan een adequate rechterlijke controle op de voortgang van het onderzoek.¹⁸ Dat is natuurlijk maar de vraag. De informatie die de verdediging wordt onthouden bereikt immers ook de rechter niet. De regering veronderstelt weliswaar dat de raadkamer over voldoende informatie kan beschikken om te beoordelen of aan de voorwaarden van voortgezette voorlopige hechtenis is voldaan, maar men kan zich voorstellen dat het Openbaar Ministerie straks niet veel meer zal voorleggen dan elke drie maanden

11 Het verkennend onderzoek valt voortaan volgens het wetsvoorstel onder het verruimde opsporingsbegrip van art. 132a Sc: ‘Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

12 Hof Den Haag 18 november 2005, LJN AU6181.

13 Zie hierover P. Frielink, ‘Terreurbestrijding en strafwetgeving’, in: *Strafblad* 2004 nr. 4, p. 244-245: ‘Of enkel en alleen een verlaging voor de inbewaringstellingstermijn volstaat, is de vraag. Voor terreurzaken is een uitzondering voor het hele voorlopige hechtenistraject op zijn plaats.’

14 EHRM 16 oktober 2001, nr. 37555/97.

15 EHRM 30 augustus 1990, series A Vol. 182.

16 Zie daarover E. Prakken, ‘Regelgeving en rechtspraak: Terrorisme en het strafproces’, in: *Strafblad* 2004 nr. 4, 235.

17 TK 30 164 nr.7, p. 35.

18 TK 30 164 nr. 3, p. 28.

19 TK 30 164 nr. 7, p. 38.

20 M.S. Groenhuijsen, G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 617 e.v. en p. 656 e.v.

21 EHRM 13 februari 2001, nr. 25 116/94, EHRC 2001, 21.

22 Daarover J.M. Reijntjes, ‘Terreurbestrijding en het delen van geheimen’, in: *Strafblad* 2004 (4), p. 271-278.

de plechtige verzekering dat er in diverse buitenlandse en door diverse geheime diensten hard aan de zaak wordt gewerkt, terwijl uit de geopenbaarde stukken niet duidelijk naar voren komt dat de bezwaren tegen de verdachte intussen ernstiger zijn geworden.

De minister beantwoordde een vraag naar stukken die ontlastend materiaal bevatten: 'In die gevallen is het de officier van justitie, indien belastend materiaal bestaat dat van overwegend belang is voor de beslissing omtrent het voortduren van de voorlopige hechtenis, niet geoorloofd dergelijk materiaal achter te houden. Het gaat immers om stukken die essentieel zijn voor het nemen van beslissingen inzake de voorlopige hechtenis.'¹⁹

Is dat niet rijkelijk naïef? Het kan heel wel gaan om informatie waarvan de bekendmaking leidt tot verstoring van het onderzoek in de zaken tegen de verdachte en eventuele medeverdachten. Als de minister wil bereiken dat inderdaad alle informatie die van belang is voor de voorlopige hechtenis niet wordt onthouden aan de verdediging, doet hij er goed aan dat expliciet in de wettekst vast te leggen.

In de memorie van toelichting wordt er op gewezen dat de voorgestelde regeling verwant is aan hetgeen het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* heeft bedacht.²⁰ De onderzoeksgroep had de huidige regeling met betrekking tot de pro forma-zittingen gehekelde en aanbevolen deze te vervangen door een behandeling door de meervoudige raadkamer, waarbij wel in beginsel onbeperkte kennisgeving van de processtukken mogelijk zou zijn. De rechter-commissaris zou dit recht kunnen beperken. Hij kan in dit stelsel zelf wel inzage in alle stukken krijgen, en hij kan ook een voordracht doen om de voorlopige hechtenis op te heffen (art. 69 lid 1). Als het onderzoek plaatsvindt in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek (en dat zal steeds het geval zijn wanneer een afgeschermd getuige wordt gehoord) kan

de rechter-commissaris zelf uitmaken of bepaalde stukken worden onthouden. Ook wordt aangegeven dat de verdachte tegen de onthouding een bezwaarschrift kan indienen op grond van art. 32 Sv.

Ten slotte vermeldt de memorie van toelichting in dit verband nog art. 180 Sv, dat de rechter-commissaris opdraagt te waken tegen 'noodeloze vertraging' van het opsporingsonderzoek, en hem de bevoegdheid geeft de stukken te doen overleggen en de onverwijld of spoedige beëindiging van het opsporingsonderzoek te bevelen.

De regering bestrijdt de opvatting dat de voorgestelde regeling een schending van art. 6 EVRM zou opleveren. Ter illustratie citeert zij uit het arrest *Schöps v. Germany*:²¹ 'Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his clients detention (...) It thus follows that, in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the persons concerned, proceedings conducted under Article 5 par. 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure.'

Het is voor mij nog niet zo duidelijk dat deze passages de argumenten van de regering krachtig ondersteunen. Het omgekeerde lijkt eerder het geval.

De Raad voor de rechtspraak had in zijn advies opgemerkt dat de rechter bij onvolledigheid van de processtukken onvoldoende invulling zal kunnen geven aan de toets van art. 67a lid 3 Sv, het geval waarin ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat een verdachte geen vrijheidsbenemende sanctie zal worden opgelegd, althans niet één van langere duur dan het voorarrest.

De regering wuift dit bezwaar weg: 'Dit risico komt niet zeer reëel voor: de ernst van het misdrijf en de aard van de bijdrage terzake waarvan verdenking bestaat zullen dikwijls voldoende vaststaan. In gevallen waarin dit anders is geldt dat een bevel tot verdere vrijheidsbeneming achterwege blijft indien art. 67a lid 3 Sv daartoe noopt'.

Het is maar de vraag of het zo eenvoudig ligt. De raadkamer zal in voorkomende gevallen een partieel beeld krijgen dat voor de verdachte belastender is dan een compleet inzicht in de stukken. Men denke daarbij aan de rol van de verdachte in een organisatie met terroristisch oogmerk. Van incomplete informatie kan een suggestieve werking uitgaan. Dit klemt temeer wanneer het onderzoek in een verder gevorderde fase komt.

ONS WERK DOEN

Het echte dilemma in de strafrechtelijke terrorismebestrijding lijkt, als men afgaat op de ervaringen van de laatste tijd, vooral betrekking te hebben op het moment van interventie en vrijheidsbeneming. Te vroeg ingrijpen maakt de zaak wellicht stuk, maar de ellende is niet te overzien als je er eens een keer te laat bij bent. Het is twijfelachtig of de nu voorliggende voorstellen daar iets aan toe of af doen. De regering heeft gemeend dat niet kan worden volstaan met de communicatie tussen de AIVD en justitie,²² maar dat specifieke preventieve justitiële bevoegdheden noodzakelijk zijn. Dat blijkt te leiden tot wetgeving waarin de ingreep in de persoonlijke levenssfeer groter wordt, de drempel voor preventieve vrijheidsbeneming lager, en de positie van de verdediging in het vooronderzoek slechter. De enige schrale troost is dat deze maatregelen strikt zijn gereserveerd voor het geval waarin terroristische misdrijven aan de orde zouden kunnen zijn.

Wij advocaten moeten ons werk doen en er het beste van maken, desnoods tot en met het EHRM. ●