

**Een oude bekende in het Nederlandse strafproces:
de criminele burgerinfiltrant**

Met boeven vang je boeven

O.S. Pluimer

Inhoudsopgave

	Inleiding	1
	Het fenomeen van de criminele burgerinfiltrant	1
	Probleemstelling en hoofdstukindeling	2
1.	De criminele burgerinfiltrant ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit	5
1.1	Ratio van de heroverweging van het verbod op de criminele burgerinfiltrant	5
	Inleiding	5
1.1.1	Aanleiding inzet criminele burgerinfiltranten	6
1.1.2	Uitbreiding van de inzet van burgers bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit	8
1.2	Waarborgen en voorwaarden voor inzet van de criminele burgerinfiltrant	8
	Inleiding	8
1.2.1	Waarborgen en voorwaarden	8
1.2.2	Veiligheid van de criminele burgerinfiltrant	11
1.2.3	Wetswijziging vs. beleidsmaatregelen	12
1.3	Herleving van de criminele burgerinfiltrant: de motie Recourt c.s.	13
2.	De rechtspolitieke keuze om gebruik te maken van criminele burgerinfiltranten in het strafproces	15
2.1	Het rapport van de Commissie Van Traa	15
	Inleiding	15
2.1.2	Crisis in de opsporing	15
2.1.3	De Commissie Van Traa inzake infiltratie	16
2.1.3.1	Inzet van criminele burgerinfiltranten	18
2.1.3.2	Kritiek op het fenomeen van de criminele burgerinfiltrant	18
2.1.4	Aanbevelingen van de Commissie Van Traa	19
2.2	De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden	20
	Inleiding	20
2.2.1	Uitgangspunten wetsvoorstel Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden	20
2.2.2	Memorie van Toelichting ten aanzien van de (criminele) burgerinfiltrant	21
2.2.3	Raad van State	22
2.2.3.1	Reactie minister van Justitie	23
2.2.4	Reacties naar aanleiding van de Memorie van Toelichting	23

2.2.5	Nog eenmaal de minister van Justitie	24
2.3	Het pleit beslecht: de motie Kalsbeek	25
2.4	Voors en tegen van de inzet van criminele burgerinfiltranten	26
2.5	Effectiviteit van infiltratie	28
2.6	Afsluitend	31

3. Juridische knelpunten van de inzet van criminele burgerinfiltranten **33**

3.1	Een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant in het Wetboek van Strafvordering	33
	Inleiding	33
3.1.1	Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel	33
3.1.1.1	Achterliggende beginselen	34
3.1.1.2	Bij de wet voorzien	36
3.1.1.3	Wat is strafvordering?	38
3.1.1.4	Geslotenheid van het stelsel van strafvordering	39
3.1.1.5	Kwaliteit van het recht	41
3.1.2	Wanneer behoeven opsporingsbevoegdheden een specifieke wettelijke basis?	43
3.2	Het instigatieverbod	45
	Inleiding	45
3.2.1	Tallon-criterium	46
3.2.1.1	Subjectief en objectief element	47
3.2.2	Benadering van de Nederlandse strafrechter	49
3.2.3	Rechtspraak van het EHRM	49
3.2.3.1	Bannikova t. Rusland	50
3.2.3.2	Materiële toets	52
3.2.3.3	Formele toets	55
3.2.4	Wettelijke verankering instigatieverbod voldoende?	57
3.2.4.1	Benadering van de Nederlandse strafrechter vs. benadering van het EHRM	58
3.2.5	Gevolgen schending instigatieverbod	59
	Inleiding	59
3.2.5.1	Vormverzuimen: het Afvoerpijp-arrest	59
3.2.5.2	Rechtsgevolgen schending instigatieverbod	60
3.3	Resumé	63

4. Analyse van het voorstel het verbod op het inzetten van criminele burgerinfiltranten op te heffen **65**

	Inleiding	65
4.1	De overtuigingskracht van de argumentatie van de minister	65
4.1.1	Onvoldoende onderbouwing en innerlijke tegenstrijdigheid	65
4.2	Criminaliteitsbestrijding vs. integriteit van de opsporing	67
	Inleiding	67
4.2.1	De risico's uit de motie Kalsbeek onverminderd van kracht	67
4.2.2	Een kleine aanvulling	68
4.2.3	De belangenafweging	69

4.2.3.1	De voorwaarden en waarborgen uit de motie Recourt op de weegschaal	71
4.3	Een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant	73
	Inleiding	73
4.3.1	De integriteit van de opsporing als legitimatie voor een specifieke wettelijke bepaling van de criminele burgerinfiltrant	73
4.3.2	Discrepancie tussen de huidige wettelijke regeling en de door de minister voorgestelde voorwaarden en waarborgen	74
4.4	Betrokkenheid van de rechter-commissaris	76
4.4.1	Noodzakelijkheid van een rechterlijke toetsing	76
4.4.2	Wenselijkheid van een rechterlijke toetsing	77
4.4.3	Wat moet de rechter-commissaris toetsen?	79
4.5	Afronding en aanbevelingen	80

Literatuurlijst **83**

Wetgeving en officiële publicaties **87**

Jurisprudentielijst **89**

Inleiding

Het fenomeen van de criminele burgerinfiltrant

Haagse Kees, alias 'King Boko', begon ooit als keurige tandtechnicus in Haarlem. Hij, Kees C., eindigde als miljonair door zijn criminele activiteiten. Onder regie van het Interregionaal Recherche Team (IRT) verwierf Kees C. als infiltrant een onaantastbare positie in de criminele wereld. Haagse Kees was voor zowel de politie als menig crimineel de aangewezen persoon om mee te werken, aangezien hij in de onderwereld bekend stond als dé persoon met wiens hulp succesvol drugs konden worden gesmokkeld. Haagse Kees werd begin jaren 90 door Mink K. en Jan F., die op hun beurt waren ingeschakeld door Stanley H., benaderd voor het transport van 10 miljoen xtc-pillen naar Engeland. Terwijl Haagse Kees contact onderhield met zijn 'runners' bij de politie, ging hij maar al te graag in op dit aanbod van Mink K. Zo was de basis gelegd voor minstens zes drugstransporten, die onder toezicht van de politie naar Engeland werden vervoerd. Het IRT stond erbij en keek ernaar, terwijl enorme hoeveelheden xtc de Engelse markt bereikten en de Nederlandse criminelen tientallen miljoenen gulden incasseerden. Zo ook Haagse Kees, die de opbrengsten van zijn criminele handel en wandel mocht houden. Al schatrijk geworden van de xtc-handel kreeg Kees C. daarnaast een slordige 2 miljoen gulden 'extra' van de Nederlandse staat, nadat bekend was geworden dat criminelen achter zijn ware identiteit als infiltrant waren gekomen en Kees C. zijn leven niet langer zeker was.¹

Haagse Kees, Paul de Coureur, Rob J., Ton L., de Sapman en de Taartman, allen hebben ze één ding gemeen: het waren (criminele) burgerinfiltranten die door de politie werden gerund om grote vissen uit het criminele milieu te pakken. Toen halverwege de jaren 90 de samenwerking tussen deze (criminele) burgerinfiltranten en de politie bij het grote publiek bekend werd, waren de rapen gaar. De IRT-affaire was een feit. Met grote verontwaardiging werd gereageerd op de duizenden kilo's drugs die Nederland waren in- en uitgevoerd en de miljoenen gulden die de criminelen aan de drugshandel hadden verdiend; alles onder het toezicht van de politie en justitie. Als gevolg van de IRT-affaire werden diverse politie teams opgeheven en ministers traden af.² Bovendien werd naar aanleiding van de IRT-affaire de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, beter bekend als de Commissie Van Traa, in 1994 opgericht. De Commissie Van Traa kreeg de opdracht onderzoek te verrichten naar de handelwijze van de politie en de verscheidene opsporingsmethoden die door de politie, al dan niet gereguleerd, werden toegepast bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Na uitvoerig onderzoek werd op 6 december 1994 het onderzoeksrapport, getiteld 'Inzake Opsporing', door de Commissie Van Traa gepresenteerd. Mede naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa, is in de Tweede Kamer een motie aanvaard waarin een verbod is opgenomen op de inzet van criminele burgerinfiltranten.³ Sinds deze motie is het de Nederlandse politie niet langer toegestaan criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit.⁴

¹ M. Husken, *Deals met justitie. Van infiltrant 'Haagse Kees' tot kroongetuige Peter La S.*, Amsterdam: Forum 2009.

² <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2824/Politiek/archief/article/detail/537477/1999/06/10/Data-IRT-affaire.dhtml>.

³ *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 403 en 23 251, nr. 33.

⁴ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stert.* 2011, 340.

Echter, tijden veranderen en onder het mom van een oude wijsheid uit de politiepraktijk – ‘met boeven vang je boeven’ – heeft minister Opstelten van Veiligheid en Justitie op 5 juli 2013 aangekondigd het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen.⁵ De minister wil criminele burgerinfiltranten inzetten, omdat bepaalde personen niet strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden, terwijl deze personen volgens de minister al jarenlang de georganiseerde criminaliteit beheersen. Door het toepassen van geavanceerde afschermingstactieken verbergen deze personen hun criminele activiteiten. De huidige grenzen van de opsporingsmogelijkheden belemmeren de politie en het Openbaar Ministerie in de aanpak van deze criminele groeperingen. Door in uitzonderlijke gevallen criminele burgerinfiltranten in te zetten verwacht de minister dat de politie en het Openbaar Ministerie beter in staat zijn om de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit aan te pakken.

Probleemstelling en hoofdstukindeling

De inzet van criminele burgerinfiltranten is te plaatsen in de bredere discussie van deals met criminelen. In dat verband heeft de afgelopen jaren vooral het fenomeen van de kroongetuige veel belangstelling gekregen.⁶ Het voorstel van de minister criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit is ‘slechts’ een nieuw hoofdstuk in de discussie omtrent het onderwerp deals met criminelen. In deze discussie wordt voornamelijk aandacht besteed aan de vraag of het verstandig is dat opsporingsinstanties gebruik maken van opsporingsmethoden waarbij zij nauw samenwerken met criminelen. Deze discussie kan worden omschreven als de rechtspolitieke keuze om criminele burgers in te zetten bij de opsporing van strafbare feiten. De kernvraag van de discussie is of het aangaan van overeenkomsten met criminelen wenselijk is? Zijn dergelijke personen wel te vertrouwen? Is het wenselijk dat criminele burgerinfiltranten onder regie van politie en justitie strafbare feiten plegen? Hoe ver mag de politie gaan bij het runnen van criminele burgerinfiltranten? Is het toegestaan en gewenst om onder toezicht oog van politie verboden middelen door te laten om meer zicht te krijgen op de (structuur van de) criminele organisatie waarin de criminele burger infiltreert? Mag de criminele burgerinfiltrant de winsten van zijn criminele handelingen behouden of dient hij deze af te staan aan de Nederlandse staat? In hoeverre is de criminele burgerinfiltrant gevrijwaard van strafrechtelijke vervolging voor zijn strafbare gedragingen? In hoeverre is het redelijk dat de overheid de criminele burgerinfiltrant een tegenprestatie biedt voor zijn inspanningen bij de opsporing? Hoe ver dient de overheid te gaan om de veiligheid van de criminele burgerinfiltrant te garanderen? Is het gewenst dat het Nederlandse opsporingsapparaat überhaupt gebruik maakt van criminele burgerinfiltranten in het strafproces?

Naast de rechtspolitieke keuze om criminele burgerinfiltranten in te zetten is het voor de strafpraktijk buitengewoon interessant de inzet van criminele burgerinfiltranten meer vanuit een juridisch perspectief te bezien. Geconfronteerd met de inzet van criminele burgerinfiltranten is het voor de strafpraktijk immers van belang om te

⁵ *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 83.

⁶ Zie bijvoorbeeld, maar niet uitputtend: S.L.J. Janssen, *De kroongetuige in het Nederlandse strafproces: vertrouwen is goed, controle is beter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; Th. A. de Roos, ‘Daar is hij weer, de kroongetuige!’, *NJB* 2007, p. 1957-1961; Y. Buruma, ‘Deals met criminelen’, *Trema* 2004, afl. 5, p. 197-200; J. Plooy, ‘Toezeggingen aan getuigen in strafzaken – de rechtsstaat in het geding’, *Trema* 2004, afl. 5, p. 185-196.

overzien welke juridische problemen zich kunnen voordoen bij de toepassing van criminele burgerinfiltratie en welke argumenten in de juridische discussie naar voren kunnen worden gebracht. In dat verband kan de vraag worden gesteld in hoeverre de risico's die zijn verbonden aan de inzet van criminele burgerinfiltranten worden ondervangen door de voorgestelde voorwaarden en waarborgen. Daartoe moet in de eerste plaats worden onderzocht welke voorwaarden en waarborgen de minister presenteert waaronder de inzet van criminele burgerinfiltranten mogelijk wordt. Ook andere (juridische) vragen kunnen in dit verband worden gesteld. Zo rijst de vraag of het voorstel van de minister inzake de inzet van criminele burgerinfiltranten in overeenstemming is met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Is het gebruik van criminele burgerinfiltranten in strijd met het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM? Hoe verhoudt de inzet van criminele burgerinfiltranten zich met het instigatieverbod? Blijven de rechten van verdediging gewaarborgd indien een criminele burgerinfiltrant tijdens het strafproces niet kan worden gehoord? Levert de inzet van criminele burgerinfiltranten een inbreuk op het recht op privacy? Mag het recht op informatie worden beperkt om de veiligheid van de criminele burgerinfiltrant te beschermen? Is het noodzakelijk en wenselijk dat enige vorm van rechterlijke controle plaatsvindt alvorens een criminele burgerinfiltrant wordt ingezet? Welke (rechts)gevolgen moeten worden verbonden aan een onrechtmatige inzet van een criminele burgerinfiltranten? Samengevat komen deze vragen op de volgende hoofdvraag neer:

Welke risico's zijn verbonden aan criminele burgerinfiltratie als opsporingsbevoegdheid en in hoeverre worden deze risico's ondervangen door de voorgestelde waarborgen en voorwaarden, zoals opgenomen in het voorstel van de minister van Veiligheid en Justitie om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen?

Op bovenstaande vragen zal in deze scriptie worden getracht een antwoord te geven door de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten af te zetten tegen het voorstel van de minister. Hierbij wordt in het eerste hoofdstuk het voorstel van de minister om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen, onder de loep genomen. Dit voorstel kan qua structuur in tweeën worden gesplitst. Zo wordt in de eerste plaats onderzocht wat de reden van de minister is om het verbod op te heffen en criminele burgerinfiltranten in te zetten. Daarnaast zal ik onderzoeken welke voorwaarden en waarborgen de minister voorstelt, waaronder de inzet van criminele burgerinfiltranten mogelijk wordt.

In het tweede hoofdstuk wordt de visie gericht op de rechtspolitieke keuze criminele burgerinfiltranten in te zetten in het strafproces. Daarbij zullen onder andere de bevindingen van de Commissie Van Traa uitvoerig worden behandeld. De Commissie Van Traa heeft zich onder meer gebogen over het fenomeen van de criminele burgerinfiltrant. Het rapport van de commissie is een bron van informatie omtrent de wenselijkheid van de inzet van criminele burgerinfiltranten. In verband met de aanbevelingen van de commissie wordt in het tweede hoofdstuk ook aandacht besteed aan het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten, zoals opgenomen in de motie Kalsbeek. Ook de wetsgeschiedenis inzake de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden speelt een rol, aangezien zij inzicht biedt in het standpunt van de wetgever omtrent de criminele burgerinfiltrant. In het tweede hoofdstuk zullen de voor- en nadelen van de inzet van criminele burgerinfiltranten

tegen over elkaar worden gezet. Voorts zal worden onderzocht wat de effectiviteit van infiltratie is ten aanzien van de bewijsgaring.

Vervolgens komt in het derde hoofdstuk de focus te liggen op de juridische vragen. Ten eerste zal worden onderzocht in hoeverre het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel verplicht tot het formuleren van een specifieke wettelijke bepaling voor de inzet van criminele burgerinfiltranten. Daarnaast is één van de grootste juridische kritiekpunten omtrent toepassing van infiltratie, dat de opsporingsmethode slecht verenigbaar is met het instigatieverbod, ook wel bekend als het uitlokverbod. In het derde hoofdstuk wordt de invulling van het instigatieverbod in detail behandeld. Daarbij is de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en de Nederlandse strafrechter een rode draad.

In het vierde en laatste hoofdstuk zal het voorstel van de minister, om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen, worden geanalyseerd. Daarbij wordt het voorstel van de minister afgezet tegen de risico's die zijn verbonden aan de inzet van criminele burgerinfiltranten. Ten behoeve van de analyse wordt teruggegrepen op de bespiegelingen inzake de rechtspolitieke keuze om criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. De analyse zal op vier onderzoekspunten worden verricht. Ten eerste wordt de argumentatie van de minister om criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit onderzocht. Ten tweede wordt een belangenafweging verricht van de voor- en nadelen van de inzet van criminele burgerinfiltranten. Hierbij wordt tevens onderzocht in hoeverre de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten worden ondervangen door de waarborgen en voorwaarden die de minister in het voorstel presenteert. Daarnaast zal ik mijn mening geven ten aanzien van de vraag of een specifieke wettelijke bepaling in het leven moet worden geroepen voor de toepassing van criminele burgerinfiltratie. Als laatste wordt onderzocht of bij de inzet van criminele burgerinfiltranten enige rechterlijke controle wenselijk en noodzakelijk is. Het vierde hoofdstuk wordt afgesloten met enkele aanbevelingen die naar mijn mening in acht moeten worden genomen bij de inzet van criminele burgerinfiltranten.

1. De criminele burgerinfiltrant ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit

1.1 Ratio van de heroverweging van het verbod op de criminele burgerinfiltrant

Inleiding

Op 5 juli 2013 heeft de minister van Veiligheid en Justitie aangekondigd redenen te zien om de rol van burgers in het strafproces, meer in het bijzonder tijdens de opsporing naar strafbare feiten, te vergroten. Daarbij ziet de minister onder meer aanleiding om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen. Dit verbod houdt in dat de politie en het Openbaar Ministerie geen criminele burgerinfiltranten mogen inzetten bij de opsporing naar strafbare feiten.⁷ Dit verbod is naar aanleiding van een motie door het Tweede Kamerlid Kalsbeek-Jasperse in 1998 aanvaard. In 2003 is het verbod in zoverre genuanceerd dat inzet van criminele burgerinfiltranten wel mogelijk is in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.⁸ Volgens de minister is de tijd gekomen om het verbod volledig op te heffen. Onder infiltratie wordt verstaan dat een individu (de infiltrant) deelneemt of medewerking verleent aan een groep van personen die misdrijven pleegt of beraamt. De infiltrant kan ook deelnemen of meewerken aan een georganiseerd verband.⁹ Infiltratie kan worden uitgevoerd door opsporingsambtenaren (politiële infiltratie), niet-criminele burgers en criminele burgers. De beoordeling of een burgerinfiltrant moet worden aangemerkt als een criminele burgerinfiltrant vindt plaats aan de hand van een aantal criteria. In de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden is te lezen dat ‘er in ieder geval sprake is van een criminele burgerinfiltrant indien de burger:

- actief is in hetzelfde criminele veld (dit is in ieder geval de burger die dezelfde soort delicten pleegt als de organisatie waarin hij moet infiltreren);
- binnen hetzelfde criminele milieu waarin hij verkeert, gaat infiltreren (dit is in ieder geval de burger die betrokken is bij het beramen of plegen van strafbare feiten binnen dezelfde criminele groepering waarin moet worden geïnfiltrerd);
- een relevant strafrechtelijk verleden heeft ten aanzien van de gepleegde of nog te plegen misdrijven waartegen het onderzoek zich richt. Met betrekking tot dit criterium dient te worden gekeken naar alle bij de politie en justitie beschikbare informatie.¹⁰

Kort gezegd is een criminele burgerinfiltrant dus een boef die door de politie wordt ingezet om deel te gaan of blijven uitmaken van een criminele organisatie, met het doel andere (grotere) boeven te pakken. Het hebben van een strafblad is niet doorslaggevend om iemand aan te merken als een criminele burgerinfiltrant.¹¹

⁷ Over de achterliggende reden van dit verbod zal in de navolgende hoofdstukken nog uitvoerig worden gesproken. Zie omtrent het verbod *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 403 en 23 251, nr. 33; Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2011, nr. 3240.

⁸ *Kamerstukken II* 2002-2003, 27 834, nr. 28.

⁹ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 455.

¹⁰ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2011, nr. 3240.

¹¹ *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 269, nr. 34. p. 2.

1.1.1 Aanleiding inzet criminele burgerinfiltranten

Primaire aanleiding voor de heroverweging van het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten, is het standpunt van de minister dat de huidige opsporingsmethoden tekort schieten bij de opsporing naar strafbare feiten. Deze opsporingsmethoden geven onvoldoende zicht op de strafbare activiteiten die door de subjecten in de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit worden gepleegd. De term ‘georganiseerde criminaliteit’ is niet nieuw. De georganiseerde criminaliteit is vaak onderwerp van onderzoek geweest.¹² Daarentegen is de term ‘ondermijnende criminaliteit’ (relatief) nieuw. In het voorstel geeft de minister zelf geen definitie van de term ondermijnende criminaliteit. In het jaarverslag 2012 van het Openbaar Ministerie is te lezen dat ‘ondermijnende criminaliteit bestaat uit alle vormen van misdaad die een bedreiging zijn voor de integriteit van de samenleving.’¹³

Voorts brengt de minister naar voren dat de subjecten en groeperingen die actief zijn in de georganiseerde criminaliteit moeten worden aangepakt. De georganiseerde criminaliteit zou al jarenlang door dezelfde subjecten worden gedomineerd. De minister zegt dat ‘steeds dezelfde namen als hoofdverdachten in opsporingsonderzoeken naar voren komen’.¹⁴ Volgens het Nationaal Dreigings Beeld hebben deze hoofdverdachten een stevige positie in de onder- en bovenwereld. Om die reden acht de minister het noodzakelijk dat deze subjecten en groeperingen met voorrang worden aangepakt. Het feit dat de aanpak van de georganiseerde criminaliteit één van de speerpunten van het huidige kabinet is geeft des te meer aanleiding om de intensiteit van de strafrechtelijke opsporing naar deze subjecten en groeperingen te verhogen.

De aanpak van deze personen en groeperingen gaat echter niet zonder slag of stoot. De minister brengt naar voren dat onvoldoende zicht bestaat op de concrete strafbare feiten die deze hoofdverdachten zouden plegen. Dat is opmerkelijk aangezien de minister eerder heeft gezegd dat steeds dezelfde namen als hoofdverdachten naar voren komen in opsporingsonderzoeken. De subjecten uit de georganiseerde criminaliteit maken volgens de minister gebruik van geavanceerde afschermingstactieken. Doel van de afschermingstactieken is om de klassieke opsporingsmethoden die door de politie worden ingezet, te ondergraven of te belemmeren. Deze tactieken zijn in twee categorieën te onderscheiden. De eerste categorie afschermingstactieken betreffen de zogenoemde defensieve contrastrategieën. Hieronder verstaat men onder andere het gebruik van tientallen telefoons om tappen onmogelijk te maken, het hanteren van berichtgeving in code en versluierd taalgebruik in telefoongesprekken, het gebruik van valse identiteitsbewijzen of het inzetten van hulpjes (stromannen) om de eigen betrokkenheid verborgen te houden. Ook het toepassen van heimelijke methoden door

¹² Al hebben deze onderzoeken niet geleid tot een duidelijk afgebakende definitie van de term ‘georganiseerde criminaliteit’, zie: F. Bovenkerk, *De georganiseerde criminaliteit in Nederland: het criminologisch onderzoek voor de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden in discussie*, Deventer: Gouda Quint 1996; P.P.H.M. Klerks, *Groot in de hasj: theorie en praktijk van de georganiseerde criminaliteit*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 2000; E.W. Kruisbergen, H.G. van de Bunt en E.R. Kleemans, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland. Vierde rapportage op basis van de Monitor Georganiseerde Criminaliteit*, Meppel: Boom Lemma uitgevers 2012 (zie ook de voorgaande rapportages); D. Siegel, *Global organized crime: trends and developments*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2003.

¹³ http://www.jaarberichtom.nl/jaarverslag-2012/a1211_Ondermijnende-criminaliteit-bedreigt-integriteit-samenleving?intPage=2.

¹⁴ *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 83, p. 1-2.

subjecten en groeperingen uit de georganiseerde criminaliteit worden aangemerkt als defensieve strategieën. Hierbij kan men denken aan (contra-) observatie en het afluisteren van de opsporingsinstanties door criminelen. Halverwege de jaren 90 van de vorige eeuw zouden criminelen de telefoons van rechercheurs afluisteren om zo achter de identiteit van diverse ‘verklikkers’ te komen. Ten tweede worden offensieve contrastrategieën onderscheiden. Het intimideren en bedreigen van personen in de omgeving van dominante subjecten en groeperingen, het omkopen van functionarissen of het onder druk zetten van ambtenaren zijn voorbeelden van offensieve strategieën. Ook het gebruik van geweld kan mijns inziens onder de categorie offensieve strategieën worden geplaatst. In de literatuur worden vijf typen van geweld onderscheiden waarvan de georganiseerde criminaliteit gebruikt maakt: i) geweld om misdrijven te kunnen uitvoeren, ii) geweld om personen binnen het gareel van het samenwerkingsverband te houden, iii) geweld om conflicten te beslechten, iv) geweld om de onthulling van het misdrijf te voorkomen en v) geweld als reactie op verraad of bedrog.¹⁵ Naarmate de professionaliteit van een criminele groepering toeneemt, worden meer afschermingstactieken door die groepering toegepast.¹⁶ De meest hooggeplaatste subjecten weten zich het beste af te schermen. In een Algemeen Overleg van 12 februari 2014 heeft de minister gezegd dat het gaat om ‘schier ongrijpbare criminelen, die werken met ongelooflijk geavanceerde afschermingstactieken’.¹⁷ Als gevolg van de afschermingstactieken is het voor de politie uiterst moeilijk om de criminele activiteiten van de georganiseerde criminaliteit (goed) in beeld te krijgen. Een bijkomend aspect is dat de meer professionele en betere afgeschermd groeperingen tevens voor de meeste dreiging zorgen, aldus de minister.

In het voorstel voert de minister aan dat met traditionele opsporingsmethoden het uiterst moeilijk en soms onmogelijk is om het benodigde bewijsmateriaal te verkrijgen. Vervolgens zegt de minister dat ‘met de toepassing van undercover-opsporingsbevoegdheden en met toezeggingen aan getuigen in de afgelopen jaren goede resultaten zijn geboekt.’¹⁸ Toch blijken in de praktijk bepaalde subjecten en groeperingen zich zelfs met succes af te schermen van deze undercover-opsporingsmethoden. Mede dankzij de strikte, interne codes voor geheimhouding binnen de groeperingen kunnen politie en justitie hierin onvoldoende binnendringen. Politieïle infiltranten worden effectief buiten de deur gehouden. Voorts zijn getuigen niet bereid om verklaringen af te leggen, aangezien zij daarmee een te groot risico op represailles lopen. Toezeggingen aan burgers in de vorm van strafvermindering blijken niet aantrekkelijk genoeg om de bereidwilligheid een getuigenverklaring af te leggen te vergroten. De minister concludeert dat onvoldoende zicht bestaat op de concrete strafbare feiten die door de subjecten en groeperingen binnen de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit worden gepleegd. Daarnaast heeft de politie onvoldoende zicht op de diverse criminele geldstromen die van en naar de criminele groeperingen lopen.

¹⁵ Kruisbergen e.a. 2012, p. 22.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2012-2013, 29 911, nr. 83, p. 2.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 279, nr. 195, p. 14.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2012-2013, 29 911, nr. 83, p. 2.

1.1.2 Uitbreiding van de inzet van burgers bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit

Om de afscherming van de subjecten en groeperingen in de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit te doorbreken is het noodzakelijk om de mogelijkheden voor het werken met burgers uit te breiden, aldus de minister. In zijn voorstel wordt een categorie van burgers omschreven die uitkomst moet bieden bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. De burger moet zelf actief (of actief zijn geweest) in de groepering waarnaar onderzoek wordt gedaan of hij moet in een nauwe relatie staan tot de leden van een criminele groepering. Volgens de minister kunnen deze burgers bewijs leveren dat door toepassing van de huidige opsporingsmethoden onbereikbaar blijft. Daarbij brengt de minister twee argumenten naar voren waarom hij verwacht dat de inzet van deze categorie van burgers succes zal opleveren. Het eerste argument is dat deze personen zelf getuigen zijn geweest van concrete strafbare feiten. Het tweede argument is dat deze personen directe toegang hebben tot de kern van een criminele groepering. De minister is van mening dat de criminele burgerinfiltrant een figuur is die binnen de categorie van burgers past die kan bijdragen aan de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Hij is ervan overtuigd dat door de inzet van criminele burgerinfiltranten informatie kan worden verkregen vanuit de kern van een criminele groepering.¹⁹ Concluderend heeft de minister in zijn brief van 5 juli 2013 aangegeven het wenselijk te vinden dat het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten wordt opgeheven.

1.2 Waarborgen en voorwaarden voor inzet van de criminele burgerinfiltrant

Inleiding

In het tweede hoofdstuk zullen de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten worden behandeld. Ook de minister laat in zijn voorstel van 5 juli 2013 blijken dat hij op de hoogte is van deze risico's. Daarbij onderscheidt hij de risico's in twee categorieën.

Allereerst het risico van het persoonlijke gevaar voor de betrokken burger die infiltreert. Daarnaast het risico dat de integriteit van de opsporing wordt aangetast. Gelet op deze risico's acht de minister het noodzakelijk de inzet van criminele burgerinfiltranten slechts onder strikte voorwaarden en waarborgen te laten plaatsvinden.

1.2.1 Waarborgen en voorwaarden

De minister brengt in de eerste plaats naar voren dat de afgelopen jaren infiltratie zodanig is gereguleerd, gecentraliseerd en geüniformeerd dat er voldoende waarborgen zijn om de criminele burgerinfiltrant breder in te zetten dan alleen bij de bestrijding van terroristische misdrijven.²⁰ In een Algemeen Overleg van 10 oktober 2013 heeft de minister aangegeven dat hij hiermee bedoelt dat de regie van de opsporing bij het Openbaar Ministerie ligt en niet, zoals ten tijde van het IRT-affaire, is versnipperd over 148 gemeentepolitiekorpsen en 17 districten rijkspolitie.²¹ Tevens verwijst de minister met deze overweging naar de huidige waarborgen die bij de opsporingsmethode infiltratie in acht moeten worden genomen. Het mag dan ook niet verbazen dat de gepresenteerde waarborgen in het voorstel van 5 juli 2013 voor een

¹⁹ *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 83, p. 4.

²⁰ *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 83, p. 4-5.

²¹ *Kamerstukken II 2013-2013*, 29 279, nr. 173, p. 23.

deel overlappen met de waarborgen die reeds zijn opgenomen in het Wetboek van Strafvordering voor de toepassing van politieke en niet-criminele burgerinfiltratie.

De minister stelt voor criminele burgerinfiltranten alleen in te zetten in de zeer uitzonderlijke gevallen van ‘georganiseerde en ondermijnende criminaliteit’ en ‘gesloten criminele groeperingen’. Hij heeft aangegeven dat men bij deze uitzonderlijke gevallen moet denken aan zware criminelen die zich bezig houden met afpersing en het wegzetten van criminele winsten bij vastgoedhandelaren of aan criminele groeperingen die op wereldwijde schaal betrokken zijn bij drugscriminaliteit en liquidaties.²² De vraag rijst hoe de termen ‘georganiseerde criminaliteit’ en ‘gesloten criminele groepering’ zich verhouden tot de terminologie die in het Wetboek van Strafvordering wordt gehanteerd. De termen ‘georganiseerde criminaliteit’ en ‘criminele groepering’ zijn immers niet terug te vinden in het Wetboek van Strafvordering. In het Wetboek van Strafvordering wordt een andere terminologie gebruikt om aan te geven in welke gevallen de inzet van bijzondere opsporingsmethoden mogelijk is. Het Wetboek van Strafvordering maakt in drie gevallen de inzet van bijzondere opsporingsmethoden mogelijk, te weten: in geval van de klassieke opsporing, de opsporing naar een georganiseerd verband en bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Zoals nog uitvoerig aan bod zal komen ziet de minister in de huidige wettelijke regeling van burgerinfiltratie een voldoende specifieke wettelijke basis om criminele burgerinfiltranten in te zetten. Van de wettelijke bepalingen ten aanzien van burgerinfiltratie kunnen de bepalingen omtrent de inzet van politieke infiltranten worden onderscheiden. Aangezien de minister van mening is dat de huidige wettelijke regeling omtrent burgerinfiltratie een specifieke wettelijke basis vormt voor de inzet van criminele burgerinfiltranten, zal hieronder alleen worden ingegaan op de bepalingen van burgerinfiltratie die reeds in het Wetboek van Strafvordering zijn te vinden.²³

Bij het klassieke verdenkingscriterium dient sprake te zijn van een verdenking van een misdrijf als omschreven in art. 67 lid 1 Sv, dat gezien zijn aard of samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Is daar aan voldaan dan kan een burgerinfiltrant worden ingezet tegen een groep van personen.²⁴ Ten tweede is burgerinfiltratie naar een georganiseerd verband mogelijk. Uit feiten en omstandigheden zal een redelijk vermoeden moeten blijken dat in een georganiseerd verband misdrijven, als omschreven in art. 67 lid 1 Sv, worden beraamd of gepleegd. Deze misdrijven moeten gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat verband worden beraamd of gepleegd, een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren.²⁵ In dit verband wordt ook wel gesproken van ‘de eis van een abstracte verdenking van georganiseerde criminaliteit’.²⁶ Als laatste is burgerinfiltratie mogelijk indien er aanwijzingen zijn van een terroristisch misdrijf.²⁷

²² *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 279, nr. 173, p. 27.

²³ Opmerking verdient dat politieke infiltratie in dezelfde gevallen mogelijk is als burgerinfiltratie. Deze specifieke voorwaarden en waarborgen zijn echter in andere wetsartikelen te vinden, zie art. 126h Sv en art. 126p Sv.

²⁴ Art. 126h Sv jo. art. 126w lid 1 Sv.

²⁵ Art. 126o Sv jo. art. 126x lid 1 Sv.

²⁶ Corstens & Borgers 2011, p. 461.

²⁷ Art. 126zu Sv.

Zoals gezegd, is de vraag in hoeverre de termen ‘georganiseerde criminaliteit’ en ‘gesloten criminele groepering’ aansluiten bij de zojuist behandelde termen die in het Wetboek van Strafvordering worden gebruikt om aan te geven in welke gevallen bijzondere opsporingsmethoden kunnen worden ingezet. Ten aanzien van de term georganiseerde criminaliteit kan men kort zijn. De term georganiseerde criminaliteit sluit aan bij de term ‘georganiseerd verband’, zoals opgenomen in het Wetboek van Strafvordering. In de Memorie van Toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is te lezen wat de minister van Justitie onder een georganiseerd verband verstaat. Daarin brengt hij naar voren dat het bij een georganiseerd verband gaat om ‘een verband dat deel uitmaakt van de georganiseerde criminaliteit.’²⁸

De vraag rijst of de inzet van criminele burgerinfiltranten ook mogelijk acht in geval van de klassieke opsporing. In het voorstel van 5 juli 2013 spreekt hij over ‘gesloten criminele groeperingen’. Mijns inziens sluit de term ‘gesloten criminele groepering’ aan bij de term ‘een groep van personen’, in de zin van art. 126w Sv. Dat betekent dat criminele burgerinfiltratie ook mogelijk is in geval van de klassieke opsporing.

Naast het feit dat criminele burgerinfiltranten alleen mogen worden ingezet in de zeer uitzonderlijke gevallen van georganiseerde criminaliteit en gesloten criminele groeperingen, presenteert de minister enkele ‘aanvullende randvoorwaarden’.²⁹ Deze randvoorwaarden kunnen worden gezien als waarborgen en voorwaarden die bij de toepassing van criminele burgerinfiltratie in acht moeten worden genomen. Allereerst zijn de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit van kracht. Infiltratie kan alleen plaatsvinden als met een minder ingrijpend opsporingsmiddel niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt (subsidiariteit). Daarnaast moeten de misdrijven, waarvoor de infiltratie wordt ingezet, een ernstige inbreuk op de rechtsorde op leveren (proportionaliteit). Voor de inzet van de criminele burgerinfiltrant worden de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit volgens de minister nog strenger. Dit betekent dat criminele burgerinfiltratie buitengewoon beperkt moet worden ingezet. Als extra eis zal komen te gelden dat de inzet van een criminele burgerinfiltrant alleen mogelijk is, indien de officier van justitie vindt, dat infiltratie door een opsporingsambtenaar of niet-criminele burgerinfiltrant geen reëel alternatief is. Dit kan worden gezien als een zwaardere subsidiariteitseis ten opzichte van politieke en niet-criminele burgerinfiltratie.

Ten tweede moet voor de inzet van een (criminele) burgerinfiltrant een schriftelijke overeenkomst met de infiltrant worden afgesloten. In deze overeenkomst worden de rechten en plichten van de criminele burgerinfiltrant opgenomen. In de overeenkomst die met de criminele burgerinfiltrant wordt gesloten, worden tevens afspraken gemaakt over het plegen van strafbare feiten.³⁰ Daarbij is het uitgangspunt dat een criminele burgerinfiltrant niet zal worden vervolgd voor handelingen die hij uitvoert tijdens het infiltratie-traject en waarover afspraken zijn gemaakt die in de overeenkomst zijn vastgelegd. In zoverre kan men spreken van het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit. De criminele burgerinfiltrant zal echter geen strafkorting krijgen voor criminele activiteiten die buiten de overeenkomst vallen. Conform de bestaande wettelijke voorwaarden krijgt een criminele burgerinfiltrant alleen immuniteit voor de nieuwe strafbare feiten die hij onder regie van het Openbaar

²⁸ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 24.

²⁹ *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 83, p. 5-6.

³⁰ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 195, p. 17-18.

Ministerie volgens de overeenkomst mag plegen. Bovendien mogen er volgens de minister in de overeenkomst geen afspraken worden gemaakt over het plegen van zware delicten, laat staan levensdelicten.³¹

Alvorens een criminele burgerinfiltrant wordt ingezet is toestemming van het College van procureurs-generaal verplicht. Voorts acht de minister het noodzakelijk dat het voorgenomen besluit tot inzet van de criminele burgerinfiltrant wordt voorgelegd aan de minister van Veiligheid en Justitie.³² Daarnaast zal de inzet van criminele burgerinfiltranten, in het kader van uniformering, onder de unit Werken onder dekmantel (hierna: WOD) plaatsvinden. Inzet van criminele burgerinfiltranten mag alleen plaatsvinden onder regie van de landelijke unit van de politie en het Landelijk Parket.³³ Het uitvoeren, begeleiden en monitoren van alle infiltratie-trajecten vindt plaats onder leiding van de WOD unit. Op het onderzoek ter terechtzitting wordt verantwoording afgelegd over de inzet en rol van een criminele burgerinfiltrant.

Als laatste voorwaarde geldt dat de inzet van zogenoemde ‘groei-infiltranten’ niet is toegestaan. De tijd dat een criminele burgerinfiltrant wordt ingezet moet beperkt blijven. Het is niet toegestaan dat criminele burgerinfiltranten voor langere tijd aan een criminele groepering deelnemen om zodoende zicht krijgen op de opbouw en structuur van een criminele groepering. De inzet van criminele burgerinfiltranten dient te zijn gericht op het verzamelen van strafrechtelijk bewijsmateriaal ten behoeve van concrete strafbare feiten en de vervolging van de daarbij betrokken personen. De inzet van een criminele burgerinfiltrant moet direct leiden tot het verzamelen van het benodigde bewijs.³⁴

De minister denkt dat meestal zogenoemde spijtoptanten als criminele burgerinfiltrant worden ingezet.³⁵ Spijtoptanten zijn burgers die uit het criminele milieu willen stappen. De minister sluit niet uit dat alleen spijtoptanten als criminele burgerinfiltranten worden ingezet.³⁶ Hij wil de optie open houden dat ook burgers worden ingezet die actief zijn in het ene criminele netwerk, maar infiltreren in een ander netwerk met het doel beide netwerken op te rollen. Volgens de minister gaat het om het sluiten van een overeenkomst tussen de criminele burgerinfiltrant en de politie. Daarbij zal sturing plaatsvinden door de politie en het Openbaar Ministerie. Volgens de minister is er echter geen sprake van runnen, omdat het gaat om een kortlopend traject dat is gericht op het verzamelen van concreet bewijs. Pas als groei-infiltranten worden ingezet is er volgens de minister sprake van runnen door de politie.

1.2.2 Veiligheid van de criminele burgerinfiltrant

Ten aanzien van de tweede categorie risico's – de veiligheid van de criminele burgerinfiltrant – geeft de minister in zijn brief van 5 juli 2013 uitermate weinig informatie. In algemene zin brengt hij naar voren dat de zorg voor infiltranten er uit bestaat dat gedurende het infiltratietraject wordt bekeken of de desbetreffende persoon zijn rol als infiltrant aan kan. Voorts moet ervoor worden gezorgd dat het geleverde bewijs (voldoende) betrouwbaar is.³⁷ Omtrent de betrouwbaarheid van de criminele burgerinfiltrant zelf heeft de minister aangevoerd dat voor en tijdens een

³¹ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 195, p. 20-22.

³² Deze procedure geldt reeds bij terroristische misdrijven, zie *Kamerstukken II 2002-2003*, 27 834, nr. 28, p. 3.

³³ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 173, p. 23.

³⁴ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 195, p. 20.

³⁵ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 195, p. 17.

³⁶ In dit verband wordt door Recourt gesproken over zogenaamde ‘exfiltranten’.

³⁷ *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 83, p. 10-11.

eventuele inzet, de infiltrant wordt onderworpen aan intake- en begeleidingsprocessen door de landelijke afdeling ‘Afgeschermd operaties’ van de politie. Tijdens deze processen wordt onder andere onderzocht of de verklaringen van de burger kloppen met de informatie die op dat moment bij de politie bekend is. Tevens wordt de criminele burgerinfiltrant beoordeeld door een gedragsdeskundige en een psycholoog.³⁸

Daarnaast zegt de minister, wederom in algemene zin, dat de veiligheidsrisico's die gepaard gaan met de inzet van burgers in de opsporing ertoe kunnen leiden dat informatie in het strafproces wordt afgeschermd.³⁹ Het afschermen van informatie heeft tot gevolg dat de identiteit van de criminele burgerinfiltrant tot op zekere hoogte zal worden afgeschermd. In zoverre kan de afscherming van informatie worden gezien als een bescherming van de veiligheid van de criminele burgerinfiltrant. Desalniettemin is het van belang om een tweetal knelpunten omtrent deze afscherming van informatie in het strafproces te constateren. Ten eerste dat de afscherming van de informatie op gespannen voet staat met de rechten en belangen van de verdediging in het strafproces. Deze gespannen verhouding tussen de afscherming van informatie en de rechten en belangen van de verdediging zal in het vervolg nog worden behandeld. Ten tweede rijst de vraag of het afschermen van informatie voldoende is om de veiligheid van een criminele burgerinfiltrant te garanderen. Het verleden heeft uitgewezen dat criminelen buitengewoon handig zijn geheime informatie bij de politie los te peuteren. Daarbij wordt zelfs niet geschuwd om politie- en andere hooggeplaatste functionarissen binnen het opsporingsstelsel te bestrijden met eigen middelen, zoals het afluisteren van telefoonverbindingen en (contra-)observatie. Het komt mij voor dat alleen het afschermen van informatie onvoldoende is om de veiligheid van een criminele burgerinfiltrant te waarborgen.

Ook diverse Kamerleden hebben in het Algemeen Overleg van 10 oktober 2013 de minister van Veiligheid en Justitie gewezen op de veiligheidsrisico's die een criminele burgerinfiltrant loopt gedurende een infiltratie-traject. Zo is nadrukkelijk het voorbeeld genoemd dat een criminele burgerinfiltrant ‘om zeep wordt geholpen’.⁴⁰ In reactie hierop heeft de minister geen (extra) waarborgen voorgesteld om dergelijke scenario's te voorkomen en de veiligheidsrisico's voor criminele burgerinfiltranten te beperken. Ook is hij tijdens het Algemeen Overleg niet ingegaan op de vraag welke toezeggingen en of tegemoetkomingen kunnen worden gedaan aan een criminele burgerinfiltrant.

In de tweede termijn van het Algemeen Overleg heeft de minister aangegeven dat een criminele burgerinfiltrant in een getuigenbeschermingsprogramma kan komen. Daarbij zal het steeds maatwerk worden welke veiligheidsmaatregelen in het concrete geval noodzakelijk zijn. Meer informatie geeft de minister echter niet over mogelijke veiligheidsmaatregelen ter bescherming van de criminele burgerinfiltrant.

1.2.3 Wetswijziging vs. beleidsmaatregelen

Een laatste aandachtspunt van het voorstel van 5 juli 2013 is het feit dat de minister niet duidelijk maakt hoe de waarborgen en voorwaarden omtrent de inzet van criminele burgerinfiltranten worden vastgelegd. Buruma heeft op grond van het voorstel van de minister gesteld dat laatstgenoemde een wetswijziging niet noodzakelijk acht.⁴¹ De tijd heeft ons geleerd dat het standpunt van Buruma juist is. In

³⁸ *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 279, nr. 173, p. 23.

³⁹ *Kamerstukken II* 2012-2013, 29 911, nr. 83, p. 8-9.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2013-2014, 29 279, nr. 173, p. 25.

⁴¹ Y. Buruma, ‘De criminele burgerinfiltrant’, *NJB* 2013, afl. 28, p. 1843.

het Algemeen Overleg van 10 oktober 2013 heeft de minister aangegeven dat ten aanzien van criminele burgerinfiltratie geen wijziging van wet zal plaatsvinden. Tijdens dit overleg hebben diverse Kamerleden op ondubbelzinnige wijze de minister van Veiligheid en Justitie verzocht in te gaan op de vraag of het niet wenselijk en noodzakelijk is dat de minister zijn voorstel tot inzet van de criminele burgerinfiltrant via een wetsvoorstel tot stand brengt.⁴² De Kamerleden zien aanleiding om het voorstel van de minister in een wetsvoorstel te gieten gelet op de (grote) risico's die aan de inzet van criminele burgerinfiltranten zijn verbonden. Volgens de Kamerleden zou het daarom in de rede liggen de stringente voorwaarden die de minister voorstelt in een wettelijke regeling vast te leggen. Met grote stelligheid antwoordt de minister op de vraag van de Kamerleden dat er geen aanpassing van de wettelijke regeling inzake infiltratie komt.⁴³ De minister brengt naar voren dat de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden de inzet van criminele burgerinfiltranten al mogelijk maakt. Hij ziet geen aanleiding om de inzet van criminele burgerinfiltranten nog preciezer in de wet te regelen. De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit die in de brief van 5 juli 2013 worden gepresenteerd, worden volgens de minister al door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden ondervangen.⁴⁴ Hij vindt het voldoende dat er een motie komt waarin wordt aangegeven dat de motie Kalsbeek niet meer geldt.⁴⁵ Stemt een meerderheid voor het opheffen van de motie Kalsbeek dan is het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten opgeheven. Een 'simpele' stemming maakt het volgens de minister dus mogelijk criminele burgerinfiltranten in te zetten in het Nederlandse strafproces. Nu er geen wetswijziging (of wetsvoorstel) komt, blijft het wetgevingsproces, dat met diverse waarborgen en zorgvuldigheidsregels is omgeven, buiten beschouwing.⁴⁶

1.3 Herleving van de criminele burgerinfiltrant: de motie Recourt c.s.

Ondanks de inspanningen van diverse Kamerleden om de minister te bewegen tot het indienen van een wetsvoorstel omtrent criminele burgerinfiltratie, is het zojuist genoemde wetgevingsproces niet doorlopen. De minister van Veiligheid en Justitie heeft geen wetsvoorstel ingediend voor de inzet van criminele burgerinfiltranten. Het Wetboek van Strafvordering is niet gewijzigd.

Desalniettemin is sinds 25 maart 2014 het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten, zoals opgenomen in de motie Kalsbeek, opgeheven. Het Tweede Kamerlid Recourt heeft een motie ingediend die de inzet van criminele burgerinfiltranten onder bepaalde voorwaarden en waarborgen (weer) mogelijk maakt. In deze motie komt tot uitdrukking dat bepaalde criminelen in staat zijn om hun criminele activiteiten succesvol af te schermen voor de opsporingsinstanties. Met behulp van traditionele opsporingsmethoden kunnen deze criminelen onvoldoende worden aangepakt door politie en justitie. In de motie Recourt wordt naar voren gebracht dat bij deze vormen van zware criminaliteit het noodzakelijk kan zijn om criminele burgerinfiltranten in te zetten. In de motie wordt voorgesteld dat toepassing van criminele burgerinfiltratie, gelet op de hoge afbreukrisico's, alleen is toegestaan in hoge uitzonderingsgevallen en onder strikte waarborgen. Volgens de motie mogen de opsporingsinstanties alleen criminele burgerinfiltranten in zetten:

- 'als voldaan is aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit;

⁴² *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 173, p. 22, 25 en 27.

⁴³ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 173, p. 21.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 173, p. 25, 27-28.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 195, p. 15.

⁴⁶ Vgl. Janssen 2013, p. 23.

- onder een zeer streng regime van waarborgen;
- bij zeer gesloten criminele groeperingen die zich schuldig maken aan de ernstigste vormen van ondermijnende en georganiseerde criminaliteit;
- in korte trajecten, waarbij geen gebruik wordt gemaakt van groei-infiltranten;
- na toestemming van de minister van Veiligheid en Justitie.⁴⁷

Voorts is in de motie Recourt opgenomen dat de regering jaarlijks de Kamer informeert over het aantal gevallen waarin een criminele burgerinfiltrant is ingezet. Daarnaast is in de motie te lezen dat de regering op uiterlijk 1 januari 2017 een uitgebreide rapportage aan de Tweede Kamer moet doen toekomen. In deze rapportage moet in ieder geval worden ingegaan op:

- 'het soort zaken waarin een criminele burgerinfiltrant is ingezet;
- het soort criminele fenomenen waarbij dit plaatsvindt;
- de gemiddelde duur en effecten van de inzet;
- de mogelijke alternatieven voor deze inzet;
- een evaluatie op basis van praktijkervaring van de procedures bij inzet van de criminele burgerinfiltrant.⁴⁸

Op 25 maart 2014 heeft een meerderheid van de Tweede Kamer voor de motie Recourt gestemd. Derhalve is het sindsdien mogelijk dat de opsporingsinstanties criminele burgerinfiltranten inzetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit.

Zoals de Kamerleden in het Algemeen Overleg van 10 oktober 2013 terecht naar voren hebben gebracht, is de vraag of het niet doorlopen van het wetgevingsproces wenselijk en gepast is bij een delicate kwestie als de inzet van criminele burgerinfiltranten bij de opsporing naar strafbare feiten. Dat geldt des te meer nu bij een eerste beschouwing van de gepresenteerde waarborgen en voorwaarden, een grote mate van gelijkenis is te signaleren met de reeds van toepassing zijnde voorwaarden voor inzet van politieke en niet-criminele burgerinfiltranten. De vraag is of die waarborgen en voorwaarden recht doen aan de (hoge) risico's die aan de inzet van criminele burgerinfiltranten kleven. Tevens is de vraag of de inzet van criminele burgerinfiltranten, zonder specifieke wettelijke bepaling, in overeenstemming is met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Anders gezegd: is het in verband met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel noodzakelijk dat een specifieke wettelijke bepaling ten aanzien van criminele burgerinfiltratie in het leven wordt geroepen? Deze vragen zullen in de navolgende hoofdstukken worden beantwoord. Allereerst zal in het tweede hoofdstuk worden ingegaan op de rechtspolitieke keuze criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Daarbij speelt het tot voor kort van kracht zijnde verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten, zoals opgenomen in de motie Kalsbeek, een cruciale rol. Zij biedt immers aanknopingspunten omtrent de ratio van het verbod. Dit verbod is in belangrijke mate tot stand gekomen naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa. Aldus begint het tweede hoofdstuk met een bestudering van de aanbevelingen van deze commissie.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2013-2014, 29 279, nr. 192, p. 1.*

⁴⁸ *Kamerstukken II 2013-2014, 29 279, nr. 192, p. 2.*

2. De rechtspolitieke keuze om gebruik te maken van criminele burgerinfiltranten in het strafproces

2.1 Het rapport van de Commissie Van Traa

Inleiding

Op 7 april 1994 wordt in de Tweede Kamer de motie Dijkstal c.s. aangenomen.⁴⁹ Aanleiding voor de aanneming van de motie was het Kamerdebat over de opheffing van het IRT Noord-Holland/Utrecht. In de motie komt de wens tot uitdrukking om een parlementair onderzoek in te stellen naar de opsporingsmethoden die in Nederland worden gebruikt. Op 1 juni 1994 wordt gevolg gegeven aan deze wens, door de Werkgroep Opsporingsmethoden in het leven te roepen. Van belang is dat de Werkgroep de aanbeveling aan de Tweede Kamer doet om een parlementaire enquête omtrent de opsporingsmethoden in Nederland te houden. Daartoe wordt op 6 december 1994 de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden ingesteld door de voorzitter van de Tweede Kamer. Deze Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, beter bekend als de Commissie Van Traa (vernoemd naar de voorzitter Maarten van Traa), krijgt de opdracht het volgende te onderzoeken:

- de aard, ernst en omvang van de georganiseerde criminaliteit;
- de feitelijke toepassing, de rechtmatigheid, het verantwoord zijn en de effectiviteit van de opsporingsmethoden;
- de organisatie, het functioneren van en de controle op de opsporing.⁵⁰

2.1.2 Crisis in de opsporing

Na ruim een jaar onderzoek wordt door de commissie op 1 februari 1996 het rapport, getiteld 'Inzake Opsporing', aan de Tweede Kamer gepresenteerd. De commissie heeft onder meer geconstateerd dat sprake is van een drievoudige crisis in de opsporing: ontbrekende normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhouding.⁵¹ Vooral het laten groeien van criminele burgerinfiltranten heeft tot veel commotie geleid.⁵²

Wat betreft de 'normeringscrisis' ontbreekt het volgens de commissie aan een adequate normstelling voor het optreden van politie en justitie tegen de georganiseerde criminaliteit. In het rapport van de commissie komt naar voren dat de wetgever en de rechter te veel ruimte hebben gelaten voor de politie en justitie bij de opsporing naar strafbare feiten. Het gebrek aan normstelling heeft ertoe geleid dat in Nederland op uiteenlopende wijzen opsporingsmethoden worden toegepast. Dit heeft bij politie en justitie geleid tot verwarring over de toepassing van de diverse opsporingsmethoden. De Commissie Van Traa constateert dat de normen van de opsporing voor een te groot deel door rechtspraak worden bepaald. Een normering vooraf is te lang achterwege gebleven, terwijl dit als een fundamentele eis in een rechtsstaat wordt beschouwd.

De 'organisatiecrisis' heeft betrekking op het grote aantal afzonderlijke organisaties die betrokken zijn bij de opsporing, zonder dat een deugdelijke coördinatie en besluitvorming tussen de organisaties aanwezig zijn. Vooral de vraag welke

⁴⁹ *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 593, nr. 9.

⁵⁰ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 232.

⁵¹ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 419.

⁵² Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 4.

organisatie verantwoordelijk is voor de toepassing van de opsporingsmethoden zorgt voor grote problemen. De commissie heeft vastgesteld dat de feitelijke verantwoordelijkheid is verspreid over vele politiefunctionarissen.

Bij de ‘gezagscrisis’ staat het gezag over de opsporing ter discussie. De Commissie Van Traa heeft vastgesteld dat het gezag van het Openbaar Ministerie over de politie wettelijk was vastgelegd. Uit het onderzoek van de commissie is echter gebleken dat in de praktijk veel officieren van justitie moeite hebben hun gezag te laten gelden. Een probleem is voorts de constatering dat binnen het Openbaar Ministerie de meningen over de wijze en inhoud van de gezagsuitoefening verschillen.⁵³

Naar aanleiding van bovenstaande driedelige crisis geeft de Commissie Van Traa duidelijk les over het leerstuk van de Trias Politica. De commissie is van mening dat de diverse machten binnen de rechtsstaat hun verantwoordelijkheid dienen te nemen. De wetgever dient zorg te dragen voor de normering van het gebruik en de organisatie van de opsporingsmethoden. De uitvoerende macht heeft als taak om op te sporen en te vervolgen in lijn met de normen die de wetgever heeft geformuleerd. De rechterlijke macht dient de toepassing en het gebruik van de opsporingsmethoden aan de opgestelde normen te toetsen. De Commissie Van Traa concludeert dat het functioneren van de opsporing moet worden herzien.

2.1.3 De Commissie Van Traa inzake infiltratie

De Commissie Van Traa heeft zich ook gericht op de toegepaste opsporingsmethoden, waaronder de opsporingsmethode ‘infiltratie’. Ten tijde van de totstandkoming van het rapport van de commissie, is niet duidelijk wat onder infiltratie moet worden verstaan. Het gebrek van een duidelijke definitie wordt mede veroorzaakt door het ontbreken van een wettelijke basis van infiltratie. De Commissie Van Traa verstaat onder infiltratie ‘het onder gezag en regie van politie en openbaar ministerie binnendringen in een criminele organisatie of groep, het ervan deel uitmaken, het gebruik maken van personen die er reeds deel van uitmaken of het (desgevraagd) ondersteunen ervan, indien dit optreden gepaard gaat met het i) aannemen van een valse identiteit en/of ii) plegen van strafbare feiten en/of iii) aanbieden van goederen en/of diensten aan de criminele organisatie of groep’.⁵⁴ De definitie van infiltratie, zoals die nu in de artikelen 126h, 126p, 126w en 126x van het Wetboek van Strafvordering is geformuleerd, verschilt van deze definitie van de commissie. De kern blijft echter hetzelfde, namelijk het deelnemen of medewerking verlenen aan een groep van personen waarbinnen misdrijven worden beraamd of gepleegd.

De Commissie Van Traa constateert dat het onderscheid tussen informanten, gestuurde informanten en infiltranten vaak onduidelijk is.⁵⁵ Onder een informant verstaat de commissie een burger die informatie uit het criminele milieu verstrekt, zonder daarvoor speciale activiteiten te verrichten. De gestuurde informant wordt door politie en justitie gestuurd bij het inwinnen van de informatie. Daarbij mag de informant bepaalde activiteiten verrichten, met uitzondering van het plegen van strafbare feiten. Indien een individu door de politie en justitie wordt gevraagd onder regie strafbare feiten te plegen of de criminele organisatie steun te bieden, dan is er volgens de Commissie Van Traa sprake van een (criminele) burgerinfiltrant.⁵⁶ Het

⁵³ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 419-421.

⁵⁴ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 232.

⁵⁵ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 207.

⁵⁶ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 207.

cruciale verschil is dat de infiltrant onder regie van politie en justitie strafbare feiten pleegt. De (criminele) burgerinfiltrant ruikt niet alleen aan het criminele milieu, maar neemt er ook actief aan deel. De informant is slecht een luistervink. Het plegen van strafbare feiten door de informant zal in beginsel voor zijn eigen rekening komen.⁵⁷ De (criminele) burgerinfiltrant is echter tot een zekere hoogte gevrijwaard van strafrechtelijke vervolging voor strafbare feiten gepleegd onder regie van politie en justitie.

Door de Commissie Van Traa worden de volgende vormen van infiltratie onderscheiden: pseudo-(ver)koop, projectmatige infiltratie, gecontroleerde aflevering, doorlaten en het gebruik van frontstores.⁵⁸ Onder pseudokoop, nu opgenomen in art. 126i en art. 126q Sv, verstaat de commissie de aankoop of poging daartoe van een goed, teneinde strafrechtelijk op te treden tegen de verkoper(s) die met betrekking tot dat goed een strafbaar feit hebben gepleegd of gaan plegen.⁵⁹ Bij pseudoverkoop gaat het om de strafrechtelijke aanpak van de kopers van goederen die daarmee strafbare feiten hebben gepleegd of gaan plegen. Projectmatige infiltratie wordt door de Commissie Van Traa beschreven als het aannemen van een (andere) identiteit om zodoende binnen te dringen in dan wel deel uit te maken van een (criminele) organisatie. Tevens wordt door de commissie het gebruik van frontstores aangemerkt als een vorm van infiltratie. Frontstores zijn volgens de Commissie Van Traa coverbedrijven die facilitaire ondersteuning bieden in de vorm van goederen of diensten aan criminele groeperingen of organisaties.⁶⁰ Als laatste worden in het rapport van de commissie de gecontroleerde aflevering en doorlating onderscheiden. Gecontroleerde aflevering is het met medeweten en onder toezicht van politie en justitie laten leveren van verboden goederen aan een criminele organisatie. Nadat de goederen zijn geleverd worden zij door de politie in beslag genomen. Bij de gecontroleerde aflevering wordt geprobeerd de verdachten met hun handen op de verboden goederen te betrappen. De opsporingsmethode 'doorlating' gaat verder dan de gecontroleerde aflevering, aangezien de verboden goederen niet in beslag worden genomen. Doel van de doorlating is om zicht te krijgen op de top van de criminele organisatie.⁶¹ Bij doorlating bestaat het risico dat politie en justitie het zicht op de verboden goederen verliezen. De goederen verdwijnen dan in het criminele milieu. De Commissie Van Traa heeft geadviseerd doorlatingen niet toe te staan, met uitzondering van een enkele proefzending van een kleine hoeveelheid softdrugs.⁶² Wat opvalt aan de door de commissie onderscheiden vormen van infiltratie, is dat zij (gedeeltelijk) met elkaar overlappen. Zo kan men zich afvragen in hoeverre de pseudo(ver)koop en het gebruik van frontstores volgens de beschrijvingen van de Commissie Van Traa van elkaar verschillen.

De Commissie Van Traa brengt nog een ander onderscheid aan. Dit onderscheid ziet op de persoon die infiltreert. De infiltrant kan een politiefunctionaris, een niet-criminele burger of een criminele burger zijn. Niet-criminele en criminele burgerinfiltranten worden door de commissie gezamenlijk behandeld.⁶³ Aangezien het

⁵⁷ Buruma 2001, p. 105.

⁵⁸ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 13.

⁵⁹ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 232.

⁶⁰ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 232.

⁶¹ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 249.

⁶² Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 468.

⁶³ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 13.

voorstel van de minister van 5 juli 2013, zoals in deze scriptie wordt besproken, slechts ziet op de inzet van criminele burgerinfiltranten zal hier voornamelijk worden ingegaan op de bevindingen van de commissie omtrent deze categorie van infiltratie.

2.1.3.1 Inzet van criminele burgerinfiltranten

De Commissie Van Traa heeft geconstateerd dat met regelmaat gebruik wordt gemaakt van criminele burgerinfiltranten.⁶⁴ Zo brengt de commissie naar voren dat een groot aantal criminele burgers door de politie is gevraagd om te infiltreren. Deze verzoeken zien vooral op het verzamelen van informatie door het bezoeken van bepaalde plaatsen. Daarnaast worden criminele burgerinfiltranten ook met regelmaat gevraagd om drugsmonsters te kopen. De commissie heeft vastgesteld dat meer criminele burgerinfiltranten worden ingezet dan politieke en niet-criminele burgerinfiltranten.⁶⁵

2.1.3.2 Kritiek op het fenomeen van de criminele burgerinfiltrant

De Commissie Van Traa heeft beschreven dat er diverse problemen zijn bij criminele burgerinfiltratie. Allereerst acht de commissie de controle en stuurbaarheid van criminele burgerinfiltranten problematisch. Ondanks het afsluiten van een overeenkomst met de criminele burgerinfiltrant, waarin afspraken worden neergelegd waaraan hij zich dient te houden, wordt de criminele burger op ‘eigen houtje’ de onderwereld ingestuurd. In een dergelijke situatie blijft het afwachten wat er precies gebeurt, in welke mate de criminele burgerinfiltrant zich aan de gemaakte afspraken houdt en in hoeverre de verkregen informatie betrouwbaar is.⁶⁶ Het meest problematisch aspect hiervan is dat de politie nauwelijks zicht heeft op de strafbare feiten die de criminele burgerinfiltrant pleegt. Daarnaast brengt de Commissie Van Traa naar voren dat de motivatie van de betrokken criminele burgerinfiltrant vaak dubbelzinnig is. In dit verband dient men zich af te vragen of de criminele burgerinfiltrant meewerkt in het belang van de opsporing of dat hij er een ander motief op na houdt, zoals het uitschakelen van mogelijke concurrentie in het criminele milieu of het realiseren van financieel gewin. Wat betreft het financiële aspect bestaat volgens de commissie bovendien onduidelijkheid over de bestemming van de criminele winsten. In ruil voor informatie verdienen de infiltranten veel geld. Deze ‘inkomensbron’ bestaat uit ruime onkostenvergoedingen, beloningen en het mogen houden van de criminele winsten. Voorts heeft de commissie geconstateerd dat criminele burgerinfiltranten door verschillende eenheden van de politie worden gerund. Zodoende waren criminele burgerinfiltranten in staat om bij verschillende politie-eenheden een ‘zakcentje’ te verdienen.⁶⁷ Doordat de criminele burgerinfiltranten een actieve positie hebben in een criminele organisatie, is de Commissie van Traa van mening dat deze infiltranten niet meer volledig onder regie van politie en justitie kunnen staan.⁶⁸ Het reële risico dreigt dat de politie en justitie door de criminele burgerinfiltrant worden gestuurd, in plaats van andersom.

⁶⁴ De Commissie Van Traa constateert dat in 1995 in totaal 26 toetsingsverzoeken aan de Centrale Toetsingscommissie zijn voorgelegd die criminele burgerinfiltranten betreffen: Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 241.

⁶⁵ Zo volgt uit het schema in het Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 234.

⁶⁶ M. Schmit, *De criminele burgerinfiltrant. Een noodzakelijk kwaad?*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008, p. 16.

⁶⁷ Korthedshalve verwijs ik naar het voorbeeld van Haagse Kees, zoals beschreven in de inleiding.

⁶⁸ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 242.

Naast deze risico's, die specifiek zien op de inzet van criminele burgerinfiltranten, constateert de Commissie Van Traa diverse risico's die zij verbindt aan de inzet van politieke infiltratie. Zo wijst de commissie onder meer op het risico van psychosociale problemen die bij de politie-infiltrant ontstaan naar aanleiding van het infiltratie-traject. Ook het lekken van informatie wordt door de Commissie Van Traa als een risico gezien. Daarnaast brengt de commissie naar voren dat de levenswijze van het criminele milieu een verlokkelijke werking kan hebben op de betrokken politieambtenaar. In dit verband wordt vaak gesproken over 'afglijden'. De confrontatie met grote geldbedragen en hoeveelheden drugs worden genoemd als de voornaamste redenen dat een infiltrant afglijdt naar het criminele milieu.⁶⁹

2.1.4 Aanbevelingen van de Commissie Van Traa

De Commissie Van Traa heeft zich niet alleen uitgelaten over de risico's die zijn verbonden aan de inzet van criminele burgerinfiltranten. De commissie doet ook concrete aanbevelingen om infiltratie in de toekomst beter te reguleren.

Een wettelijke regeling voor infiltratie is volgens Commissie Van Traa noodzakelijk, omdat deze opsporingsmethode in veel gevallen inbreuk maakt op de fundamentele rechten van burgers en grote risico's voor de overheid inhoudt. De commissie adviseert infiltratie in twee situaties toe te passen. Ten eerste indien er sprake is van gepleegde misdrijven die naar hun aard of georganiseerd verband een ernstige inbreuk maken op de rechtsorde. Daarnaast moet infiltratie mogelijk zijn als proactieve opsporingsmethode, mits de infiltratie wordt ingezet voor het inwinnen van informatie en na een redelijk vermoeden van te plegen misdrijven die naar hun aard of georganiseerd verband een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. De commissie beveelt dat uitlokking door een infiltrant niet is toegestaan. Bovendien acht de commissie het noodzakelijk dat alle activiteiten van een infiltrant worden vastgelegd in een proces-verbaal. Daarnaast vindt de Commissie Van Traa het van belang dat de volgende waarborgen bij de toepassing van infiltratie in acht worden genomen:

- toestemming van het College van procureurs-generaal alvorens een infiltrant wordt ingezet;
- toetsing van het infiltratie-traject door de rechter-commissaris: indien een infiltratie-traject langer dan een maand duurt, dient een toetsing door de rechter-commissaris plaats te vinden. Na een eerste toetsing kan de rechter-commissaris een nieuwe termijn stellen waarbinnen een tweede toetsing van het infiltratie-traject door de rechter-commissaris moet plaatsvinden;
- toestemming van de rechter-commissaris voor het gebruik van informatie afkomstig uit infiltratie-trajecten in andere zaken of voor opslag in politieregisters;
- infiltratie kan alleen worden uitgevoerd door gekwalificeerde opsporingsambtenaren en niet-criminele burgers;
- het plegen van strafbare feiten onder regie van politie en justitie is enkel voorbehouden aan politieke en niet-criminele burgerinfiltranten.

Wat betreft de inzet van criminele burgerinfiltranten is de Commissie Van Traa overduidelijk: *'De commissie komt tot het eindoordeel dat van criminele burgerinfiltranten die onder regie van politie en justitie strafbare feiten plegen, geen gebruik moet worden gemaakt'*.⁷⁰

⁶⁹ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 249-251.

⁷⁰ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 467.

2.2 De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Inleiding

Mede naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Van Traa is de Nederlandse wetgever in actie gekomen. Op 17 juni 1997 wordt door minister Sorgdrager van Justitie het wetsvoorstel inzake de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden aan de Tweede Kamer voorgelegd.⁷¹ Hier zal de aandacht voornamelijk worden gericht op de specifieke passages omtrent de inzet van (criminele) burgerinfiltranten, omdat deze passages het oordeel van de wetgever omtrent deze opsporingsmethode illustreren. Om de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in een breder perspectief te plaatsen, zal hier eerst kort worden ingegaan op de uitgangspunten van het wetsvoorstel.

2.2.1 Uitgangspunten wetsvoorstel Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Primair doel van het wetsvoorstel is om opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, dan wel een inbreuk maken op de grondrechten van burgers, een specifieke wettelijke basis te geven.⁷² Bij de grondrechten van burgers dient men volgens de minister vooral te denken aan opsporingsbevoegdheden die inbreuk maken op de privacy van burgers, beschermd door art. 10 Gw, art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR.⁷³ De wettelijke basis dient volgens de minister te worden opgenomen in het Wetboek van Strafvordering. Zodoende wordt benadrukt dat de opsporingsmethoden alleen mogen worden ingezet bij de opsporing van strafbare feiten. Het nemen van strafvorderlijke beslissingen dient het doel van het opsporingsonderzoek te zijn.⁷⁴ De inzet van opsporingsbevoegdheden om slechts een criminele groep of organisatie in kaart te brengen is niet (langer) toegestaan.

Een ander doel van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is het vergroten van de controle op de toepassing van de opsporingsmethoden.⁷⁵ Het moet vaststaan dat het Openbaar Ministerie de verantwoordelijkheid draagt voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Een officier van justitie zal het belang van de toepassing van de opsporingsbevoegdheid moeten afwegen tegen het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een verdachte. Ook voor de rechter wordt een rol weggelegd bij de controle van de opsporingsmethoden. Bij deze controle dient de rechter de wettelijke bepaling van de ingezette opsporingsbevoegdheid als toetssteen te hanteren. De verbaliseringsplicht wordt door de minister ook van toepassing verklaard op de voorgestelde opsporingsmethoden, zolang de verbalisering van belang is voor enige door de rechter in het eindonderzoek te nemen beslissing.⁷⁶ Het proces-verbaal dat ziet op de inzet van de opsporingsmethode stelt de rechter in staat de toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden ter terechtzitting te toetsen. Door de controle en de transparantie van de opsporingsmethoden te vergroten, wordt

⁷¹ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nrs. 1-2.

⁷² *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 3.

⁷³ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 9-13.

⁷⁴ In de Memorie van Toelichting wordt uitvoerig ingegaan op de vraag wat onder 'het nemen van strafvorderlijke beslissingen' wordt verstaan. Korthedshalve verwijs ik voor de invulling van dit begrip naar de Memorie van Toelichting: *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 7.

⁷⁵ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 14-16.

⁷⁶ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 13-14.

tevens de mogelijkheid van een goede verdediging gecreëerd, aldus de minister van Justitie.

Aan de hand van deze uitgangspunten wordt door de minister een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden voorgesteld. De bijzondere opsporingsmethoden worden opgenomen in twee nieuwe titels van het Wetboek van Strafvordering. In de eerste plaats Titel IVa. Titel IVa heeft betrekking op de opsporing en opsporingsmethoden die zijn gericht op één of meer (gepleegde) misdrijven. De tweede titel, Titel V, behelst de opsporing naar een georganiseerd verband. Onder een georganiseerd verband verstaat de minister *'een verband dat deel uitmaakt van de georganiseerde criminaliteit. Het kan gaan om een min of meer vast verband, maar ook om wisselende verbanden'*.⁷⁷ In Titel V is een redelijk vermoeden dat in een georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, voldoende om de opsporingsbevoegdheid in te zetten. Het wezenlijke verschil tussen de twee titels is dat de bevoegdheden van Titel IVa slechts mogen worden gebruikt voor het onderzoek naar één of enkele misdrijven. De bevoegdheden uit Titel V mogen worden gebruikt voor het onderzoek naar een complex van feiten en personen.⁷⁸ Het onderzoek dat onder Titel V plaatsvindt richt op alle personen die bij het georganiseerd verband betrokken zijn. Daardoor wordt ook de door de Commissie Van Traa beschreven 'pro-actieve fase', onder het bereik van de opsporing gebracht.

2.2.2 Memorie van Toelichting ten aanzien van de (criminele) burgerinfiltrant

In de Memorie van Toelichting wordt naar voren gebracht dat er situaties denkbaar zijn waarin infiltratie noodzakelijk is, maar dit niet door een opsporingsambtenaar kan worden verricht.⁷⁹ Zo kan die niet over de specifieke deskundigheid beschikken die een burger wel heeft en nodig is voor het desbetreffende infiltratie-traject. Men denkt hierbij bijvoorbeeld aan piloten en accountants.⁸⁰ Dit zijn bepaalde expertises die de politie over het algemeen niet voorhanden heeft.

Om de (criminele) burgerinfiltratie wettelijk te reguleren wordt door de minister een tweetal wetsartikelen voorgesteld. Dit zijn art. 126w Sv en art. 126x Sv. De wetsartikelen maken geen onderscheid tussen criminele en niet-criminele burgerinfiltranten. Hier is het van belang om enkele door de wetgever gesignaleerde risico's te behandelen. Zo wordt er in de Memorie van Toelichting allereerst op gewezen dat burgerinfiltranten over het algemeen minder kunnen worden getraind en opgeleid dan opsporingsambtenaren. De minister tracht dit risico te ondervangen door het vastleggen van een schriftelijke overeenkomst met de (criminele) burgerinfiltrant. In deze overeenkomst worden de rechten en plichten van de infiltrant neergelegd. Desalniettemin geeft de minister van Justitie terecht aan dat het afsluiten van een dergelijke overeenkomst geen volledige uitsluiting van risico's betekent. In lijn met de Commissie Van Traa erkent zij dat afspraken met (criminele) burgerinfiltranten zich moeilijker laten controleren dan bij opsporingsambtenaren. Deze afspraken hebben betrekking op de duur van de infiltratie, het plegen van strafbare feiten en het

⁷⁷ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 24.

⁷⁸ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 22.

⁷⁹ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 46.

⁸⁰ Y. Buruma en E. Muller, 'Na de enquête: inzake het voorontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden', *NJB* 1997, afl. 12, p. 532; Y. Buruma, 'Integriteit in de opsporing', in: Y. Buruma, A.K. Koekoek, L.C.M. Meijers, *Opsporing in de rechtsstaat. Beschouwingen over het Eindrapport van de Commissie Van Traa*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wellink 1996, p. 35.

afdragen van criminele winsten. Een aanvullende, complicerende factor is dat (criminele) burgerinfiltranten geen proces-verbaal van bevindingen kunnen opmaken. Volstaan moet worden met de getuigenverklaring(en) van deze personen. Dit maakt de controle op de criminele burgerinfiltrant lastiger.

De minister zegt dat met de inzet van criminele burgerinfiltranten terughoudend moet worden omgegaan. Zij doet het voorstel om een richtlijn op te stellen waarin het volgende kabinetsstandpunt zal worden verwoord: *'Het kabinet is van mening dat niet met criminele burgerinfiltranten behoort te worden gewerkt, maar is van oordeel dat in zeer uitzonderlijke gevallen en onder strikte voorwaarden de mogelijkheid moet bestaan om van het verbod om een criminele burgerinfiltrant in te zetten, ontheffing te verlenen ten behoeve van een kortstondige, eenmalige, overzichtelijke actie.'*⁸¹ De minister geeft aan dat zij hierbij denkt aan zaken waarin zwaarwegende belangen op het spel staan, zoals ontvoeringen, gijzelingen, levensdelicten en aanslagen. Het standpunt in de Memorie van Toelichting omtrent de inzet van criminele burgerinfiltranten wijkt nadrukkelijk af van het standpunt van de Commissie Van Traa. Bij het wetsvoorstel is het uitgangspunt dat in beginsel geen criminele burgerinfiltranten worden ingezet, maar de deur zit niet helemaal dicht. In uitzonderingsgevallen dient het verbod te wijken. Zoals gezegd, acht de Commissie Van Traa het onwenselijk om gebruik te maken van criminele burgerinfiltranten. De commissie maakt daarbij niet, zoals de minister, een voorbehoud voor uitzonderingssituaties. Gelet op de formulering van de Commissie Van Traa moet mijns inziens het standpunt van de commissie dan ook zo worden opgevat dat zij een verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten voor ogen staat, zonder uitzonderingsclausule. Aldus bestaat er discrepantie tussen de aanbeveling van de Commissie Van Traa en het uitgangspunt van de minister van Justitie, zoals verwoord in de Memorie van Toelichting.

Tevens komt in de Memorie van Toelichting naar voren dat bij voorbaat duidelijk moet zijn dat de inzet van de criminele burgerinfiltrant in grote mate effectief zal zijn. Infiltratie mag pas worden toegepast op het moment dat andere opsporingsmethoden geen uitkomst (kunnen) bieden. Bovendien dient het Openbaar Ministerie permanente controle uit te oefenen op de (criminele) burgerinfiltrant. Voorts dient zeker te zijn dat de infiltrant stuurbaar is. Projectmatige infiltratie sluit de minister uit. In de Memorie van Toelichting komt naar voren dat *'de moeilijke doordringbaarheid van een crimineel milieu de inzet van een criminele burgerinfiltrant op zich niet rechtvaardigt.'*⁸²

2.2.3 Raad van State

In zijn advies van 2 juni 1997 laat de Raad van State zich uit over het wetsvoorstel van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.⁸³ De Raad constateert dat in het wetsvoorstel geen onderscheid wordt gemaakt tussen niet-criminele en criminele burgerinfiltranten. De Raad van State merkt op dat de inzet van (criminele) burgerinfiltranten aan grote terughoudendheid is gebonden. Deze terughoudendheid komt tot uitdrukking in het op dat moment geldende verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten. Dit verbod is neergelegd in de eind 1996 vastgestelde voorlopige uitgangspunten van het College van procureurs-generaal. Gelet op de beperkende voorwaarden die in deze uitgangspunten naar voren komen, alsmede het algemene uitgangspunt van het verbod, vraagt de Raad van State of in het Wetboek van

⁸¹ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 47.

⁸² *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 48.

⁸³ Advies Raad van State: *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. B.

Strafvordering geen onderscheid moet worden gemaakt tussen niet-criminele en criminele burgerinfiltranten. Het gaat de Raad te ver *'uitsluitend op basis van veranderlijke richtlijnen beperkingen te formuleren die in de tekst van de wet geen basis vinden'*.⁸⁴ Aldus adviseert de Raad om het wetsvoorstel op dit punt te heroverwegen.

2.2.3.1 Reactie minister van Justitie

Minister Sorgdrager stelt in de reactie op het advies van de Raad, dat het geen begaanbare weg is om in de wet een onderscheid te maken tussen criminele en niet-criminele burgerinfiltranten. Een dergelijk onderscheid is slechts een vaag onderscheid, aldus de minister. Gelet op de risico's die zijn verbonden aan de inzet van criminele burgerinfiltranten, is er *'reden om bij een ruime kring van personen waakzaam te zijn door na te gaan of de over hen beschikbare informatie van dien aard is dat geoordeeld moet worden dat zij een bepaald risico opleveren'*.⁸⁵ De minister acht het niet mogelijk deze kring van personen in de wet af te bakenen. Daarnaast voert de minister aan dat de aard van het verbod, of beter gezegd de ontheffing van het verbod, er voor zorgt dat het nauwelijks doenlijk is deze in wetgeving neer te leggen. Bovendien is de minister van mening dat de voorwaarden omtrent het verbod qua aard anders zijn dan de voorwaarden voor de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden. Strafvorderlijke bevoegdheden zijn gericht op de bescherming van de burger: het gaat om de ernst van de strafbare feiten en de doelen van de bevoegdheidstoepassing. De voorwaarden die aan orde zijn bij de criminele burgerinfiltratie zien daarentegen primair op de bijzondere risico's voor de overheid die deze opsporingsmethode herbergt. Wat betreft de beperking voor de inzet van criminele burgerinfiltranten merkt de minister nog op dat zij hiervoor wel degelijk een basis in de wet ziet, namelijk de subsidiariteitsregeling. Deze subsidiariteitseis brengt volgens de minister mee dat een officier van justitie zich zal moeten afvragen of het onderzoek de inzet van een criminele burgerinfiltrant vordert.⁸⁶

2.2.4 Reacties naar aanleiding van de Memorie van Toelichting

De reactie van de minister op het advies de Raad van State vinden de Tweede Kamerleden niet overtuigend. Dit moge blijken uit de vele vragen die in de Tweede Kamer zijn gesteld omtrent de wettelijke regeling van de (criminele) burgerinfiltrant. Evenals de Raad van State vragen diverse Kamerleden aan de minister of het niet noodzakelijk is in het Wetboek van Strafvordering een onderscheid aan te brengen tussen niet-criminele en criminele burgerinfiltranten. Daarnaast achten zij het wenselijk dat het geformuleerde verbod niet in een richtlijn, maar wettelijk wordt vastgelegd. Ter onderbouwing van deze kritiek verwijzen de diverse fracties bij herhaling naar het rapport van de Commissie Van Traa. Zij betogen dat in het rapport wordt gewezen op de risico's die het werken met criminele burgerinfiltranten meebrengt.⁸⁷

Ook de wetenschap heeft zich uitgelaten over het wetsvoorstel en de voorgestelde regulering van criminele burgerinfiltratie. Buruma en Muller maken duidelijk het uitermate problematisch te vinden dat geen wettelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de inzet van niet-criminele en criminele burgerinfiltranten. Zij vinden dit zowel

⁸⁴ *Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. B, p. 11.*

⁸⁵ *Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. B, p. 11.*

⁸⁶ *Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. B, p. 12.*

⁸⁷ *Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 6, p. 46-50.*

in algemene zin als met betrekking tot de toestemming voor het plegen van strafbare feiten problematisch. Door het ontbreken van een wettelijk onderscheid en door het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten niet in het Wetboek van Strafvordering op te nemen, komt volgens Buruma en Muller wettelijk gezien de weg vrij om onder regie van politie en justitie strafbare feiten te plegen.⁸⁸ Ten aanzien van dit onderwerp heeft de Commissie Van Traa nadrukkelijk gewezen op de chantabele positie waarin de overheid terecht kan komen door een te grote afhankelijkheid van criminele burgerinfiltranten. Scheffers en De Vries stellen op hun beurt dat het onderscheid tussen niet-criminele en criminele burgerinfiltranten een wettelijke legitimatie vereist. Gelet op het rapport van de Commissie Van Traa achten zij het niet wenselijk dat een essentieel punt als het onderhavige in een richtlijn wordt neergelegd.⁸⁹ Verwijzend naar het rapport van de Commissie Van Traa brengt Wladimiroff naar voren dat er belangwekkende bezwaren aan de inzet van burgers bij de opsporing van strafbare feiten kleven. Wladimiroff vraagt zich in algemene zin af of een rol voor burgeropsporing, zoals neergelegd in het wetsvoorstel, wenselijk is. Daarbij vindt Wladimiroff van belang dat de risico's van burgeropsporing niet worden weggenomen door het wetsvoorstel. De regeling is er volgens hem louter op gericht door middel van wettelijke kaders de risico's te verminderen. Bij een dergelijk systeem kan alleen worden gehoopt dat de opsporing niet andermaal uit de hand zal lopen, aldus Wladimiroff.⁹⁰ In meer algemene zin acht Buruma het problematisch hoe in een concrete zaak moet worden gereageerd op onjuistheden in de opsporing, waarbij die onjuistheid niet of niet alleen heeft plaatsgevonden jegens een verdachte. Door de inzet van een criminele burgerinfiltrant zal een verdachte over het algemeen niet in een rechtens te beschermen belang zijn geschaad, aldus Buruma.⁹¹ Derhalve dreigt het gevaar dat de kernpunten van de Commissie Van Traa onvoldoende daadkracht worden bijgezet en ontstaat de vraag of het gekozen wettelijke systeem voldoende effectief zal zijn.

2.2.5 Nog eenmaal de minister van Justitie

Naar aanleiding van de kritiek op het wetsvoorstel verandert het standpunt van minister Sorgdrager niet. Een wettelijk onderscheid tussen niet-criminele en criminele burgerinfiltranten in het Wetboek van Strafvordering acht zij niet nodig. Ook het vastleggen van een wettelijk verbod op de criminele burgerinfiltrant komt er niet. In de nota naar aanleiding van het verslag is de volgende reactie van de minister te lezen: 'Naar mijn mening verdient het geen aanbeveling, het verbod explicieter in de wet op te nemen. In de eerste plaats zou de afbakening van de criminele infiltranten niet anders dan vaag kunnen zijn. Zoals in de memorie van toelichting is vermeld, is er gelet op de risico's die verbonden zijn aan infiltratie, reden om bij een ruime kring van personen waakzaam te zijn. Het is niet goed doenlijk deze kring van (criminele) personen in de wet af te bakenen. Van een aparte bevoegdheid is namelijk, en daarmee is een tweede reden gegeven, geen sprake.'⁹²

De reactie van de minister is een herhaling van zetten. De argumenten die in de Memorie van Toelichting zijn genoemd worden door de minister herhaald. Zo voert

⁸⁸ Buruma & Muller 1997, p. 532.

⁸⁹ M. Scheffers en P. de Vries, 'Opsporing geregeld', *AA* 1997, afl. 10, p. 728.

⁹⁰ M. Wladimiroff, 'De rol van de raadsman bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden', in: P.J.P. Tak, *Bespiegelingen omtrent de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 89.

⁹¹ Buruma 2001, p. 9.

⁹² *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 71.

de minister opnieuw aan dat zij in de subsidiariteits- en proportionaliteitseis een basis voor het wettelijke verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten ziet. Desalniettemin heeft de reactie van de minister de leden van het parlement in die zin overtuigd, dat er geen wettelijk onderscheid tussen de niet-criminele en criminele burgerinfiltrant in het Wetboek van Strafvordering is opgenomen.⁹³ De richtlijn met het daarin verwoorde standpunt van de regering omtrent de criminele burgerinfiltrant is wel uitgebleven. De motie Kalsbeek heeft daar een stokje voor gestoken.

2.3 Het pleit beslecht: de motie Kalsbeek

Als gevolg van de motie Kalsbeek is er een verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten gekomen. Op 19 november 1998 wordt een motie door het kamerlid Kalsbeek-Jasperse ingediend, waarin is opgenomen dat de inzet van criminele burgerinfiltranten wordt verboden. Gelet op het belang van deze motie wordt deze volledig weergegeven:

‘overwegende, dat het werken met een criminele burgerinfiltrant een hoog processueel afbreukrisico kent; overwegende, dat het handelen van een criminele burgerinfiltrant in het algemeen slecht controleerbaar is; overwegende, dat door de vaak voorkomende zogenaamde «dubbele agenda» bij een criminele burgerinfiltrant slecht te controleren is of zijn handelen voldoet aan het Tallon-criterium; spreekt uit, dat met criminele burgerinfiltranten niet dient te worden gewerkt en dat voor de politie en het Openbaar Ministerie een verbod geldt op het inzetten van criminele burgerinfiltranten.’⁹⁴

In de motie wordt een drietal belangrijke risico’s genoemd, die zich voordoen bij de inzet van criminele burgerinfiltranten, te weten: i) een hoog processueel afbreukrisico, ii) de slechte controleerbaarheid van het handelen van de criminele burgerinfiltrant, waardoor ook slecht te controleren is of het handelen in overeenstemming is met het instigatieverbod en iii) de vaak voorkomende dubbele agenda van criminele burgerinfiltranten. De motie Kalsbeek is op 4 december 1998 aanvaard.⁹⁵

Zowel Buruma als Bleichrodt heeft zich afgevraagd welke betekenis moet worden toegekend aan deze motie. Zo vraagt Buruma zich af of een rechter gebonden is aan een motie die niet is gevolgd door wetgeving.⁹⁶ Bleichrodt noemt het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten een ‘curieuze strafrechtelijke variant’.⁹⁷ De vraagstelling van Buruma is van belang omdat nadien zou zijn gebleken dat de motie door de praktijk is achterhaald. De Amsterdamse rechtbank heeft de inzet van een buitenlandse criminele burgerinfiltrant, die onder leiding van de Amerikaanse Drugs Enforcement Administration werkte, niet in strijd geacht met de motie.⁹⁸ De inzet van buitenlandse criminele burgerinfiltranten lijkt daardoor te zijn toegestaan. Desalniettemin heeft er sinds de aanname van de motie, voor zover bekend, geen inzet van Nederlandse criminele burgerinfiltranten plaatsgevonden. Dat bevestigt dat de (Nederlandse) criminele burgerinfiltrant sinds het aanvaarden van de motie Kalsbeek een persona non grata is in het Nederlandse strafproces.

⁹³ Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 1998-1999, 25 403 en 23 251, nr. 33.

⁹⁵ *Handelingen II* 1998-1999, 30, p. 2145-2146.

⁹⁶ Buruma 2001, p. 111.

⁹⁷ F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 24.

⁹⁸ Rb. Amsterdam 23 januari 2001, *LJN* ZD2194.

2.4 Voors en tegen van de inzet van criminele burgerinfiltranten

Hierboven is de aandacht vooral gericht op de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten. Geconstateerd moet worden dat in de discussie omtrent de criminele burgerinfiltrant ook argumenten voor het gebruik van deze opsporingsmethode zijn aan te voeren. Eén argument is de redenering dat door de inzet van criminele burgerinfiltranten bewijs kan worden verkregen dat anders niet door de politie en justitie kan worden gerealiseerd. Dit argument wordt ook in het voorstel van de minister van 5 juli 2013 genoemd. Aan dat argument wordt extra kracht toegekend, gebaseerd op het feit dat criminele burgerinfiltranten pas worden ingezet op het moment dat andere opsporingsmethoden geen uitkomst bieden. Een tweede argument is dat de informatiepositie van de politie aanmerkelijk kan worden versterkt, omdat de infiltratie kan leiden tot informatie over andere strafbare feiten en verdachten.⁹⁹ Opmerking verdient dat een versterking van de informatiepositie positieve effecten kan hebben voor een verdachte, omdat gedurende het infiltratietraject kan blijken dat deze persoon ten onrechte als verdachte is aangemerkt.¹⁰⁰ Daarnaast is in de (vooral Amerikaanse) literatuur aandacht besteed aan een mogelijke preventieve werking, die infiltratie zou hebben.¹⁰¹ De gedachte achter deze preventieve werking is het volgende. Gelijktijdig met de toepassing van infiltratie worden met regelmaat lokmiddelen ingezet. In de literatuur wordt verondersteld dat deze lokmiddelen een afschrikkend effect hebben op criminelen. Door het afschrikkende effect zouden criminelen terughoudender zijn tot het plegen van een strafbaar feit. Zodoende zou infiltratie een preventieve werking hebben. Het argument dat infiltratie een preventieve werking heeft wordt echter niet ondersteund door wetenschappelijk bewijs. Sterker nog, in dezelfde literatuur komt naar voren dat de toepassing van lokmiddelen een versterkende werking heeft op de criminaliteit.¹⁰² Bij die stand van zaken zijn de versterking van de informatiepositie en het verkrijgen van het bewijsmateriaal de enige, redelijkerwijs te verwachten voordelen van de inzet van criminele burgerinfiltranten.

Tegenover de voordelen van criminele burgerinfiltratie, staan veel nadelen. Deze nadelen zijn hierboven uitvoerig behandeld. Hier zal slechts een korte samenvatting van de nadelen volgen, waarbij de risico's in een drietal categorieën worden ingedeeld. In de eerste plaats de risico's die samenhangen met de integriteit van de opsporing.¹⁰³ Hierbij dient men vooral te denken aan de risico's die gevolgen hebben voor de rechtsorde in zijn geheel. Daarnaast bestaan er de nodige risico's voor de criminele burgerinfiltrant(en) zelf. Hierbij dient men vooral te denken aan de fysieke

⁹⁹ Zo is te lezen in het rapport van de Tijdelijke commissie evaluatie opsporingsmethoden: *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 269, nr. 5, p. 54.

¹⁰⁰ M. Kruissink, A.M. van Hoorn, J.L.M. Boek, *Infiltratie in het recht en in de praktijk*, Den Haag: WODC 1999, p. 20.

¹⁰¹ Kruissink e.a. 1999, p. 20; E.W. Kruisbergen en D. de Jong, *Opsporen onder dekmantel. Regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, Meppel: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 211 en 234.

¹⁰² Kruisbergen & De Jong 2010, p. 179.

¹⁰³ 'Integriteit van de opsporing' is een terminologie die door Buruma wordt gehanteerd naar aanleiding van het rapport van de Commissie Van Traa: 'Integriteit komt van het onaangetast zijn van een geheel. Iemand is niet integer als hij dingen zegt of doet die niet passen bij zijn normen, zijn leven als geheel, zijn identiteit.' Ook de integriteit van gedrag dat wordt uitgeoefend in een organisatie kan worden beoordeeld. Deze beoordeling vindt plaats aan de hand van de vraag of dat gedrag past binnen die organisatie, aldus Buruma, zie Buruma 1996, p. 3-6.

en psychologische problemen die als gevolg van een infiltratie-traject voor de criminele burgerinfiltrant ontstaan. Als laatste categorie dient te worden gewezen op de risico's die betrekking hebben op de concrete strafvervolgning van de verdachte(n). De inzet van criminele burgerinfiltranten kan, indien deze onrechtmatig is, grote gevolgen hebben in een concrete strafzaak, zoals de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie of bewijsuitsluiting van het door de infiltrant vergaarde bewijs.

Ten aanzien van de eerste categorie het volgende. De inzet van criminele burgerinfiltranten is uiterst slecht te controleren.¹⁰⁴ Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat criminele burgerinfiltranten in mindere mate verantwoording afleggen voor handelingen verricht tijdens het infiltratie-traject. Volstaan moet worden met de getuigenverklaring(en) van de criminele burgerinfiltrant. Dit heeft tot gevolg dat de controle op de gedragingen van de criminele burgerinfiltrant, en eventueel door hem gepleegde strafbare feiten, uiterst moeilijk is. Het afdwingen van gemaakte afspraken met de criminele burgerinfiltrant is eveneens problematisch. Daarnaast bleken criminele burgerinfiltranten slecht te sturen.¹⁰⁵ In dat verband is van belang dat (vaak) onvoldoende is vast te stellen of de criminele burgerinfiltrant er een dubbele agenda op na houdt.¹⁰⁶ Voorts is gewezen op het risico van (verder) afglijden in het criminele milieu.¹⁰⁷ De ervaringen van een criminele burgerinfiltrant kunnen hem doen besluiten zijn criminele 'carrière' voort te zetten of uit te breiden. Ook voor politie en justitie kan een zekere mate van verleiding ontstaan als gevolg van de inzet van criminele burgerinfiltranten. Zo kunnen de politieke begeleiders worden verleid om in de criminele winsten te delen.¹⁰⁸ Tevens denk ik aan de verleiding om criminele burgerinfiltranten in te zetten op utilitaire gronden.¹⁰⁹ Een werkwijze waarbij het doel van de opsporing niet wordt nageleefd doet afbreuk aan de integriteit van de opsporing. Een ander risico dat de integriteit van de opsporing aantast, is dat van financieel gewin voor de criminelen. Dat geldt des te meer als men het credo 'misdad mag niet lonen', zoals opgenomen in het beleid van justitie, in ogenschouw neemt. Daarnaast bestaat het risico dat de desbetreffende criminele burgerinfiltrant (geheime) informatie naar het criminele milieu lekt. Het lekken van informatie kan grote gevolgen hebben voor zowel de criminele burgerinfiltrant zelf als het opsporingsapparaat.¹¹⁰

Ten tweede dient te worden gewezen op de risico's die voor de criminele burgerinfiltrant zelf ontstaan. Hierbij dient men te denken aan zowel fysieke als psychologische risico's. Bij fysieke risico's wordt gedacht aan de confrontatie met geweld nadat de ware identiteit van de criminele burgerinfiltrant bekend wordt in het criminele milieu. In dit verband spreekt men over het risico van represailles. Daarbij kan ook de veiligheid van familieleden en andere naasten in gevaar komen. Naast het algemeen bekende gevaar van represailles dient ook rekening te worden gehouden met de confrontatie van geweld gedurende het infiltratie-traject.¹¹¹ Het risico op

¹⁰⁴ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 242 en 274.

¹⁰⁵ Buruma 2001, p. 110.

¹⁰⁶ Schmit 2008, p. 72.

¹⁰⁷ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 274; Kruisbergen & De Jong 2010, p. 229; Kruissink e.a. 1999, p. 20; Schmit 2008, p. 17.

¹⁰⁸ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 274.

¹⁰⁹ Schmit 2008, p. 72.

¹¹⁰ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 234.

¹¹¹ Denkbaar is dat de criminele burgerinfiltrant gedurende het infiltratie-traject slachtoffer wordt van geweld, bijvoorbeeld als gevolg van een ripdeal of (mislukte) liquidatie. Dat geldt des te meer als

psychologische problemen is een tweede aspect waar de criminele burgerinfiltrant als gevolg van een infiltratie-traject mee wordt geconfronteerd. Miller heeft betoogd dat de kans op ontdekking en de gevaren die een eventuele ontdekking meebrengen, belangrijke stressfactoren zijn.¹¹² Psychologische klachten die als gevolg van deze stressfactoren ontstaan zijn voornamelijk depressies en paranoia.¹¹³ Ook het ontwikkelen van een narcistische persoonlijkheid wordt beschouwd als gevolg van onderwerping aan infiltratie-traject. Een negatief aspect van de ontwikkeling van een narcistische persoonlijkheid is het gevoel van superioriteit.¹¹⁴ Een superieure houding van de criminele burgerinfiltrant ten opzichte van zijn begeleiders bij de politie en het Openbaar Ministerie, maakt de controle op de criminele burgerinfiltrant des te moeilijker.

De laatste categorie nadelen ziet op de risico's die specifiek gelden voor het strafrechtelijke vervolg van een zaak waarin een criminele burgerinfiltrant is ingezet. Zoals gezegd, de controle op de criminele burgerinfiltrant gedurende het infiltratie-traject is uiterst moeilijk. De criminele burgerinfiltrant moet op zijn woord worden geloofd, wat gelet op zijn positie niet altijd goed is te verkopen. Het gebrek aan controle kan er toe leiden dat in onvoldoende mate is vast te stellen in hoeverre sprake is van uitlokking door de criminele burgerinfiltrant.¹¹⁵ Ook de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring(en) van de criminele burgerinfiltrant is moeilijk vast te stellen bij het gebrek aan controle op de inzet van criminele burgerinfiltranten. Daarnaast komt in de literatuur naar voren dat de inzet van criminele burgerinfiltranten inbreuk kan maken op de privacyrechten van verdachten, ondanks dat een dergelijke inbreuk tot op zekere hoogte kan worden gerechtvaardigd.¹¹⁶ Verwezenlijking van deze risico's kan meebrengen dat de strafrechtelijke vervolging op grond van juridische gronden moet worden gestaakt dan wel op grond van een vormverzuim tot een ongewenst resultaat voor het Openbaar Ministerie leidt. Hierbij kan men denken aan een niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie of bewijsuitsluiting van het door de infiltrant verkregen bewijs.¹¹⁷ De risico's uit deze laatste categorie hebben vooral betrekking hebben op de juridische problematiek van de toepassing van criminele burgerinfiltratie. Deze juridische problematiek zal uitvoerig worden behandeld in het volgende hoofdstuk.

2.5 Effectiviteit van infiltratie

Naast de vraag of de inzet van criminele burgerinfiltranten op basis van rechtspolitieke gronden wenselijk is, dient men zich af te vragen in hoeverre de inzet van deze opsporingsmethode effectief is. Het vaststellen van de effectiviteit van een

geweldshandelingen tot de strafbare activiteiten van de criminele groepering behoren, zie: Kruisbergen & De Jong 2010, p. 229-230.

¹¹² L. Miller, 'Undercover policing: A psychological and operational guide', *Journal of Police and Criminal Psychology* 2006, afl. 2, p. 11.

¹¹³ G. van Oss, *De undercoveragent: problemen met normafwijking, corruptie en controle*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 97-101.

¹¹⁴ Van Oss 1994, p. 98-99.

¹¹⁵ Over de nadere invulling van het begrip 'uitlokking' zal in het volgende hoofdstuk uitvoerig worden gesproken.

¹¹⁶ Schmit 2008, p. 75-76.

¹¹⁷ Ook kan men denken aan strafvermindering. Echter, zoals in het volgende hoofdstuk aan bod zal komen, is strafvermindering een rechtsgevolg dat niet snel in aanmerking komt bij niet naleving van de waarborgen en voorwaarden omtrent de inzet van (burger)infiltranten, bijvoorbeeld een schending van het instigatieverbod.

opsporingsmethode is van belang, zodat een oordeel kan worden gegeven over de relatie tussen de risico's enerzijds en de kans op een succesvolle inzet anderzijds.

In de literatuur lopen de meningen over de effectiviteit van infiltratie uiteen. Zo heeft de Werkgroep Infiltratie, onder voorzitterschap van hoofdofficier van justitie te Rotterdam, L.J.A.M. de Wit, vastgesteld dat infiltratie in 30% van de gevallen succes oplevert. Naar aanleiding van de diverse verhoren die door de Werkgroep Infiltratie zijn afgenomen, wordt door die Werkgroep de conclusie getrokken dat infiltratie in het merendeel van de gevallen niet zo heel veel succes oplevert.¹¹⁸ Daarentegen is de Commissie Van Traa tot de conclusie gekomen dat infiltratie een effectieve opsporingsmethode kan zijn.¹¹⁹ In de literatuur wordt op een aantal factoren gewezen die bepalend zouden zijn voor het succes van een infiltratie-traject. In de eerste plaats de wijze waarop de infiltratiemethode wordt ingezet. Er zal een zeker vertrouwen tussen de verdachten en de infiltrant moeten ontstaan, alvorens de infiltrant zicht krijgt op de strafbare feiten. Om dat vertrouwen te wekken wordt het noodzakelijk geacht dat de infiltrant strafbare feiten mag plegen. Voorts wordt in dat verband van belang geacht dat niet te vroeg door de politie wordt ingegrepen. Het voortijdig aanhouden van verdachten wordt als onwenselijk gezien. Ten tweede worden de selectie, training en begeleiding van de infiltrant(en) van groot belang geacht. Daarnaast moet er bij het begeleidingsteam van de politie en justitie een duidelijke verdeling van taken zijn, zodat de infiltrant in zijn opdracht adequaat wordt ondersteund en gecontroleerd. Bovendien zou het wenselijk zijn om meer infiltranten samen, naast elkaar in te zetten. Ook het toepassen van andere opsporingsmethoden gelijktijdig met de infiltratie zou een positieve invloed hebben op de effectiviteit van een infiltratie-traject. Doel van de parallelle toepassing van andere opsporingsmethoden is de sturing van het onderzoek, de bescherming van de infiltrant en het verkrijgen van een volledig beeld van de criminele activiteiten van de criminele groepering. Als laatste factor wordt het gebruik van informatie van belang geacht. Door bijvoorbeeld een informant te gebruiken bij de introductie van de infiltrant aan de criminele groepering, kan veel tijd en moeite worden bespaard, omdat niet opnieuw het vertrouwen van de verdachte(n) door de infiltrant dient te worden gewonnen.¹²⁰

Om de effectiviteit van infiltratie in de praktijk nader vast te stellen, heeft het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC) hier een tweetal onderzoeken aan gewijd. Zo heeft het WODC op de eerste plaats in 1999 een rapport uitgebracht waarin negentien infiltratiezaken uit 1996 zijn bestudeerd. Wat betreft de effectiviteit constateert het WODC dat in vijf zaken nieuwe en voor het opsporingsonderzoek relevante informatie door het infiltratie-traject is verkregen.¹²¹ Van deze vijf zaken is slechts in één zaak een criminele burgerinfiltrant ingezet.¹²² In zeven zaken is in eerste aanleg een veroordeling uitgesproken.¹²³ Mijns inziens is een veroordeling echter geen goede graadmeter voor het vaststellen van de effectiviteit van infiltratie, aangezien het onderzoek van het WODC niet duidelijk maakt in welke mate het door de infiltratie verkregen bewijsmateriaal doorslaggevend is geweest voor de veroordeling. Derhalve acht ik het verkrijgen van nieuw en relevant

¹¹⁸ Kruissink e.a. 1999, p. 18.

¹¹⁹ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 274.

¹²⁰ Kruissink e.a. 1999, p. 21.

¹²¹ Kruissink e.a. 1999, p. 90-92; 108.

¹²² Kruissink e.a. 1999, p. 125-132.

¹²³ Kruissink e.a. 1999, p. 98.

bewijsmateriaal een betere indicator om de effectiviteit van infiltratie te toetsen. Ook het bereiken van vooraf vastgestelde doelen acht ik een goede indicator om de effectiviteit van de infiltratie te meten. Het bereiken van vastgestelde doelen duidt er op dat politie en justitie in grote mate het infiltratie-traject onder controle hebben gehouden. In dat verband heeft het onderzoek van het WODC vastgesteld dat van de bestudeerde zaken slechts één zaak volledig volgens plan is verlopen. Daarnaast werd in vijf gevallen contact gelegd met een vertrouweling van de hoofdverdachte, bijvoorbeeld de rechterhand of een familielid van deze verdachte. In zes zaken werd contact gelegd met de hoofdverdachte(n) zelf.¹²⁴ Het leggen van contact met een bepaald subject betekent echter niet dat dit tot nieuw en relevant bewijsmateriaal leidt.

Naar aanleiding van dit eerste onderzoek heeft het WODC moeite om algemene factoren aan te wijzen die een positieve dan wel negatieve invloed hebben gehad op de effectiviteit van de infiltratie. De negentien zaken die het WODC heeft bestudeerd, laten een te diffuus beeld zien om hieromtrent harde conclusies te trekken. Desalniettemin ziet het WODC aanwijzingen dat een tweetal factoren het resultaat van infiltratie-traject beïnvloeden. Allereerst het feit of een onderzoek is gestart naar aanleiding van een internationaal assistentieverzoek. Daarnaast het aspect van de positie van de infiltrant bij aanvang van de infiltratie. Het leggen van contact en het wekken van vertrouwen met de verdachte blijken belangrijke voorwaarden voor het verkrijgen van relevante informatie. Voor politie-infiltranten is het vaak lastig dit contact te leggen. Een informant zou uitkomst kunnen bieden, maar het WODC betoogt dat sinds de Commissie Van Traa het leggen van een eerste contact door middel van een informant, nauwelijks meer tot de mogelijkheden behoort. In een dergelijke situatie zou een criminele burgerinfiltrant uitkomst kunnen bieden als hij connecties heeft met de verdachte(n) of criminele groepering. Door dit contact kan een criminele burgerinfiltrant veel tijd en moeite besparen bij het wekken van vertrouwen. Hierdoor kan de criminele burgerinfiltrant sneller toegang krijgen tot relevant bewijsmateriaal. Het WODC heeft echter vastgesteld dat het bestaan van een crimineel contact geen garantie vormt voor een succesvolle afloop van infiltratie.¹²⁵

Ook na de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft het WODC onderzoek gedaan naar de effectiviteit van infiltratie. Door het WODC is vastgesteld dat in de periode 2000 – 2005 in Nederland zestien keer een verzoek bij het College van procureurs-generaal is ingediend voor de inzet van infiltratie. Aangezien in deze periode criminele burgerinfiltratie niet is toegestaan zien de resultaten van dit onderzoek louter op de inzet van politieke burgerinfiltratie. Gelet op de grotere risico's die aan de inzet van (criminele) burgerinfiltranten is verbonden, is terughoudendheid geboden bij de duiding hanteren van de volgende onderzoeksresultaten.

In veertien van de zestien zaken is daadwerkelijk een infiltratie-traject van start gegaan. De infiltratie-trajecten in tien zaken hebben een bijdrage aan de opsporing en/of berechting geleverd. In zes gevallen heeft de bijdrage geleid tot bewijs op grond waarvan de verdachten zijn veroordeeld; in vijf gevallen speelde het bewijs een belangrijke rol bij de veroordeling.¹²⁶ In het rapport van het WODC is echter te lezen dat voor deze vijf zaken moeilijk is aan te geven of de uitkomst ook met andere middelen kon worden bereikt. Mijns inziens is dat een belangrijke conclusie, vooral

¹²⁴ Kruissink e.a. 1999, p. 80-82.

¹²⁵ Kruissink e.a. 1999, p. 109.

¹²⁶ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 207-208.

gelet op de subsidiariteits. Hetzelfde onderzoek heeft immers uitgewezen dat inzet van stelselmatige informatiewinning en pseudokoop tot resultaten heeft geleid die waarschijnlijk niet of minder makkelijk met andere opsporingsmethoden konden worden bereikt.¹²⁷ Dat roept de vraag op of de infiltratie in deze vijf zaken wel voldoet aan de eis van subsidiariteit. Wellicht dat minder zware opsporingsmethoden in de concrete gevallen uitkomst hadden kunnen bieden. Een vergelijking tussen de twee onderzoeken van het WODC is nauwelijks mogelijk, omdat beide onderzoeken verschillende onderzoeksmethoden hebben gehanteerd. Het WODC raadt dan ook af om effectiviteitspercentages van de onderzoeken met elkaar te vergelijken. Dat geldt des te meer nu niet duidelijk is hoe deze percentages moeten worden berekend: mogen alleen resultaten worden gebruikt waarbij het infiltratie-traject nieuw bewijs heeft opgeleverd of mag als resultaat ook sturingsinformatie worden gebruikt?¹²⁸

De onderzoeken van het WODC laten naar mijn mening zien dat het uiterst lastig is om harde conclusies te presenteren omtrent de effectiviteit van criminele burgerinfiltratie. Dat geldt meer in het bijzonder als men in ogenschouw neemt dat het laatste onderzoek van het WODC geen betrekking heeft op de inzet van criminele burgerinfiltranten. Het is dan ook van belang om met voorzichtigheid de onderstaande conclusies te lezen. Mijns inziens moet erkend worden dat criminele burgerinfiltranten in een unieke positie ten opzichte van verdachten of een criminele groepering kunnen staan. Ik noem de positie uniek, omdat die voor opsporingsambtenaren en niet-criminele burgers onmogelijk dan wel nagenoeg onmogelijk te realiseren is. Vrijwel altijd zal een criminele burgerinfiltrant over bepaalde connecties beschikken die niet of nauwelijks zijn te maken voor opsporingsambtenaren of niet-criminele burgers. Aldus kan een criminele burgerinfiltrant tijd en moeite besparen bij het wekken van vertrouwen van de verdachte(n). Daarnaast zijn er naar mijn mening wel bedenkingen te plaatsen bij de effectiviteit van de inzet van criminele burgerinfiltranten. Dat een criminele burgerinfiltrant over een unieke positie ten opzichte van een hoofdverdachte of criminele groepering beschikt, betekent immers niet dat ook met succes bewijsmateriaal wordt verzameld. De onderzoeken van het WODC hebben uitgewezen dat het bestaan van een crimineel contact geen garantie betekent voor een goed resultaat in strafprocessuele zin. Aldus is de effectiviteit van infiltratie, meer in het bijzonder die omtrent de inzet van criminele burgerinfiltranten, discutabel.

2.6 Afsluitend

In deze paragraaf is naar voren gekomen dat de inzet van criminele burgerinfiltranten allesbehalve risicoloos is. Naar aanleiding van de IRT-affaire heeft de Commissie Van Traa geadviseerd geen criminele burgerinfiltranten te gebruiken bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Dat advies is door de minister van Justitie niet overgenomen bij het indienen van het voorstel van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. Desalniettemin is door de motie Kalsbeek alsnog een verbod op de criminele burgerinfiltrant tot stand gebracht. Het hoge processuele afbreukrisico, de slechte controle op het handelen van een criminele burgerinfiltrant en de mogelijke 'dubbele agenda' van een criminele burgerinfiltrant zijn dé argumenten die ten grondslag liggen aan de motie Kalsbeek. Ten opzichte van de risico's die kleven aan de inzet van criminele burgerinfiltranten is ook een aantal

¹²⁷ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 210-211.

¹²⁸ Kruisbergen & De Jong 2010, p. 249.

voordelen te noemen, te weten: de verkrijging van bewijs dat door andere opsporingsmethoden niet kan worden verkregen en een versterking van de informatiepositie van de politie. Wat betreft de effectiviteit van de inzet van criminele burgerinfiltranten is vastgesteld dat deze discutabel is.

De rechtspolitieke keuze gebruik te maken van criminele burgerinfiltranten kan niet los worden gezien van de juridische knelpunten die zich bij de inzet van criminele burgerinfiltranten voordoen. In dat verband is eerder gewezen op het gevaar van uitlokking en het gebrek van controle daarop. In dit hoofdstuk is ook de vraag naar voren gekomen in hoeverre een specifieke wettelijke bepaling in het Wetboek van Strafvordering noodzakelijk is voor de inzet van criminele burgerinfiltranten. Alvorens in hoofdstuk 4 het voorstel van de huidige minister inzake de criminele burgerinfiltrant aan een grondige analyse te onderwerpen, is het noodzakelijk de zojuist genoemde juridische problematiek te onderzoeken. Die juridische problematiek staat centraal in het volgende hoofdstuk.

3. Juridische knelpunten van de inzet van criminele burgerinfiltranten

3.1 Een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant in het Wetboek van Strafvordering

Inleiding

Ten aanzien van de inzet van criminele burgerinfiltranten is een aantal juridische bezwaren te noemen. Zo is in het vorige hoofdstuk uitvoerig gesproken over het gebrek aan controle op het handelen van een criminele burgerinfiltrant en de daarmee samenhangende problematiek van uitlokking. Alvorens de problematiek van uitlokking te bestuderen, zal eerst worden ingegaan op de kwestie of de criminele burgerinfiltrant een specifieke wettelijke regeling behoeft. Nadat het voorstel van de minister op 5 juli 2013 aan de Tweede Kamer is toegezonden, heeft op 19 oktober 2013 een Algemeen Overleg plaatsgevonden. Tijdens dit overleg hebben diverse Kamerleden naar voren gebracht dat het wenselijk en noodzakelijk is dat criminele burgerinfiltratie wordt vastgelegd in een eigen wettelijke bepaling in het Wetboek van Strafvordering. Het Wetboek van Strafvordering maakt, zoals gezegd, geen onderscheid tussen criminele en niet-criminele burgerinfiltranten. Door een specifieke wettelijke bepaling van de criminele burgerinfiltrant op te nemen, komt er een wettelijk onderscheid tussen de niet-criminele en criminele burgerinfiltrant. Ook bij de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is uitvoerig aandacht besteed aan de vraag of de criminele burgerinfiltrant een aparte wettelijke regeling behoeft. Zowel bij de behandeling van het wetsvoorstel van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden als tijdens het Algemeen Overleg van 19 oktober 2013, wordt door de minister een aparte wettelijke regeling van de criminele burgerinfiltrant niet noodzakelijk geacht. In verband met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel rijst de vraag of dit standpunt juist is. Daartoe zal in deze paragraaf worden onderzocht wat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel inhoudt. Voorts zal onderzoek plaatsvinden naar de vraag wat volgens het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in het Wetboek van Strafvordering moet worden geregeld. Welke gevolgen het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel heeft voor het fenomeen van de criminele burgerinfiltrant wordt in hoofdstuk 4 behandeld.

3.1.1 Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel

Het Wetboek van Strafvordering vangt sinds 1926 aan met de woorden: *‘Strafvordering heeft alleen plaats bij de wet voorzien’*. In art. 1 Sv is het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel verwoord. Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel kent een pendant in het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel.¹²⁹ Het materieel en strafvorderlijk legaliteitsbeginsel beogen samen een wettelijke grondslag voor de strafrechtspleging te verzekeren. Het doel van het legaliteitsbeginsel is een waarborg te vormen voor de vrijheid van het individu. De gedachte hierachter is dat het individu dient te worden beschermd tegen een willekeurig optredende overheid.¹³⁰ Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel is gericht op de normadressaten van de Trias Politica, te weten de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Het primaat ligt op basis van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel bij de wetgever. Dit betekent dat de

¹²⁹ Zoals opgenomen in art. 1 lid 1 Sr: ‘Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.’

¹³⁰ Corstens & Borgers 2011, p. 13.

andere machten binnen de rechtsstaat zich dienen te onthouden van het opstellen van strafbepalingen, het aanwijzen van bevoegde (rechterlijke) organen en het vaststellen van procedureregels.¹³¹ Dit brengt voor de wetgever een verplichting mee. De wetgever dient er voor te zorgen dat de strafbepalingen worden opgesteld, de bevoegde (rechterlijke) organen worden aangewezen en procedureregels worden vastgesteld. De wetgever heeft geen vrijbrief om het primaat van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel uit te besteden aan de rechter of administratie. Daarnaast verplicht het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel de rechterlijke en uitvoerende macht zich te onthouden van willekeurig handelen. Zij dienen te handelen binnen de bevoegdheidsruimte die de wetgever heeft gegeven. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de wetgever veelal niet in staat is om alles tot in detail te regelen. In zoverre moeten de handelingen van de rechterlijke en uitvoerende macht als aanvulling worden gezien op de wettelijke bepalingen die de wetgever heeft geformuleerd.

3.1.1.1 Achterliggende beginselen

In het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel zijn drie samenhangende beginselen te onderscheiden: het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van rechtseenheid en het democratiebeginsel.¹³² Het zwaartepunt van bovenstaande beginselen ligt bij het rechtszekerheidsbeginsel.¹³³ Het rechtszekerheidsbeginsel heeft betrekking op het zojuist naar voren gebrachte verbod van willekeurig handelen door de overheid. Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vereist dat de met strafrechtstoepassing belaste instanties zich onthouden van willekeur. Door het handelen van de overheid te onderwerpen aan het recht bewerkstelligt het legaliteitsbeginsel dat onvoorspelbaar en willekeurig handelen wordt tegengegaan. Daardoor hangt het rechtszekerheidsbeginsel nauw samen met de rechtsstaatgedachte.¹³⁴ Er zijn twee aspecten te onderscheiden aan deze rechtsstaatgedachte. In de eerste plaats het aspect van de voorzienbaarheid van de burger omtrent de rechtsgevolgen van zijn handelen. Het aspect van voorzienbaarheid stelt een burger in staat zijn gedrag af te stemmen op het te voorspellen overheidshandelen. Het tweede aspect ziet op de rechtsbescherming. Zoals gezegd, door het handelen van de overheid te binden aan wettelijke regels wordt een garantie gecreëerd tegen willekeurig handelen door de overheid. Dit betekent dat de rechten van de burgers niet mogen worden aangetast door het handelen van de overheid, tenzij voor dit handelen het recht een grondslag biedt. Groenhuijsen en Knigge brengen naar voren dat vooral in het rechtsbeschermende aspect de rechtsstaatgedachte tot uitdrukking komt.¹³⁵ Het rechtsbeschermende aspect geeft het rechtszekerheidsbeginsel op het terrein van het strafrecht een eigen lading. Ter onderbouwing voeren Groenhuijsen en Knigge aan dat het rechtszekerheidsbeginsel ook op andere rechtsgebieden, zoals het civiel recht, een rol van betekenis heeft. Het civiele recht heeft voornamelijk betrekking op de rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling. De bescherming van de burger tegen de overheid staat in het civiele recht niet centraal. Derhalve ligt in het civiele recht de nadruk op de voorspelbaarheid van het eigen handelen, oftewel het aspect van

¹³¹ HR 4 maart 1994, *NJ* 1994, 475, m. nt. Van Veen.

¹³² M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Afronding en verantwoording. Onderzoeksrapport Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 10-11.

¹³³ Corstens & Borgers 2011, p. 13; Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 16.

¹³⁴ J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv. Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

¹³⁵ Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 11-12.

voorzienbaarheid. Daarentegen staat in het strafrecht de verhouding tussen de burger en de overheid centraal. Daarbij strekt het strafrecht ertoe de burger te beschermen tegen een almachtige overheid. Aldus rechtvaardigt het rechtsbeschermende aspect van het rechtszekerheidsbeginsel een sterke binding van het handelen van de overheid aan de wet.

Nauw verbonden met het rechtszekerheidsbeginsel is het beginsel van rechtseenheid. Het beginsel van rechtseenheid strekt ertoe verbod van het recht tegen te gaan. Een verbod van het recht zorgt voor onoverzichtelijkheid. Dit heeft tot gevolg dat de burger grote moeite moet doen om kennis te nemen van het ter plekke geldende recht. Onoverzichtelijkheid brengt met zich dat het voor de burger lastiger is om zijn gedrag op het handelen van de overheid af te stemmen. Een verbod van het recht kan worden voorkomen door één, nationale codificatie tot stand te brengen. Een dergelijke codificatie zorgt voor een aanzienlijke vergroting van de toegankelijkheid en kenbaarheid van het recht. Naast deze verwevenheid met het rechtszekerheidsbeginsel, komt het beginsel van rechtseenheid ook zelfstandige betekenis toe. Het beginsel van rechtseenheid behelst volgens Groenhuijsen en Knigge immers ook een machtspolitiek aspect.¹³⁶ Dit machtspolitieke aspect ziet op de verhouding tussen de plaatselijke overheidsorganen en de organen van de centrale overheid. De gedachte achter het machtspolitieke aspect is dat ernaar moet worden gestreefd een codificatie op landelijk niveau tot stand te brengen. Voorkomen moet worden dat de regionale overheidsorganen regelgeving opstellen die (teveel) afwijkt van de wetgeving opgesteld door de centrale overheid. Een (te) grote diversiteit aan regelgeving leidt tot onoverzichtelijkheid. Onoverzichtelijkheid gaat ten koste van de rechtseenheid. De afgelopen jaren is het machtspolitieke aspect ook herkenbaar bij wetgeving afkomstig van Europees niveau. Op Europees niveau wordt er de afgelopen jaren, ook op het terrein van het strafrecht, gestreefd naar uniformiteit. Daartoe worden de bevoegdheden van de nationale overheidsorganen ingeperkt.¹³⁷ Drijfveer achter deze Europese eenwording is niet zozeer de wens burgers beter te beschermen, maar het realiseren van een grotere slagkracht van het strafrecht tegen de grensoverschrijdende criminaliteit. Gelet op dit pragmatische doel kan verschillend worden gedacht over het beginsel van de rechtseenheid. Het staat echter wel vast dat de totstandbrenging van regelgeving op landelijk niveau, waaraan de plaatselijke justitiële autoriteiten zijn gebonden, een uitstekend middel is om rechtseenheid te creëren.

Het democratiebeginsel ziet op de totstandkoming van het recht. De betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging bij de totstandkoming van het recht dient als een zekere garantie tegen het toekennen van bevoegdheden die een inbreuk maken op de vrijheden van de burgers. De gedachte hierachter is dat burgers alleen zullen instemmen met de toekenning van deze bevoegdheden indien zij noodzakelijk zijn, als zij qua inhoud duidelijk zijn en waarborgen van toepassing zijn die willekeurige toepassing van de bevoegdheden moeten tegengaan. Groenhuijsen en Knigge stellen vraagtekens bij het werkelijkheidsgehalte van het democratiebeginsel. Ter

¹³⁶ Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 13.

¹³⁷ Dit geldt voor zowel de wetgever, de rechter als het Openbaar Ministerie. Een illustrerend voorbeeld van een beperking is de vrijheid van de nationale rechter om het recht afkomstig van de Europese wetgever uit leggen. In geval van EG-recht zal de nationale rechter bij twijfel over de juiste interpretatie van de desbetreffende bepaling een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te Luxemburg moeten voorleggen.

onderbouwing brengen zij naar voren dat de geschiedenis (van onder meer Nazi-Duitsland) ons leert dat de bemoeienis van een parlement geen absolute garantie is wat betreft de morele waarde van wetgeving.¹³⁸ Desalniettemin vormt de onderwerping van de wetgeving aan het publieke debat een belangrijke waarborg tegen willekeur. Daarmee heeft het democratiebeginsel, evenals het rechtszekerheidsbeginsel, een zekere verbondenheid met de rechtsstaatgedachte.

Volgens Groenhuijsen en Knigge kan aan de zojuist besproken beginselen nog een vierde argument worden toegevoegd, dat ervoor pleit om het strafrecht bij wet te regelen. Dit argument vindt zijn oorsprong bij de gewenste effectiviteit van het recht. Derhalve spreken Groenhuijsen en Knigge over het 'effectiviteitsargument'.¹³⁹ Dit argument sluit aan bij de verschillen tussen wettenrecht en rechtersrecht. Groenhuijsen en Knigge zijn van mening dat wetgeving een beter instrument is om de diverse belangen die op het spel staan beter af te wegen, dan rechtersrecht. Een eerste voordeel van wetgeving boven rechtersrecht is dat wetgeving in één keer een allesomvattende regeling kan treffen. Een rechter daarentegen zal altijd afhankelijk zijn van het concrete geval dat hem wordt voorgelegd. Dit betekent dat het langer duurt voordat het rechtersrecht een regeling tot stand heeft gebracht die even precies en nauwkeurig is als een wettelijke bepaling. Dat geldt des te meer in een dynamische samenleving, waarin de maatschappelijke veranderingen een voortdurende en snelle aanpassing van het recht vereisen. In tegenstelling tot de rechter kan de wetgevende macht volgens Groenhuijsen en Knigge wel in dergelijke aanpassingen voorzien. Een tweede voordeel is dat de wetgevende macht voorzieningen kan treffen die al snel de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Zo is het niet goed denkbaar dat de rechter institutionele veranderingen doorvoert. Het in leven roepen van organen en instanties behoort niet tot het takenpakket van de rechter. De ruimte voor de rechter om dergelijke handelingen te verrichten is kleiner dan voor de wetgever. Aldus kan het instrument wetgeving het belang van burgers bij een effectieve strafrechtspleging en het belang van rechtsbescherming tegen willekeurig overheidsoptreden, beter (effectiever) dienen dan rechtersrecht.

3.1.1.2 Bij de wet voorzien

De drie achterliggende beginselen van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vormen een overtuigende argumentatie om het strafprocesrecht bij de wet te regelen. De vraag is welke gradatie van wetgeving het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vereist. Anders gezegd: moet strafvordering bij wet in formele zin worden geregeld of mag strafvordering ook in lagere wetgeving worden geregeld. In dit verband is van belang om in ogenschouw te nemen dat er een hiërarchie bestaat tussen de verschillende soorten wet- en regelgeving. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen wetten in formele zin, algemene maatregelen van bestuur (AMvB's) en ministeriële regelingen. De wet in formele zin neemt de belangrijkste positie in, na internationale verdragen, het Statuut en de Grondwet.

In art. 1 Sv is opgenomen dat de strafvordering '*bij de wet is voorzien*'. Deze terminologie duidt erop dat elke daad van strafvordering een basis in de wet in formele zin moet hebben. Als uitgangspunt wordt dan ook gehanteerd dat art. 1 Sv in

¹³⁸ Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 14.

¹³⁹ Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 15-16.

beginsel doelt op een wet in formele zin.¹⁴⁰ Dit betekent dat strafvordering in een wet wordt geregeld die is vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal.¹⁴¹ Strafrecht is geen lokaal of provinciaal recht, maar nationaal recht. Het vereiste dat strafvordering bij een wet in formele zin moet zijn geregeld, gaat de opkomst van regionaal en lokaal strafrecht tegen. De eis dat strafvordering bij een wet in formele zin moet zijn geregeld kan als een zekere kwaliteitseis worden gezien. Alleen de zware procedure van de totstandkoming van wetten in formele zin wordt wenselijk geacht bij het vaststellen van strafrecht.¹⁴² De totstandkoming van een wet in formele zin doorloopt altijd een vast traject. Als eerste brengt de Raad van State zijn advies uit over het wetsvoorstel. Vervolgens wordt het wetsvoorstel naar de Tweede Kamer toegezonden, waar het wordt behandeld door een vaste Kamercommissie ter voorbereiding van de plenaire behandeling. Na de plenaire behandeling, en eventuele amendementen, volgt een stemming in de Tweede Kamer. Komt het wetsvoorstel door de stemmingsronde in de Tweede Kamer, dan gaat het wetsvoorstel naar de Eerste Kamer. In de Eerste Kamer wordt het wetsvoorstel, meestal geheel schriftelijk, besproken en opnieuw in stemming gebracht. In tegenstelling tot de Tweede Kamer heeft de Eerste Kamer geen recht van amendement. Dit kan soms worden omzeild door een novelle. Een novelle houdt in dat de Eerste Kamer te kennen geeft slechts in te stemmen met het wetsvoorstel wanneer in een nieuw wetsvoorstel enkele wijzigingen worden aangebracht. Indien een wetsvoorstel door zowel de Eerste als de Tweede Kamer wordt aangenomen, dan treedt het wetsvoorstel in werking nadat het is bekrachtigd en bekend gemaakt.¹⁴³

Dat in art. 1 Sv wordt bedoeld op een wet in formele zin vindt steun in het Muilkorf-arrest van de Hoge Raad.¹⁴⁴ In dit arrest stond de lokale politieverordening van Bergen op Zoom centraal. In deze politieverordening kwam tot uitdrukking dat het zonder muilkorf laten loslopen van honden die langer waren dan 65 cm, verboden was. De eigenaar of houder van een hond moest zijn hond op het politiebureau laten opmeten, indien de politie vermoedde dat een ongemuilkorfd loslopende hond deze lengte overschreed. De verordening wordt door de Hoge Raad onverbindend verklaard, omdat deze in strijd is met art. 1 Sv. Aldus is volgens de Hoge Raad een regeling van opsporing bij plaatselijke verordening niet toegelaten.

Het uitgangspunt dat in art. 1 Sv wordt bedoeld op een wet in formele zin is echter geen dwingende eis. Er is geen sprake van een harde regel, maar van een beginselverklaring.¹⁴⁵ Art. 1 Sv stelt immers niet met zoveel woorden dat de wijze van strafvordering in een wet in formele zin moet zijn geregeld. Het woordgebruik van art. 1 Sv wijst erop dat delegatie van wetgeving is toegestaan. In het Bloedproef-arrest heeft de Hoge Raad in art. 1 Sv een delegatiebevoegdheid gelezen. In het concrete geval was er sprake van delegatie en subdelegatie. Dit wordt door de Hoge Raad niet in strijd geacht met art. 1 Sv.¹⁴⁶ Als gevolg van deze delegatiebevoegdheid laat de wetgever het soms aan de Kroon of de minister om nader invulling te geven aan een bepaling in het Wetboek van Strafvordering. Zo kan worden gewezen op art.

¹⁴⁰ G. Corstens, 'De wet als bron van strafrecht', in: J. Rummelink, *Naar eer en geweten*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 97.

¹⁴¹ Art. 81 Gw.

¹⁴² Corstens & Borgers 2011, p. 14.

¹⁴³ Janssen 2013, p. 176.

¹⁴⁴ HR 12 april 1897, *W* 1897. Zie ook: Corstens 1987, p. 97; Corstens 2011, p. 14; G. Knigge, *Leerstukken van strafrecht*, vijfde druk, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 2.

¹⁴⁵ Knigge 2001, p. 2.

¹⁴⁶ HR 18 oktober 1983, *NJ* 1984, 97, m. nt. Van Veen.

62 lid 3 Sv, waarin onder meer staat dat de eisen waaraan de voor de inverzekeringstelling bestemde plaatsen moeten voldoen, naar beginselen bij of krachtens de wet te stellen, worden geregeld bij algemene maatregel van bestuur. Ook in enkele wettelijke bepalingen van de bijzondere opsporingsmethoden zijn voorbeelden te vinden waarin aan een lagere wetgever wordt gedelegeerd.¹⁴⁷ Nu de wetgever in het Wetboek van Strafvordering gebruik maakt van zijn delegatiebevoegdheid, is de opvatting gerechtvaardigd dat art. 1 Sv ruimte biedt voor delegatie.¹⁴⁸

De vraag ontstaat hoe deze delegatiebevoegdheid zich verhoudt met het codificatie-artikel in de Grondwet. Art. 107 Gw bepaalt: *'De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten'*. De praktijk heeft uitgewezen dat het onmogelijk is om alle strafprocesrecht in één wetboek te regelen. In zoverre moet art. 107 Gw dan ook niet zozeer als een absolute eis worden gezien. Corstens heeft gezegd dat het huidige art. 107 Gw moet worden gezien als een aansporing om het strafprocesrecht zoveel mogelijk in één wetboek te regelen. Onderdelen van het strafprocesrecht die groter van omvang zijn, kunnen zo nodig in algemene, stelselmatige wetten in formele zin worden opgenomen.¹⁴⁹ Als dit laatste ook niet mogelijk is, kan volgens Corstens uitkomst worden gezocht in andere wetten in formele zin.¹⁵⁰ Door de verspreiding van strafprocesrecht in bijzondere wetten worden de samenhang, stelselmatigheid, overzichtelijkheid en toegankelijkheid van wetgeving eenvoudig ondergraven. Volgens Knigge wordt de eis van een bij formele wet geregelde strafprocedure uitgehold, indien op grote schaal wordt gedelegeerd.¹⁵¹ In dergelijke gevallen komt delegatie op gespannen voet te staan met het rechtszekerheidsbeginsel.

Concluderend moet worden aangenomen dat art. 1 Sv en art. 107 Gw zich niet verzetten tegen delegatie aan een lagere wetgever. Wel vereisen het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel en het codificatie-artikel dat strafvordering zo veel mogelijk in een wet in formele zin wordt geregeld. De terminologie van art. 1 Sv en art. 107 Gw moet niet worden opgevat als een aansporing tot delegatie. Sterker nog, terughoudendheid is geboden bij het toepassen van delegatie. Indien te ruimhartig wordt omgegaan met delegatie op het terrein van strafvordering wordt de burger tekort gedaan.

3.1.1.3 Wat is strafvordering?

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat strafvordering zoveel mogelijk dient plaats te vinden bij wet in formele zin. Delegatie van strafvordering is echter toegestaan. De vraag rijst wat zoveel mogelijk in het Wetboek van Strafvordering moet worden geregeld. Art. 1 Sv spreekt over *'strafvordering'*. In de Memorie van Toelichting bij de totstandkoming van art. 1 Sv, wordt aan strafvordering de volgende betekenis gegeven: *'de geheele procedure in strafzaken'*.¹⁵² Na de Memorie van Toelichting heeft de toenmalige minister uitgesproken dat de term strafvordering zowel op de opsporing, vervolging, berechting en de tenuitvoerlegging ziet.¹⁵³ De

¹⁴⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld art. 126ee Sv en art. 126o lid 6 Sv.

¹⁴⁸ Vgl. Corstens & Borgers 2011, p. 16.

¹⁴⁹ Bijvoorbeeld de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en de Wet economische delicten.

¹⁵⁰ Corstens & Borgers 2011, p. 16.

¹⁵¹ Knigge 2001, p. 3-4.

¹⁵² K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 200.

¹⁵³ *Kamerstukken II 1917-1918*, nr. 77, 1, p. 20.

term strafvordering vormt een verruiming van de terminologie uit het oude Wetboek van Strafvordering. In art. 1 Sv van het wetboek van 1838 werd immers gesproken over ‘tot straf vervolgd of veroordeeld worden’.¹⁵⁴ Deze oude terminologie had alleen betrekking op de vervolging en veroordeling van verdachten. Zoals zojuist gezegd omvat de (nieuwe) term strafvordering ook de opsporing van strafbare feiten. Derhalve is bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering 1926 sprake van een verruiming van het bereik van art. 1 Sv.

De term strafvordering heeft geen afgebakende betekenis. Er is bewust gekozen om geen betekenisbepaling van strafvordering in het Wetboek van Strafvordering op te nemen. Een dergelijke bepaling zou alleen maar tot verwarring leiden. Rozemond trekt hieruit de conclusie dat een restrictieve uitleg van de term strafvordering niet op zijn plaats is.¹⁵⁵ Volgens Rozemond is art. 1 Sv bewust ruimer geformuleerd, zodat wordt verzekerd dat het artikel van toepassing is op het gehele strafproces. Dit biedt ruimte voor de wetenschap en de praktijk om de betekenis van art. 1 Sv verder in te vullen. Derhalve biedt de wetsgeschiedenis aanknopingspunten om art. 1 Sv ruim uit te leggen. Hierdoor kan worden betoogd dat ook de proactieve fase van de opsporing onder het bereik van strafvordering (en dus onder art. 1 Sv) valt. Ook Corstens brengt naar voren dat ‘vroegsporing’ onder strafvordering valt.¹⁵⁶ Daarbij zoekt Corstens aansluiting bij de huidige betekenis van het opsporingsbegrip, geformuleerd in art. 132a Sv. Onder opsporing verstaat men het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijk beslissingen. Sinds de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden en de Wet terroristische misdrijven staat buiten kuif dat het onderzoek naar toekomstige strafbare feiten onder strafvordering valt.

3.1.1.4 Geslotenheid van het stelsel van strafvordering

Een ander andere vraag die rijst in verband met art 1 Sv is of de wettelijke regeling exclusief moet zijn. In art. 1 Sv is te lezen dat strafvordering alleen bij de wet is voorzien. Dat lijkt te duiden op een gesloten systeem van strafvordering. Deze opvatting zou betekenen dat ongeschreven recht, zoals rechtersrecht, geen basis kan vormen voor regels van strafvordering. Cleiren heeft onderzoek verricht naar de geslotenheid van het stelsel van strafvordering.¹⁵⁷ In haar onderzoek concludeert Cleiren dat leemten in het stelsel van strafvordering voorkomen. Voor die conclusie acht Cleiren een drietal aspecten van belang. Zo zijn er allereerst in het Wetboek van Strafvordering bepalingen terug te vinden die gebruik maken van vage termen. Deze vage termen vergen interpretatie van de rechter en de uitvoerende macht. Ter illustratie wijst Cleiren op de term ‘ernstige bezwaren’, die in veel artikelen van het Wetboek van Strafvordering is terug te vinden. Een tweede aspect is dat het Wetboek van Strafvordering bepalingen bevat waarin een eigen beslissingsbevoegdheid aan de rechterlijke of uitvoerende macht wordt toegekend. Als voorbeeld is het opportuniteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 167 Sv, te noemen. Het opportuniteitsbeginsel geeft het Openbaar Ministerie een grote discretionaire bevoegdheid. Ondanks dat de bevoegdheid van art. 167 Sv geen rechtstreekse inbreuk maakt op de rechten en vrijheden van de burger, biedt deze bevoegdheid wel een

¹⁵⁴ Corstens & Borgers 2011, p. 17.

¹⁵⁵ Rozemond 1998, p. 201.

¹⁵⁶ Corstens & Borgers 2011, p. 19.

¹⁵⁷ C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

grondslag voor niet bij de wet omschreven handelingen van het Openbaar Ministerie. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan het opstellen van richtlijnen door het Openbaar Ministerie en de voeging ad informandum. Een laatste aspect is dat het Wetboek van Strafvordering vele bepalingen bevat die niet in detail omschrijven welke handelingen zijn toegestaan of onder welke omstandigheden een bevoegdheid mag worden uitgeoefend.¹⁵⁸ Kortom, niet elke handeling van organen die betrokken zijn bij de strafrechtspleging is impliciet of expliciet juridisch genormeerd. Op basis van de zojuist behandelende drie aspecten van het Wetboek van Strafvordering stelt Cleiren vast dat het stelsel van strafvordering leemten bevat. Een stelsel met leemten impliceert de openheid als eigenschap van een stelsel.¹⁵⁹

De leemten die de wetgever in het Wetboek van Strafvordering heeft gecreëerd, mogen door de rechterlijke macht en uitvoerende macht worden aangevuld, zolang het stelsel die bevoegdheid aan de rechtstoepasser geeft. Zoals in paragraaf 3.1.1 al naar voren kwam, richt art. 1 Sv zich ook tot de rechter en uitvoerende macht. Derhalve rust op de rechterlijke en uitvoerende macht een plicht om nader invulling te geven aan de door de wetgever gecreëerde leemte. Derhalve behoeft de wettelijke regeling niet exclusief te zijn. Ongeschreven recht (rechtersrecht) kan dus eveneens een bron van strafvordering zijn. In dit verband spreekt Corstens zelfs van een illusie dat al het handelen van de rechtstoepassers bij de wet kan worden geregeld. De omvang van het Wetboek van Strafvordering zou buitensporige proporties aannemen indien alle handelingen van de rechtstoepasser bij wet (in formele zin) moeten worden vastgesteld. Het is niet het doel van de wetgever om al deze handelingen in het Wetboek van Strafvordering op te nemen. De wetgever heeft slechts de belangrijkste punten in het Wetboek van Strafvordering geregeld. Volgens Corstens biedt art. 1 Sv de ruimte voor de nadere vormgeving van onderzoeksmethoden en voor het scheppen van allerlei administratieve procedureregels. Art 1 Sv staat immers niet in de weg aan het uitoefenen van activiteiten die geen inbreuk maken op de vrijheid van de burger. Corstens vraagt zich daarentegen wel af of de praktijk niet verder is gegaan en of geen fenomenen buitenwettelijk zijn gecreëerd, terwijl een wettelijke basis is vereist. Ter illustratie wijst hij op de buitenwettelijke dwangmiddelen, de voeging ad informandum en de kroongetuige.¹⁶⁰

Groenhuijsen en Knigge brengen eveneens naar voren dat het legaliteitsbeginsel er niet toe dwingt om het gehele strafproces in de wet vast te leggen. De achterliggende beginselen, te weten het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van rechtseenheid en het democratiebeginsel, verzetten zich volgens Groenhuijsen en Knigge niet tegen een nadere normering van de rechter en een lagere wetgever. Aanvullende en corrigerende rechtspraak is zelfs vaak onmisbaar. Het bestaan van buitenwettelijk recht doet volgens Groenhuijsen en Knigge niets af aan de achterliggende beginselen. Ook het EHRM vereist niet dat strafvordering bij wet plaatsvindt. Onder law in de zin van de bepalingen van het EVRM wordt door het EHRM zowel geschreven als ongeschreven recht verstaan.¹⁶¹ Dit betekent dat het recht waaraan de overheid is gebonden niet alleen wettenrecht betreft, laat staan dat het handelen van de overheid uitsluitend is gebonden aan een wet in formele zin. Ook (ongeschreven) jurisprudentierecht komt

¹⁵⁸ Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is art. 52 Sv.

¹⁵⁹ Cleiren 1992, p. 28.

¹⁶⁰ Corstens & Borgers 2011, p. 20-21.

¹⁶¹ Zo heeft het EHRM bepaald in het Sunday Times-arrest: EHRM 26 april 1979, *appl. no. 6538/74*, par. 47 (The Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk).

volgens het EHRM in aanmerking.¹⁶² Aldus gaat het EHRM uit van een substantieel begrip van het recht en niet van een formeel begrip.¹⁶³

3.1.1.5 Kwaliteit van het recht

In de vorige paragraaf is kort het uitgangspunt van het EHRM aan bod gekomen. In de rechtspraak van het EHRM wordt duidelijk dat law in de zin van de bepalingen van het EVRM zowel geschreven als ongeschreven recht omvat. Daarnaast worden in de jurisprudentie van het EHRM kwaliteitseisen gesteld aan het nationale recht. Deze kwaliteitseisen moeten los worden gezien van de kwaliteitseis die in paragraaf 3.1.1.3 is genoemd. De kwaliteitseis die in paragraaf 3.1.1.3 naar voren kwam ziet op de kwaliteit van het wetgevingsproces. Daarbij is betoogd dat het wetgevingsproces van een wet in formele zin wenselijk(er) wordt geacht voor de totstandbrenging van regels omtrent strafvordering, omdat dit proces voorziet in diverse waarborgen. De kwaliteitseisen van het EHRM hebben betrekking op de kwaliteit van de wetgeving zelf.

De kwaliteitseisen van het EHRM komen duidelijk tot uitdrukking in de jurisprudentie inzake art. 8 lid 2 EVRM. In art. 8 EVRM is het recht op privacy neergelegd. In dit artikel komt tot uitdrukking dat een inbreuk op het recht op privacy van een burger door de overheid slechts is toegestaan indien deze inbreuk bij 'law' is voorzien, de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving en de inbreuk één van de art. 8 lid 2 EVRM genoemde doelen dient.¹⁶⁴ Ten aanzien van de eis dat een inbreuk bij 'law' moet zijn voorzien, heeft het EHRM zijn jurisprudentie met betrekking tot de kwaliteitseisen van het recht tot stand gebracht. Daarbij onderscheidt het EHRM twee aspecten. In de eerste plaats dient de inbreuk op het recht op privacy een grondslag te hebben in het nationale recht.¹⁶⁵ Deze eis is hierboven in paragraaf 3.1.1.5 behandeld. Daarnaast stelt het EHRM kwaliteitseisen aan de inhoud van het nationale recht. Deze kwaliteitseis houdt in dat het recht voor de burgers toegankelijk (accessible) en voorzienbaar (foreseeable) is. Bovendien dient het recht in overeenstemming te zijn met de rule of law.¹⁶⁶ Wat betreft de toegankelijkheid dient de burger toegang te hebben tot het (geschreven of ongeschreven) recht. De eis van toegankelijkheid vereist dat het recht beschikbaar is voor de burgers. Daarbij heeft het EHRM aanvaard dat burgers voor het begrijpen van de inhoud van het recht soms juridische hulp moeten inschakelen.¹⁶⁷ Het EHRM heeft overwogen dat de burger in staat moet zijn *'to have an indication that is adequate in*

¹⁶² De ratio van deze benadering van het EHRM is gelegen in het verschil tussen common law en civil law stelsels. Indien het EHRM slechts geschreven recht als 'law' in de zin van de bepalingen van het EVRM zou aanmerken, zou de praktijk van vrijwel alle common law stelsels in strijd zijn met het EVRM. Derhalve stelt het EHRM niet de eis dat 'law' in de zin van het EVRM slechts wettenrecht inhoudt. Een dergelijke eis gaat het EHRM te ver, omdat die de wortels van de common law stelsels zou raken.

¹⁶³ Rozemond 1998, p. 226; EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523, par. 62, m. nt. Dommering (Kruslin & Huvig t. Frankrijk).

¹⁶⁴ Hier zal niet uitvoerig worden ingegaan op de 'legitimate aims' genoemd in art. 8 lid 2 EVRM, aangezien zij niet van belang zijn voor de behandeling van de kwaliteitseis die het EVRM aan het recht stelt. Om diezelfde reden zal niet worden ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een inbreuk op het recht op privacy en wanneer de inzet van een opsporingsbevoegdheid noodzakelijk is in een democratische samenleving.

¹⁶⁵ EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523, par. 37, m. nt. Dommering (Kruslin & Huvig t. Frankrijk).

¹⁶⁶ EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523, par. 37, m. nt. Dommering (Kruslin & Huvig t. Frankrijk).

¹⁶⁷ Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, tweede druk, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 345.

the circumstances of the legal rules applicable in the given case'.¹⁶⁸ Over het algemeen levert de eis van toegankelijkheid geen problemen in zaken die zich voor het EHRM dienen.

De eis van voorzienbaarheid daarentegen zorgt wel voor de nodige aandacht in procedures voor het EHRM. Een norm wordt door het EHRM niet aangemerkt als recht zolang deze niet met voldoende precisie is geformuleerd. Daarbij is de toetssteen of een burger in staat is om op basis van de nauwkeurigheid van de rechtsnormen met voldoende zekerheid zijn gedrag op het recht af te stemmen.¹⁶⁹ De eis van voorzienbaarheid gaat niet zover dat een burger in staat wordt gesteld dat hij gedurende elk moment op de hoogte is wanneer een undercovermethode tegen hem wordt gebruikt. Echter, het recht moet wel dusdanig nauwkeurig zijn dat burgers een indicatie hebben onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de publieke autoriteiten bevoegd zijn om gebruik te maken van undercovermethoden.¹⁷⁰ Dat geldt des te meer indien sprake is van een discretionaire bevoegdheid. In geval van een discretionaire bevoegdheid vereist het EHRM tevens dat het bereik van de discretionaire bevoegdheid in het nationale recht is vastgelegd. De vereiste mate van precisie van de wettelijke bepaling hangt af van het onderhavige onderwerp. Bij de toepassing van undercovermethoden, waarvan de toepassing niet nauwkeurig controleerbaar is voor het grote publiek, is het in strijd met de rule of law om een ongelimiteerde bevoegdheid aan de overheid toe te kennen. Naast het bereik van de bevoegdheid dient het recht daarom ook duidelijk aan te geven op welke manier de undercovermethode moet worden uitgeoefend.¹⁷¹

In de zaak *Kruslin & Huvig t. Frankrijk* komt het EHRM tot de conclusie dat het Franse recht tekort schoot bij de voorzienbaarheidseis. In deze zaken ging het om de toepassing van de telefoontap als opsporingsmethode. Opsporingsmethoden die een grove inbreuk maken op het recht op privacy, zoals de telefoontap, vereisen volgens het EHRM een basis in het recht die bijzonder precies is. Duidelijke en gedetailleerde regels zijn in dergelijke gevallen vereist. In *Kruslin & Huvig t. Frankrijk* komt naar voren dat ingrijpende bevoegdheden extra waarborgen vereisen die bij het uitoefenen van de bevoegdheid in acht moeten worden genomen. De wettelijke bepaling van een ingrijpende opsporingsbevoegdheid moet daarom aangeven tegen welke categorie van personen de bevoegdheid mag worden ingezet, de duur van de uitoefening van de bevoegdheid, de aard van de strafbare feiten die de bevoegdheid legitimeert en de vormvoorschriften en verslagleggingseisen.¹⁷² In *Kruslin & Huvig t. Frankrijk* voldoet het Franse recht op een aantal punten niet aan deze kwaliteitseisen van het EHRM.

De eis dat het recht in overeenstemming dient te zijn met de rule of law impliceert dat de ratio van de kwaliteitseis is gelegen in de bescherming van de burger tegen willekeur.¹⁷³ Het recht dient volgens het EHRM waarborgen te bevatten die willekeurig handelen door de overheid tegengaan. Dat geldt des te meer in de

¹⁶⁸ EHRM 26 april 1979, *appl. no. 6538/74*, par. 49 (*The Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁶⁹ EHRM 26 april 1979, *appl. no. 6538/74*, par. 49 (*The Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁷⁰ EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523, par. 30, m. nt. Dommering (*Kruslin & Huvig t. Frankrijk*).

¹⁷¹ EHRM 25 maart 1983, *appl. nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75*, par. 88-89 (*Silver et. al. t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁷² EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523, par. 30 en 35, m. nt. Dommering (*Kruslin & Huvig t. Frankrijk*).

¹⁷³ Vgl. EHRM 10 maart 2009, *EHRC* 2011/9, par. 69, m. nt. Ölçer (*Bykov t. Rusland*).

gevallen waarbij de overheid betrokken is bij undercoveroperaties.¹⁷⁴ De bescherming tegen willekeur beperkt zich in de rechtspraak van het EHRM niet tot bescherming van willekeurige inbreuken op grondrechten. Het verbod op willekeur ziet tevens op de kwaliteit van de bewijsmiddelen of de kwaliteit van opsporingsmethoden waarbij wellicht geen inbreuken op grondrechten worden gemaakt.¹⁷⁵ Bij het formuleren van de wettelijke bepalingen ten aanzien van bijzondere opsporingsbevoegdheden moet rekening worden gehouden met bovenstaande kwaliteitseisen, zoals geformuleerd door het EHRM. Deze kwaliteitseisen kwamen ook tot uitdrukking in het rapport van de Commissie Van Traa.¹⁷⁶ Aldus zullen deze kwaliteitseisen een rol spelen bij mijn oordeel omtrent de wenselijkheid en gedetailleerdheid van een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant. Dit oordeel zal in het volgende hoofdstuk aan bod komen.

3.1.2 Wanneer behoeven opsporingsbevoegdheden een specifieke wettelijke basis?

In de paragrafen hierboven is vooral onderzocht wat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel inhoudt. Daarbij kwam naar voren dat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vereist dat strafvordering in beginsel bij de wet is voorzien. Duidelijk is geworden dat het streven van de wetgever erop moet zijn gericht strafvordering zoveel mogelijk in een wet in formele zin (bij voorkeur in het Wetboek van Strafvordering) te regelen. Delegatie is echter niet uitgesloten. Bovendien is er geen sprake van exclusiviteit van de wet: strafvordering mag ook worden geregeld in ongeschreven recht. In deze paragraaf wordt de aandacht verschoven naar de vraag welke opsporingsbevoegdheden een specifieke wettelijke basis nodig hebben. In deze paragraaf kan die vraag niet los worden gezien van de vraag hoe gedetailleerd een wettelijke bepaling omtrent een (bepaalde) opsporingsbevoegdheid dient te zijn. Het gegeven dat een specifieke wettelijke bepaling is vereist, zegt immers niets over de inhoud van deze bepaling. Derhalve is het van belang deze vragen afzonderlijk te benoemen. De vragen worden hier echter gezamenlijk behandeld, omdat ze niet geheel los van elkaar kunnen worden gezien.

Ten aanzien van de vraag welke opsporingsbevoegdheden een specifieke wettelijke basis nodig hebben, is het algemene standpunt dat een bevoegdheid een specifieke wettelijke bepaling behoeft indien de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid een inbreuk maakt op één van de grondrechten van een burger. Het uitgangspunt dwingt de wetgever er toe om de in het geding zijnde belangen van een bepaald grondrecht tegen elkaar af te wegen. Het resultaat van deze belangenafweging wordt uiteindelijk opgenomen in de wet.¹⁷⁷ Aan die benadering kleven twee bezwaren. Ten eerste dat de reikwijdte van een grondrecht niet altijd duidelijk is. Daarnaast, en hier van meer belang, is het gegeven dat niet elke overheidsbemoediging een inbreuk op een grondrecht oplevert. Zo is bij de toepassing van enkele opsporingsmethoden, waaronder infiltratie, discutabel of toepassing van deze methoden een inbreuk op het

¹⁷⁴ Het risico op willekeurig handelen door de overheid wordt door het EHRM groter geacht bij undercoveroperaties: EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523, par. 30, m. nt. Dommering (Kruslin & Huvig t. Frankrijk).

¹⁷⁵ Deze laatste categorie van opsporingsmethoden ziet onder meer op de opsporingsmethode infiltratie, zie: Rozemond 1998, p. 230.

¹⁷⁶ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 451-453.

¹⁷⁷ M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Onderzoeksrapport Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 206.

recht op privacy oplevert. In dit verband heeft het EHRM overwogen dat burgers die strafbare feiten plegen rekening moeten houden met het risico dat zij worden geconfronteerd met een undercoveragent, wiens taak het is de criminele activiteiten te ontmaskeren. Om die reden maakt het inzetten van undercoveragenten geen inbreuk op het recht op privacy, aldus het EHRM.¹⁷⁸

Het uitgangspunt dat alleen een specifieke wettelijke bepaling is vereist op het moment dat een bevoegdheid een inbreuk maakt op een grondrecht is naar mijn mening tekort door de bocht. Het uitgangspunt geeft ook geen goede verklaring waarom de wetgever heeft gekozen een specifieke wettelijke bepaling voor infiltratie in het Wetboek van Strafvordering op te nemen. Het standpunt – dat opsporingshandelingen die geen inbreuk maken op grondrechten, geen specifieke wettelijke basis behoeven – kan gemakkelijk tot ondernormering van het opsporingsonderzoek leiden. Het enkele feit dat een bevoegdheid geen inbreuk maakt op een grondrecht kan er toe leiden dat dit standpunt als excuus wordt gebruikt door een wetgever om geen actie te ondernemen. Kortom, het ‘inbreuk-criterium’ als enige legitimatie voor een specifieke wettelijke bepaling schiet tekort. Deze constatering heeft Groenhuijsen en Knigge ertoe gebracht te stellen dat ook andere redenen een legitimatie kunnen vormen om over te gaan tot het opstellen van een specifieke wettelijke bepaling.¹⁷⁹ Ten eerste vinden Groenhuijsen en Knigge de betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek een argument om een opsporingsbevoegdheid een expliciete wettelijke basis te geven. De onschuldpresumptie¹⁸⁰ vereist dat de schuld van een verdachte (bij een strafbaar feit) zorgvuldig wordt vastgesteld. Het bewijs van deze schuld moet door het Openbaar Ministerie worden aangedragen. In het Nederlandse strafproces speelt daarbij het vooronderzoek een belangrijke rol. Op basis van de resultaten van het vooronderzoek kan in Nederland immers recht worden gedaan. Dit brengt mee dat aan het vooronderzoek hoge eisen moeten worden gesteld ten aanzien van de betrouwbaarheid. De betrouwbaarheid van de bewijsgaring in het vooronderzoek is dan ook een belangrijk argument voor een nadrukkelijke wettelijke regeling van de gebruikte opsporingsbevoegdheden.

Daarnaast is de bewaking van de integriteit van de opsporing een argument voor wettelijke normering van opsporingsbevoegdheden. De gedachte hierachter is dat de toepassing van bepaalde opsporingsbevoegdheden een (groot) risico voor de integriteit van de opsporing oplevert. Gelet op dit risico is een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk, aldus Groenhuijsen en Knigge. Dit argument verklaart tevens waarom een wettelijke regeling voor infiltratie in het Wetboek van Strafvordering is opgenomen. Zoals gezegd, kan men zich bij infiltratie afvragen of daadwerkelijk sprake is van een inbreuk op het recht op privacy. Desalniettemin is infiltratie, mede op advies van de Commissie Van Traa, reeds in het Wetboek van Strafvordering geregeld. De corruptiegevoeligheid van infiltratie vormt een veel sterker argument om een wettelijke normering tot stand te brengen dan de inbreuk op de privacy. Derhalve is de bewaking van de integriteit van de opsporing een belangrijk argument om opsporingsbevoegdheden een expliciete wettelijke basis te geven.

¹⁷⁸ EHRM 5 juni 1992, *appl. no. 12433/86* (Lüdi t. Zwitserland). Naar aanleiding van dit arrest is Trechsel van mening dat de redenering van het EHRM in het Lüdi-arrest niet overtuigt. Trechsel stelt daarbij de vraag waarom iemand die is verwickeld in het plegen van criminele activiteiten zijn recht op privacy zou hebben verspeeld, zie S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 556. Zie ook: HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 263.

¹⁷⁹ Groenhuijsen en Knigge 2001, p. 323.

¹⁸⁰ Zoals onder meer tot uitdrukking gebracht in art. 6 lid 2 EVRM.

Voorts kan worden gewezen op het argument van het opsporingsbelang. Hierbij kan zowel worden gedacht aan het verkleinen van de afbreukrisico's als aan een goede onderlinge afstemming van undercoveractiviteiten tussen de diverse teams van de politie. Volgens Groenhuijsen en Knigge moet worden voorkomen dat een burgerinfiltrant die door het ene team van de politie wordt ingezet, door een ander team wordt beschouwd als een verdachte. Een specifieke wettelijke bepaling draagt bij aan een goede coördinatie van de inzet van opsporingsbevoegdheden. Ook de wetgever heeft de laatste twee argumenten met zoveel woorden erkend als legitimatie voor een specifieke wettelijke bepaling van opsporingsbevoegdheden. In de Memorie van Toelichting bij de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden brengt de wetgever naar voren: *'Opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, ..., behoeven een voldoende specifieke basis in het Wetboek van Strafvordering.'*¹⁸¹

Als laatste wijzen Groenhuijsen en Knigge op de mogelijke disproportionaliteit met betrekking tot andere belangen dan die van de direct betrokkenen. Dit doet zich met name voor als de opsporingsbevoegdheid mede het plegen van strafbare feiten behelst. In dit verband brengen Groenhuijsen en Knigge naar voren dat het plegen van strafbare feiten door een infiltrant een belangenafweging vraagt die vaak beter kan worden uitgevoerd door de wetgever dan de rechter.¹⁸²

Op basis van deze argumenten moet worden geconcludeerd dat geen eenduidig antwoord is te geven op de vraag wanneer een specifieke wettelijke basis noodzakelijk is voor de inzet van een opsporingsbevoegdheid. De zojuist behandelde argumenten kunnen daarbij een handvat bieden. Als toetssteen dient men te hanteren of de belangen die in het geding zijn zonder specifieke wettelijke bepaling voldoende zijn gewaarborgd. Deze toetssteen moet ook worden gehanteerd bij de vraag hoe gedetailleerd een wettelijke bepaling dient te zijn. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het EHRM, zoals behandeld in paragraaf 3.1.1.6. In die jurisprudentie komt naar voren dat naarmate de inbreuk op de privacyrechten van burger groter is, er door het EHRM hogere eisen worden gesteld. Volgens Groenhuijsen en Knigge kan deze benadering van het EHRM worden doorgetrokken naar de hierboven genoemde argumenten.¹⁸³ Hoe precies de wettelijke bepaling uiteindelijk dient te zijn hangt in de rechtspraak van het EHRM mede af van de omstandigheden. Tot die omstandigheden horen ook de juridische en maatschappelijk context waarbinnen de wettelijke bepaling moet worden toegepast. Dit heeft tot gevolg dat in elke situatie steeds opnieuw zal moeten worden bekeken hoe gedetailleerd de wettelijke bepaling dient te zijn.¹⁸⁴ Welke gevolgen dit heeft voor het voorstel van de minister omtrent de criminele burgerinfiltrant zal ik in het volgende hoofdstuk bespreken.

3.2 Het instigatieverbod

Inleiding

In het tweede hoofdstuk is uitvoerig gesproken over het gebrek aan controle op het handelen van criminele burgerinfiltranten door de overheid. Dit gebrek aan controle heeft onder meer tot gevolg dat slecht is vast te stellen in hoeverre een verdachte door een (criminele burger)infiltrant is uitgelokt. De controle op uitlokking wordt dan ook

¹⁸¹ *Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 3.*

¹⁸² Groenhuijsen en Knigge 2001, p. 324-326.

¹⁸³ Groenhuijsen en Knigge 2001, p. 328.

¹⁸⁴ Groenhuijsen en Knigge 2004, p. 31-34.

beschouwd als een uiterst problematisch aspect van de inzet van criminele burgerinfiltranten. In deze paragraaf zal de juridische problematiek van uitlokking centraal staan. Daarbij zal ten eerste het verbod tot uitlokking, beter bekend als het instigatieverbod, worden behandeld.¹⁸⁵ Voorts zal de jurisprudentie van het EHRM omtrent ‘entrapment’ worden onderzocht.¹⁸⁶ De paragraaf wordt afgesloten met een bestudering van de rechtsgevolgen van een schending van het instigatieverbod.

3.2.1 Tallon-criterium

Lang voordat de infiltratie wettelijk werd geregeld, is in de Nederlandse rechtspraak het zogenoemde Tallon-criterium aanvaard.¹⁸⁷ Het Tallon-criterium neemt nog altijd een centrale plaats in bij recente jurisprudentie over infiltratie.¹⁸⁸ Het is hier op zijn plaats kort de feiten van het Tallon-arrest te behandelen. Een functionaris van de Amerikaanse DEA (H.) verneemt van een informant dat deze door een in Nederland woonachtige Amerikaan (Tallon) is benaderd met betrekking tot verdovende middelen. Tallon biedt een hoeveelheid drugs aan de informant aan. In de Verenigde Staten staat Tallon geregistreerd als betrokkene bij handel in verdovende middelen. De informant zorgt voor een eerste contact tussen de DEA-agent H. en Tallon. Enige tijd na het eerste contact wordt H. door Tallon vanuit Amsterdam telefonisch één kilogram heroïne aangeboden. H. ontvangt een proefmonster van de heroïne. Na goedkeuring van het proefmonster deelt H. aan Tallon mee dat zijn contactman (de DEA-agent B.) contact op zal nemen met Tallon. Vervolgens brengt DEA-agent B. de Amsterdamse narcoticabrigade op de hoogte van de geplande transactie. Op 9 mei 1978 vindt de transactie plaats, onder toezicht van de Amsterdamse politie. Alle bij de transactie betrokken personen, waaronder Tallon, worden aangehouden.¹⁸⁹ Uiteindelijk komt de zaak voor de Hoge Raad. De verdediging voert aan dat Tallon door de twee DEA-agenten is uitgelokt tot het plegen van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, te weten het voorhanden hebben van een hoeveelheid cocaïne. De verdediging betoogt dat, als gevolg van de uitlokking, de officier van justitie niet-ontvankelijk moet worden verklaard dan wel het door de DEA-agenten vergaarde bewijsmateriaal moet worden uitgesloten van het bewijs. De Hoge Raad verwerpt het verweer van de verdediging. De Hoge Raad overweegt dat de verdachte door het optreden van de infiltranten *‘niet is gebracht tot andere handelingen dan waarop zijn opzet reeds was gericht’*.¹⁹⁰ Dit wordt het Tallon-criterium genoemd. Sinds deze uitspraak van de Hoge Raad is bij de beoordeling van een uitlokkingsverweer doorslaggevend of de verdachte door het optreden van de infiltrant tot andere strafbare feiten is gebracht dan waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht. Dit betreft het instigatieverbod. Door het Tallon-criterium wordt een grens gesteld aan de toepassing van infiltratie. Doel van het instigatieverbod is te voorkomen dat de politie zelf criminaliteit gaat genereren. Infiltratie mag er niet toe leiden dat mensen in de val worden gelokt die voorafgaand het plegen van het strafbare feit geen enkele neiging hebben getoond het gepleegde delict te begaan. Anders heeft de opsporing niets meer

¹⁸⁵ Als synoniem voor het instigatieverbod zal in deze paragraaf ook de term ‘uitlokverbod’ worden gebruikt.

¹⁸⁶ Onder entrapment wordt in deze scriptie uitlokking verstaan.

¹⁸⁷ HR 4 december 1979, *NJ* 1980, 356, m. nt. Van Veen.

¹⁸⁸ P.M. Frielink, *Infiltratie in het strafrecht. Een onderzoek naar de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke aspecten van het opsporen van strafbare feiten door middel van infiltratie*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 23.

¹⁸⁹ Zie voor een uitvoerig overzicht van de feiten in de Tallon zaak: Rb Amsterdam 20 september 1978, *NJ* 1978, 651; Hof Amsterdam 2 februari 1979, *NJ* 1979, 211.

¹⁹⁰ HR 4 december 1979, *NJ* 1980, 356, r.o. 8, m. nt. Van Veen.

te maken met de bestrijding van criminaliteit. In zoverre wordt het instigatieverbod onder meer gezien als een uitwerking van het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging.¹⁹¹

3.2.1.1 Subjectief en objectief element

Het Tallon-criterium omvat een subjectief en een objectief element.¹⁹² Het subjectieve element heeft betrekking op het van tevoren bestaande opzet van de verdachte. Het objectieve element ziet op het optreden van de (criminele burger)infiltrant. Vooral het vaststellen van het tevoren bestaande opzet heeft tot veel discussie geleid.¹⁹³ Corstens heeft erop gewezen dat het subjectieve element niet ziet op een vorm van opzet in materiele strafrechtelijke zin. Het subjectieve element duidt op een algemeen streven.¹⁹⁴ In dit verband wordt vaak de term ‘*generiek opzet*’ gebruikt.¹⁹⁵ Bij generiek opzet moet worden vastgesteld wat de verdachte daadwerkelijk heeft gewild.¹⁹⁶ Voor de vaststelling van generiek opzet moet de vraag worden beantwoord wat de wilsinhoud van de verdachte ex ante was. Het reeds van tevoren bestaande opzet van een verdachte hoeft niet altijd voor het inzetten van een infiltrant bekend te zijn. Generiek opzet mag ook na het infiltratie-traject blijken.¹⁹⁷

Volgens Jörg zorgt het vaststellen van generiek opzet (nog) voor de nodige afgrenzingsproblemen. Hij stelt de vraag welke gradatie van generiek opzet is vereist om aan het subjectieve element te voldoen. Daarbij onderscheidt Jörg een drietal categorieën: ‘is voldoende dat een algemeen streven om strafbaar te handelen is komen vast te staan, wordt geëist dat het streven is gericht op delicten van dezelfde soort strafbare feiten als waarvoor de verdachte terecht staat of is noodzakelijk dat het streven gericht is op het concrete feit waarvoor de verdachte wordt vervolgd?’¹⁹⁸ Op basis van de Nederlandse jurisprudentie, waaronder het Tallon-arrest, en de Memorie van Toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsmethoden, komt Jörg tot de conclusie dat de tweede en derde categorie noodzakelijk zijn voor de aanname van het generiek opzet bij een verdachte. Vast moet staan dat het streven van de verdachte is gericht op het hetzelfde soort misdrijven als waarvoor hij terecht staat. Een algemeen streven om strafbare feiten te plegen is onvoldoende voor de vaststelling van generiek opzet.

Daarnaast rijst de vraag hoe het reeds van tevoren bestaande opzet van de verdachte kan worden vastgesteld. Het (generiek) opzet kan ten eerste worden afgeleid uit de verklaringen van de verdachte zelf. Tijdens zijn politieverhoor of het onderzoek ter terechtzitting kan een verdachte door middel van een verklaring nader inzicht geven omtrent zijn psychische gesteldheid voorafgaand aan het contact met een infiltrant. Het vaststellen van het generiek opzet wordt moeilijker, indien de verdachte geen verklaring aflegt of de verklaring geen aanknopingspunten biedt omtrent de psychische gesteldheid van de verdachte. Objectieve, uitwendig waarneembare

¹⁹¹ Corstens & Borgers 2011, p. 461-462.

¹⁹² Frielink 1990, p. 139; conclusie AG Jörg voor HR 26 september 2000, *NJ* 2000, 739, m. nt. Schalken.

¹⁹³ Met het ‘reeds van tevoren bestaande opzet’ wordt bedoeld op het opzet van de verdachte vóór het plegen van het strafbare feit.

¹⁹⁴ Zie noot Corstens onder HR 24 oktober 1989, *NJ* 1990, 239.

¹⁹⁵ Buruma 2001, p. 68-70; Frielink 1990, p. 39-40.

¹⁹⁶ Conclusie AG Jörg voor HR 26 september 2000, *NJ* 2000, 739 en noot Corstens onder HR 24 oktober 1989, *NJ* 1990, 239.

¹⁹⁷ Vgl. HR 4 december 1990, *NJ* 1991, 327, m. nt. Van Veen.

¹⁹⁸ Zie conclusie AG Jörg voor HR 26 september 2000, *NJ* 2000, 739, m. nt. Schalken.

omstandigheden zullen dan uitkomst moeten bieden.¹⁹⁹ Daarbij komt het in de eerste plaats aan op het gedrag van de verdachte. Andere opsporingsmethoden kunnen uitkomst bieden om het gedrag van de verdachte vast te stellen. Zo kan uit informatie van een informant blijken dat de verdachte voornemens is concrete strafbare feiten te plegen.²⁰⁰ Hetzelfde geldt voor informatie afkomstig uit tapgesprekken. Uit getapte telefoongesprekken kan blijken dat de verdachte praat over het plegen van specifieke strafbare feiten. Tevens kan van belang zijn dat de verdachte zelf het initiatief neemt tot het plegen van een strafbaar feit.²⁰¹ Zo wordt in HR *NJ* 2000, 162 van belang geacht dat de verdachte uit eigen beweging een grote hoeveelheid amfetamine aanbiedt, verdachte zelf informeert naar een nieuwe levering, verdachte ook andere drugs aanbiedt dan amfetamine en verdachte verklaart dat hij al jaren in de drugshandel zit. Ten tweede wordt het criminele verleden van de verdachte als objectief, waarneembare omstandigheid beschouwd. Over het algemeen zal een verdachte zonder crimineel verleden een grotere kans van slagen hebben bij zijn beroep op schending van het Tallon-criterium dan een verdachte met een crimineel verleden. Zoals bij de behandeling van de rechtspraak van het EHRM naar voren zal komen is terughoudendheid geboden bij het gebruik van een justitiële gegevens om het generiek opzet van de verdachte op te baseren. Dat een verdachte in het verleden strafbare feiten heeft gepleegd, betekent immers niet dat hij de rest van zijn leven criminele activiteiten zal verrichten.

Naast het subjectieve element omvat het Tallon-criterium ook een objectief element: het optreden van de (criminele burger)infiltrant. Het handelen van de infiltrant kan niet los worden gezien van het opzet van de verdachte.²⁰² Een infiltrant mag niet zodanig het initiatief nemen tot dat het strafbare gedrag dat *'hij treedt buiten de voorstelling die de verdachte zelf reeds koestert over de inhoud van de overeen te komen samenwerking'*.²⁰³ Zo staat het de infiltrant niet vrij om naar heroïne te vragen op moment dat het opzet van de verdachte is gericht op de verkoop van cocaïne. Haentjes heeft op illustrerende wijze beschreven dat de 'infiltrant op een rijdende trein moet springen'.²⁰⁴ Bij het handelen van de infiltrant staat de aard en de intensiteit van dit optreden ter beoordeling. Vast moet komen te staan dat de verdachte ook zonder de tussenkomst van de infiltrant tot het plegen van soortgelijke strafbare feiten zou zijn gekomen. Daarbij mag de infiltrant het verrichten van bepaalde handelingen door de verdachte wel in scène zetten. Dit mag echter niet zover gaan dat niet langer kan worden gezegd dat de verdachte ook zonder tussenkomst van de infiltrant tot het plegen van het concrete strafbare feit zou zijn gekomen. De infiltrant dient er slechts voor te zorgen dat het bij de verdachte bestaande opzet zichtbaar wordt.²⁰⁵ Het is mogelijk dat de infiltrant zich in materieel strafrechtelijke zin schuldig maakt aan uitlokking (ex art. 47 Sr), maar daarmee staat niet vast dat het Tallon-criterium is geschonden. De Hoge Raad heeft nadrukkelijk overwogen, 'dat uitlokking door een (burger)infiltrant niet in de weg hoeft te staan

¹⁹⁹ Frielink 1990, p. 139.

²⁰⁰ Buruma 2001, p. 68.

²⁰¹ Zie HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 162; HR 20 december 2011, *RvdW* 2012, 68.

²⁰² Frielink 1990, p. 140.

²⁰³ Hof Amsterdam 8 maart 1999, *NS* 1999 nr. 057.

²⁰⁴ R.C.P. Haentjens, 'De controle op under-cover activiteiten', *DD* 1986, afl. 1, p. 18.

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 31.

aan het oordeel dat een verdachte door dergelijk optreden niet is gebracht tot andere strafbare feiten dan waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht.²⁰⁶

3.2.2 Benadering van de Nederlandse strafrechter

Jebbink brengt naar voren dat de conformiteit van het optreden van de infiltrant met het Tallon-criterium in de Nederlandse rechtspraak wordt getoetst aan de vraag wie tijdens het eerste contact het initiatief neemt tot de strafbare gedraging.²⁰⁷ Is dit de verdachte dan heeft deze zijn generieke opzet prijs gegeven. In dat geval is er geen sprake van ontoelaatbare uitlokking door de infiltrant. Aan deze benadering kleefte volgens Jebbink een tweetal bezwaren. Ten eerste dat vaak uitsluitend de verklaring van de infiltrant beschikbaar is om vast te stellen wie het eerste initiatief neemt tot het verboden gedrag. Gesprekken tussen de infiltrant en verdachte zullen vaak niet in de nabijheid van getuigen plaatsvinden. Mocht dit wel zo zijn dan is de kans groot dat deze getuigen niet zijn te traceren. Ook is het denkbaar dat deze getuigen niet bereid zijn een getuigenverklaring af te leggen, bijvoorbeeld in geval het gaat om medeverdachten die een beroep kunnen doen op het verschoningsrecht. Op het moment dat de verdachte de gang van zaken, zoals door de infiltrant geschetst, betwist, ontstaat veelal een ‘welles-nietes’ discussie tussen de verdachte en de infiltrant. De rechter dient dan te bepalen wie de waarheid vertelt: de verdachte of de infiltrant. Na bestudering van de Nederlandse rechtspraak komt Jebbink tot de conclusie dat aan de betwisting van een verdachte nauwelijks gewicht wordt toegekend. Vrijwel altijd geeft de Nederlandse strafrechter de voorkeur aan het verhaal van de infiltrant. Dat geldt des te meer als de infiltrant een opsporingsambtenaar is. Het tweede bezwaar tegen de benadering van de Nederlandse rechter is dat het sterk van het toeval afhankelijk is wie uiteindelijk over het strafbare feit begint. Daarbij wijst Jebbink op het feit dat een gesprek vaak niet zomaar uitkomt op het plegen van strafbare feiten. Een (burger)infiltrant zal op daar zijn minst op aansturen. Het oordeel van de rechter omtrent de vraag wie uiteindelijk over het strafbare feit is begonnen zal daarom tot op zekere hoogte willekeurig zijn. Illusterend hiervoor is een gesprek tussen de verdachte en de undercoveragent in de zaak van HR NJ 2000, 739. Op basis van de inhoud van het gesprek tussen de verdachte en undercoveragent komen A-G Jörg en de Hoge Raad tot verschillende conclusies. Jörg oordeelt dat het Tallon-criterium is geschonden; de Hoge Raad is van mening dat de verdachte door het handelen van de undercoveragent niet is gebracht tot andere handelingen dan waarop zijn opzet reeds was gericht. Op grond van deze twee bezwaren komt Jebbink tot de conclusie dat de benadering van de Nederlandse strafrechter aanpassing behoeft, mede gelet op de jurisprudentie van het EHRM.

3.2.3 Rechtspraak van het EHRM

In de rechtspraak van het EHRM wordt het instigatieverbod gezien vanuit het recht op een eerlijk proces. Het recht op een eerlijk proces is neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM. In artikel 6 EVRM is niet met zoveel woorden te lezen dat het recht op een eerlijk proces mede het instigatieverbod omvat. Het EHRM ziet het uitlokverbod als een ‘*zelfstandig, in art 6 lid 1 EVRM impliciet in te lezen verbod*’.²⁰⁸ De grondslag van uitlokking in de jurisprudentie van het EHRM is in die zin verwant aan het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel. Van een volledige samenvallende grondslag

²⁰⁶ HR 23 januari 2001, NJ 2001, 218, m. nt. Buruma.

²⁰⁷ W.H. Jebbink, ‘Beoordeling van pseudokoop kan evenwichtiger’, NJB 2007, p. 1216.

²⁰⁸ Zie noot Ölçer onder EHRM 4 november 2010, EHRC 2011/9 (Bannikova t. Rusland). Zie ook F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 438-439.

is echter geen sprake. Nemo tenetur en het zwijgrecht hebben betrekking op het zelfbeschikkingsrecht van een verdachte om al dan niet mee te werken aan een strafrechtelijk onderzoek gericht op reeds gepleegde feiten. Uitlokking daarentegen ziet op nog te plegen strafbare feiten en het verbod een verdachte tot die feiten te brengen. Ölçer komt tot de conclusie dat het normatieve kader van het uitlokverbod in de rechtspraak van het EHRM een autonome variant is.²⁰⁹ Het uitlokverbod is in de rechtspraak van het EHRM een zelfstandig norm. In deze norm komt tot uitdrukking dat het oneerlijk is een verdachte te vervolgen voor een strafbaar feit dat hij zonder de bemoeienis van de overheid niet zou hebben gepleegd.

Het gebruik van bewijsmateriaal dat door middel van undercovermethoden, zoals infiltratie, is verkregen, wordt door het EHRM niet per definitie in strijd geacht met het recht op een eerlijk proces. Het Europese Hof is niet blind voor de moeilijkheden waarmee de nationale opsporingsinstanties worden geconfronteerd bij de opsporing van zware criminaliteit. Bij de bestrijding van deze vormen van criminaliteit is het soms noodzakelijk dat nationale opsporingsinstanties gecompliceerde opsporingsmethoden inzetten. In dat verband heeft het EHRM erkend dat nationale autoriteiten de nodige maatregelen moeten nemen ten behoeve van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Desalniettemin zal ook de toepassing van de undercoveropsporingsmethoden in overeenstemming moeten zijn met de algemene uitgangspunten van het recht op een eerlijk proces. De inzet van undercoveragenten is volgens het EHRM aan terughoudendheid gebonden. Voorts moeten bij de inzet van undercoverbevoegdheden diverse waarborgen in acht worden genomen. Het publieke belang en de strijd tegen de drugshandel rechtvaardigen niet dat gebruik wordt gemaakt van bewijsmateriaal dat is verkregen door middel van ontoelaatbare uitlokking.²¹⁰ Als uitgangspunt laat het EHRM over het algemeen aan lidstaten om een oordeel te geven over het relevante bewijsmateriaal. Het EHRM oordeelt slechts of het strafproces als geheel eerlijk is geweest. Daarbij neemt het Hof ook in ogenschouw of de verkrijging van bewijsmateriaal eerlijk is verlopen.²¹¹ Het gebruik van bewijsmateriaal in het strafproces dat door middel van uitlokking is verkregen, kan ertoe leiden dat bij voorbaat sprake is van een oneerlijk proces. Dit is in strijd met art. 6 EVRM.

3.2.3.1 Bannikova t. Rusland

Het standaard arrest van het EHRM omtrent uitlokking bij undercovertrajecten is Bannikova t. Rusland.²¹² In dit arrest heeft het EHRM zijn jurisprudentie over uitlokking nauwkeurig samengevat en in een stappenplan gegoten. De feiten van deze zaak zijn als volgt. In de periode van 23 tot en met 25 januari 2005 heeft Bannikova telefonisch contact met S. Deze telefoongesprekken worden door de Russische opsporingsinstanties afgeluisterd. Tijdens deze gesprekken komt naar voren dat Bannikova in opdracht van S. drugs (cannabis) zal verkopen. S. levert de drugs aan Bannikova op 28 januari 2005. Op diezelfde dag vindt er een undercoveroperatie plaats door de Russische opsporingsinstanties. Deze undercoveroperatie ziet op een testaankoop van cannabis.²¹³ Undercoveragent B. figureert als koper en koopt 4,4 gram cannabis van Bannikova. De betaling vindt plaats met behulp van speciaal

²⁰⁹ Ölçer 2008, p. 438.

²¹⁰ EHRM 9 juni 1998, *appl. no. 44/1997/828/1034*, par. 36 (Teixeira de Castro t. Portugal); EHRM 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01*, par. 53-54 (Ramanauskus t. Litouwen).

²¹¹ EHRM 9 juni 1998, *appl. no. 44/1997/828/1034*, par. 34 (Teixeira de Castro t. Portugal).

²¹² EHRM 4 november 2010, *EHRC 2011/9*, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²¹³ Vergelijkbaar met de Nederlandse pseudokoop.

briefgeld. Het briefgeld is gemarkeerd met een speciale substantie. Daarnaast wordt er een audio en video opname van de pseudokoop gemaakt. Nadat de transactie is afgerond, wordt Bannikova gearresteerd. Het gemarkeerde briefgeld wordt na fouillering bij Bannikova aangetroffen. Bij doorzoeking van de woning wordt tevens een zak wiet met een gewicht van 28,6 gram gevonden. Voor de nationale rechter legt Bannikova een bekennende verklaring af, maar geeft meteen te kennen dat zij door undercoveragent B. is uitgelokt tot het plegen van het strafbare feit waarvoor zij wordt vervolgd. Bannikova verklaart onder meer dat S. in september 2004 een zak met gedroogde kruiden in haar woning heeft achtergelaten. Een aantal dagen hierna wordt Bannikova door een voorheen bij haar onbekende Vladimir benaderd. Hij zegt tegen Bannikova dat hij op de hoogte is van haar bezit van 'stuff'. Tevens zou Vladimir tegen haar hebben gezegd dat hij een grootschalige deal kan regelen. Voorts verklaart Bannikova tijdens het onderzoek ter terechtzitting dat zij door Vladimir telefonisch is lastig gevallen om de cannabis te verkopen. Hierbij zou Vladimir haar hebben bedreigd indien Bannikova zou weigeren de drugs te verkopen. S. bevestigt ter terechtzitting het verhaal van Bannikova. Bannikova wordt samen met S. in eerste aanleg veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf voor de verkoop van cannabis en voor samenspanning tot de verkoop van een grote hoeveelheid verdovende middelen. Volgens de Russische rechter was er onvoldoende bewijs dat Bannikova onder druk was gezet om de drugs te verkopen. Tegen deze uitspraak gaat Bannikova in beroep. Bannikova voert opnieuw aan dat het bewijs dat door uitlokking is verkregen een doorslaggevende rol in haar veroordeling speelt. Bovendien voert Bannikova aan dat zij beperkt is haar toegang tot het bewijsmateriaal. De beroepsrechter verwerpt dit verweer met de overweging dat de veroordeling van Bannikova niet alleen is gebaseerd op het bewijsmateriaal dat door het undercovertraject is verkregen. Voor het EHRM klaagt Bannikova dat zij is veroordeeld voor een drugsdelict wat zij heeft begaan omdat zij hiertoe is aangezet door een agent provocateur. Bannikova betoogt dat zij het strafbare feit niet zou hebben gepleegd, indien zij niet was uitgelokt. Daarnaast klaagt Bannikova dat de behandeling van haar uitlokkingsverweer door de nationale gerechten ontoereikend is geweest. Derhalve is Bannikova van mening dat haar recht op een eerlijk proces, in de zin van art. 6 EVRM, is geschonden.

Bij de behandeling van de klacht van Bannikova onderscheidt het EHRM een tweetal toetsen met betrekking tot de beoordeling van een uitlokkingsverweer. Dit betreffen een materiële toets (substantive test of incitement) en een formele toets (the procedure whereby the plea of incitement was determined). De materiële toets heeft betrekking op de grenzen van de geoorloofde overheidsparticipatie aan de gepleegde delicten. Na de materiële test dient de formele test te worden uitgevoerd. De formele test heeft betrekking op de wijze waarop de zittingsrechter is omgegaan met het uitlokkingsverweer van een verdachte. De structuur van de twee testen heeft tot gevolg dat artikel 6 lid 1 EVRM op twee manieren kan worden geschonden. In de eerste plaats omdat de rechter ten onrechte niet heeft vastgesteld dat er sprake is van ontoelaatbare uitlokking. Daarnaast omdat de rechter een uitlokkingsverweer niet adequaat heeft onderzocht. Uit de rechtspraak van het EHRM wordt duidelijk dat de materiële en formele test als communicerende vaten kunnen worden gezien.²¹⁴ De formele toets wordt meer beslissend, naarmate minder informatie over het undercovertraject beschikbaar is. Op het moment dat een rechter de materiële test niet kan uitvoeren, bijvoorbeeld door het ontbreken van een verslaglegging van het

²¹⁴ Zie noot Ölçer onder EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9 (Bannikova t. Rusland).

undercovertraject, wordt de formele toets zelfs beslissend. De kwaliteit van de procedure ter terechtzitting is dan doorslaggevend. Andersom is het zo dat de formele toets aan belang afneemt indien uit de materiële toets duidelijker blijkt dat geen sprake is van uitlokking.

In het geval van Bannikova komt het EHRM tot de conclusie dat geen sprake is van een schending van art. 6 EVRM. Zoals gezegd, waren er volgens Bannikova twee infiltranten ingezet: een politie-infiltrant (B.) en een burgerinfiltrant (Vladimir). Omtrent de inzet van de politie-infiltrant komt het EHRM tot het oordeel dat er geen sprake is van (ontoelaatbare) uitlokking, omdat de infiltrant zich slechts aansloot bij de criminele activiteiten van Bannikova. Ten aanzien van de door Bannikova veronderstelde betrokkenheid van Vladimir, stelt het EHRM vast dat in het procesdossier geen indicaties zijn te vinden dat er een burgerinfiltrant is ingezet. De beschikbare materialen geven geen verslag van het gebruik van een burgerinfiltrant door de Russische autoriteiten. Zodoende kan het EHRM niet met zekerheid vast stellen of de burgerinfiltrant is betrokken bij de undercoveroperatie en, zo ja, of hij in strijd met het uitlokverbod heeft gehandeld. Dat betekent dat het EHRM doorslaggevend belang toekent aan de formele toets. In dat verband beoordeelt het EHRM of Bannikova haar uitlokkingsverweer in de nationale procedures op toereikende wijze heeft kunnen voeren en of het verweer door de nationale rechters op adequate wijze is onderzocht. In tegenstelling tot Bannikova is het EHRM van mening dat de nationale procedures in het onderhavige geval voldoen aan deze formele toets. Zo heeft de Russische appelrechter op basis van de opgenomen telefoongesprekken tussen Bannikova en S. vastgesteld dat er geen sprake is van uitlokking. Voorts is B. op het onderzoek ter terechtzitting als getuige verschenen. Daarbij heeft Bannikova de mogelijkheid gekregen om B. te (doen) ondervragen over de identiteit en mogelijke betrokkenheid van Vladimir. Deze ondervraging heeft er niet toe geleid dat enige betrokkenheid of het bestaan van Vladimir is vastgesteld. De conclusie van de nationale gerechten dat er geen sprake was van uitlokking is volgens het EHRM gebaseerd op een redelijke beoordeling van het bewijs, dat relevant en toereikend is. Aldus is er geen schending van artikel 6 EVRM.

3.2.3.2 Materiële toets

Ten aanzien van de materiële toets onderzoekt het EHRM - kort gezegd - of de verdachte door de undercoveragenten is uitgelokt tot het plegen van een strafbaar feit. Bij deze subjectieve test wordt onderzocht of het strafbare feit ook zou zijn gepleegd zonder interventie van de nationale opsporingsinstanties. Volgens het EHRM is sprake van uitlokking indien *'the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed.'*²¹⁵ Aan deze formulering valt op dat het uitlokverbod volgens het EHRM niet alleen betrekking heeft op het handelen van opsporingsambtenaren. De formulering maakt duidelijk dat het handelen van derden die onder regie van de politie opereren, ook aan de overheid wordt toegerekend. Criminele burgerinfiltranten zullen volgens het voorstel van de minister onder regie van politie en justitie opereren. Het handelen van criminele burgerinfiltranten is in dergelijke gevallen toe te rekenen aan de overheid.²¹⁶ Derhalve moet de uitlokking

²¹⁵ EHRM 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01*, par. 55 (Ramanauskus t. Litouwen).

²¹⁶ Vgl. EHRM 15 december 2005, *appl. no. 53203/99*, par. 49 (Vanyan t. Rusland).

van een verdachte door een criminele burgerinfiltrant volgens het EHRM aan de overheid worden toegerekend. In overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM zal hieronder steeds worden gesproken over undercoveragenten. Daaronder vallen dus ook criminele burgerinfiltranten indien zij onder regie van de politie opereren.

Undercoveragenten dienen zich te beperken tot het onderzoeken van strafbaar gedrag op een passieve wijze. Bij de beoordeling of de opsporing ‘*essentially passive*’ is geweest, onderzoekt het EHRM i) de redenen voor de uitvoering van de undercoveroperatie en ii) het gedrag van nationale autoriteiten bij de uitoefening van de operatie. Ook hier kan men spreken van communicerende vaten. Naarmate de redenen voor de uitvoering van een undercovertraject sterker zijn, wordt een meer actieve houding van de nationale opsporingsinstanties door het EHRM toegestaan.²¹⁷ Of er goede redenen bestaan die ten grondslag liggen aan de undercoveroperatie, wordt getoetst aan een aantal objectieve factoren. Zo neemt het EHRM in ogenschouw of er bij aanvang van het undercovertraject een objectieve verdenking was dat de verdachte betrokken is bij criminele activiteiten dan wel een predispositie heeft tot het plegen van een concreet strafbaar feit.²¹⁸ Een objectieve verdenking kan volgen uit het feit dat voor de undercoveroperatie een strafvorderlijk onderzoek jegens de verdachte is gestart. Het handelen op basis van enkele geruchten daarentegen is ontoereikend. Met betrekking tot het bestaan van justitiële documentatie heeft het EHRM overwogen dat dit een indicatie is voor een mogelijke predispositie van de verdachte om een strafbaar feit te plegen. Echter, het bestaan van justitiële documentatie alleen is onvoldoende om deze predispositie op te baseren.²¹⁹ De bekendheid van een verdachte met huidige prijzen voor drugs en de bekwaamheid om op korte termijn aan drugs te komen zijn wel indicaties bij het vaststellen van de criminele intentie van een verdachte. De beschikbare informatie omtrent de bestaande criminele intentie moet volgens het EHRM verifieerbaar zijn.²²⁰ Daarnaast moeten de nationale autoriteiten gedurende elk moment in het strafproces in staat zijn om aan te tonen dat er goede redenen waren voor de toepassing van de infiltratie.²²¹ Ten aanzien van het vaststellen van de objectieve verdenking heeft het EHRM in bijvoorbeeld *Teixeira de Castro t. Portugal* overwogen dat de nationale autoriteiten geen goede reden hadden om Teixeira te verdenken van (eerdere) betrokkenheid bij drugshandel. Teixeira de Castro had immers geen strafblad en er was geen eerder strafrechtelijk onderzoek tegen hem gericht. Hij was op geen enkele manier bekend bij de politie. De politie kwam enkel in contact met Teixeira door middel van informatie van derden. Voorts acht het Hof van belang dat Teixeira de drugs bij een ander individu had gekocht en zelf geen drugs voorhanden had.²²²

Naast deze objectieve factoren die het EHRM van belang acht bij het vaststellen van een mogelijke criminele intentie, onderzoekt het EHRM ook het gedrag van de nationale autoriteiten bij de uitoefening van de undercoveroperatie. Daarbij bekijkt

²¹⁷ Zie noot Ölçer onder EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9 (Bannikova t. Rusland).

²¹⁸ EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9, par. 38, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²¹⁹ EHRM 28 september 2009, *appl. nos.* 23782/06 & 46629/06, par. 55 (Constantin en Stoian t. Roemenië).

²²⁰ EHRM 15 december 2005, *appl. no.* 53203/99, par. 49 (Vanyan t. Rusland); EHRM 26 oktober 2006, *appl. no.* 59696/00, par. 134 (Khudobin t. Rusland).

²²¹ EHRM 5 februari 2008, *appl. no.* 74420/01, par. 63 (Ramanauskus t. Litouwen); EHRM 1 juli 2008, *appl. no.* 10071/04, par. 36 (Malininas t. Litouwen).

²²² EHRM 9 juni 1998, *appl. no.* 44/1997/828/1034, par. 38-39 (Teixeira de Castro t. Portugal).

het EHRM wanneer de undercoveroperatie wordt gestart.²²³ Deze vraag is nauw verbonden met het criterium van een objectieve verdenking. Het Hof onderzoekt of de undercoveragent zich aansluit bij de criminele activiteiten van de verdachte(n) of dat hij op deze activiteiten aandringt. Het aansluiten bij lopende delicten wordt door het EHRM niet problematisch geacht. In dergelijke situaties lijkt het zelfs toegestaan dat de nationale opsporingsinstanties de nodige invloed uitoefenen op het verdere verloop van de zaken. Dat is te begrijpen vanuit het criterium van de objectieve verdenking. De verdenking tegen de verdachte is buitengewoon sterk, indien opsporingsinstanties over informatie beschikken dat de verdachte al is begonnen met het plegen van strafbare feiten. Een actieve inmenging van de politie ligt dan meer in de rede, mits de rol van de nationale autoriteiten niet wordt misbruikt. Hier ziet men duidelijk de werking van de communicerende vaten: naarmate de verdenking sterker is, wordt het minder problematisch dat de participatie van de politie (of eventueel onder haar opererende derden) groter wordt. Dit is anders indien het strafbare feit door de nationale autoriteiten wordt geïnitieerd. In dergelijke gevallen zal vaak een objectieve verdenking ontbreken. In geval van initiatie door de opsporingsinstanties is vooral van belang of de verdachte is onderworpen aan druk om een strafbaar feit te plegen.²²⁴ De door het EHRM vereiste, passieve houding van de opsporingsinstanties wordt verlaten als de politie zich schuldig maakt aan instigatie van het delict. Een aantal handelingen duidt op instigatie: het nemen van initiatief bij de benadering van de verdachte, het ter sprake brengen van strafbare feiten, steeds een nieuw aanbod doen nadat de verdachte in eerste instantie dit aanbod heeft geweigerd, op indringende wijze bevestiging vragen van een aanbod, het aanbieden van bovengemiddelde bedragen voor een partij drugs en het uitoefenen van psychologische druk op de verdachte. In de eerder benoemde zaak van Teixeira de Castro waren het undercoveragenten die het eerste contact met Teixeira zochten. Ook in Ramanauskus t. Litouwen was dit het geval. In deze laatste zaak vonden alle ontmoetingen met de verdachte plaats op initiatief van de undercoveragent.²²⁵ In de zaak Sequeira t. Portugal oordeelt het EHRM anders. In deze zaak worden derden door Sequeira benaderd met betrekking tot een cocaïne-transport. Deze derden spelen de informatie door naar de politie. Undercoveragenten zoeken pas na de verkrijging van deze informatie contact met de verdachte (Sequeira). In een dergelijk geval is het EHRM van mening dat de undercoveragenten aansluiten bij de criminele activiteiten van de verdachte.²²⁶ Er is dan geen sprake van (ontoelaatbare) uitlokking.

Ten aanzien van de vraag wie het initiatief tot het eerste contact neemt is het volgende nog van belang. Met regelmaat raakt de politie pas op de hoogte van de criminele activiteiten van een verdachte naar aanleiding van informatie die zij van derden heeft verkregen. In dergelijke situaties acht het EHRM van belang in welke mate de overheid betrokken is geweest bij de handelingen van deze derden. Slechts indien derden onder regie of instructie van de politie handelen, kunnen de gedragingen van derden voor rekening van de overheid komen.²²⁷ Zoals gezegd zullen criminele burgerinfiltranten uitsluitend onder regie van de politie handelen. Derhalve staat

²²³ EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9, par. 43, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²²⁴ EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9, par. 47 m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²²⁵ EHRM 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01*, par. 67 (Ramanauskus t. Litouwen).

²²⁶ EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9, par. 43 m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²²⁷ Vgl. EHRM 24 juni 2008, *appl. no. 74355/01* (Milinienè t. Litouwen); EHRM 16 juli 2009, *appl. no. 18002/02*, par. 52 & 53 (Gorgievski t. Voormalige Republiek van Macedonië).

buiten kuif dat een eventuele uitlokking verricht door een criminele burgerinfiltrant aan de overheid kan worden toegerekend.

Bij de beoordeling van de bovenstaande criteria ligt de bewijslast op de schouders van de nationale autoriteiten. De aanklager moet in beginsel bewijzen dat geen sprake is van uitlokking. Er wordt een uitzondering op deze bewijslast gemaakt indien de betwistingen van de verdachte geheel ongeloofwaardig zijn.²²⁸ De uitvoering van de undercoveroperatie moet met een formele machtiging en onder toezicht plaatsvinden. De ‘onthefing van de bewijslast’ gaat niet op als de formele autorisatie en het toezicht op de infiltratie ontbreken. Volgens het EHRM verdient het de voorkeur dat door middel van rechterlijke controle het toezicht wordt uitgeoefend, maar controle door een aanklager wordt voldoende geacht.²²⁹ In zoverre worden er strafvorderlijk eisen gesteld aan het optreden van de infiltrant. Er wordt ook een zekere legaliteitseis gesteld. Zo dient een duidelijke en voorzienbare regeling aanwezig te zijn bij de autorisatie van het undercovertraject.²³⁰

3.2.3.3 Formele toets

Met uitzondering van het Teixeira de Castro-arrest komt in alle overige jurisprudentie van het EHRM nog een tweede test bij de beoordeling van een uitlokkingsverweer naar voren. Het EHRM overweegt dat *‘as a general rule the Court will also examine the way the domestic courts dealt with the applicant’s plea of incitement.’*²³¹ Dit is de formele toets. De formele toets is een noodzakelijk aspect van de beoordeling van een uitlokkingsverweer. Dat geldt des te meer in zaken waarin geen procesdossier voorhanden is. Bij het ontbreken van een procesdossier is niet vast te stellen of de verdachte tot begaan van het strafbare feit is gekomen als gevolg van uitlokking. De formele toets wordt dan doorslaggevend.

Als vertrekpunt bij de formele toets onderzoekt het EHRM of de nationale gerechten bevoegd zijn om een klacht omtrent uitlokking te behandelen. Het uitlokkingsverweer moet in potentie een kans van slagen hebben. Nationale rechters moeten bevoegd zijn om op adequate wijze te kunnen reageren op een uitlokkingsverweer. Deze reactie kan materieelrechtelijk van aard zijn (door het toepassen van een strafuitsluitingsgrond) of formeelrechtelijk (in de zin van bewijsuitsluiting of een niet-ontvankelijkverklaring).²³² De behandeling van een uitlokkingsverweer dient in overeenstemming te zijn met het recht op een eerlijke procesvoering. Daarbij moet de equality of arms in acht worden genomen. De verdediging moet de gelegenheid krijgen een uitlokkingsverweer op effectieve wijze te kunnen presenteren.²³³ Dit betekent onder meer dat de verdediging een adequate mogelijkheid moet krijgen om zich te verzetten tegen de bewijsvergaring. Voorts moet de verdediging de mogelijkheid krijgen bezwaar te maken tegen de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van dit bewijs. De Staten mogen zelf de vorm van de procedure kiezen, mits de klacht van de verdediging effectief kan worden gepresenteerd. Wel is vereist dat het proces ‘adversarial’, grondig, allesomvattend en overtuigend is met betrekking tot de problematiek van de uitlokking. Het onderzoek van de nationale rechters ten aanzien

²²⁸ EHRM 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01*, par. 70 (Ramanauskus t. Litouwen).

²²⁹ EHRM 24 juni 2008, *appl. no. 74355/01*, par. 39 (Miliniènè t. Litouwen).

²³⁰ EHRM 26 oktober 2006, *appl. no. 59696/00*, par. 135 (Khudobin t. Rusland); EHRM 4 november 2010, *EHRC 2011/9*, par. 48-49, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²³¹ EHRM 4 november 2010, *EHRC 2011/9*, par. 51, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²³² EHRM 4 november 2010, *EHRC 2011/9*, par. 54, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²³³ EHRM 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01*, par. 69 (Ramanauskus t. Litouwen).

van een uitlokkingsverweer dient bijzonder zorgvuldig te zijn. In dat verband kan het noodzakelijk zijn om getuigen te horen en de verdediging voldoende ruimte te geven om deze getuigen te (doen) ondervragen.²³⁴ De rechter dient volgens het EHRM in ieder geval een aantal vragen omtrent het undercovertraject te beantwoorden. Vastgesteld moet worden wat de redenen van de undercoveroperatie zijn, wat de bijdrage van de politie bij het strafbare feit is en wat de aard van de uitlokking of druk, waaraan de verdachte is onderworpen, is geweest.²³⁵ Het enkele feit dat de verdachte een belastende verklaring heeft afgelegd brengt niet mee dat een rechter van de zojuist genoemde onderzoeksplicht wordt ontheven. Een bekentenis kan de uitlokking of de effecten daarvan niet teniet doen.

Bij de beoordeling van de formele toets gaat het EHRM ook in op het afschermen van informatie. In artikel 6 EVRM ligt het recht op verstrekking van informatie aan de verdediging besloten. Uitgangspunt van dit recht is dat de aanklager in beginsel al het voorhanden bewijsmateriaal, zowel belastend als ontlastend, aan de verdediging moet verstrekken. Op dit uitgangspunt bestaat een uitzondering. Een beperking van het recht op informatie is toegestaan indien dit strikt noodzakelijk is in verband met publieke belangen, zoals de nationale veiligheid, het geheim houden van opsporingstactieken en de fundamentele rechten van andere individuen.²³⁶ Het afschermen van bewijsmateriaal leidt er toe dat de verdediging in haar rechten wordt beperkt. Deze beperking dient volgens het EHRM toereikend te worden gecompenseerd. Zonder compensatie komt het recht op een eerlijk proces in het geding. De compensatie dient plaats te vinden gedurende de procedure voor de nationale rechterlijke autoriteiten. Compensatie kan bijvoorbeeld plaatsvinden door de afgeschermd informatie aan een rechter bekend te maken. De rechter kan vervolgens toetsen of de informatie van belang is bij het voeren van een uitlokkingsverweer. Komt de rechter tot het oordeel dat de informatie van belang is voor een uitlokkingsverweer, dan zal de informatie alsnog aan de verdediging moeten worden verstrekt. Hierbij is van belang welke functie de rechter heeft die het oordeel geeft over de afgeschermd informatie. Is het de zittingsrechter die de beslissing neemt over het afschermen van de informatie dan is een volledige beperking van het recht op informatie volgens het EHRM niet toegestaan.²³⁷ Informatie die relevant is voor de beoordeling van een uitlokkingsverweer, moet op het onderzoek ter terechtzitting beschikbaar zijn dan wel op een andere wijze worden getoetst.²³⁸

²³⁴ Het ondervragingsrecht van de verdediging om getuigen te (doen) horen, zoals neergelegd in art. 6 lid 3 sub d EVRM, zal in het bestek van deze scriptie niet worden behandeld. Het is hier alleen van belang erop te wijzen dat het in verband met de formele toets van het EHRM noodzakelijk kan zijn een criminele burgerinfiltrant als getuige door de verdediging te (doen) ondervragen. Hetzelfde geldt voor eventuele andere betrokkenen bij het infiltratie-traject, zoals de begeleiders van een criminele burgerinfiltrant. Zie voor een overzicht van het leerstuk van het ondervragingsrecht: Corstens & Borgers 2011, p. 605-619; M.I. Fedorova, 'EHRM-eisen aan het getuigenverhoor', *Strafblad* 2012, afl. 5, p. 337-348; Harris, O'Boyle en Warwick 2009, p. 322-327; S.L.J. Janssen, 'Anonieme getuigen: ervaringen uit de praktijk', *Strafblad* 2012, afl. 5, p. 381-387.

²³⁵ EHRM 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01*, par. 71 (Ramanauskus t. Litouwen).

²³⁶ T. Spronken, 'ECHR and the Right to Effective Defence', in: Ed Cape, Zaza Namoradze & Roger Smith, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 34-35; EHRM 24 juni 2003, *appl. no. 39482/98*, par. 42 (Dowset t. Verenigd Koninkrijk); EHRM 16 februari 2006, *appl. no. 27052/95*, par. 43 (Jasper t. Verenigd Koninkrijk).

²³⁷ EHRM 27 oktober 2004, *appl. nos. 39647/98 en 40461/98*, par. 46-48 (Edwards en Lewis t. Verenigd Koninkrijk).

²³⁸ Zie noot Ölçer onder EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9 (Bannikova t. Rusland).

Zoals gezegd, kan het uitlokverbod in de ogen van het EHRM op twee manieren worden geschonden. Enerzijds doordat de rechter ten onrechte vaststelt dat er geen sprake is van ontoelaatbare uitlokking. Anderzijds doordat de rechter het uitlokkingsverweer van een verdachte niet op adequate wijze behandelt. Bewijsmateriaal dat door middel van schending van het uitlokverbod is verkregen, moet volgens het EHRM worden uitgesloten van het bewijs.²³⁹ Daarmee valt schending van het uitlokverbod in de zwaarste categorie van normschendingen die het EHRM hanteert.²⁴⁰ Herstel van een schending van het uitlokverbod is niet mogelijk. Er geldt een absolute uitsluitingsregel met betrekking tot bewijs dat in strijd met het uitlokverbod is verkregen. De ratio hierachter is dat dergelijk bewijs moet worden uitgesloten, zodat het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is gewaarborgd.²⁴¹

3.2.4 Wettelijke verankering instigatieverbod voldoende?

Het instigatieverbod voor (burger)infiltranten is niet slechts in de zojuist behandelde jurisprudentie te vinden. Na de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsmethoden is het instigatieverbod wettelijk verankerd. Het derde lid van de artt. 126w en 126x Sv bepaalt dat een burgerinfiltrant een verdachte niet mag uitlokken tot het verrichten van strafbare handelingen, die hij bij voorbaat niet van plan was uit te voeren.²⁴²

Zoals gezegd, de minister ziet geen aanleiding om een aparte wettelijke regeling voor de criminele burgerinfiltrant tot stand te brengen. Hij ziet in art. 126w en art. 126x een voldoende specifieke basis voor de inzet van criminele burgerinfiltranten. Derhalve zal het instigatieverbod zoals neergelegd in deze artikelen ook van toepassing worden op de inzet van criminele burgerinfiltranten. Daarnaast zullen ook de andere waarborgen van deze artikelen van kracht worden bij criminele burgerinfiltratie. Daarmee is een zekere formele procedure gegarandeerd. Hierdoor wordt de inzet van criminele burgerinfiltranten tot op zekere hoogte gereguleerd. Voorts vindt de inzet plaats onder toezicht van de opsporingsinstanties. Opmerking verdient wel dat dit toezicht plaatsvindt door het Openbaar Ministerie (de aanklager) en niet, conform de voorkeur van het EHRM, door de rechter. Gelet op de wettelijke regeling van burgerinfiltranten in het Wetboek van Strafvordering kan niet bij voorbaat worden gezegd dat de regulering van de inzet onverenigbaar is met de eisen die het EHRM aan het uitlokverbod stelt.²⁴³ Een wettelijke regeling waarin het instigatieverbod is opgenomen betekent echter niet dat er zich in de praktijk nooit een schending van het uitlokverbod zal voordoen. Het opnemen van het instigatieverbod in de wet betekent immers niet dat in de praktijk nooit in strijd met dit verbod wordt gehandeld. De feiten en omstandigheden van het concrete geval moeten uitwijzen of in strijd met het uitlokverbod is gehandeld. Dit heeft tot gevolg dat de rechter zal moeten toetsen of de opsporingsinstanties al dan niet in strijd met het instigatieverbod hebben gehandeld. De jurisprudentie van het EHRM en de Nederlandse strafrechter bieden bij die beoordeling een handvat. Daarbij moet wel de vraag worden gesteld in hoeverre er discrepantie bestaat tussen de rechtspraak van de Nederlandse strafrechter

²³⁹ EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9, par. 34 en 56, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²⁴⁰ Vgl. noot Ölçer onder EHRM 4 november 2010, *EHRC* 2011/9 (Bannikova t. Rusland).

²⁴¹ Vgl. Ölçer 2008, p. 448-449, p. 461.

²⁴² Hetzelfde wettelijke verbod is te vinden in het tweede lid van de artt. 126h en 126p Sv voor de inzet van politieke infiltranten. Die artikelen blijven hier verder buiten beschouwing.

²⁴³ Zie Corstens & Borgers 2011, p. 459; noot Ölçer onder EHRM 4 oktober 2010, *EHRC* 2011/9 (Bannikova t. Rusland).

omtrent de interpretatie van het Tallon-criterium en de behandelde jurisprudentie van het EHRM.

3.2.4.1 Benadering van de Nederlandse strafrechter vs. benadering van het EHRM

Zoals gezegd, toetst de Nederlandse strafrechter de beoordeling van het Tallon-criterium vooral aan de vraag wie tijdens het eerste contact het initiatief neemt tot het strafbare gedrag. De jurisprudentie van het EHRM lijkt daarentegen een ander uitgangspunt te hanteren. In de rechtspraak van het EHRM ligt de nadruk op de vraag wie het initiatief neemt tot het eerste contact. De inhoud van dit eerste contact is voor het EHRM van minder belang. Het (generiek) opzet van de verdachte moet blijken uit feiten en omstandigheden voorafgaand aan het eerste contact tussen de (burger)infiltrant en de verdachte. De objectieve factoren die een rol spelen bij het vaststellen van het reeds tevoren bestaande opzet van de verdachte zijn hierboven uitvoerig behandeld. Blijkt uit deze factoren dat de verdachte inderdaad een zekere predispositie had tot het plegen van strafbare feiten, dan zal het EHRM niet snel aannemen dat de verdachte is uitgelokt.²⁴⁴ Sterker nog, indien vast staat dat de verdachte voorafgaand het eerste contact een predispositie had, dan staat het EHRM toe dat gedurende het eerste contact de (burger)infiltrant over het strafbare gedrag begint en daar tot op zekere hoogte op aanstuurt. De infiltrant sluit dan immers aan bij de criminele activiteiten van de verdachte in plaats dat hij het strafbare gedrag instigeert.

Er bestaat dus een zekere discrepantie tussen de rechtspraak van de Nederlandse strafrechter en de jurisprudentie van het EHRM. Jebbink is van mening dat de Nederlandse strafrechter niet langer dient uit te gaan van de inhoud van het eerste gesprek bij de beoordeling van een uitlokkingsverweer. De kern van een dergelijke beoordeling dient te liggen bij de vraag wie het initiatief neemt tot het eerste contact. Het centraal stellen van het initiatief tot het eerste contact maakt een objectievere beoordeling van de gang van zaken mogelijk. Volgens Jebbink moet worden voorkomen dat de inhoud van het eerste contact centraal staat bij de beoordeling van een uitlokkingsverweer. De vaststelling van de inhoud van dit eerste contact zal immers uiterst ingewikkeld zijn. De infiltrant schetst zijn kant van het verhaal en de verdachte zal hier hoogstwaarschijnlijk een andere versie van de 'waarheid' tegenover zetten. Dit heeft tot gevolg dat de Nederlandse strafrechter betrokken raakt bij een welles-nietes discussie. Het met zekerheid vaststellen van de waarheid (de daadwerkelijke inhoud van het gesprek) wordt dan buitengewoon lastig. Dat geldt des te meer nu steunbewijs omtrent de inhoud van het gesprek vaak zal ontbreken. Voort is Jebbink van mening dat het onwenselijk is veel gewicht toe te kennen aan de verklaring van een infiltrant in een situatie waarin deze niet volkomen passief is geweest en een sturende invloed heeft uitgeoefend. In situaties waarin het infiltratietraject langdurig en intensief is geweest zal het zicht sneller vertroebelen wie als eerste over het strafbare feit is begonnen. De benadering van het EHRM maakt het daarentegen mogelijk om op grond van objectieve factoren het initiatief tot het eerste contact vast te stellen. Bovendien is gemakkelijker vast te stellen wie als eerste het contact heeft gezocht, mede met behulp van (de resultaten van) andere opsporingsmethoden. Daarnaast zorgt de benadering van het EHRM ervoor dat een evenwichtige uitkomst van het strafproces wordt gerealiseerd. De verdediging krijgt op basis van concreet bewijs de mogelijkheid om dit te betwisten en haar

²⁴⁴ Vgl. Jebbink 2007, p. 1221.

uitlokkingsverweer te onderbouwen. Aldus geniet het de voorkeur bij de beoordeling van een uitlokkingsverweer centraal te stellen wie het initiatief tot het eerste contact heeft genomen.²⁴⁵

3.2.5 Gevolgen schending instigatieverbod

Inleiding

Nu het instigatieverbod van toepassing wordt op het handelen van een criminele burgerinfiltrant rijst de vraag welk rechtsgevolg aan een schending van het instigatieverbod moet worden verbonden. Bij voorbaat moet worden geconstateerd dat de wet niet bepaalt tot welk rechtsgevolg een dergelijke schending moet leiden. Zoals hierboven is behandeld kan het handelen van een criminele burgerinfiltrant aan de overheid worden toegerekend, mits de criminele burgerinfiltrant onder regie van de politie of justitie handelt.²⁴⁶ Handelt de criminele burgerinfiltrant onder regie van de politie en justitie dan staat buiten kijf dat een schending van het instigatieverbod door een criminele burgerinfiltrant aan de overheid wordt toegerekend.

3.2.5.1 Vormverzuimen: het Afvoerpipj-arrest

Handelen in strijd met het instigatieverbod zal leiden tot een vormverzuim. Indien een dergelijk vormverzuim tijdens het voorbereidend onderzoek is begaan, zal dit conform art. 359a Sv bij het oordeel van de rechter moeten worden meegewogen. Het handelen van een criminele burgerinfiltrant zal gedurende het voorbereidend onderzoek plaatsvinden. Het handelen vindt immers plaats gedurende het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting.²⁴⁷ In het Afvoerpipj-arrest heeft de Hoge Raad algemene regels geformuleerd over de toepassing van art. 359a Sv. Zo wordt vereist dat het vormverzuim onherstelbaar is. Schending van het instigatieverbod is geen vormverzuim dat zich leent voor herstel. Aan een vormverzuim kan een viertal rechtsgevolgen worden verbonden:

- Strafvermindering;
- Bewijsuitsluiting;
- Niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie;
- Vaststelling dat er sprake is van een onherstelbaar vormverzuim, zonder daar enig rechtsgevolg aan te verbinden.²⁴⁸

Bij de toepassing van een vormverzuim moet de strafrechter rekening houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het verzuim wordt veroorzaakt.²⁴⁹ Bij de beoordeling van het belang dat het geschonden voorschrift dient, moet worden gekeken in hoeverre dit belang betrekking heeft op de verdachte. Het gaat hier om de zogenoemde Schutznorm. Indien het beschermde belang geen enkele betrekking heeft op de verdachte, dan geldt als algemene regel dat geen rechtsgevolg aan het verzuim hoeft te worden verbonden. Toepassing van de Schutznorm heeft tot gevolg dat alleen de verdachte die rechtstreeks door een infiltrant is uitgelokt kan ‘profiteren’ van een rechtsgevolg. Eventuele derden (medeverdachten) die door de uitgelokte verdachte bij het strafbare

²⁴⁵ Vgl. Jebbink 2007, p. 1222.

²⁴⁶ Zie tevens Corstens & Borgers 2011, p. 736.

²⁴⁷ Vgl. art. 132 Sv.

²⁴⁸ HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m. nt. Buruma (Afvoerpipj); art. 359a lid 1 Sv.

²⁴⁹ Art. 359a lid 2 Sv.

feit zijn betrokken, komen niet in aanmerking voor enig rechtsgevolg.²⁵⁰ In algemene zin heeft de Hoge Raad overwogen dat het belang dat een gepleegd feit niet wordt ontdekt, geen rechtens te respecteren belang is.²⁵¹ Bij de vaststelling van de ernst van het verzuim spelen de omstandigheden waaronder het verzuim is begaan en de mate van verwijtbaarheid een rol.²⁵²

De meest zware sanctie van niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie is slechts in uitzonderlijke gevallen toegestaan. Niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie is mogelijk indien de met opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van een verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan (Zwolsman-criterium). Daarnaast is niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie mogelijk in geval van een zeer fundamentele inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor het belang van het verdachte niet wordt geschaad, maar wel het wettelijke systeem in de kern is geraakt.²⁵³ Men spreekt in dit laatste verband van het Karman-criterium.²⁵⁴ Het cruciale verschil tussen het Zwolsman- en het Karman criterium is dat de Schutznorm bij het Karman-criterium niet aan de verdachte kan worden tegengeworpen.²⁵⁵ Derhalve maakt het Karman-criterium het mogelijk dat niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wordt uitgesproken in gevallen dat de Schutznorm buiten beschouwing blijft. Bewijsuitsluiting is alleen aan de orde indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen en door de onrechtmatige bewijsvergaring een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Als laatste is strafvermindering op haar plaats indien de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, het nadeel is veroorzaakt door het verzuim, het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering en de strafvermindering ook gerechtvaardigd is in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim.²⁵⁶

3.2.5.2 Rechtsgevolgen schending instigatieverbod

Bovenstaande uitgangspunten uit het Afvoerpipj-arrest zijn overwegend algemeen van aard. Zij geven geen concreet inzicht welk rechtsgevolg het meest in de rede ligt indien de rechter oordeelt dat er een schending is van het instigatieverbod. Om antwoord te geven op de vraag welk rechtsgevolg op zijn plaats is in geval van een schending van het instigatieverbod moet nader jurisprudentieonderzoek plaatsvinden. In het Tallon-arrest wordt door de verdediging aangevoerd dat indien opsporingsambtenaren het strafbare feit waarvoor wordt vervolgd uitlokken, het Openbaar Ministerie in zijn vervolging niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De Hoge Raad overweegt dat die stelling in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het bewijsmateriaal, dat door de

²⁵⁰ Vgl. HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 440 & 442, m. nt. Schalken.

²⁵¹ HR 4 januari 2011, *LJN* BM6673.

²⁵² HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, r.o. 3.5, m. nt. Buruma (Afvoerpipj).

²⁵³ HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567, m. nt. Schalken.

²⁵⁴ Opmerking verdient dat het Karman-criterium alleen is aangenomen in de situatie van het maken van een ontoelaatbare afspraak met een kroongetuige. Deze kroongetuige kreeg als tegenprestatie voor het afleggen van zijn verklaringen van het Openbaar Ministerie de toezegging dat bij het opleggen van een eventuele vrijheidsstraf deze niet ten uitvoer wordt gelegd. Dat was de Hoge Raad een stap te ver, zie Corstens & Borgers 2011, p. 733; HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567, r.o. 3.7-3.8, m. nt. Schalken.

²⁵⁵ Janssen 2013, p. 60.

²⁵⁶ HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, r.o. 3.6.3 t/m 3.6.5, m. nt. Buruma (Afvoerpipj).

undercoveragenten is vergaard, mag worden gebruikt, aangezien er geen sprake is van uitlokking.²⁵⁷ Uit de laatste overweging is af te leiden dat bewijsmateriaal in strijd met het instigatieverbod is verkregen, dient te worden uitgesloten van het bewijs.²⁵⁸ Deze formulering van de Hoge Raad in het Tallon-arrest laat eventuele uitzonderingsgevallen open. Dit betekent dat niet-ontvankelijkheidsverklaring niet per definitie is uitgesloten als rechtsgevolg voor schending van het instigatieverbod.

In de literatuur zijn diverse voorstanders te vinden van de niet-ontvankelijkheidsverklaring als sanctie op het handelen in strijd met Tallon-criterium. Frielink stelt dat het verdergaande rechtsgevolg van niet-ontvankelijkheid bij schending van het instigatieverbod op zijn plaats is, omdat het niet gepast is dat de overheid strafbare feiten in het leven roept. De vervolging van strafbare feiten die de overheid zelf heeft geïnstigeerd, moet volgens Frielink op de meeste directe manier worden 'afgestraft'.²⁵⁹ Ook Buruma is van mening dat de sanctie op het schenden van het Tallon-criterium niet zozeer bij de bewijsvraag moet worden gezocht, maar bij de ontvankelijkheidsvraag van belang is.²⁶⁰ Ter onderbouwing van dat standpunt zoekt Buruma, evenals Frielink, aansluiting bij de ratio van het instigatieverbod, te weten het niet instigeren van strafbare feiten door de politie. Daarbij neemt Buruma wel in ogenschouw dat niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie slechts mogelijk is indien aan het Zwolsman-criterium is voldaan. Haentjens acht niet-ontvankelijkheid ook het gepaste rechtsgevolg. Volgens hem is van belang dat een officier van justitie zijn verantwoordelijkheid voor een 'richtige vervolging' waar maakt.²⁶¹ Is dat niet het geval dan is een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het openbaar ministerie op zijn plaats.

In HR *NJ* 2010, 440 komt de Hoge Raad tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie als gevolg van een schending van het instigatieverbod. In die zaak is het gerechtshof Amsterdam van oordeel dat er sprake is van een grove veronachtzaming van de belangen van verdachte waardoor tekort is gedaan aan zijn recht op een eerlijk proces, omdat i) tegen betaling een CIE-informant is ingezet die zelf strafbare feiten pleegde, ii) verdachte door de informant is uitgelokt tot het plegen van strafbare feiten, iii) de Centrale Inlichtingen Eenheid (CIE) onvoldoende onderzoek heeft verricht naar (de handelingen) van de informant en iv) het Openbaar Ministerie onvoldoende controle heeft uitgeoefend op de inzet van de criminele burgerinformant. Tevens is volgens het hof sprake van een schending van het publieke belang. In dat verband overweegt het hof dat de integriteit van de overheid wordt geraakt als gevolg van het plegen van strafbare feiten waarvoor een financiële beloning door de overheid wordt verstrekt en waarvan de controle door de overheid gebrekkig is. Het hof komt tot de conclusie dat vanwege de grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte en de schending van het publieke belang, een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het Openbaar Ministerie op zijn plaats is. De Hoge Raad acht deze motivering van het hof toereikend en laat het oordeel van het hof in stand. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat een niet-ontvankelijkheidsverklaring in de rede ligt in geval *'de verdachte door een opsporingsambtenaar dan wel door een persoon voor wiens handelen de politie of het openbaar ministerie verantwoordelijk is, is*

²⁵⁷ HR 4 december 1979, *NJ* 1980, 356, m. nt. Van Veen (Tallon).

²⁵⁸ Vgl. noot Van Veen onder HR 4 december 1979, *NJ* 1980, 356 (Tallon).

²⁵⁹ Frielink 1990, p. 167.

²⁶⁰ Buruma 2001, p. 70.

²⁶¹ Haentjens 1986, p. 19.

*gebracht tot het begaan van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd, terwijl zijn opzet tevoren niet reeds daarop was gericht.*²⁶²

Deze laatste overweging van de Hoge Raad lijkt erop te wijzen dat niet-ontvankelijkheid de ‘standaard sanctie’ is op een overtreding van het instigatieverbod. Gelet op het Tallon-arrest is het de vraag of de Hoge Raad dat heeft bedoeld. Zoals gezegd, de ernst van het verzuim speelt een rol bij de vraag welk rechtsgevolg in een concreet geval passend is.²⁶³ In HR *NJ* 2010, 440 lijkt de ernst van het verzuim zwaarder te wegen dan in het Tallon-arrest. In het arrest van de HR *NJ* 2010, 440 is een zekere mate van verwijtbaarheid aan het Openbaar Ministerie te distilleren, wat (mede) tot de niet-ontvankelijkheid als sanctie heeft geleid.²⁶⁴ Zo laat de Hoge Raad in *NJ* 2010, 440 mee wegen dat de CIE en het Openbaar Ministerie onvoorzichtig en nalatig hebben gehandeld ten aanzien van de inzet van de criminele burgerinformatant. Dit brengt met zich dat de controle op het handelen van de informant is te kort geschoten. Voorts acht de Hoge Raad van belang dat door de houding van het Openbaar Ministerie de rechterlijke controle is bemoeilijkt. In dit verband moet worden gewezen op de moeizame wijze waarop het Openbaar Ministerie de gevraagde informatie (journaals van de runner van de criminele burgerinformatant) aan het gerechtshof heeft verstrekt. Een strikte toetsing van de rechtmatigheid van het overheidshandelen is belemmerd, omdat het Openbaar Ministerie de gevraagde journaals niet ongeschoond en volledig heeft verstrekt. Bovendien komt in het arrest naar voren dat de problemen met de criminele burgerinformatant onvoldoende zijn onderkend door de CIE en het Openbaar Ministerie. Mijns inziens moet uit deze factoren worden afgeleid dat de ernst van het verzuim in HR *NJ* 2010, 440 zwaarder is dan in het Tallon-arrest. Als gevolg daarvan wordt het Openbaar Ministerie in HR *NJ* 2010, 440 niet-ontvankelijk verklaard en leidt de schending van het instigatieverbod in het Tallon-arrest ‘slechts’ tot bewijsuitsluiting.

Naar mijn mening moet uit de behandelde Nederlandse jurisprudentie worden afgeleid dat de Hoge Raad zowel de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie als de bewijsuitsluiting als passende rechtsgevolgen beschouwt voor een schending van instigatieverbod. Daarbij kan de rechter gebruik maken van een zogenoemde ‘glijdende schaal’, waarbij de ernst van het verzuim bepaalt welke van de twee sancties in het concrete geval passend is. Daarbij spelen de feiten en omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol.²⁶⁵ Als de ernst van het verzuim zwaarder is, bijvoorbeeld in het geval dat niet alleen is gehandeld in strijd met het instigatieverbod maar het Openbaar Ministerie tevens nalatig is geweest bij de inzet van een criminele burgerinfiltrant of de rechterlijke controle heeft bemoeilijkt, ligt een niet-ontvankelijkverklaring meer in de rede. Bewijsuitsluiting lijkt meer op haar plaats als de ernst van het verzuim minder zwaar is en het Openbaar Ministerie in mindere mate een verwijt kan worden gemaakt voor de schending van het instigatieverbod.

Overigens zal het in de praktijk weinig verschil maken of schending van het instigatieverbod tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of tot bewijsuitsluiting leidt. Bij een niet-ontvankelijkverklaring kan de verdachte niet worden veroordeeld. Bewijsuitsluiting van het door de criminele burgerinfiltrant vergaarde bewijs zal veelal hetzelfde resultaat tot gevolg hebben. Dat geldt des te

²⁶² HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 440, r.o. 2.4.

²⁶³ Zie HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, r.o. 3.5, m. nt. Buruma (Afvoerpip).

²⁶⁴ Zie noot Schalken onder HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 442.

²⁶⁵ Vgl. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, r.o. 3.5, m. nt. Buruma (Afvoerpip).

meer nu de minister voor ogen staat de criminele burgerinfiltrant in te zetten in opsporingsonderzoeken waarin andere opsporingsmethoden tot onvoldoende resultaat leiden. Derhalve zal het bewijs dat de criminele burgerinfiltrant verzamelt van doorslaggevend belang zijn voor een veroordeling. Bewijsuitsluiting zal in dergelijke gevallen tot gevolg hebben dat weinig bewijsmateriaal resteert. Is de rechter van mening dat door een gebrek aan bewijs het ten laste gelegde feit niet wettig en overtuigend kan worden bewezen, dan zal een verdachte moeten worden vrijgesproken.

De door mij voorgestelde benadering is tevens in overeenstemming met de uitgangspunten van het EHRM. Zoals in paragraaf 3.2.3.3 uiteengezet komt in de rechtspraak van het EHRM tot uitdrukking dat bewijsmateriaal dat door middel van ontoelaatbare uitlokking is verkregen, van het bewijs moet worden uitgesloten.²⁶⁶ Het recht op een eerlijk proces, in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, wordt slechts gewaarborgd indien bewijs dat door middel van ontoelaatbare uitlokking is verkregen, van het bewijs wordt uitgesloten. Daarnaast acht het EHRM de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie als sanctie mogelijk. Zo heeft het EHRM in Teixeira de Castro overwogen dat het handelen van de overheid in strijd met uitlokverbod en het gebruik van bewijsmateriaal dat in strijd met het uitlokverbod is verkregen, een verdachte *'deprives of a fair trial, right from the outset'*.²⁶⁷ Deze overweging impliceert dat het handelen in strijd met het uitlokverbod en het gebruik van bewijsmateriaal dat in strijd met het uitlokverbod is verkregen, niet tot enige vorm van strafrechtelijke vervolging van een verdachte mag leiden. Zodoende acht het EHRM de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie een passende sanctie.

Ondanks dat het EHRM zowel de niet-ontvankelijkverklaring als bewijsuitsluiting een passende sanctie vindt voor een schending van het uitlokverbod, laat het Hof het in beginsel aan de Staten welk rechtsgevolg in een concreet geval op een schending moet volgen. In de ogen van het EHRM gaat het erom dat het proces als geheel eerlijk is. Er mag geen gebruik worden gemaakt van bewijsmateriaal dat in strijd met het recht op een eerlijk proces is verkregen. Daarom mag volgens het EHRM geen veroordeling plaatsvinden op basis van bewijs dat door middel van (ontoelaatbare) uitlokking is verkregen. Welk rechtsgevolg een nationale rechter hanteert om dat resultaat te bereiken is voor het Hof vrij. Voor de Nederlandse strafrechter betekent dit dat hij zowel de bewijsuitsluiting als niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie als sanctie kan kiezen. Zoals gezegd zullen de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie en de bewijsuitsluiting in de praktijk vaak hetzelfde effect hebben, te weten de vrijspraak van een verdachte. Aldus biedt de rechtspraak van het EHRM steun voor zowel de bewijsuitsluiting als niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie als sanctie op een schending van het instigatieverbod.

3.3 Resumé

In dit hoofdstuk is de juridische problematiek van de inzet van criminele burgerinfiltranten onderzocht. Daarbij zijn twee juridische problemen naar voren gekomen. Ten eerste of de inzet van criminele burgerinfiltranten een specifieke wettelijke bepaling behoeft. Deze problematiek is behandeld in verband met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 1 Sv. Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel strekt ter bescherming van de vrijheid van de burger. De gedachte

²⁶⁶ EHRM 4 november 2010, *EHC* 2011/9, par. 34 en 56, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²⁶⁷ EHRM 9 juni 1998, *appl. no. 44/1997/828/1034*, par. 39 (Teixeira de Castro t. Portugal).

achter het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel is dat de burger moet worden beschermd tegen een willekeurig handelende overheid. Art 1 Sv bepaalt dat strafvordering bij de wet is voorzien. Dit betekent dat het streven van de wetgever erop moet zijn gericht strafvordering bij wet in formele zin te regelen. Delegatie naar lagere wetgevers is niet uitgesloten. Voorts verzet het legaliteitsbeginsel zich niet tegen het gegeven dat strafvordering plaatsvindt bij ongeschreven recht (rechtersrecht). De inhoud van het recht moet aan zekere kwaliteitseisen voldoen. Volgens het EHRM moet het recht toegankelijk en voorzienbaar zijn. Het uitgangspunt dat alleen een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk is indien de opsporingsbevoegdheid een inbreuk maakt op een grondrecht van een burger is te beperkt. Ook andere argumenten kunnen een legitimatie vormen om een opsporingsbevoegdheid een specifieke wettelijke basis te geven, zoals aantasting van de integriteit van de opsporing en de betrouwbaarheid van het opsporingsonderzoek. De vragen of een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk is, en zo ja, hoe gedetailleerd deze moet zijn, kunnen niet los worden gezien van de omstandigheden waaronder de opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Daarbij moeten ook de juridische en maatschappelijke context in ogenschouw worden genomen. Als toetssteen dient de vraag: worden de belangen die in het geding zijn zonder specifieke wettelijke bepaling voldoende gewaarborgd?

Ten tweede is in dit hoofdstuk onderzoek verricht naar de problematiek van uitlokking van de verdachte. In de Nederlandse jurisprudentie wordt al geruime tijd het Tallon-criterium gehanteerd. In de wettelijke bepalingen die zien op de toepassing van burgerinfiltratie is het instigatieverbod opgenomen. In zoverre is er geen sprake van discrepantie met de uitgangspunten van het EHRM omtrent 'entrapment'. Een wettelijke verankering van het uitlokverbod betekent echter niet dat in de praktijk nooit uitlokking van een verdachte zal plaatsvinden. Een uitlokkingsverweer zal de Nederlandse rechter moeten beoordelen aan de hand van de materiële en formele toets zoals geformuleerd in de jurisprudentie van het EHRM. Ten aanzien van de materiële toets verdient het aanbeveling dat de Nederlandse rechter zijn huidige uitgangspunt verlaat. De Nederlandse rechter beoordeelt bij deze toets namelijk wie tijdens het eerste contact tussen de infiltrant en verdachte over het strafbare gedrag begint. In lijn met de rechtspraak van het EHRM zou het de Nederlandse rechter sieren een meer objectievere benadering te hanteren. Bij die objectievere benadering beoordeelt de rechter wie het initiatief neemt tot het eerste contact. Daarbij speelt de predispositie van de verdachte een belangrijke rol. Sluit de infiltrant zich slechts aan bij de criminele activiteiten van de verdachte dan is het niet problematisch dat de infiltrant het strafbare gedrag ensceneert. Bij de formele toets is van belang dat de rechter het uitlokkingsverweer voldoende nauwkeurig behandelt. Komt de rechter daarbij tot het oordeel dat het instigatieverbod is geschonden dan lijkt een niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie dan wel bewijsuitsluiting van het door de infiltrant vergaarde bewijs, een aangewezen rechtsgevolg.

De bevindingen uit dit hoofdstuk worden meegenomen bij de analyse van het voorstel van de minister om criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Deze analyse zal in het volgende hoofdstuk worden verricht.

4. Analyse van het voorstel het verbod op het inzetten van criminele burgerinfiltranten op te heffen

Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken is uitvoerig de problematiek van de inzet van criminele burgerinfiltranten behandeld. Deze problematiek is in twee categorieën ingedeeld. De eerste categorie heeft betrekking op de rechtspolitieke keuze gebruik te maken van criminele burgerinfiltranten bij de opsporing naar strafbare feiten. Ten aanzien daarvan is naar voren gekomen dat diverse afbreukrisico's zijn verbonden aan de inzet van criminele burgerinfiltranten. De tweede categorie ziet op de juridische problemen rondom de inzet van criminele burgerinfiltranten. Deze twee categorieën kunnen niet los van elkaar worden gezien. De moeilijke discussie over uitlokking door een infiltrant illustreert dit. Eén van de genoemde afbreukrisico's is dat slecht is te controleren in hoeverre het handelen van een criminele burgerinfiltrant in overeenstemming is met het instigatieverbod. Dit heeft tot gevolg dat de uitvoering van de juridische toets, waarbij moet worden vastgesteld of het instigatieverbod al dan niet is geschonden, wordt bemoeilijkt. De rechtspolitieke keuze en juridische problemen rondom de inzet van criminele burgerinfiltranten zijn dus onlosmakelijk met elkaar verbonden.

In dit hoofdstuk zal een analyse plaatsvinden van het voorstel van de minister om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen. Bij die analyse zal herhaaldelijk worden teruggegrepen op de bevindingen uit de vorige hoofdstukken. De analyse zal uit vier onderzoekspunten bestaan, te weten:

- de argumentatie van de minister ter onderbouwing van het voorstel criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit;
- een belangenafweging van de voor- en de nadelen van de inzet van criminele burgerinfiltranten;
- een wijziging van het Wetboek van Strafvordering door het formuleren van een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant;
- de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de beoordeling van de inzet van criminele burgerinfiltranten.

4.1 De overtuigingskracht van de argumentatie van de minister

In hoofdstuk 1 is de argumentatie van de minister om criminele burgerinfiltranten in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit uiteengezet. Naar mijn mening overtuigt de argumentatie van de minister om twee redenen niet. In de eerste plaats is de argumentatie in onvoldoende mate onderbouwd. Daarnaast is de argumentatie van de minister innerlijk tegenstrijdig.

4.1.1 Onvoldoende onderbouwing en innerlijke tegenstrijdigheid

In het voorstel van 5 juli 2013 brengt de minister een aantal stellingen naar voren die de inzet van de criminele burgerinfiltranten moet rechtvaardigen.²⁶⁸ De minister heeft deze stellingen niet nader onderbouwd met argumenten of cijfers. Dat heeft hij ook zelf met zoveel woorden erkend.²⁶⁹ Zonder nadere onderbouwing vind ik het te simplistisch om te stellen dat de georganiseerde criminaliteit voor buitengewoon veel

²⁶⁸ Een uitgebreid overzicht van deze stellingen is te vinden in paragraaf 1.1.

²⁶⁹ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 195, p. 14.

dreiging zorgt en dat deze al jarenlang door dezelfde subjecten wordt gedomineerd. Ook vind ik het te makkelijk om zonder nadere onderbouwing te stellen dat steeds dezelfde personen als hoofdverdachten in opsporingsonderzoeken naar voren komen. Uiteraard neem ik in ogenschouw dat de minister niet de namen van de zogenoemde schier ongrijpbare criminelen, in de Tweede Kamer kan overleggen. Desalniettemin acht ik het noodzakelijk dat de minister met een nadere onderbouwing komt om zijn stellingen enige vorm van kracht bij te zetten. Bij de invoering van een opsporingsmethode dient een minister naar mijn mening een overtuigende argumentatie naar voren te brengen waarom de toepassing van deze opsporingsmethode noodzakelijk is. Dat geldt des te meer voor de inzet van criminele burgerinfiltranten, gelet op de risico's die aan criminele burgerinfiltratie kleven en de geschiedenis die deze opsporingsmethode in Nederland heeft. Voor een overtuigende argumentatie is het van belang om de cijfers, over de percentages met betrekking tot de gevallen waarin de huidige mogelijke mogelijkheden tekort zouden schieten, naar voren te brengen.²⁷⁰ Door een gebrek aan onderbouwing is de overtuigingskracht van de argumentatie van de minister mijns inziens dus summier.

De overtuigingskracht van de argumentatie van de minister wordt verder afgezwakt, omdat de argumentatie naar mijn mening innerlijk tegenstrijdig is. Zo brengt de minister naar voren dat steeds dezelfde subjecten uit de georganiseerde criminaliteit als hoofdverdachten in opsporingsonderzoeken naar voren komen. Vervolgens zegt de minister dat de criminele activiteiten van deze hoofdverdachten onvoldoende zichtbaar zijn voor de politie als gevolg van de toepassing van afschermingstactieken. Mijns inziens is dat een tegenstrijdige redenering. Het feit dat steeds dezelfde personen als hoofdverdachten naar voren komen, is niet verenigbaar met de argumentatie dat deze personen buiten beeld blijven van politie en justitie. Als steeds dezelfde hoofdverdachten in opsporingsonderzoeken naar voren komen, zijn zij immers niet onzichtbaar voor politie en justitie. Als de subjecten uit de georganiseerde criminaliteit met succes de afschermingstactieken zouden toepassen, hebben politie en justitie helemaal geen wetenschap van de criminele activiteiten van deze personen, laat staan dat ze steeds als hoofdverdachten in opsporingsonderzoeken naar voren komen.

Eenzelfde tegenstrijdigheid is te lezen in de argumentatie van de minister omtrent de dreiging die van deze hoofdverdachten zou uitgaan. Volgens de minister zorgen de meest professionele groeperingen voor de grootste dreiging. Deze groeperingen zijn volgens de minister ook het beste in staat om de criminele activiteiten te verhullen. Deze argumentatie van de minister roept de vraag op hoe politie en justitie in staat zijn om vast te stellen dat de professionele groeperingen voor de meeste dreiging zorgen, terwijl deze groeperingen het beste in staat zijn om de eigen criminele activiteiten te verhullen. De argumentatie dat een groepering goed in staat is om de criminele activiteiten te verhullen, impliceert immers dat de politie geen goed zicht heeft op (de aard van) deze criminele activiteiten.

Nog op een derde punt is de argumentatie van de minister tegenstrijdig. Zo geeft de minister in zijn voorstel van 5 juli 2013 te kennen dat infiltranten en informanten niet kunnen doordringen in bepaalde criminele groeperingen als gevolg van de interne codes voor geheimhouding die binnen deze groeperingen van kracht zijn. Voorts zijn

²⁷⁰ Vgl. I. Appel, 'Inzet van de criminele burgerinfiltrant. Voordelen wegen niet op tegen de nadelen', *het Tijdschrift voor de Politie* 2014, afl. 1, p. 16.

getuigen niet bereid om te verklaren, omdat zij daarmee een te groot risico op represailles lopen, aldus de minister. Daarentegen is in het voorstel van de minister ook te lezen dat met de toepassing van undercover-opsporingsbevoegdheden en met toezeggingen aan getuigen de afgelopen jaren goede resultaten zijn geboekt. Deze argumentatie is naar mijn mening inconsequent. Als naar voren wordt gebracht dat undercover-opsporingsbevoegdheden goede resultaten opleveren, is het vreemd om te stellen dat infiltranten en informaten niet kunnen doordringen tot een criminele groepering. Nog vreemder is de argumentatie dat het gebruik van kroongetuigen tot goede resultaten leidt als voorts wordt geschreven dat getuigen helemaal niet bereid zijn om te verklaren. Aldus acht ik de argumentatie van de minister op verschillende punten innerlijk tegenstrijdig en onvoldoende onderbouwd. Dit heeft tot gevolg dat de argumentatie van de minister niet overtuigt.

4.2 Criminaliteitsbestrijding vs. integriteit van de opsporing

Inleiding

In de vorige hoofdstukken, met name hoofdstuk 2, is gewezen op diverse voor- en nadelen van de inzet van criminele burgerinfiltranten bij de opsporing naar strafbare feiten. Om een goed oordeel te kunnen geven over het voorstel van de minister criminele burgerinfiltranten (opnieuw) in te zetten bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, zal mijns inziens een belangenafweging moeten plaatsvinden tussen de voor- en nadelen die aan deze opsporingsmethode zijn verbonden. De minister is van mening dat de voordelen zwaarder wegen dan de nadelen. De voordelen van het inzetten van criminele burgerinfiltranten zijn gelegen in het verkrijgen van bewijs dat door andere opsporingsmethoden onbereikbaar zou blijven. Dit argument wordt door de minister gepresenteerd als dé reden dat het verbod op de criminele burgerinfiltrant moet worden opgeheven. Daarnaast is een voordeel dat de inzet van criminele burgerinfiltranten kan leiden tot een versterking van de informatiepositie, bijvoorbeeld als informatie wordt verkregen over verdachten die nog niet bij de opsporingsinstanties in beeld waren. In dit verband moet worden opgemerkt dat de versterking van de informatiepositie nooit het doel van de toepassing van een opsporingsbevoegdheid mag zijn.²⁷¹ In zoverre wordt het voordeel van de versterking van de informatiepositie genuanceerd.

Tegenover de voordelen van criminele burgerinfiltratie zijn veel nadelen te noemen. Deze nadelen zijn in hoofdstuk 2 in drie categorieën van risico's ingedeeld, te weten risico's voor de integriteit van de opsporing, risico's voor de criminele burgerinfiltrant zelf en risico's met betrekking tot de concrete strafvervolgning van de verdachte(n). Het risico dat de integriteit van de opsporing in het geding komt weegt mijns inziens van de drie categorieën het zwaarst, omdat hierbij de legitimiteit van de rechtsorde en de opsporing in zijn geheel wordt geraakt.

4.2.1 De risico's uit de motie Kalsbeek onverminderd van kracht

Hier zullen niet alle risico's opnieuw worden opgesomd. Ik acht het wel van belang om nog één keer te wijzen op de risico's die in de motie Kalsbeek zijn genoemd, omdat deze naar mijn mening de belangrijkste risico's zijn die de integriteit van de opsporing aantasten. In de motie Kalsbeek wordt gewezen op:

²⁷¹ Zo is in de Memorie van Toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden te lezen dat bijzondere opsporingsbevoegdheden in het verleden te vaak zijn ingezet ten behoeve van vage doelstellingen. Daarom kan de verbetering van de informatiepositie hoogstens een tussengelegen doel zijn, maar het kan nooit een doel op zichzelf zijn, zie: *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 3.

- het hoge processuele afbreukrisico;
- de mogelijke dubbele agenda van een criminele burgerinfiltrant;
- de slechte controle op het handelen van criminele burgerinfiltranten.

Mijns inziens zijn deze risico's nog steeds van kracht bij een eventuele inzet van criminele burgerinfiltranten. Niet valt in te zien waarom deze risico's zich nu niet meer voor zouden doen indien criminele burgerinfiltranten worden ingezet. De aard van de diverse risico's, zoals genoemd in de motie Kalsbeek, is niet afhankelijk van een zeker tijdsverloop. Criminele burgerinfiltranten zullen vandaag de dag nog steeds vaak een dubbele agenda hebben. Er is wat dat betreft geen bewijs dat criminelen meer integer zijn dan bijna twintig jaar geleden. Ook zal het handelen van de criminele burgerinfiltrant nog altijd slecht te controleren zijn. Het afsluiten van een overeenkomst betekent immers niet dat de criminele burgerinfiltrant in de praktijk altijd overeenkomstig de overeenkomst zal handelen. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat het praktisch onmogelijk is om de handelingen van de criminele burgerinfiltrant 24 uur per dag te controleren. Aldus komt het mij voor dat de argumenten, genoemd in de motie Kalsbeek, niet aan kracht hebben verloren. Deze risico's kunnen als argumenten worden aangevoerd om af te zien van het opheffen van het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten.

4.2.2 Een kleine aanvulling

In aanvulling op paragraaf 2.4 kunnen naar mijn mening nog enkele argumenten worden genoemd die de integriteit van de opsporing aantasten. Daarbij moet mijns inziens ten eerste worden gewezen op het behouden van criminele winsten. De IRT-affaire heeft uitgewezen dat criminele burgerinfiltranten, als gevolg van het behouden van criminele winsten, schatrijk zijn geworden. In dit verband is het vreemd dat de huidige minister tijdens de parlementaire discussie niets heeft gezegd over het behouden van criminele winsten door een criminele burgerinfiltrant. Ik sluit niet uit dat het behouden van criminele winsten onderdeel kan worden van de overeenkomst die de criminele burgerinfiltrant met de politie en justitie aangaat. Het onder regie van politie en justitie behouden van criminele winsten is mijns inziens uiterst kwalijk te noemen. Dit tast de geloofwaardigheid van het strafproces aan. Dat geldt des te meer als men het credo 'misdad mag niet lonen', zoals opgenomen in het beleid van justitie, in ogenschouw neemt.

Daarnaast kan nog op het volgende worden gewezen. Gedurende de inzet van criminele burgerinfiltranten zijn politie en justitie feitelijk medeplichtig aan het plegen van strafbare feiten. Ook Bleichrodt heeft er op gewezen dat de overheid in het verleden zelf betrokken is geweest bij strafbare feiten als gevolg van de inzet van (criminele) burgerinfiltranten.²⁷² Mijns inziens is het zeer onwenselijk dat politie en justitie zich welbewust in een dergelijke positie manoeuvreren, ongeacht wat het resultaat van de inzet van een criminele burgerinfiltrant ook mag zijn. Dat geldt des te meer als schandalen, die als gevolg van de bovenstaande risico's ontstaan, zich openbaren. Dergelijke schandalen doen afbreuk aan het vertrouwen in de rechtsorde.²⁷³

²⁷² Bleichrodt 2010, p. 7.

²⁷³ Kruissink e.a. 1999, p. 20-21.

Voorts speelt, zoals gezegd, de effectiviteit van criminele burgerinfiltratie een rol in de belangenafweging die in deze paragraaf centraal staat. Is de effectiviteit van een bepaalde opsporingsmethode groot, dan is het meer op zijn plaats dat er bepaalde risico's aan deze opsporingsmethode kleven. Is de effectiviteit van een opsporingsmethode daarentegen laag en zijn de risico's groot, dan is dat mijns inziens een reden om af te zien van deze opsporingsmethode dan wel uiterst terughoudend te zijn met de toepassing daarvan. In het tweede hoofdstuk is vastgesteld dat het uiterst moeilijk is om eensluidende resultaten te presenteren ten aanzien van de effectiviteit van criminele burgerinfiltratie. Dit wordt mede veroorzaakt door het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten, dat de afgelopen jaren van kracht is in het Nederlandse opsporingsstelsel. Doordat geen criminele burgerinfiltranten mochten worden ingezet, kon er ook geen onderzoek worden verricht naar de effectiviteit van deze opsporingsmethode. Uit een tweetal onderzoeken van het WODC kwam naar voren dat criminele burgerinfiltranten over een unieke positie kunnen beschikken ten opzichte van verdachten uit een gesloten criminele groepering. Dit betekent dat een criminele burgerinfiltrant tijd en moeite kan besparen bij het wekken van vertrouwen van de verdachte(n). Naar aanleiding van deze onderzoeken is ook vastgesteld dat deze unieke positie niet per definitie betekent dat de criminele burgerinfiltrant ook met succes bewijsmateriaal verzamelt. Ten aanzien van de effectiviteit van infiltratie moet naar mijn mening dan ook worden geconcludeerd dat deze buitengewoon discutabel is. Aldus is het, in tegenstelling tot het eerder uiteengezette standpunt van de minister, allesbehalve zeker dat door inzet van criminele burgerinfiltranten informatie kan worden verkregen vanuit de kern van de groepering en dat de inzet van criminele burgerinfiltranten zal helpen bij de bestrijding van de georganiseerde en ondermijnende criminaliteit.²⁷⁴

4.2.3 De belangenafweging

De vraag is nu hoe de belangenafweging uitvalt. Wegen de voordelen van criminele burgerinfiltranten op tegen de diverse risico's die in deze scriptie uitvoerig zijn behandeld. In de literatuur zijn een aantal voorstanders te vinden om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen. Zo is criminoloog Fijnaut blij met het voorstel van Opstelten. Hij vindt dat de rechtsstaat groot belang heeft bij een doeltreffende en integere inzet van criminele getuigen tegen gesloten en gewelddadige vormen van zware criminaliteit.²⁷⁵ Ook Buruma heeft zich niet rouwig getoond om de inzet van criminele burgerinfiltranten weer mogelijk te maken. Daarbij maakt Buruma wel een belangrijk voorbehoud, want hij is het niet met de minister eens over de gevallen waarin criminele burgerinfiltratie kan worden ingezet. Buruma ziet er heil in om criminele burgerinfiltranten in te zetten die slechts hand- en spandiensten verlenen. Buruma wil vooral de kleine vissen uit het criminele milieu als criminele burgerinfiltranten gebruiken. De minister daarentegen laat de optie open om zware criminele burgerinfiltranten in te zetten. Een minder krampachtige houding ten opzichte van de criminele burgerinfiltrant is volgens Buruma gewenst, zodat homogene etnische groepen kunnen worden aangepakt.²⁷⁶

Tegenover de groep voorstanders is een groep van tegenstanders te plaatsen. Zij zien de inzet van criminele burgerinfiltranten in het Nederlandse strafproces niet zitten. Zo heeft de vicevoorzitter van de Commissie Van Traa, Thom de Graaff, uitgesproken geen voorstander te zijn van het opheffen van het verbod op de criminele

²⁷⁴ Zie paragraaf 1.1.2 voor het standpunt van Opstelten.

²⁷⁵ <http://www.nrc.nl/handelsblad/van/2013/juli/08/grote-risicos-bij-inzetten-infiltranten-12680514>.

²⁷⁶ Buruma 2013, p. 1843.

burgerinfiltrant. De plannen van de minister zijn gewoon veel te link, aldus De Graaff. Ook oud-hoofdofficier van justitie, Hans Vrakking, heeft naar voren gebracht dat hij de introductie van criminele burgerinfiltranten niet wenselijk acht. Volgens hem heeft het verleden geleerd dat politieke of (criminele) burgerinfiltranten, ondanks alle begeleiding, vroeg of laat uit de bocht vliegen.²⁷⁷ Ook Korvinus heeft gezegd de herintroductie van de criminele burgerinfiltrant een slecht idee te vinden. Het risico dat het opsporingsapparaat zijn legitimiteit verliest vindt Korvinus zwaarder wegen dan de aanpak van enkele zware criminelen.²⁷⁸ Oud-minister van Binnenlandse Zaken, Ed van Thijn, was verbijsterd door het voorstel van Opstelten. Volgens Van Thijn duidt het voorstel op een *'absoluut gebrek aan historische kennis en het ontbreken van een collectief geheugen'*.²⁷⁹

Naar mijn mening wegen de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten zwaarder dan de voordelen die daarmee gepaard gaan. Criminele burgerinfiltratie is een uiterst risicovolle opsporingsmethode die de integriteit van de opsporing per definitie onder druk zet. Zoals gezegd, vind ik daarbij de argumenten die in de motie Kalsbeek worden genoemd doorslaggevend. De risico's die in de motie worden genoemd omschrijven naar mijn mening de kern van het probleem. Ten eerste brengt de inzet van criminele burgerinfiltranten een groot processueel afbreukrisico met zich. Daarnaast zijn de sturing van en de controle op het handelen van een criminele burgerinfiltrant nagenoeg onmogelijk. Ik vraag mij af of de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten überhaupt voldoende kunnen worden ingeperkt door (juridische) voorwaarden en waarborgen. Het is onmogelijk een criminele burgerinfiltrant 24 uur per dag en 7 dagen in de week te controleren. Ook is het niet altijd mogelijk dat de infiltrant opnameapparatuur bij zich draagt, waardoor controle kan worden gerealiseerd. Daarbij komt dat criminele burgerinfiltranten, in grotere mate dan opsporingsambtenaren en niet-criminele burgers, er een dubbele agenda op na zullen houden. Men kan bij voorbaat onvoldoende vaststellen of een criminele burgerinfiltrant hetzelfde motief heeft als het opsporingsapparaat, te weten het opsporingsbelang. Anders gezegd: criminele burgerinfiltranten zijn bijzonder slecht, wellicht helemaal niet te sturen. De Commissie Van Traa heeft naar aanleiding van de IRT-affaire deze risico's haarfijn blootgelegd. Nu niet bij voorbaat met zekerheid kan worden gezegd dat politie en justitie de controle en stuurbaarheid van de criminele burgerinfiltrant in handen zullen hebben, moet mijns inziens worden afgezien van criminele burgerinfiltranten in het Nederlandse strafproces. Gelet op de historie van de criminele burgerinfiltrant in het Nederlandse strafproces is deze opsporingsmethode naar mijn mening 'besmet'.

In de belangenafweging die in deze paragraaf centraal staat, moet ook de effectiviteit van infiltratie worden meegewogen. Zoals gezegd, de effectiviteit van infiltratie is naar mijn mening uiterst discutabel te noemen. Dat de effectiviteit van infiltratie allesbehalve hoog is te noemen, vormt mijns inziens een indicatie dat van deze opsporingsmethode geen gebruik moet worden gemaakt dan wel met grote terughoudend moet worden gebruikt. Die conclusie wordt versterkt als men de risico's die deze opsporingsmethode met zich brengt, in oenschouw neemt. Het gat tussen de diverse risico's en het beoogde doel is te groot: de kans op het succesvol verzamelen van bewijsmateriaal door een criminele burgerinfiltrant is onzeker en de

²⁷⁷ <http://www.nrc.nl/handelsblad/van/2013/juli/08/grote-risicos-bij-inzetten-infiltranten-12680514>.

²⁷⁸ <http://www.advocatenblad.nl/site/magazine/archief/nieuws/detail/20091632.html>.

²⁷⁹ Aflevering 'Altijd Wat' van 5 juli 2013, te raadplegen via:

<http://altijdwat.ncrv.nl/nieuwsblogs/nieuws-inzet-criminele-burgerinfiltrant-niet-uitgesloten>.

risico's van de inzet zijn groot. Een 'doel heiligt de middelen-methode' acht ik niet wenselijk. Concluderend ben ik van mening dat het verbod op het inzetten van criminele burgerinfiltranten van kracht moet blijven.

4.2.3.1 De voorwaarden en waarborgen uit de motie Recourt op de weegschaal

Op 25 maart 2014 is echter de motie Recourt aangenomen, waardoor de inzet van criminele burgerinfiltranten in het Nederlandse strafproces (weer) mogelijk is. Dat strookt niet met mijn opvattingen uit de vorige paragraaf. Het zou mij dan ook verbazen als de inzet van criminele burgerinfiltranten niet tot de nodige problemen gaat leiden. Voorkomen moet worden dat zich een soortgelijke affaire als de IRT-affaire voordoet. Een dergelijk affaire kan mijns inziens tot op zekere hoogte worden voorkomen door de inachtneming van duidelijke en strikte voorwaarden en waarborgen, waaronder de inzet van criminele burgerinfiltranten moet plaatsvinden. Daarvoor is het van belang de inhoud van de motie Recourt onder de loep te nemen.²⁸⁰ Wat opvalt aan de voorwaarden en waarborgen die in de motie worden genoemd, is dat zij algemeen van aard zijn. De motie Recourt staat vol met open termen die nadere invulling behoeven. Dat de inzet van criminele burgerinfiltranten slechts 'in hoge uitzonderingsgevallen en onder strikte voorwaarden' moet plaatsvinden zegt mijns inziens niet zoveel. Door het gebruik van deze open termen wordt het Openbaar Ministerie veel discretionaire ruimte gelaten bij de beoordeling of een criminele burgerinfiltrant mag worden ingezet. Gelet op de aanbevelingen van de Commissie Van Traa, de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden en de vele risico's die zijn verbonden aan de inzet van criminele burgerinfiltranten, is dat mijns inziens kwalijk te noemen.²⁸¹ Naar mijn mening had het meer in de rede gelegen om op zijn minst te omschrijven dat criminele burgerinfiltratie alleen mogelijk is in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in art. 67 lid 1 Sv, dat gezien zijn aard of samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Die terminologie sluit aan bij de systematiek van het Wetboek van Strafvordering. Ik ben van mening dat de afbakening van de gevallen waarin criminele burgerinfiltratie mag worden toegepast zelfs nog een stap verder mag. Zoals de minister te kennen heeft gegeven wil hij criminele burgerinfiltranten voornamelijk inzetten bij de bestrijding van drugscriminaliteit, grootschalige witwaspraktijken en criminele groeperingen die zich schuldig maken aan liquidaties.²⁸² Derhalve had het mijns inziens voor de hand gelegen om in de motie Recourt slechts deze misdrijven te omschrijven als gevallen waarin criminele burgerinfiltratie mogelijk is.

De motie laat eenzelfde ruime discretionaire ruimte aan het Openbaar Ministerie voor wat betreft de voorwaarden die in acht moeten worden genomen voor inzet van een criminele burgerinfiltrant. Zo worden met algemene bewoordingen de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit in de motie Recourt genoemd. In de motie komt niet de zwaardere subsidiariteitseis terug die de minister in de parlementaire discussie heeft voorgesteld. Deze zwaardere subsidiariteitseis houdt in dat criminele burgerinfiltranten pas mogen worden ingezet indien volgens de officier van justitie politieke en niet-criminele burgerinfiltratie geen opties zijn. Voorts wordt in de motie gewezen op 'een zeer streng regime van waarborgen'. Zonder nadere specificering is

²⁸⁰ Voor een overzicht van deze voorwaarden wordt hier kortheidshalve verwezen naar paragraaf 1.3.

²⁸¹ Vgl. Buruma & Muller 1997, p. 528-529.

²⁸² *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 173, p. 27.

mij allesbehalve duidelijk waaruit dit strenge regime van waarborgen bestaat. In zoverre vind ik de voorwaarde van een streng regime een gewassen neus. Daarnaast wordt in de motie de voorwaarde gesteld dat de minister op 1 januari 2017 een uitgebreide rapportage aan de Tweede Kamer doet toekomen. Mijns inziens is het onbegrijpelijk dat deze rapportage pas in 2017 aan de Kamer moet worden overgelegd. Door pas in 2017 een dergelijke rapportage op te stellen heeft het Openbaar Ministerie tot die tijd de ruimte om criminele burgerinfiltranten naar eigen inzicht in te zetten. Derhalve is er nauwelijks enige vorm van politieke controle. Gelet op de geschiedenis die de criminele burgerinfiltrant in het Nederlandse strafproces heeft, ligt het meer in de rede om jaarlijks een uitgebreide rapportage aan de Tweede Kamer te overleggen.

De voorwaarden die mijns inziens wel enige waarde hebben zijn dat criminele burgerinfiltranten slechts mogen worden ingezet in kortlopende trajecten en dat van groei-infiltranten geen sprake mag zijn. Naar mijn mening is het verbod op de groei-infiltrant een belangrijke voorwaarde om te voorkomen dat zich in de praktijk gevallen gaan voordoen die tijdens de IRT-affaire aan het licht zijn gekomen. Ten aanzien van het verbod op de groei-infiltrant rijst de vraag hoe de minister de kopstukken van een criminele groepering wil aanpakken zonder de inzet van groei-infiltranten. In het voorstel van 5 juli 2013 brengt de minister naar voren dat de top van de criminele groeperingen moeten worden aangepakt. Om de kopstukken aan te pakken, zal het naar mijn mening noodzakelijk zijn dat infiltranten voor langere tijd worden ingezet. Dat betekent dat van groei-infiltranten gebruik moet worden gemaakt. De kans dat de rechterhand van de leider van een criminele groepering zich bij de politie als criminele burgerinfiltrant zal melden, acht ik buitengewoon klein, mede gelet op de saamhorigheid en hechtheid van de criminele groepering waarin moet worden geïnfiltreerd. In zoverre betwijfel ik of in de praktijk niet alsnog gebruik gaat worden gemaakt van groei-infiltranten. Ook de woorden van de minister in de parlementaire discussie over het verbod op de groei-infiltrant zorgen naar mijn mening voor argwaan. In deze discussie heeft hij immers aangegeven dat politie en justitie een criminele burgerinfiltrant moeten kunnen sturen om in een criminele organisatie te infiltreren. Criminele burgerinfiltranten moeten kunnen worden ingezet om te infiltreren in groeperingen waarvan zij reeds geen deel uit maken, aldus de minister. Mijns inziens impliceert dit dat een criminele burgerinfiltrant in een criminele groepering moet 'groeien'. Bij deze stand van zaken is het naar mijn mening een kwestie van tijd voordat naar buiten komt dat wel degelijk groei-infiltranten zijn ingezet.

Concluderend ben ik van mening dat de voorwaarden en waarborgen die in de motie Recourt worden genoemd, een weinig hoopvol perspectief bieden op het waarborgen van de integriteit van de opsporing. De voorwaarden die zijn opgenomen in de motie ondervangen nauwelijks de risico's die aan het inzetten van criminele burgerinfiltranten zijn verbonden. Op geen enkele manier dragen deze voorwaarden bij aan een versterking van de controle op het handelen van een criminele burgerinfiltrant. Ook de stuurbaarheid van een criminele burgerinfiltrant wordt door de voorgestelde voorwaarden en waarborgen niet vergroot. Naar mijn mening is het dan ook een kwestie van tijd voordat zich de eerste problemen met een criminele burgerinfiltrant zullen voordoen. Ik vrees ten zeerste dat (opnieuw) de inzet van criminele burgerinfiltranten uit de hand zal lopen. Naar mijn mening kan op één manier worden voorkomen dat de inzet van criminele burgerinfiltranten bij voorbaat

is gedoemd om de integriteit van de opsporing aan te tasten: het formuleren van een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant, waarin tevens een rol wordt gereserveerd voor de rechter(-commissaris). Deze twee aspecten zullen in de volgende paragrafen worden behandeld.

4.3 Een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant

Inleiding

De vraag naar een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant heeft bij de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden voor de nodige discussie gezorgd.²⁸³ Na het voorstel van de minister het verbod op criminele burgerinfiltratie op te heffen geniet deze vraag opnieuw veel belangstelling.²⁸⁴ De huidige minister is van mening dat een wetwijziging niet noodzakelijk is. Hij ziet een voldoende specifieke wettelijke basis in de huidige regeling van de burgerinfiltrant, zoals neergelegd in de artt. 126w en 126x Sv. Diverse Kamerleden hebben zich verzet tegen het standpunt van de minister. Met deze Kamerleden ben ik van mening dat een specifieke wettelijke bepaling in het Wetboek van Strafvordering voor de criminele burgerinfiltrant noodzakelijk en wenselijk is.

4.3.1 De integriteit van de opsporing als legitimatie voor een specifieke wettelijke bepaling van de criminele burgerinfiltrant

De vraag wanneer een specifieke wettelijke bepaling is vereist, moet worden beantwoord aan de hand van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. In hoofdstuk 3 is het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel uitvoerig behandeld. De vraag wanneer een opsporingsbevoegdheid een specifieke wettelijke basis behoeft, moet worden beantwoord aan de hand van de toetssteen of de in het geding zijnde belangen voldoende worden gewaarborgd zonder wettelijke bepaling. Daarbij wordt als uitgangspunt gehanteerd dat een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk is indien een opsporingsbevoegdheid een inbreuk maakt op een grondrecht van de burgers.

In het vorige hoofdstuk is uitvoerig besproken dat het inbreuk-criterium niet de enige reden is om een opsporingsbevoegdheid een expliciete basis in het Wetboek van Strafvordering te geven. Ook andere argumenten kunnen een reden vormen een specifieke wettelijke bepaling voor een bepaalde opsporingsbevoegdheid in het leven te roepen. Eén van die redenen is dat de integriteit van de opsporing onder druk kan komen te staan. Een andere reden is gelegen in het opsporingsbelang. In dat verband dient een specifieke wettelijke bepaling bij te dragen aan de verkleining van afbreukrisico's die aan een opsporingsbevoegdheid zijn verbonden. Ten aanzien van deze twee redenen heeft de minister in de Memorie van Toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden naar voren gebracht dat opsporingsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, een voldoende specifieke basis in het Wetboek van Strafvordering behoeven.²⁸⁵ Aldus komt bij de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden tot uitdrukking dat het inbreuk-criterium niet de enige reden is om over te gaan tot het opstellen van een nadrukkelijke wettelijke bepaling voor een opsporingsbevoegdheid.

²⁸³ Zie onder meer *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3.

²⁸⁴ Zie *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 173 en nr. 195.

²⁸⁵ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p.3.

Bij de beoordeling of een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk is voor criminele burgerinfiltratie moet voorop worden gesteld dat het Wetboek van Strafvordering geen nadrukkelijke basis biedt voor de inzet van criminele burgerinfiltranten.²⁸⁶ Aan de toepassing van criminele burgerinfiltratie zijn veel (afbreuk)risico's verbonden die de integriteit van de opsporing onder druk zetten. Gelet op het feit dat de integriteit van de opsporing door de inzet van criminele burgerinfiltranten in het geding kan komen is het mijns inziens, in het licht van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, noodzakelijk dat er een specifieke wettelijke bepaling komt voor de criminele burgerinfiltrant. Ook het opsporingsbelang verplicht tot het opstellen van een specifieke wettelijke bepaling voor criminele burgerinfiltratie. Voorts doet een nadrukkelijke wettelijke bepaling voor criminele burgerinfiltratie recht aan de risico's die zijn verbonden aan deze opsporingsbevoegdheid. Tevens is het formuleren van een specifieke wettelijke bepaling voor de inzet van criminele burgerinfiltranten een erkenning van de bevindingen van de Commissie Van Traa.²⁸⁷ Door de criminele burgerinfiltrant een expliciete basis in het Wetboek van Strafvordering te geven, geeft de wetgever een duidelijk signaal af dat met de inzet van criminele burgerinfiltranten niet te lichtzinnig mag worden omgegaan. Bovendien is het noodzakelijk dat op het gevoelige terrein van strafprocesrecht de zwaardere procedure van een wet in formele zin wordt doorlopen. Dat geldt des te meer voor een opsporingsmethode als criminele burgerinfiltratie, waarbij grote risico's zijn verbonden aan de inzet.

4.3.2 Discrepancie tussen de huidige wettelijke regeling en de door de minister voorgestelde voorwaarden en waarborgen

Voorts acht ik een wetswijziging noodzakelijk, omdat niet alle door de minister gepresenteerde voorwaarden en waarborgen ten aanzien van criminele burgerinfiltratie reeds in het Wetboek van Strafvordering zijn terug te vinden. Zoals gezegd, ziet de minister in art. 126w Sv en art. 126x Sv een voldoende specifieke basis voor de inzet van criminele burgerinfiltranten. Dat betekent dat in die artikelen de door hem voorgestelde voorwaarden en waarborgen moeten worden teruggevonden. Dat is niet voor alle voorwaarden en waarborgen het geval. Ten eerste moet hier worden gewezen op de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Met betrekking tot de subsidiariteitseis heeft de minister een zwaardere variant voorgesteld: het inzetten van een criminele burgerinfiltrant is pas mogelijk als politieke en niet-criminele burgerinfiltratie geen opties zijn. Die zwaardere subsidiariteitseis is niet in de wet terug te vinden. In art. 126w lid 2 is alleen te lezen dat burgerinfiltratie mogelijk is indien de officier van justitie van mening is dat politieke infiltratie geen uitkomst biedt.²⁸⁸ Dit betekent dat zowel criminele als niet-criminele burgerinfiltranten kunnen worden ingezet als politieke infiltratie niet kan worden toegepast. Een officier van justitie hoeft volgens de huidige wettelijke regeling niet eerst te bestuderen of een niet-criminele burgerinfiltrant kan worden ingezet, alvorens hij zijn toevlucht kiest tot een criminele burgerinfiltrant. Derhalve is de zwaardere subsidiariteitseis, zoals naar voren gebracht door de minister in zijn

²⁸⁶ Zie in dezelfde zin: S.L.J. Janssen, 'I am the law. De criminele burgerinfiltrant als voorbeeld van gebrekkig machtsevenwicht', *NJB* 2014, afl. 11, p. 709.

²⁸⁷ In dat verband heeft de Commissie Van Traa onder meer geconstateerd dat een wettelijke normering van opsporingsbevoegdheden te lang achterwege is gebleven, terwijl dit als een fundamentele eis in een rechtsstaat wordt beschouwd, zie verder paragraaf 2.1.

²⁸⁸ Ten aanzien van de toepassing van burgerinfiltratie bij een georganiseerd verband is eenzelfde subsidiariteitseis te vinden in art. 126x lid 2 Sv.

voorstel van 5 juli 2013, niet met zoveel woorden in het Wetboek van Strafvordering te vinden. Daarnaast is in het Wetboek van Strafvordering niet de eis te vinden dat bij een voorgenomen besluit tot inzet van een criminele burgerinfiltrant moet worden overlegd aan de minister van Veiligheid en Justitie. Ook het voorgestelde verbod op de zogenoemde groei-infiltrant is met het nodige spuurwerk niet in de wet terug te vinden. Kortom, het huidige Wetboek van Strafvordering biedt geen basis voor alle waarborgen en voorwaarden die de minister heeft voorgesteld. Het standpunt van de minister – dat de huidige regeling omtrent burgerinfiltratie een voldoende specifieke basis vormt voor het inzetten van criminele burgerinfiltranten – is dan ook niet correct. Nu discrepantie bestaat tussen de door de minister gepresenteerde waarborgen en de waarborgen die reeds van kracht zijn in art. 126w Sv en art. 126x Sv, ben ik van mening dat een specifieke wettelijke bepaling voor de criminele burgerinfiltrant des te meer op haar plaats is.

Dat het wetstechnisch gezien moeilijk is om een wettelijk onderscheid aan te brengen tussen de criminele en niet-criminele burgerinfiltrant is begrijpelijk, maar is geen reden af te zien van een dergelijk onderscheid. Het standpunt dat de wetgever nooit een specifieke wettelijke bepaling heeft gewild voor de criminele burgerinfiltrant, omdat hij geen onderscheid heeft gemaakt tussen de criminele en niet-criminele burgerinfiltrant bij de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, is mijns inziens onjuist. Het debat ten tijde van de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt gekleurd door de motie Kalsbeek. Door deze motie was al voor de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden duidelijk dat er een verbod op de criminele burgerinfiltrant zou komen. Gelet op de parlementaire discussie ten tijde van de totstandkoming van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, betwijfel ik of art. 126w Sv en art. 126x Sv dezelfde structuur en inhoud zouden hebben indien de motie Kalsbeek niet zou zijn ingediend. Ook Janssen brengt naar voren dat art. 126w Sv niet op deze wijze in het Wetboek van Strafvordering zou zijn opgenomen, indien de motie Kalsbeek houdende het verbod er niet zou zijn geweest. Terecht stelt Janssen dat het losknippen van de motie de totstandkomingsgeschiedenis miskent en geen recht doet aan de toen door de wetgever gegeven overwegingen en genomen beslissingen.²⁸⁹

Dat de voorwaarden en waarborgen (gedeeltelijk) zijn terug te vinden in de motie Recourt doet er niet aan af dat een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk is. Het formuleren van de voorwaarden en waarborgen in een motie herbergt immers het gevaar in zich dat in de praktijk hiervan gemakkelijker wordt afgeweken.²⁹⁰ Bovendien doet een motie geen recht aan de impact van deze opsporingsbevoegdheid op de integriteit van de opsporing. Aldus acht ik een expliciete basis voor de criminele burgerinfiltrant in het Wetboek van Strafvordering noodzakelijk, omdat er discrepantie bestaat tussen de reeds van toepassing zijnde voorwaarden omtrent burgerinfiltratie en de door de minister voorgestelde waarborgen en voorwaarden. Voorts vereist het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel een specifieke wettelijke bepaling voor criminele burgerinfiltratie. Derhalve verdient het naar mijn mening aanbeveling het Wetboek van Strafvordering te wijzigen en een specifieke wettelijke bepaling voor de inzet van criminele burgerinfiltranten te formuleren. In deze wettelijke

²⁸⁹ Janssen 2014, p. 709.

²⁹⁰ Vgl. Buruma & Muller 1997, p. 529.

bepaling dienen alle door de minister gepresenteerde waarborgen en voorwaarden te worden opgenomen.

4.4 Betrokkenheid van de rechter-commissaris

Er is nog een tweede reden waarom wetswijziging noodzakelijk is. Deze reden is gelegen in de noodzaak en wenselijkheid van een rechterlijke toetsing van de (voorgenomen) inzet van een criminele burgerinfiltrant. De huidige bepaling omtrent burgerinfiltratie, die volgens de minister tevens van toepassing wordt op de inzet van criminele burgerinfiltranten, bepaalt dat inzet van een infiltrant onder regie van de officier van justitie plaatsvindt. Er is in die bepaling geen rol weggelegd voor de rechter-commissaris. In de motie Recourt is bepaald dat inzet van criminele burgerinfiltranten onder stringente voorwaarden zal plaatsvinden, maar een toetsing door een rechter-commissaris behoort daar niet toe.

4.4.1 Noodzakelijkheid van een rechterlijke toetsing

Met de criminele burgerinfiltrant zullen duidelijke afspraken moeten worden gemaakt, alvorens het infiltratie-traject begint.²⁹¹ Zo moet met de criminele burgerinfiltrant onder meer afspraken worden gemaakt over de duur van het infiltratie-traject, het plegen van strafbare feiten en zo ja welke, het toezeggen van strafrechtelijke immuniteit, het in het vooruitzicht stellen van (financiële) beloningen en het eventueel opnemen van de infiltrant in een getuigenbeschermingsprogramma. Al deze afspraken worden in een schriftelijke overeenkomst vastgelegd, zodat voor zowel het Openbaar Ministerie als de criminele burgerinfiltrant duidelijkheid bestaat over wat zij van elkaar mogen verwachten. Ten aanzien van dergelijke overeenkomsten kan worden gesproken over *'deals met criminelen'*. De Commissie Van Traa verstaat onder een deal *'een afspraak tussen een crimineel en het Openbaar Ministerie, met het doel een toetsbare getuigenverklaring te verkrijgen in ruil voor enige tegenprestatie van het Openbaar Ministerie.'*²⁹² Volgens de commissie zijn deals met criminelen te onderscheiden van de overeenkomst waarbij alleen wordt onderhandeld over strafbare feiten die door de criminele burgerinfiltrant zijn begaan. Plooy spreekt in plaats van een 'deal' liever over een 'overeenkomst of afspraak met criminelen'.²⁹³ Gelet op de beschrijving van de Commissie Van Traa en het standpunt van Plooy valt de overeenkomst tussen een criminele burgerinfiltrant en het Openbaar Ministerie naar mijn mening onder de noemer *'deals met criminelen'*. Een criminele burgerinfiltrant zal met het Openbaar Ministerie afspraken maken over het afleggen van een getuigenverklaring ten aanzien van zijn bevindingen gedurende het infiltratie-traject. In ruil hiervoor zal enige tegenprestatie van het Openbaar Ministerie staan. De afspraken met een criminele burgerinfiltrant zullen niet slechts betrekking hebben op strafbare feiten die door de criminele burgerinfiltrant zelf worden gepleegd. Er zullen immers ook afspraken worden gemaakt over het verloop van het infiltratie-traject, (financiële) beloningen en de eventuele bescherming van de criminele burgerinfiltrant. Aldus kan mijns inziens omtrent overeenkomsten tussen criminele burgerinfiltranten en het Openbaar Ministerie worden gesproken over deals met criminelen. Ook Janssen is van mening dat de overeenkomst die een criminele burgerinfiltrant met het Openbaar Ministerie sluit, onder *'deals met criminelen'* valt.²⁹⁴

²⁹¹ *Kamerstukken II 2013-2014*, 29 279, nr. 193, p. 17 en 19.

²⁹² Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 465.

²⁹³ Plooy 2004, p. 186.

²⁹⁴ Vgl. Janssen 2014, 709-710.

Ten aanzien van deals met criminelen is in de Tweede Kamer een motie aangenomen. In die motie komt tot uitdrukking dat deals met criminelen alleen tot stand kunnen komen onder toezicht van een rechter.²⁹⁵ Ondanks dat de motie Kalsbeek behelzende het verbod op het inzetten van criminele burgerinfiltranten is herroepen, is de zojuist genoemde motie ten aanzien van deals met criminelen onverminderd van kracht. Aldus verplicht deze motie ertoe dat de rechter(-commissaris) wordt betrokken bij de inzet van criminele burgerinfiltranten. Voorts komt in de rechtspraak van het EHRM naar voren dat de controle op de inzet van undercovermethoden bij voorkeur plaatsvindt door een rechter.²⁹⁶ Ook in dat verband is de voorafgaande betrokkenheid van de rechter(-commissaris) bij de inzet van criminele burgerinfiltranten gewenst. Aldus is een vorm van rechterlijke toetsing bij de overeenkomst die met een criminele burgerinfiltrant wordt gesloten noodzakelijk. Daartoe zal een wetwijziging moeten plaatsvinden, aangezien de rechter(-commissaris) geen rol heeft in de huidige wettelijke bepalingen van burgerinfiltratie.

4.4.2 Wenselijkheid van een rechterlijke toetsing

Voorts is het mijns inziens ook wenselijk dat er bij de inzet van criminele burgerinfiltranten een (voorafgaande) toetsing door een rechter(-commissaris) plaatsvindt. Een dergelijke toetsing komt ten goede aan de rechtsbescherming.²⁹⁷ De IRT-affaire heeft aangetoond dat de toetsing en controle van opsporingsbevoegdheden door alleen de opsporingsinstanties vergaande gevolgen heeft voor de integriteit van de opsporing. In het tweede hoofdstuk is naar voren gekomen dat de Commissie Van Traa bij haar aanbevelingen onder meer aandacht heeft voor de Trias Politica. De gedachte achter de Trias Politica is dat de wetgever zorg draagt voor de normering van opsporingsbevoegdheden, de uitvoering van deze opsporingsbevoegdheden ligt bij het Openbaar Ministerie en de rechter is belast met controle van die uitvoering. Het concentreren van de macht bij één van de drie, meer in het bijzonder bij de opsporingsinstanties, is naar mijn mening onverstandig. Een dergelijke machtsconcentratie doet afbreuk aan de check en balances die de Trias Politica tracht te realiseren. Daarom heeft de Commissie Van Traa aanbevolen dat de rechter-commissaris wordt betrokken bij alle infiltratie-acties die langer duren dan een maand.²⁹⁸ Mijns inziens getuigt het van kortzichtigheid dat deze lessen uit de geschiedenis terzijde worden geschoven.

Naar mijn mening is het dan ook onbegrijpelijk dat de toepassing van criminele burgerinfiltratie geheel binnen het Openbaar Ministerie wordt getoetst en gecontroleerd. In het rapport van de Commissie Van Traa is juist te lezen dat de sturing en controle van de top van het Openbaar Ministerie en de minister tekort zijn geschoten.²⁹⁹ Niet valt in te zien waarom de minister, en waarschijnlijk ook het Openbaar Ministerie, zo fel tegen een toetsing door een onderzoeksrechter zijn. De gedachte lijkt te zijn dat niemand, behalve enkele personen binnen het Openbaar

²⁹⁵ *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 072, nr. 51. Volgens Abels moet deze motie zo worden gelezen dat het maken van een afspraak met een crimineel moet worden onderworpen aan een voorafgaande rechterlijke toetsing, zie: I.M. Abels, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken of toch deals met criminelen', *AA 2005*, p. 861-862. Dit bevestigt mijn standpunt dat onder 'deals met criminelen' tevens de overeenkomst met een criminele burgerinfiltrant wordt verstaan.

²⁹⁶ Zie EHRM 24 juni 2008, *appl. no. 74355/01*, par. 39 (Milinienė t. Litouwen); EHRM 4 november 2010, *EHRC 2011/9*, par. 50, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

²⁹⁷ Vgl. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 15.

²⁹⁸ Eindrapport Enquête opsporingsmethoden, p. 467.

²⁹⁹ Vgl. Buruma & Muller 1997, p. 530.

Ministerie, in een concreet geval mag weten dat een criminele burgerinfiltrant wordt ingezet. Uiteraard is het van belang dat het infiltratie-traject niet bij het grote publiek bekend wordt, mede gelet op de veiligheid van de criminele burgerinfiltrant zelf. Desalniettemin gaat de krampachtige houding van de minister (en het Openbaar Ministerie) ten aanzien van een voorafgaande toetsing door een rechter-commissaris te ver. Het volledig verborgen houden van de activiteiten van een criminele burgerinfiltrant voor een onpartijdige procesdeelnemer als de rechter-commissaris, vind ik zorgelijk.

Daarnaast komt een (voorafgaande) toetsing door de rechter-commissaris mijns inziens de transparantie en controle van de toepassing van criminele burgerinfiltratie ten goede. Bij een opsporingsmethode als criminele burgerinfiltratie, waarbij de controle en de stuurbaarheid van een criminele burgerinfiltrant zodanig ter discussie staan, is een toetsing door een rechter-commissaris naar mijn mening des te meer op haar plaats. In dat verband ben ik van mening dat een rechter-commissaris, als onafhankelijk rechterlijk orgaan, beter dan het Openbaar Ministerie in staat is om de rechten van de verdediging af te wegen tegen het belang van de opsporing.³⁰⁰ Voorts zal een voorafgaande rechterlijke toetsing mijns inziens een officier van justitie stimuleren om op magistratelijke wijze te beoordelen of de inzet van een criminele burgerinfiltrant daadwerkelijk nodig is. Buruma en Muller brengen naar voren dat het anticiperend effect van een controle door de rechter-commissaris groot zal zijn.³⁰¹ Daarnaast vergroot een vroege rechterlijke toets volgens de Raad voor de rechtspraak de kans dat het door de infiltrant verzamelde bewijsmateriaal in een strafzaak standhoudt.³⁰² Hierbij mag er echter niet van worden uitgegaan dat de voorafgaande betrokkenheid van een rechter(-commissaris) betekent dat een infiltratie-traject per definitie rechtmatig is. Daarom moet een zittingsrechter na het onderzoek ter terechtzitting altijd het eindoordeel geven over de rechtmatigheid van de inzet van criminele burgerinfiltranten. Bij die beoordeling kan de zittingsrechter, behoudens zwaarwegende aanwijzingen voor het tegendeel, gebruik maken van het oordeel van de rechter-commissaris.³⁰³ Daarnaast sluit een toetsing door de rechter-commissaris voorafgaand het infiltratie-traject aan bij de recente ontwikkelingen van de versterking van de positie van de rechter-commissaris.³⁰⁴

Om te onderbouwen dat een toetsing door de rechter-commissaris wenselijk is bij de inzet van criminele burgerinfiltranten kan aansluiting worden gezocht bij andere opsporingsbevoegdheden, waarbij reeds een toetsing door de rechter-commissaris plaatsvindt. Zo hebben de ervaringen met kroongetuigen ons geleerd dat het Openbaar Ministerie zelf gebaat is bij toegang tot een onafhankelijke instantie, die in geval van conflicten beslissingen kan nemen en rechtsbescherming aan zowel de verdachte(n) als criminele burgerinfiltrant kan bieden.³⁰⁵ Daarnaast heeft Janssen naar voren gebracht dat ‘een onderzoeksrechter net als bij de anonieme bedreigde getuige

³⁰⁰ Zie in dit verband het standpunt van de Raad voor de rechtspraak, te raadplegen via: <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Goed-nadenken-over-rol-rechter-commissaris-bij-criminele-burgerinfiltrant.aspx>.

³⁰¹ Buruma & Muller 1997, p. 530.

³⁰² Zie <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Goed-nadenken-over-rol-rechter-commissaris-bij-criminele-burgerinfiltrant.aspx>.

³⁰³ Vgl. Janssen 2014, p. 710.

³⁰⁴ Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600. Zie in dit verband ook: N.J.M. Kwakman, ‘De nieuwe Wet versterking positie rechter-commissaris’, *Trema* 2012, afl. 7, p. 228-233; *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 177, nr. 3.

³⁰⁵ Janssen 2014, p. 710.

een rechterlijke toetsing kan bieden buiten het openbare onderzoek ter terechtzitting, waarbij ook de belangen van de verdachte en zijn verdediging gewogen kunnen worden zonder dat de zittingsrechter daar direct aan te pas hoeft te komen.³⁰⁶

4.4.3 Wat moet de rechter-commissaris toetsen?

Bij voorkeur vindt een rechterlijke toetsing plaats voorafgaand aan de inzet van een criminele burgerinfiltrant. Dit kan worden gerealiseerd door de machtiging van de rechter-commissaris te stellen als voorwaarde voor de toepassing van criminele burgerinfiltratie. De toetsing kan ook plaatsvinden tijdens het infiltratie-traject. De toetsing van de rechter-commissaris bestaat er dan uit dat hij tijdens een infiltratie-traject (bijvoorbeeld na een maand), de gang van zaken controleert.

De (voorafgaande) toetsing van de rechter-commissaris kan ten eerste bestaan uit een beoordeling van de schriftelijke overeenkomst die het Openbaar Ministerie met de criminele burgerinfiltrant sluit. Zoals eerder beschreven zal deze overeenkomst onder meer bestaan uit afspraken over de duur van het infiltratie-traject, het al dan niet plegen van strafbare feiten door de criminele burgerinfiltrant, het doen van toezeggingen in verband met de strafvervolgning van de criminele burgerinfiltrant en het toekennen van financiële beloningen. Voorts kunnen in de overeenkomst afspraken worden gemaakt over bescherming van de criminele burgerinfiltrant door de overheid, bijvoorbeeld door opname in een getuigenbeschermingsprogramma. Daarnaast kan de rechter-commissaris toetsen of aan alle (wettelijke) voorwaarden en waarborgen is voldaan. In dat verband is in de Memorie van Toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden te lezen dat de machtiging van de rechter-commissaris noodzakelijk wordt geacht, omdat zo voorafgaand aan de toepassing van een opsporingsbevoegdheid door een rechter wordt gecontroleerd of aan de wettelijke voorwaarden en de ongeschreven beginselen van een goede procesorde is voldaan.³⁰⁷

Als laatste moet hier worden opgemerkt dat de toetsing door de rechter-commissaris bij criminele burgerinfiltratie geen routine proces mag worden, waarbij de rechter-commissaris simpelweg een stempel op de vordering van de officier van justitie zet.³⁰⁸

De rechter-commissaris zal bij de inzet van criminele burgerinfiltranten grondig moeten onderzoeken of aan alle waarborgen en voorwaarden is voldaan. Daarvoor dient een rechter-commissaris te beschikken over voldoende informatie, zodat hij nauwkeurig kan toetsen of aan bijvoorbeeld de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. In dit verband is het noodzakelijk dat de rechter-commissaris de beschikking krijgt over het gehele procesdossier. Bij de toetsing van een rechter-commissaris spelen financiële aspecten en capaciteitsgebrek een belangrijke rol. Dit mogen mijns inziens echter geen redenen zijn om de inhoudelijke beoordeling van de rechter-commissaris bij een opsporingsmethode als criminele burgerinfiltratie te degraderen tot een stempelmachine. In dat verband kan het noodzakelijk zijn om het aantal rechter-commissarissen in Nederland te vermenigvuldigen.³⁰⁹

³⁰⁶ Janssen 2014, p. 710.

³⁰⁷ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 403, nr. 3, p. 15.

³⁰⁸ In dit verband spreekt Franken over een 'stempelmachine', zie A.A. Franken, 'De rol van de rechter-commissaris: tussen ideaal en praktijk', *DD* 2006, afl. 3, p. 268.

³⁰⁹ Zie Franken 2006, p. 270.

4.5 Afronding en aanbevelingen

In dit hoofdstuk is het voorstel van de minister – om het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten op te heffen – aan een kritische analyse onderworpen. Het voorstel van de minister is op vier punten geanalyseerd. In de eerste plaats is de argumentatie van de minister onderzocht. Hierbij is geconstateerd dat de argumentatie van de minister op een aantal punten tegenstrijdig is. Gelet op deze tegenstrijdigheid ontstaat twijfel hoe groot de dreiging van de georganiseerde criminaliteit daadwerkelijk is en in hoeverre subjecten uit de georganiseerde criminaliteit onzichtbaar blijven voor de opsporingsinstanties als gevolg van afschermingstactieken. De argumentatie die de minister aan zijn voorstel ten grondslag heeft gelegd, overtuigt niet.

Ten tweede is een belangenafweging uitgevoerd tussen de voor- en nadelen van de toepassing van criminele burgerinfiltranten. Naar mijn mening wegen de nadelen van de inzet zwaarder dan de voordelen die criminele burgerinfiltratie opleveren. Daarbij is van belang dat de risico's zoals genoemd in de motie Kalsbeek mijns inziens in overtuigingskracht niet zijn afgezwakt. Derhalve ben ik van mening dat moet worden afgezien van het inzetten van criminele burgerinfiltranten in het Nederlandse strafproces. Desalniettemin heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen waardoor het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten niet langer van kracht is. Als gevolg van de motie Recourt is de inzet van criminele burgerinfiltranten onder bepaalde voorwaarden en waarborgen weer mogelijk. Mijns inziens ondervangen de voorwaarden en waarborgen uit de motie Recourt in onvoldoende mate de risico's die zijn verbonden aan criminele burgerinfiltratie.

Daarnaast is onderzocht of een specifieke wettelijke bepaling in het Wetboek van Strafvordering moet worden opgenomen voor de inzet van criminele burgerinfiltranten. Het huidige Wetboek van Strafvordering heeft geen expliciete basis voor deze opsporingsbevoegdheid. Naar mijn mening verplicht het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel ertoe dat de criminele burgerinfiltrant een nadrukkelijk basis krijgt in het Wetboek van Strafvordering. Ondanks dat de inzet van criminele burgerinfiltranten mogelijk is als gevolg van de motie Recourt, is het noodzakelijk en wenselijk dat de minister alsnog een wetsvoorstel indient ten behoeve van criminele burgerinfiltratie.

Als laatste is onderzoek gedaan naar de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de inzet van criminele burgerinfiltranten. De minister ziet geen aanleiding de rechter-commissaris te betrekken bij de toepassing van criminele burgerinfiltratie. Ik ben van mening dat de rechter-commissaris bij de inzet van criminele burgerinfiltranten noodzakelijk is. Voor de inzet van een criminele burgerinfiltrant moet een schriftelijke overeenkomst met deze persoon worden gesloten. In deze overeenkomsten worden diverse afspraken vastgelegd. Op basis van een motie die in Tweede Kamer is aangenomen, moet elke afspraak die met een crimineel wordt gemaakt onder toezicht van de rechter plaatsvinden.³¹⁰ Derhalve dient de rechter(-commissaris) betrokken te worden bij de inzet van criminele burgerinfiltranten. De huidige wettelijke regeling omtrent burgerinfiltratie voorziet niet in enige betrokkenheid van een rechter. Dit betekent dat een wetswijziging moet plaatsvinden om de rechter(-commissaris) te betrekken bij de inzet van criminele burgerinfiltranten. Naast het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vereist de

³¹⁰ Zie *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 072, nr. 51.

betrokkenheid van een onderzoeksrechter dus ook dat een specifieke wettelijke bepaling voor criminele burgerinfiltratie in het leven wordt geroepen.

Mijn eindconclusie is dat de risico's van de inzet van criminele burgerinfiltranten in onvoldoende mate worden ondervangen door de voorwaarden en waarborgen die door de minister zijn voorgesteld en door de voorwaarden en waarborgen die in de motie Recourt zijn opgenomen. Dat brengt mij er toe een aantal aanbevelingen te doen. Deze aanbevelingen bestaan uit de volgende punten:

1. De minister moet nader onderbouwen hoe groot de dreiging van de georganiseerde criminaliteit is en hoe effectief de afschermingstactieken zijn, omdat de noodzaak van de inzet van criminele burgerinfiltranten in onvoldoende mate is gebleken;
2. In de motie Recourt zijn de voorwaarden en waarborgen waaronder criminele burgerinfiltranten mogen worden ingezet te ruim en open geformuleerd. Er moet een herformulering van deze voorwaarden en waarborgen plaatsvinden, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de terminologie van het Wetboek van Strafvordering. Het gebruik van open termen die nadere invulling behoeven dient te worden vermeden;
3. Er dient een specifieke wettelijke bepaling voor criminele burgerinfiltratie in het Wetboek van Strafvordering te worden opgenomen. In deze wettelijke bepaling moeten de voorwaarden en waarborgen zoals omschreven onder aanbeveling 2. worden opgenomen. Voorts moeten alle door de minister voorgestelde waarborgen en voorwaarden in de wettelijke bepaling worden opgenomen. Daarbij moet het verbod op de groei-infiltrant een expliciete basis krijgen;
4. Als laatste moet een rechterlijke controle plaatsvinden alvorens een criminele burgerinfiltrant wordt ingezet. Bij voorkeur wordt een machtiging van de rechter-commissaris vereist. Deze rol van de rechter(-commissaris) dient te worden opgenomen in een specifieke wettelijke bepaling ten aanzien van de criminele burgerinfiltrant.

Deze aanbevelingen zijn een belangrijke stap om te voorkomen dat de inzet van criminele burgerinfiltranten wederom uit de hand loopt. Met de aanbevelingen is niet gegarandeerd dat zich in de praktijk nooit problemen zullen voordoen met criminele burgerinfiltranten. Zo is te verwachten dat het aantal uitlokkingsverweren als gevolg van de inzet van criminele burgerinfiltranten zal toenemen. Dit heeft mogelijk ellenlange processen tot gevolg.³¹¹ Echter, de risico's die aan de inzet van criminele burgerinfiltranten zijn verbonden worden naar mijn mening door de bovengenoemde aanbevelingen in grote mate beperkt en erkend. De beperking en erkenning van de risico's van criminele burgerinfiltratie zijn cruciale aspecten om te voorkomen dat een geval als Haagse Kees opnieuw tot maatschappelijke onrust leidt en de integriteit van de opsporing aantast.

³¹¹ Vgl. Buruma 2013, p. 1843.

Literatuurlijst

Aangehaalde werken

Abels 2005

I.M. Abels, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken of toch deals met criminelen', *AA* 2005, p. 861-864.

Appel 2014

I. Appel, 'Inzet van de criminele burgerinfiltrant. Voordelen wegen niet op tegen de nadelen', *het Tijdschrift voor de Politie* 2014, afl. 1, p. 16.

Bijleveld & Bunt, Van de 2003

C.J.H. Bijleveld en H.G. van de Bunt, *De grens van onveiligheid* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 2003.

Bleichrodt 2010

F.W. Bleichrodt, *Over burgers en opsporing*, Deventer: Kluwer 2010.

Bovenkerk 1996

F. Bovenkerk, *De georganiseerde criminaliteit in Nederland: het criminologisch onderzoek voor de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden in discussie*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Buruma 1996

Y. Buruma, 'Integriteit in de opsporing', in: Y. Buruma, A.K. Koekkoek, L.C.M. Meijers, *Opsporing in de rechtsstaat. Beschouwingen over het Eindrapport van de Commissie Van Traa*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wellink 1996, p. 1-41.

Buruma 2001

Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Buruma 2004

Y. Buruma, 'Deals met criminelen', *Trema* 2004, afl. 5, p. 197-200.

Buruma 2013

Y. Buruma, 'De criminele burgerinfiltrant', *NJB* 2013, afl. 28, p. 1843.

Buruma & Muller 1997

Y. Buruma en E. Muller, 'Na de enquête: inzake het voorontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden', *NJB* 1997, afl. 12, p. 527-533.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Corstens 1987

G. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht', in: J. Remmelink, *Naar eer en geweten*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 93-104.

Corstens & Borgers 2011

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2011.

Fedorova 2012

M.I. Fedorova, 'EHRM-eisen aan het getuigenverhoor', *Strafblad* 2012, afl. 5, p. 337-348.

Franken 2006

A.A. Franken, 'De rol van de rechter-commissaris: tussen ideaal en praktijk', *DD* 2006, afl. 3, p. 266-276.

Frielink 1990

P.M. Frielink, *Infiltratie in het strafrecht. Een onderzoek naar de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke aspecten van het opsporen van strafbare feiten door middel van infiltratie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Groenhuijsen en Knigge 2001

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Onderzoeksrapport Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Groenhuijsen en Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Afronding en verantwoording. Onderzoeksrapport Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

Haentjens 1986

R.C.P. Haentjens, 'De controle op under-cover activiteiten', *DD* 1986, afl. 1, p. 6-19.

Harris e.a. 2009

Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, tweede druk, Oxford: Oxford University Press 2009.

Husken 2009

M. Husken, *Deals met justitie. Van infiltrant 'Haagse Kees' tot kroongetuige Peter la S.*, Amsterdam: Forum 2009.

Janssen 2012

S.L.J. Janssen, 'Anonieme getuigen: ervaringen uit de praktijk', *Strafblad* 2012, afl. 5, p. 381-387.

Janssen 2013

S.L.J. Janssen, *De kroongetuige in het Nederlandse strafproces; vertrouwen is goed, controle is beter*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2013.

Janssen 2014

S.L.J. Janssen, 'I am the law. De criminele burgerinfiltrant als voorbeeld van gebrekkig machtsevenwicht', *NJB* 2014, afl. 11, p. 707-710.

Jebbink 2007

W.H. Jebbink, 'Beoordeling van pseudokoop kan evenwichtiger', *NJB* 2007, p. 1216-1223.

Klerks 2000

P.P.H.M. Klerks, *Groot in de hasj: theorie en praktijk van de georganiseerde criminaliteit*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 2000.

Knigge 2001

G. Knigge, *Leerstukken van strafprocesrecht*, vijfde druk, Deventer: Gouda Quint 2001.

Kruisbergen & De Jong 2010

E.W. Kruisbergen en D. de Jong, *Opsporen onder dekmantel. Regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, Meppel: Boom Juridische uitgevers 2010.

Kruisbergen e.a. 2012

E.W. Kruisbergen, H.G. van de Bunt en E.R. Kleemans, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland. Vierde rapportage op basis van de Monitor Georganiseerde Criminaliteit*, Meppel: Boom Lemma uitgevers 2012.

Kruissink e.a. 1999

M. Kruissink, A.M. van Hoorn en J.L.M. Boek, *Infiltratie in het recht en in de praktijk*, Den Haag: WODC 1999.

Kwakman 2012

N.J.M. Kwakman, 'De nieuwe Wet versterking positie rechter-commissaris', *Trema* 2012, afl. 7, p. 228-233.

Miller 2006

L. Miller, 'Undercover policing: A psychological and operational guide', *Journal of Police and Criminal Psychology* 2006, afl. 2, p. 1-24.

Ölçer 2008

F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Oss, Van 1994

G. van Oss, *De undercoveragent: problemen met normafwijking, corruptie en controle*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

Plooy 2004

J. Plooy, 'Toezeggingen aan getuigen in strafzaken – de rechtsstaat in het geding', *Trema* 2004, afl. 5, p. 185-196.

Roos, de 2007

Th. A de Roos, 'Daar is hij weer, de kroongetuige!', *NJB* 2007, p. 1957-1961.

Rozemond 1998

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Scheffers & De Vries 1997

M. Scheffers en P. de Vries, 'Opsporing geregeld', *AA* 1997, afl. 10, p. 719-728.

Schmit 2008

M. Schmit, *De criminele burgerinfiltrant. Een noodzakelijk kwaad?*, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008.

Siegel 2003

D. Siegel, *Global organized crime: trends and developments*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2003.

Simmelink 1987

J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv. Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Spronken 2010

T. Spronken, 'ECHR and the Right to Effective Defence', in: E. Cape, Z. Namoradze & R. Smith, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 23-64.

Trechsel 2006

S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Wladimiroff 1998

M. Wladimiroff, 'De rol van de raadsman bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden', in: P.J.P. Tak, *Bespiegelingen omtrent de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 79-89.

Woude, Van der & Sliedregt, Van 2007

M. van der Woude & E. van Sliedregt, 'De risicosamenleving: overheid vs. strafrechtswetenschap? Aanwijzingen voor het debat rondom veiligheid en risico's', *Proces* 2007, p. 216-226.

Rapporten**Eindrapport Enquête opsporingsmethoden**

Parlementaire Enquêtecommissie, *Inzake opsporing*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

Wetgeving en officiële publicaties

Kamerstukken

(aangehaalde kamerstukken in chronologische volgorde)

Kamerstukken II 1994-1995, 23 593, nr. 9.

Motie Dijkstal c.s. omtrent instellen parlementaire enquêtecommissie

Kamerstukken II 1995-1996, 24 072, nr. 51.

Motie Kalsbeek-Jasperse c.s. inzake ‘deals met criminelen’

Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nrs. 1-2.

Wetsvoorstel van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3.

Memorie van Toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. B.

Advies van de Raad van State bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 6.

Nota van verslag bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7.

Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Kamerstukken II 1998-1999, 26 269, nr. 5

Rapport van de Tijdelijke commissie evaluatie opsporingsmethoden

Kamerstukken II 1998-1999, 25 403 en 23 251, nr. 33.

Motie Kalsbeek-Jasperse c.s. behelzende het verbod op de inzet van criminele burgerinfiltranten

Kamerstukken II 2000-2001, 26 269, nr. 34.

Uitvoering aanbevelingen enquêtecommissie opsporingsmethoden

Kamerstukken II 2002-2003, 27 834, nr. 28.

Herroeping verbod criminele burgerinfiltranten bij terroristische misdrijven

Kamerstukken II 2009-2010, 32 177, nr. 3.

Memorie van Toelichting bij de Wet versterking positie rechter-commissaris

Kamerstukken II 2012-2013, 29 911, nr. 83.

Voorstel van de minister om het verbod op de criminele burgerinfiltrant op te heffen

Kamerstukken II 2013-2013, 29 279, nr. 173.

Algemeen Overleg (eerste termijn) omtrent het opheffen van het verbod op de criminele burgerinfiltrant

Kamerstukken II 2013-2014, 29 279, nr. 195.

Algemeen Overleg (tweede termijn) omtrent het opheffen van het verbod op de criminele burgerinfiltrant

Lagere regelgeving

Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2011, nr. 3240

Wetten

Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 1999, 245.

Wet versterking positie rechter-commissaris

Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600.

Jurisprudentielijst

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- 26 april 1979, *appl. no. 6538/74* (The Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk).
- 25 maart 1983, *appl. nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75* (Silver et. al. t. Verenigd Koninkrijk).
- 24 april 1990, *NJ 1991, 523*, m. nt. Dommering (Kruslin & Huvig t. Frankrijk).
- 5 juni 1992, *appl. no. 12433/86* (Lüdi t. Zwitserland).
- 9 juni 1998, *appl. no. 44/1997/828/1034* (Teixeira de Castro t. Portugal).
- 24 juni 2003, *appl. no. 39482/98* (Dowset t. Verenigd Koninkrijk).
- 27 oktober 2004, *appl. nos. 39647/98 & 40461/98* (Edwards en Lewis t. Verenigd Koninkrijk).
- 15 december 2005, *appl. no. 53203/99* (Vanyan t. Rusland).
- 16 februari 2006, *appl. no. 27052/95* (Jasper t. Verenigd Koninkrijk).
- 26 oktober 2006, *appl. no. 59696/00* (Khudobin t. Rusland).
- 24 juni 2008, *appl. no. 74355/01* (Milinienè t. Litouwen).
- 1 juli 2008, *appl. no. 10071/04* (Malininas t. Litouwen).
- 5 februari 2008, *appl. no. 74420/01* (Ramanauskus t. Litouwen).
- 10 maart 2009, *EHRC 2009/69*, m. nt. Ölçer (Bykov t. Rusland).
- 16 juli 2009, *appl. no. 18002/02* (Gorgievski t. Voormalige Republiek van Macedonië).
- 28 september 2009, *appl. nos. 23782/06 & 46629/06* (Constantin en Stoian t. Roemenië).
- 4 november 2010, *EHRC 2011/9*, m. nt. Ölçer (Bannikova t. Rusland).

Hoge Raad der Nederlanden

- 4 december 1979, *NJ 1980, 356*, m. nt. Van Veen (Tallon).
- 12 april 1897, *W 1987*.
- 18 oktober 1983, *NJ 1984, 97*, m. nt. Van Veen.
- 24 oktober 1989, *NJ 1990, 239*, m. nt. Corstens.
- 4 december 1990, *NJ 1991, 327*, m. nt. Van Veen.
- 4 maart 1994, *NJ 1994, 475*, m. nt. Van Veen.
- 1 juni 1999, *NJ 1999, 567*, m. nt. Schalken.
- 2 november 1999, *NJ 2000, 162*.
- 26 september 2000, *NJ 2000, 739*, m. nt. Schalken.
- 23 januari 2001, *NJ 2001, 218*, m. nt. Buruma.
- 9 maart 2004, *NJ 2004, 263*.
- 30 maart 2004, *NJ 2004, 376*, m. nt. Buruma (Afvoerpijp).
- 29 juni 2010, *NJ 2010, 440*.
- 29 juni 2010, *NJ 2010, 442*, m. nt. Schalken.
- 4 januari 2011, *LJN BM6673*.
- 20 december 2011, *RvdW 2012, 68*.

Hof Amsterdam

- 2 februari 1979, *NJ* 1979, 211.
- 8 maart 1999, *NS* 1999, nr. 057.

Rechtbank Amsterdam

- 20 september 1978, *NJ* 1978, 651.
- 23 januari 2001, *LJN* ZD2194.