

Gegevensuitwisseling en terrorismebestrijding in de VS en Nederland: *emergency criminal law?*¹

JOHN A. E. VERVAELE*

1. INLEIDING

De aanslagen van 11-S en 11-M in New York en Madrid en de moord op Theo van Gogh in Amsterdam hebben veel vragen opgeroepen over de informatiepositie van de inlichtingendiensten en over de inzetbaarheid van dwangmiddelen van strafvordering voor preventie en repressie van terroristisch misdrijven. In veel landen hebben de gebeurtenissen geleid tot een vloedgolf aan strafwetgeving ter beteugeling van het terrorisme. Dit geldt niet alleen voor de VS, met de USA Patriot Act,² maar ook voor Nederland.³ In Nederland is in 2004, mede ter implementatie van het EU kaderbesluit tot bestrijding van het terrorisme, via de Wet Terroristische Misdrijven⁴ het materieel strafrecht aangepast. Eind 2004 is een wetsvoorstel ingediend ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.⁵

De strafrechtelijke aanpak van het terrorisme en het garanderen van de veiligheid in de rechtsstaat leiden tot fundamentele vragen over de grondwettelijke vrijheden en de strafvorderlijke garanties in crisistijden. In deze bijdrage concentreren we ons op een bijzonder aspect, dat evenwel illustratief is voor de fundamentele vragen. Bij de opsporing, de vervolging en berechting van verdachten van terroristische misdrijven is de vraag actueel welke rol de informatie van inlichtingendiensten kan en mag spelen in het strafproces. Na 11-S is bij Europol een taskforce terrorismebestrijding⁶ ingericht, met het doel om informatie uit inlichtingen- en politiediensten samen te leggen, te analyseren en te verrijken. Eind maart 2004 heeft de Europese Commissie een voorstel derde pijler besluit ingediend over gegevensuitwisseling en samenwerking inzake terrorismedelicten.⁷ Belangrijker voor ons onderwerp is de mededeling van de Europese Commissie over een versterking van de informatiepositie van de handhavingsorganen⁸ en het Zweeds voorstel voor een kaderbesluit over uitwisseling van inlichtingen tussen de handhavingsorganen van de lidstaten.⁹ In het najaar overigens wordt wetgevend initiatief ter zake vanwege de Europese Commissie zelf verwacht. Ter voorbereiding daarvan verricht de Universiteit Gent momenteel wetenschappelijk onderzoek.¹⁰ Te zijner tijd zullen de auteurs daarover in dit tijdschrift rapporteren, met bijzondere aandacht ook voor de Belgische situatie.

De mededeling van de Commissie gaat uit van wederzijdse erkenning en vrij verkeer van informatie tussen de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Het politieke en justitiële werk moet ook meer worden gebaseerd op *intelligence*. Terloops, zonder enige uitwerking, wordt aangestipt dat de inlichtingendiensten hierbij een belangrijke rol spelen. Het Zweeds voorstel is een concrete uitwerking van de mededeling van de Commissie, maar blijft met betrekking tot ons onderwerp op de vlakte. Basisidee is inderdaad vrij gegevensverkeer tussen de bevoegde handhavingsorganen. Bevoegde autoriteiten zijn: 'national police, customs or other authority, that is authorised by national law to detect, prevent or investigate offences or criminal activities and to exercise authority and take coercive measures in the context of such activities'. Zo'n brede defi-

nitie sluit nationale inlichtingendiensten niet uit. Ook de definitie van 'information and intelligence' is zeer breed: 'any type of existing information or data (...) that could be used in crime investigation or a criminal intelligence operation to detect, prevent or investigate a crime or a criminal activity'. Dus ook intelligence van de inlichtingendiensten valt onder het toepassingsbereik. De brede definities moeten er volgens de memorie van toelichting toe leiden dat het vrij verkeer niet stuk loopt op verschillen in nationale organisatie. Met betrekking tot ons onderwerp haast men zich om in artikel 1 (doelstelling en toepassingsbereik) uitdrukkelijk te bepalen dat het kaderbesluit niet verplicht tot gegevensuitwisseling ter gebruik als bewijs in strafzaken. Indien de verkrijgende lidstaat die informatie zodanig wil gebruiken is voorafgaande toestemming vereist van de verstrekende lidstaat en kan de weg van de rechtshulp noodzakelijk zijn. Anderzijds verbiedt het kaderbesluit het gebruik als bewijs niet en wordt dat gebruik ook niet aan bepaalde voorwaarden van selectie of rechtsbescherming gebonden. De bruikbaarheid wordt alleen bepaald door de verstrekker. Conform artikel 9(4) kan die voorwaarden verbinden aan het gebruik. De voorwaarden worden niet nader bepaald. Wel is uit artikel 9(3) duidelijk dat de gebruiksdoelen zeer ruim zijn geformuleerd, van preventie tot vervolging, voor het berechten van misdrijven, maar ook voor handhaving van de migratieregels bijvoorbeeld. Het valt op dat in de diverse voorstellen lippendienst wordt bewezen aan het EVRM en de rechtsbescherming van de verdachte, maar dit deze dimensie niet concreet wordt ingevuld. Het voorstel is inmiddels voorwerp van discussie in de *Multidisciplinary Group on Organised Crime* van de Raad van Ministers.

In de lidstaten van de EU dateert de discussie over het gebruik van gegevens van inlichtingendiensten in het strafproces reeds van vóór 11-S. Dat die informatie gebruikt kan worden als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek is nauwelijks omstreden. Problematisch is des te meer of die informatie an sich kan leiden tot een rechtmatige verdenking of voldoende basis vormt voor het inzetten van strafrechtelijke dwangmiddelen. Omstreden is tevens of die informatie als wettig bewijsmiddel gebruikt kan worden in een strafzaak. Tevens is bij eventueel gebruik de vraag welke consequenties dit heeft voor de openbaarheid en de procespositie van de verdediging. In de meeste landen is hierover weinig jurisprudentie voorhanden en dient de discussie in wetenschap en praktijk nog op gang te komen.

Dit artikel heeft tot doel om aan deze discussie bij te dragen door een juridische analyse van de problematiek in de VS en in Nederland. In de VS is veel ervaring opgedaan met het intelligence sharing tussen inlichtingen- en politiediensten. Tevens is er interessante jurisprudentie voorhanden, inclusief van de Supreme Court. Nederland is een van de weinige landen in de EU waar het onderwerp door regering en parlement sinds begin jaren negentig politiek in studie is genomen¹¹ en tevens heeft geleid tot jurisprudentie en wetgevendende initiatieven. Kunnen de inlichtingendiensten¹² discretionair bepalen welke inlichtingen worden verstrekt? Hoe verhoudt zich de discretie van de inlichtingendiensten en de daaraan gekoppelde rechtsplicht tot geheimhouding tot de rechten van de verdediging en de rechtmatigheidstoets van die informatie? Kan het OM blind vertrouwen op de discretie van de inlichtingendiensten en de rechtmatigheid van de informatiegaring? Kan het OM discretionair bepalen of die inlichtingen als geheim bewijs worden gebruikt? Deze vragen zijn na 11-S gedeeltelijk aan de orde geweest in een aantal Nederlandse strafzaken. De Rotterdamse uitspraak van eind 2002,¹³ stellende dat inlichtingen wel als startinformatie kunnen dienen voor de opsporing maar niet als loutere basis voor het invullen van het verdenkingsbegrip, is in de VS fors bekritiseerd.¹⁴ Minister Donner heeft een wetsvoorstel¹⁵ afgeschermd getuigen¹⁶

in spoedprocedure ingediend. Heeft hiermee het paradigma van het veiligheidsdenken de klassieke rechtsstatelijke inbedding van het strafrecht verder opgebroken? Is het gebruik van geheim inlichtingenbewijs een illustratie van de Amerikanisering van het Nederlandse straf(proces)recht? De vergelijking met de VS is interessant, want precies in de VS is de afgelopen twintig jaar veel ervaring opgedaan met het gegevensverkeer tussen inlichtingen- en politiediensten. Met name de VS dringt ook aan op soepeler doorstroom van gegevens in Europa. Evenwel, de vergelijking tussen de VS en Europa vergt een paar woorden uitleg over de historische context van de samenwerking tussen de twee diensten.

2. GEGEVENSVERKEER TUSSEN DE INTELLIGENCE COMMUNITY (IC) EN DE LAW ENFORCEMENT COMMUNITY (LEC): DE HISTORISCHE ACHTERGROND

De inlichtingendiensten hebben tot taak om op basis van een sterke informatiepositie toekomstige of actuele bedreigingen van de democratische rechtsorde en de staatsveiligheid te onderkennen en de verantwoordelijke autoriteiten hiervoor te waarschuwen. De politie, in het kader van haar justitiële of gerechtelijke functie, heeft tot taak informatie te verzamelen over gepleegde strafbare feiten met het oog op de strafrechtelijke afdoening ervan. Dit geldt eveneens voor de bijzondere opsporingsorganen. De inlichtingendiensten hebben niet tot doel om strafbare feiten op te sporen, de politie heeft niet tot doel om informatie te vergaren voor het bereiken van een sterke informatiepositie. Hun taakstelling en werkwijze verschillen en er is een scheidsmuur opgetrokken tussen beide diensten. Informatie van inlichtingendiensten is in principe geheim. Politie-informatie wordt als strafrechtelijk bewijs getoetst in de openbaarheid van de rechtszaal.

Toch dient het historisch onderscheid te worden gerelativeerd, want zowel de inlichtingen- als politiediensten zijn geen oer-oude instituties en bovendien is hun relatief jong bestaan politiek getekend. C. Fijnaut heeft onlangs¹⁷ nog duidelijk aangegeven dat precies de politieke turbulente ontwikkelingen de verschillen verklaren in de relatie tussen inlichtingen- en politiediensten in de VS en in Europa. In Europa heeft de ervaring met totalitaire regimes en hun politieke politieapparaten in nazi-Duitsland, in Rusland, etc. de inrichting na WO II fors beïnvloed. De inlichtingendiensten werden weer een aparte organisatie met een eigen statuut. De politie werd verzelfstandigd van de politiek en operationele politietaken en inlichtingenwerk werd formeel gesplitst. Informatie werd in beginsel niet meer gedeeld. Pogingen na 11-S om die informatie-stroom op gang te brengen, bijvoorbeeld in het kader van een *Counter Terrorism Task Force* bij Europol, zijn op een fiasco uitgedraaid. In de VS was de politieke dreiging in binnen- en buitenland precies een argument voor President Roosevelt om de FBI uit te bouwen van een klassieke federale politiedienst naar een organisatie met een dubbele taakstelling, namelijk een federale politiedienst en een federale inlichtingendienst, aanvankelijk eerst beperkt tot binnenlandse veiligheid, maar later ook met taken in het buitenland, ondanks de oprichting van de daarvoor gespecialiseerde CIA. Kortom, in de VS is het niet opzienbarend dat de reguliere federale politie zich niet alleen inlaat met opsporing, maar ook met inlichtingenwerk, inclusief *counterintelligence operations*. Om die reden bestaat de IC in de VS niet alleen uit de CIA, de *National Security Agency*, de *Defense Intelligence Agency* en de *National Reconnaissance Office*, maar ook uit de inlichtingen afdelingen van het *Department of State*, van de FBI, van het *Department of Treasury*, van het *Department of Energy* en van de militaire eenheden. Het feit dat er geen organieke scheiding is tussen IC en LEC - zowel de CIA als onderdelen van de FBI

behoren tot de IC - betekent niet dat er geen strikt onderscheid is qua doelstellingen, methodes en controle. Beide dienen uiteraard te handelen overeenkomstig de grondwet en federale wetten, maar het is evident dat de IC veel meer wordt gereguleerd door *executive orders* van de President en enkel onderworpen is aan politieke parlementaire controle. Door de schandalen in de jaren zeventig met de politieke spionage is de relatie tussen IC en LEC een decennium de facto bevroren, maar vanaf de helft van de jaren tachtig heeft men weer samengewerkt, doordat de Presidenten Ford en Reagan via *executive orders* speciale taken aan de IC toebedeelden inzake drugs- en terrorismebestrijding. Zeker na 11-S en de aanzwellende kritiek op de inlichtingendiensten is de anti-terrorisme samenwerking fors geïntensiveerd.

3. ANALYSE VAN HET GEGEVENSVERKEER TUSSEN DE IC EN DE LEC TOT 11-S

3.1 De ontwikkeling naar veiligheidsstrafrecht

In de VS worden sinds het begin van de twintigste eeuw tap- en af luisteroperaties en doorzoeken uitgevoerd zonder rechtelijke machtiging, ook met het doel om misdrijven op te sporen en te vervolgen. Sinds de jaren '60 is in de rechtspraak van het federale hooggerechtshof, met name over het vierde Amendement (*warrant clause*) en de rechtelijke controle op het gebruik van opsporingsbevoegdheden, een vast thema. Het vierde Amendement stelt uitdrukkelijk dat rechtelijke machtiging pas kan worden verstrekt als er sprake is van *probable cause*. In *Katz v. U.S.*¹⁸ heeft het federale hooggerechtshof besloten dat voor het af luisteren van gesprekken (*bugging*) een rechtelijke machtiging nodig is, tenzij het gaat over een zaak die gerelateerd is aan nationale veiligheid. In *Berger v. New York*¹⁹ stelt het federale hooggerechtshof dat de rechtelijke machtiging tot het tappen van telefoongesprekken (*wiretapping*) voldoende specifiek moet zijn wat betreft de doelgroep, de methode en de tijdsduur. In 1986 regelt de wetgever de materie in Titel III van de *Omnibus Crime Control and Safe Street Act*. De voorwaarden voor het verkrijgen van een rechtelijke machtiging worden wettelijk vastgelegd. De handhavingsorganen moeten *probable cause*²⁰ kunnen aantonen in een *affidavit*.²¹ In de regel is dus een rechtelijke machtiging vereist, maar hierop bestaan talloze uitzonderingen.²² Ook voor het tappen zonder machtiging mag de handeling niet onredelijk zijn en moet er ook in hoofde van het opsporingsorgaan *probable cause* aanwezig zijn. In de *Act* is uitdrukkelijk bepaald dat 'the statute does not limit the constitutional power of the President to take such measures as he deems necessary to protect the Nation against actual or potential attack of other hostile acts by foreign powers, to obtain foreign intelligence information deemed essential to the security of the US, or to protect national security information against foreign intelligence activities'.²³ Kortom, tappen zonder rechtelijke machtiging is sowieso mogelijk in binnenlands en buitenland onderzoek ter bescherming van de nationale veiligheid. In 1972 beslist het federale hooggerechtshof in de *Keith case*²⁴ dat de Grondwet een rechtelijke machtiging verplicht stelt als de opsporing betrekking heeft op 'domestic individuals and having "no significant connection" with a foreign power'. De wetgever heeft de boodschap begrepen en in 1978 is de inmiddels beruchte *FISA surveillance*²⁵ ingevoerd die het mogelijk maakt om buitenlandse mogelijkheden of hun agenten, buitenlandse groeperingen of personen of terroristische activiteiten²⁶ zonder rechtelijke machtiging af te luisteren, te tappen en bij hen doorzoeken uit te voeren. Voor het tappen of af luisteren van gerelateerde VS burgers of VS ingezetenen moet een machtiging worden ver-

leend door een geheime FISA-rechtbank. Het betreffen altijd geheime onderzoekshandelingen, waarover betrokkene noch vooraf noch achteraf wordt ingelicht.

3.2 Gegevensuitwisseling tussen IC en LEC vóór 11-5

De discussie over de doorstroom van inlichtingen als strafrechtelijk bewijs is in de VS zeer toegespitst op FISA-gegevens. Toch zijn de principes dezelfde voor gegevens verkregen uit klassiek inlichtingenwerk. Vooreerst dient gewezen op verplichte melding door de IC. Zo moet de FBI, actief met *foreign intelligence* (FI) of *foreign counterintelligence* (FCI), onmiddellijk de *Criminal Division* van *Attorney General's Office* (AG) informeren wanneer 'facts or circumstances are developed in a FI or FCI investigation that reasonably indicate that a significant federal crime has been, is being, or may be committed'. Deze drempel is lager dan de *probable cause* vereiste in strafzaken. Het gaat hier over zware misdrijven, inclusief terrorisme en materiële steun aan het terrorisme. Wanneer FISA in het spel is moet de *Office of Intelligence Policy and Review* van het *Department of Justice* vooraf worden geconsulteerd. Bij twijfel of conflict neemt de AG de definitieve beslissing.²⁷ Omgekeerd is in de VS de procedure van toegang door het OM tot IC informatie in lopende strafzaken ook strikt geregeld. Het OM moet heel precies aangeven welke informatie, gerelateerd aan feiten en individuen, het wil en waarom. Toelating is vereist van de Internal Security Section van de *Criminal Division* van *AG's Office*. Tevens moeten de leden van het OM die de documenten zullen raadplegen vooraf worden gescreend op betrouwbaarheid.

Sec. 1806 en Sec. 1825 van de FISA Act voorzien in specifieke bepalingen over het gebruik van FISA gegevens als bewijs in strafzaken. Betrokkene hoeft daar geen toelating voor te geven, maar dient wel ingelicht te worden. Er is steeds toelating vereist van de AG, hetgeen betekent dat de informatieverstrekking niet rechtstreeks tussen de IC en de LEC kan verlopen. Betrokkene kan de rechtbank in de voorfase of ter zitting verzoeken om het bewijs ontoelaatbaar te verklaren omdat het onrechtmatig is verkregen of omdat voor het FISA onderzoek niet is voldaan aan procedurele voorwaarden. De AG kan de rechtbank via een *affidavit* onder ede verzoeken om de zaak *in camera* en *ex parte* te behandelen als openbaarmaking van het bewijs de nationale veiligheid in gevaar zou brengen.²⁸

Bij het doorsluizen van IC informatie naar de LEC is de zogenaamde *minimization* procedure verplicht.²⁹ *Minimization* heeft tot doel om de vergaring, opslag en verspreiding van gegevens over VS burgers zoveel als mogelijk te beperken. Slechts als ze essentieel zijn voor de duiding van *foreign intelligence* kunnen ze worden opgeslagen en gebruikt. Tevens wordt voorzien dat bewijs van strafbare feiten, die gepleegd zijn, zich aan het voltrekken zijn of op het punt staan te worden gepleegd, worden uitgezonderd van de *minimization*. Een klassiek onderdeel van de *minimization* is de *information-screening wall*. Dit betekent dat een ambtenaar van het *Department of Justice*, die geen rechtstreekse betrokkenheid heeft bij de IC of de LEC, de FISA gegevens screent en slechts dat eruit haalt wat relevante bewijswaarde heeft. Het 1995 memorandum van AG Janet Reno³⁰ gaat uit van het verbod op rechtstreeks gegevensverkeer tussen IC en LEC. Alles moet voor screening lopen via de *Criminal Division*. Doorstroom van informatie kan wanneer er een 'legitimate and significant criminal law enforcement concern' is. De *Criminal Division* krijgt ook toelating om de FBI bij te staan om de optie op een strafrechtelijke vervolging open te houden, maar met de beperking dat 'The Criminal Division shall not, however, instruct the FBI on the operation, continuation, or expansion of FISA electronic surveillance or physical searches. Additionally, the FBI and

Criminal Division should ensure that advice intended to preserve the option of a criminal prosecution does not inadvertently result in either the fact or appearance of the Criminal Division's directing or controlling the FI or FCI investigation toward law enforcement objectives'.³¹ Kortom, onder het 1995 memorandum is het gebruik van FISA gegevens als bewijs in strafzaken in beginsel mogelijk. In de VS wordt het gebruik van FISA gegevens als bewijs in strafzaken ook door de rechtspraak aanvaard, indien er uiteraard is voldaan aan de FISA voorwaarden en geen U-bocht is gebruikt. In veel rechtszaken heeft men gepoogd om de vruchten van FISA onderzoek als bewijs in strafzaken tot onrechtmatig bewijs te verklaren. Tevergeefs, want de heersende mening in de rechtspraak kwalificeert de FISA regeling als een constitutioneel evenwichtige balans tussen de rechten van de verdediging en de belangen van de nationale veiligheid, hetgeen het gebruik van FISA inlichtingen als rechtmatig bewijs in strafzaken legitimeert.³²

Tevens legt het 1995 memorandum beperkingen op aan de contacten tussen IC en LEC door de sturing vanuit het *Department of Justice* en de AG (ook wel *chaperone requirement* genoemd) en de rapportageverplichtingen, die door de FISA rechtbank getoetst moeten kunnen worden. Met name in complexe zaken, zoals bijvoorbeeld bij de bom-aanslagen op de VS ambassades in Afrika, werd door de FISA rechtbank getoetst. De FISA rechtbank heeft daarbij tot taak: 'In order to preserve both the appearance and the fact that FISA surveillances and searches were not being used for criminal investigations, the Court routinely approved the use of information screening "walls" proposed by the government in its applications'.³³ Evenwel, uit een recent *memorandum opinion* van de FISA rechtbank is gebleken dat in 75 zaken sprake is geweest van foutieve, ontbrekende en valse informatie vanwege de FBI of het *Department of Justice* bij het verzoeken om verlenging van geheime rechtelijke machtiging voor geheime tapoperaties of doorzoekingen, waarvoor door die instanties geen afdoende verklaring is afgelegd door de betrokken instanties.³⁴ Daarmee erkent de FISA rechtbank dat de scheidingsmuur doelbewust werd omzeild.

3.3 Evenwicht tussen nationale veiligheid en fundamentele procesrechten van betrokkenen in de strafprocedure

In het reguliere federale strafprocesrecht is in 1980 de *Classified Information Procedures Act (CIPA)* aangenomen, die onderdeel uitmaakt van de *Federal Rules of Criminal Procedure*. Het komt er op neer dat in *pre-trial conferences in camera* wordt beslist welke informatie ter zitting zal worden gebruikt en aan de verdediging, die toegang heeft tot die informatie, worden *protective orders* opgelegd (geheimhouding). Tevens kan de regering aan de rechter vragen om het geheim bewijs niet ter beschikking te stellen, maar dit te vervangen door samenvattingen of door uittreksels uit de rapporten. Daarvoor moet de regering de rechter ervan overtuigen dat dit de positie van de verdediging niet ondermijnt. Als de rechter weigert, kan de AG via een *affidavit* bezwaar maken tegen het vrijgeven (*disclosure*). Indien de rechter toch openbaarmaking oplegt en de regering niet ingaat op de *suppoena* van de rechter, dan kan de rechter dit bewijs uitsluiten of hiermede rekening houden bij de strafmaat. CIPA heeft vooral tot doel om te voorkomen dat geheime informatie alsnog uitlekt op het proces of dat de regering voor het dilemma wordt geplaatst tussen vrijgeven of intrekken als bewijs. In de VS is er veel discussie over de verhouding tussen CIPA en de constitutionele vrijheden.

In de VS is er niet veel rechtspraak over onrechtmatig verkregen bewijs met betrekking tot strafrechtelijk bewijs gesteund op gegevens van inlichtingenwerk. Er wordt

voortdurend verwezen naar de zaak Truong,³⁵ maar die dateert van vóór de FISA wet. Truong, verdacht van spionage voor Vietnam en lopende een strafrechtelijk onderzoek, werd door de FBI en de CIA afgeluisterd zonder rechtelijke machtiging. Het bewijs dat hieruit voortvloeide werd uitgesloten. Betrokkene werd toch veroordeeld omdat er ook bewijs was gesteund op intelligence vergaard tegen agenten van een buitenlandse mogendheid, op het moment dat er nog geen sprake was van een verdachte of een strafrechtelijk onderzoek. Deze zaak geeft toch aan dat rechters bedacht moeten zijn op omzeiling van de rechtswaARBorgen door het via een U-bocht uitzetten van inlichtingenonderzoek.

4. GEGEVENSUITWISSELING TUSSEN IC EN LEC EN DE NIEUWE AANPAK ONDER DE PATRIOT ACT

4.1 De bepalingen van de Patriot Act³⁶

Na 11-S is in de VS nieuwe anti-terrorisme wetgeving uitgewerkt, de *USA Patriot Act*.³⁷ Vooreerst dient onderstreept dat de Patriot Act de reguliere opsporingsbevoegdheden fors heeft uitgebreid, met name op het gebied van elektronische en digitale opsporing, en dat het rechtelijk toezicht tegelijkertijd is afgezwakt. Ten tweede heeft de Patriot Act ervoor gezorgd dat het FISA veiligheidsstrafrecht op een veel ruimere schaal kan worden ingezet. Vóór de Patriot Act moest er sprake zijn van een *primary purpose standard*, hetgeen betekende dat bij het hebben van een opsporingsbelang het inzetten van FISA bevoegdheden enkel mogelijk was voor *primary foreign intelligence purposes*. Door de Patriot Act is het voldoende dat er een sprake is van een *significant purpose*. Het is toegelaten om opsporingsdoelen na te streven, als er maar een significant buitenlands inlichtingendoel voor handen is.³⁸ Ten derde heeft de Patriot Act de informatiedoorstroom van LEC naar IC en omgekeerd open gegooid door de bestaande juridische scheidingsmuur te slechten. Sec. 203 van de Patriot Act amendeert de *Federal Rules of Criminal Procedure*.³⁹ Sec 203(a) heeft de LEC toelating om opsporingsinformatie, afkomstig van *Grand Jury* onderzoek, te delen met andere federale diensten (zoals de immigratiedienst) en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, indien er van FI of FCI informatie sprake is. Sec 203 (b) heeft de LEC toelating om criminele tap- en af luisterinformatie te delen met andere federale diensten en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, indien er van FI of FCI informatie sprake is. Voor geen van beide is een rechtelijke machtiging vereist. Op die manier krijgt de CIA steeds meer sturing over de inzet van FISA. The Patriot Act voorziet dat de CIA directeur voorschriften kan uitwerken voor de informatiegaring onder de FISA en dat hij de AG mag bijstaan om de verzekeren dat de FISA informatie efficiënt en effectief gebruikt kan worden voor buitenlands inlichtingenwerk.⁴⁰ Op basis van Sec. 905(a) en Sec. 905(b) van de Patriot Act zijn nadere regels uitgewerkt in memoranda van de AG's Office van september 2002.⁴¹ Tevens zijn tussen de betrokken diensten specifieke *Memoranda of Understanding* uitgewerkt, waarvan de teksten niet openbaar zijn.

Omgekeerd wordt in Sec. 504 de informatiedoorstroom van IC naar LEC geregeld. De FBI intelligence, bevoegd voor de geheime FISA tap- en af luisterbevoegdheden, mogen met de LEC in overleg treden om onderzoek te coördineren of zich te beschermen tegen aanvallen, vijandige daden, sabotage, internationaal terrorisme of clandestiene activiteiten van een buitenlandse mogendheid, agent, groepering of persoon. Er zijn dus in de Patriot Act noch een verbod noch randvoorwaarden vastgelegd voor die informatiedoorstroom. Eén en ander is verder uitgewerkt in de recente *NSI guidelines* van de AG

for FBI national security investigations and foreign intelligence collection.⁴² Deze laten er geen enkele twijfel over bestaan dat FI of FCI, al dan niet via FISA verkregen, gebruikt mag worden voor het opsporen en vervolgen van zware misdrijven als terrorisme. Uit de richtlijnen is duidelijk dat de FBI een informatieplicht heeft richting andere onderdelen van de IC en een informatiebevoegdheid richting de LEC. Als de informatie niet persoonsgebonden is, dan mag die altijd worden verstrekt. Als die wel subjectgebonden is dan moet die informatie noodzakelijk zijn voor het garanderen van veiligheid van personen of goederen, criminaliteitspreventie of 'necessary to obtain information for the conduct of a lawfull investigation by the FBI'. Tevens mogen de IC en de LEC in overleg treden met betrekking tot de afstemming tussen de diverse taakstellingen.

4.2 Nadere regelgeving van de AG inzake intelligence sharing

In het kielzog van de Patriot Act komt AG Ashcroft in maart 2002 met een nieuw memorandum over *Intelligence sharing procedures for foreign intelligence and foreign counterintelligence investigations conducted by the FBI*,⁴³ ter vervanging van het memorandum van 1995. De nota maakt bij *information sharing powers* een onderscheid tussen *disseminating information* en *providing advice*. Via de *disseminating information* clause⁴⁴ krijgt de LEC toegang tot alle FI en FCI informatie, tenzij de FISA rechtbank of de AG beperkingen opleggen. De toegang betreft ook persoonsgegevens en modus operandi. De FBI heeft de plicht om de *Criminal Division* van de *AG's Office* in te lichten van FI en FCI informatie 'that is necessary to the ability of the US to investigate or protect against attack, sabotage, terrorism, and clandestine intelligence activities'. De formule is dus verruimd ten opzichte van het 1995 memorandum. Voor het gebruik van FI of FCI informatie als bewijs in strafzaken is toelating van de AG vereist. Onder de *clause* van *providing advice* worden vergaande samenwerkingsprocedures opgezet over de afstemming tussen de IC en de LEC met betrekking tot onderwerpen als onderzoeksstrategie, inzet van dwangmiddelen door IC en LEC, de interactie tussen IC en LEC en 'the initiation, operation, continuation, or expansion of FISA searches or surveillance'. Dit laatste was in het 1995 memorandum expliciet uitgesloten. Tot slot worden de mogelijkheden om de IC en FCI informatie rechtstreeks door te spelen naar het OM op de werkvloer fors vergroot. Wel moet de *Criminal Division* van de *AG's Office* nog worden ingelicht en moet de AG toelating geven voor gebruik als bewijs in strafzaken. Het resultaat van deze bepalingen is dat het OM een belangrijke rol krijgt in het aansturen van het geheime FISA tap- en af luisteronderzoek en de geheime FISA doorzoeking, vanaf het begin tot aan de inbedding van de resultaten in het strafdossier. Via de forse verbreding van het toepassingsbereik van de FISA en dus van geheime onderzoeksdaeden dreigt weinig meer over te blijven van de klassieke strafvorderlijke waarborgen tegen dwangmiddelen in het strafrecht.

Dit is ook de FISA rechtbank, die het memorandum formeel moet goedkeuren, niet ontgaan.⁴⁵ De rechtbank is zich door de jaren lange ervaring met FISA machtigingen zeer bewust van het feit dat er overlappende IC en LEC onderzoeken kunnen zijn of overlappende FI/ FCI en opsporingsbelangen in één FISA of regulier opsporingsonderzoek. De extensieve interpretatie van de Patriot Act bepalingen door AG Ashcroft houden volgens de FISA rechtbank geen redelijke balans in tussen de intelligence doelen van FISA en de rechten en vrijheden van de burger. De FISA verwierpt dan ook de bevoegdheid van het OM om FBI intelligence te adviseren met betrekking tot 'the initiation, operation, continuation, or expansion of FISA searches and surveillance' en dus ook dat het OM rechtstreeks toegang krijgt tot IC informatie: 'A fair reading of those

provisions leaves only one conclusion - under sections II and III of the 2002 minimization procedures, criminal prosecutors are to have a significant role *directing* FISA surveillances and searches from start to finish in counterintelligence cases having overlapping intelligence and criminal investigations or interest, guiding them to criminal prosecution (...) If criminal prosecutors direct both the intelligence and criminal investigations, or a single investigation having combined interests, *coordination becomes subordination* of both investigations or interests to law enforcement objectives'. De FISA rechtbank is bang dat de strengere drempels en hogere rechtswaarborgen van het reguliere strafprocesrecht worden omzeild via de FISA en heeft daarom die passages geschrapt en vervangen door een formulering in de lijn van het 1995 memorandum. De FISA rechtbank sterft wel in met de clause over gegevensverkeer en hanteert hiervoor de *minimization* procedure, om te voorkomen dat informatie over VS burgers via deze weg op het bord van de opsporingsorganen komt. Deze uitspraak is om twee redenen opvallend. De FISA rechtbank staat bekend als een trouwe regeringsbondgenoot en wordt daarom ook wel laconiek aangeduid als 'rubberstamp'. Deze keer heeft men dus de regering een halt toe geroepen en daarenboven ook de opinie gepubliceerd.

De AG heeft beroep⁴⁶ aangetekend bij de *US Foreign Intelligence Surveillance Court of Review*, een historisch unicum. Interessant is om te zien welke standpunten de AG inneemt ter verdediging van het memorandum. Uitgangspunt is dat de Patriot Act een totale gegevensuitwisseling mogelijk maakt tussen IC en LEC. De *information screening walls* worden dus geslecht. FISA onderzoek mag voor zware misdrijven, inclusief terrorisme, worden gebruikt voor het bekomen van strafvorderlijk bewijs: 'Prosecution of spies and terrorists is not merely an incidental byproduct of a FISA search or surveillance; rather, obtaining evidence for such a prosecution may be the purpose of the surveillance; the use of FISA within those investigations, may be "designed" for a law enforcement purpose'. De AG heeft er geen moeite mee om te stellen dat door de Patriot Act voortaan geen *primary intelligence purpose* meer nodig is, maar een *significant intelligence purpose*. FISA onderzoek betekent dat de FISA ingezet kan worden *primary for a law enforcement purpose*. De oude dichotomie tussen IC en LEC is volgens de AG definitief van de baan. Dit heeft volgens de AG ook tot gevolg dat er geen vergelijking meer moet plaats vinden tussen het belang van de IC en de LEC en dus ook niet meer bepaald moet worden wanneer de rechtswaarborgen van strafvordering spelen: exit de *Truong* test (geen IC onderzoek na verdenking). Dit is ook de reden waarom de *screening walls* en de *chaperone requirements* kunnen verdwijnen. De *Court of Review* heeft in haar eerste beslissing sinds haar 23-jarig bestaan de beslissing van de FISA rechtbank teruggedraaid en alsnog het 2002 memorandum van Ashcroft goedgekeurd.⁴⁷ Het Hof is de mening toegedaan dat de FISA wetgeving nooit tot doel heeft gehad om het gebruik van IC inlichtingen als bewijs in het strafproces te beperken en dat het 1995 memorandum om die reden een veel beperktere invulling was dan wettelijk noodzakelijk. Eveneens is het Hof de mening toegedaan dat de *Truong* test gestoeld is op een verkeerd uitgangspunt. Wanneer er sprake is van verdenking en strafrechtelijk onderzoek hoeft dit nog niet te betekenen dat beleidsbelangen met betrekking tot buitenlandse inlichtingen ophouden te bestaan. De *Truong* interpretatie was gebaseerd op de organieke scheiding binnen het *Department of Justice* en wierp een muur op tussen de onderdelen. Die interpretatie staat volgens het Hof in de weg aan het feit dat effectieve contra-intelligentie bestaat uit een combinatie van IC en LEC en daarom ook hun samenwerking vereist: 'A standard which punishes such cooperation could well be thought dangerous to national security (...) Indeed, it was suggested that the FISA court requirements based on *Truong* may well have contributed, whether correctly under-

stood or not, to the FBI missing opportunities to anticipate the September, 11, 2001 attacks'. Anderzijds verwerpt het Hof de visie van de AG dat er geen dichotomie meer zou zijn tussen IC en LEC en dat FISA ingezet zou kunnen worden voor *primary enforcement purposes*. Toch leidt dat niet tot een ander resultaat. Immers, het Hof is de mening toegedaan dat *significant purpose* aangeeft dat er een significant FI of FCI doel moet zijn; daarbij maakt niet uit hoe belangrijk het opsporingsdoel is en er hoeft ook geen vergelijking meer te worden gemaakt. Slechts als er geen significant FI of FCI doel zou zijn is er onvoldoende grondslag voor een FISA onderzoek. ONG's en de *National Association of Criminal Defense Lawyers* hebben als *amicus curiae* verzoekschriften ingediend waarbij werd onderbouwd dat het 2002 memorandum een schending inhoudt van diverse constitutionele waarborgen, waaronder de *warrant clause* van het vierde Amendement. Op de vraag of het verlaten van het primary purpose criterium voor FISA onderzoek strijdigheid oplevert met de Grondwet antwoordt het Hof laconiek, na grondige analyse van de rechtspraak: 'We acknowledge, however, that the constitutional question presented by this case has no definitive jurisprudential answer (...) Even without taking into account the President's inherent constitutional authority to conduct warrantless foreign intelligence surveillance, we think the procedures and government showings required under FISA, if they do not meet the minimum Fourth Amendment warrant standards, certainly come close. We, therefore, believe firmly, applying the balancing test drawn from *Keith*, that FISA as amended is constitutional because the surveillances it authorizes are reasonable'.

4.3 Equality of arms na 11-S?

De vergaande mogelijkheden voor het OM om inlichtingen te gebruiken als bewijs in strafzaken en het proces van inlichtingverwerving ook te sturen roept uiteraard vragen op over de positie van de verdediging. Onder punt 3.3 zijn al veel punten de revue gepasseerd. Een vraag die na 11-S heel actueel is geworden is of ook de verdachte FI of FCI als bewijs in strafzaken mag gebruiken om zijn onschuld te bewijzen. Eén van de problemen hierbij is dat de regering haar constitutionele prerogatieven gebruikt om informatie af te schermen.⁴⁸ Dat deze vraag in de VS tot heel complexe situaties kan leiden is het best te illustreren met de zaak van Zacarias Moussaoui,⁴⁹ een Frans staatsburger van Marokkaanse afkomst, die in augustus 2001, dus vóór de aanslagen, werd aangehouden op verdenking van schending van het immigratierecht. Hij volgde op dat moment vliegtuiglessen. Na de aanslagen is hij in verband gebracht met Al Qaeda en de terreurdaden van 9/11. Moussaoui wordt er van beschuldigd de twintigste vliegtuigkaper te zijn, die door de aanhouding niet tijdig aan boord raakte, en dus mede schuldig te zijn aan de dood van 3000 mensen. Hij pleit onschuld en riskeert de doodstraf voor vier van de zes beschuldigingen tegen hem.⁵⁰ Volgens Moussaoui kan een aantal getuigen, waaronder Bin Al-Shibh, zijn onschuld bewijzen. Om die reden wil hij Bin Al-Shibh als getuige laten ondervragen. Probleem is evenwel dat Bin Al-Shibh, aangehouden in Pakistan, ervan wordt verdacht de tussenpersoon te zijn tussen Moussaoui en het 11 september commando en als *enemy combatant* wordt vastgehouden overzee, naar wordt vermoed in Guantánamo. Zijn verklaringen zijn geheim en kunnen dus niet worden onderworpen aan een tegensprekelijke bewijsvoering. Zowel de *District Court* als de *US fourth Circuit Court of Appeals* hebben het *Sixth Amendment* recht van Moussaoui, als een van de basisrechten van een eerlijk proces,⁵¹ erkend om de getuige Bin Al-Shibh aan een verhoor te onderwerpen. In deze zaak gaf de rechter Brinkema van het *District Court* in januari 2003 het bevel om de getuigenis op video vast te leggen en de

video beschikbaar te stellen aan de jury of de getuige te verhoren via een teleconferentie. AG Ashcroft heeft voortdurend onderstreept dat dit zou resulteren in 'the unauthorized disclosure of classified information'. De AG weigerde de rechtelijke beslissing uit te voeren, hetgeen formeel werd bevestigd in een geheim *affidavit* medio juli 2003.⁵² De rechtbank kon de regering sanctioneren onder de *contempt of court rule*, maar ook door de zaak Moussaoui onontvankelijk te verklaren, een gedeelte van het bewijs uit te sluiten of door voor de regering nadelige instructies te geven aan de jury, waardoor de doodstraf niet opgelegd zou kunnen worden. Rechter Brinkema heeft gekozen voor de optie om de doodstraf uit te sluiten en het gedeelte van de tenlastelegging dat betrekking heeft op 9/11 te schrappen omdat haar inziens onder deze voorwaarden geen sprake kan zijn van een eerlijk proces. Het gedeelte van de tenlastelegging met betrekking tot samenzwering tot het plegen van Al Qaeda acties bleef wel in stand. De regering heeft tegen de beslissing beroep aangetekend bij het als conservatief bekend staande *US 4th Circuit Court of Appeals*,⁵³ dat op 22 april 2004⁵⁴ heeft beslist om de bewijsuitsluiting ongedaan te maken en de mogelijkheid van doodstraf niet uit te sluiten. Anderzijds heeft de kamer van drie magistraten ook beslist dat Moussaoui niet het recht ontzegd kan worden om gevangen Al Qaeda leden als getuigen te ondervragen en dat hij het recht heeft om dat bewijs aan de jury voor te leggen. Rechter Brinkema kreeg de opdracht om een compromis uit te werken, waarbij de getuigen kunnen worden ondervraagd op een manier die de ondervraging door de regering in het kader van de oorlogvoering tegen terrorisme niet schaadt. Door de verdediging is inmiddels beroep aangetekend bij de voltallige kamer van het *Court of Appeal*.

4.4 Tussenconclusie

Reeds voor 11-S was er in de VS veel ruimte voor het laten doorstromen van inlichtingen naar het strafproces. Het FISA veiligheidsstrafrecht heeft die ontwikkeling gestimuleerd. Vóór 11-S moesten de *minimization procedure* en de *chaperone requirements* ervoor zorgen dat persoonsgebonden informatie over VS burgers slechts in strafzaken werd gebruikt indien ze bewijsrelevant was voor de strafrechtelijke vervolging. Naast de *screening walls* werd er ook over gewaakt dat de opsporingsautoriteiten de geheime opsporing niet zouden aansturen in eigen belang. Het was evenwel duidelijk dat geheime inlichtingen en opsporingsinformatie niet alleen interessant kan zijn als startinformatie voor het strafrechtelijk onderzoek, maar ook als bewijs. Dit alles heeft geleid tot ingewikkelde juridische constructies over geheim bewijs en geheime bewijsvoering in *ex parte* en *in camera* procedures en in een aantal gevallen zelfs tot geheime rechtspleging en geheime rechtelijke uitspraken. Na 11-S heeft het veiligheidsparadigma de klassieke strafrechtelijke waarborgen verder uitgehold. Geheim onderzoek en vrije doorstroom van die informatie in de strafrechtspleging worden mogelijk. De strafrechtspleging wordt steeds minder openbaar en de beslissingsmomenten over het verkrijgen en gebruik van bewijs steeds discretionairder. Nationale veiligheid is het argument van de regering om als obstakels ervaren rechtswaarborgen buiten toepassing te laten, hetgeen leidt tot principiële rechtszaken over de toepasselijkheid van de constitutionele waarborgen bij terrorismebestrijding. In welke mate trekt Nederland de lessen uit de opgedane ervaring in de VS?

5. ANALYSE VAN DE UITWISSELING VAN INLICHTINGEN- EN OPSPORINGSINFORMATIE IN NEDERLAND

5.1 Juridische normering

Nederland heeft een lange traditie van verkrijgen, opslaan en verwerking van criminele inlichtingen.⁵⁵ Criminele inlichtingendiensten (CID's), inmiddels omgedoopt tot Criminele inlichtingen eenheden (CIE's), zijn belast met de informatievoorziening in het kader van de uitvoering van de politietaak op het terrein van zware en/of georganiseerde criminaliteit. Veel inlichtingen zijn afkomstig van informanten, burgerinfiltranten en tipgevers en opgeslagen in CIE-registers. Zo is er in 2003 nog een CIE ingericht bij de law enforcement agency of Internal Revenue (FIOD-ECD).⁵⁶ Inlichtingen kunnen uiteraard ook afkomstig zijn van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) of de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD), die gegevens verkrijgt door gegevensverzameling en -verwerking en door het gebruik van bijzondere bevoegdheden. Onder de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (Wiv 2000) is de snuffelbevoegdheid van de AIVD fors uitgebreid, inclusief op het terrein van integriteit van het openbaar bestuur en bedreigingen voor computernetwerken. Artikelen 19-33 Wiv voorzien in vergaande tap-, af luister- en zoekingsbevoegdheden, infiltratie, etc., die weinig onder moeten doen voor the special investigative measures provided in the Code of Criminal Procedure. Ondanks het feit dat de AIVD niet over opsporingsbevoegdheid beschikt (artikel 9(1) Wiv) en de politieambtenaren die werkzaamheden ten behoeve van de AIVD verrichten in die hoedanigheid hun strafvorderlijke bevoegdheden niet mogen uitoefenen (artikel 9(2) Wiv), staat de AIVD qua gegevensgaring in een positie die fors kan concurreren met de politieke en gerechtelijke autoriteiten. Artikel 14 Wiv schrijft voor dat de opslag van de AIVD informatie strikt gescheiden moet zijn van het CIE. Hoe sterker de informatiepositie van de AIVD, hoe interessanter het wordt voor het OM om die informatie te laten doorstromen en eventueel die informatieverzekrijging ook aan te sturen. De politie heeft op grond van artikel 62 Wiv een plicht tot het verstrekken van informatie die van belang is voor de inlichtingendiensten. Tevens kan de politie op verzoek van de AIVD informatie verstrekken conform artikel 17 Wiv en artikel 15(2) van de Wet op de politieregisters. Het verstrekken van inlichtingen door de AIVD aan interne en externe kanalen is in de Wiv geformuleerd als een bevoegdheid en gebeurt in het kader van een gesloten verstrekkingssysteem. Zo kan de AIVD mededelingen doen aan het OM in het geval de dienst beschikt over gegevens die van belang kunnen zijn voor de opsporing of vervolging van strafbare feiten (artikel 38 Wiv). De AIVD is hiertoe, in tegenstelling tot de politie, niet verplicht; ze doet dit slechts als de aantasting van gewichtige staatsbelangen⁵⁷ voorkomen moet worden. Opvallend is het ontbreken van een bepaling op grond waarvan de politie of het OM de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zelf om informatie kan verzoeken. De overdracht van AIVD informatie loopt via de twee landelijke terreurofficieren van het landelijk parket in de vorm van een ambtsbericht. In het ambtsbericht wordt geen melding gemaakt van bronnen of modus operandi. De officier heeft op basis van artikel 38(3) Wiv de bevoegdheid om de achterliggende stukken in te zien teneinde de juistheid en de rechtmatigheid van de melding te toetsen. Hij beslist of de gegevens via een ambtshalve proces-verbaal van de national police (KLPD) worden versterkt aan de zaakofficier, eventueel na overleg met het College van procureurs-generaal (artikel 61(2) Wiv). Zowel de ambtenaren van de AIVD als de officier zijn gebonden aan een geheimhoudingsplicht (artikelen 85-86 Wiv), die ook geldt in het strafproces.

Op 6 januari 2003 heeft de interdepartementale werkgroep wetgeving informatie-uitwisseling een rapport uitgebracht over Gegevensuitwisseling en Terrorismebestrijding,⁵⁸ ter uitvoering van actiepunten 43 van het Actieplan Terrorismebestrijding en Veiligheid.⁵⁹ Hierin wordt gepleit voor thema-registers, ter aanvulling van het register zware criminaliteit (CIE-register) en de voorlopige en tijdelijke registers. De informatie in de themaregisters zou vijf jaar kunnen worden opgeslagen en minder gebruiksbeperkingen kennen. In het rapport wordt geen aandacht besteed aan het gebruik van die gegevens in het strafproces. In de praktijk is die informatie doorstroom geïstitutionaliseerd. Het college van procureurs-generaal heeft een 'Handleiding informatieverstrekking aan en door de AIVD en MIVD' opgesteld. In de Technische Evaluatie Commissie, inmiddels omgedoopt tot Evaluatie Overleg, een ambtelijke commissie waarin departementen (BZK, Justitie en Defensie) en operationele diensten (KLPD, AIVD en MIVD) zitting hebben, worden inlichtingen en opsporingsinformatie ingebracht.⁶⁰ De Unit Terrorismebestrijding en Bijzondere Taken van de Dienst Recherche Onderzoeken van het KLPD voert dreigingsanalyse uit en de AIVD voert analyses uit. Evenwel, de gegevens die door de AIVD zijn verstrekt ten behoeve van de analyses kunnen niet door de politie worden gebruikt voor operationele doeleinden of voor opsporingsdoeleinden. In het Evaluatie Overleg worden de analyseresultaten besproken en worden adviezen uitgebracht aan de Evaluatie Driehoek, zijnde de DG Openbare Orde en Veiligheid (BZK), de DG Rechtshandhaving en de Project DG Beveiliging en Crisisbeheersing (Justitie). Eindverantwoordelijkheid berust bij de als onderraad van de Ministerraad ingestelde Raad voor Veiligheid, die wordt bijgestaan door het Gezamenlijk Comité Terrorismebestrijding, samengesteld uit vertegenwoordigers van de ambtenarij en het OM. De doorstroom van gegevens wordt dus in de praktijk veel meer gestuurd dan uit de wettekst blijkt en ook kan analyse en operationele informatie makkelijk worden gemengd. Inmiddels is uit onderzoek van de Rekenkamer gebleken dat de informatiehuishouding bij de KLPD inzake terrorisme nog steeds onder de maat is⁶¹

5.2 Het gebruik van AIVD inlichtingen in de strafrechtspleging: Quid juris?

Op 18 december 2002 deed de meervoudige kamer voor strafzaken van de rechtbank Rotterdam een opmerkelijke uitspraak⁶² in een zaak waarbij personen, in de pers gekwalificeerd als de Nederlandse tak van Al Qaeda, werden verdacht van commune vervalsingsdelicten en van handelingen ter voorbereidingen of ondersteuning van terroristische activiteiten (aanslagen op Amerikaanse ambassade in Parijs en/of een Amerikaanse legerbasis in België). Aan de grondslag lagen twee ambtsberichten van de BVD, de voorganger van de AIVD, die informatie had verkregen door stelselmatige observatie en door het inzetten van een informant/infiltrant. Aangezien bronnen en modus operandi niet worden vrijgegeven is niet na te gaan of de informatie afkomstig is van de BVD zelf of van een buitenlandse zusterorganisatie. In deze strafzaak doet zich derhalve de vraag voor of verdachte reeds op grond van de door de BVD aan het OM overgedragen inlichtingen door het OM als verdachte in de zin van artikel 27(1) Strafvordering kan worden aangemerkt. Deze vraag wordt door de rechtbank ontkennend beantwoord. De inlichtingeninwinning door de veiligheidsdienst is immers niet geschied in het kader van een strafrechtelijk - en als zodanig met strafrechtelijke waarborgen omkleed - onderzoek met het doel bewijs tegen de verdachte te verzamelen, maar heeft plaatsgevonden in het kader van de aan genoemde dienst bij de Wiv opgedragen taak, te weten het verzamelen van inlichtingen ten behoeve van de staatsveiligheid. De wetgever heeft volgens de rechtbank een strikte scheiding beoogd tussen de

inlichtingeninwinning ten behoeve van de staatsveiligheid en de opsporing en vervolging van strafbare feiten. De conclusie luidt dat de inlichtingen wel kunnen dienen als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek maar niet als louter basis voor het invullen van het verdenkingsbegrip van artikel 27(1) Strafvordering. De rechtbank beslist niet tot onontvankelijkheid, maar tot bewijsuitsluiting en tot vrij spraak wegens gebrek aan bewijs. De Rechtbank voegt eraan toe dat zelfs zonder bewijsuitsluiting vrij spraak zou zijn gevolgd omdat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor de verdenking van voorbereidingen tot een aanslag.

In een vergelijkbare zaak komt de raadkamer van Rotterdam op 31 december 2002, naar aanleiding van een verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis, tot een ander oordeel.⁶³ De toetsing van de ambtsberichten door de landelijke officier van justitie, zelfs indien die marginaal is, is voor de raadkamer een voldoende garantie om op basis van de inlichtingen van de AIVD iemand conform artikel 27(1) Strafvordering in verdenking te stellen. Verdere motivering ontbreekt. Dit oordeel wordt op 17 januari 2003 in hoger beroep bevestigd door de raadkamer van Den Haag.⁶⁴ De ambtsberichten zijn voldoende grond voor een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Strafvordering of voor een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden gepleegd of beraamd in de zin van artikel 132a Strafvordering. Immers, informatie kan afkomstig zijn derden, dus ook van de AIVD en hoeft dus niet per se tot stand te komen in het kader van een strafrechtelijk en met die waarborgen omkleed onderzoek. Wel moeten de inlichtingen voldoende concrete feiten of omstandigheden opleveren voor een verdenking.

Op 25 april 2003 velt het Gerechtshof den Haag een maatgevende tussenbeslissing naar aanleiding van een verzoek van een raadsman tot het horen van getuigen, het voegen van stukken in het dossier en het ter beschikking stellen van een CD-rom met afgeluisterde telefoongesprekken.⁶⁵ Alles draait rond ambtsberichten van de BVD en de wijze waarop de inlichtingen zijn verkregen. In welke mate kan de inlichtingenverzekrijging en - verstrekking door de BVD aan een rechtelijke toets worden onderworpen? Het Hof onderlijnt dat de Wiv geheimhoudingsplicht een rechtsplicht is die ook de informatieverstrekking aan justitie beheerst. Ontheffing van de geheimhoudingsplicht is slechts op gezamenlijk schriftelijk besluit van de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie mogelijk. Gelet op de politieke controle van de vaste Commissie inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer en de door de Wiv 2002 ingestelde commissie van toezicht en de door de wetgever beoogde strikte scheiding van de controle op inlichtingen- respectievelijk justitiële taken, is het Hof van oordeel dat er van een toets op de rechtmatigheid van de verkrijging door de AIVD aan justitie verstrekte informatie slechts in zeer beperkte mate sprake kan zijn: 'Deze zal namelijk beperkt dienen te blijven tot de gevallen waarin sterke aanwijzingen bestaan dat sprake is van informatie die verkregen is met (grove) schending van fundamentele rechten. In zoverre dient naar 's Hofs oordeel ook in de relatie tussen (thans) AIVD en justitie een vertrouwensbeginsel te gelden zoals dat geldt in het uitleveringsrecht en bij de verdragsrechtelijke rechtshulp in strafzaken, erop neerkomend dat de justitiële autoriteiten mogen uitgaan van in ieder geval de rechtmatige verkrijging van de door de BVD/AIVD verstrekte informatie'.⁶⁶ Het Hof voegt er wel aan toe dat naast de beoordeling van de rechtmatigheid bij de beoordeling ook inhoudelijke aspecten van die informatie aan de orde kunnen zijn, in het bijzonder wanneer die informatie door de rechter tot bewijs mocht worden gebezigd: 'Wil sprake zijn van een eerlijk proces (...) het hof (...) te zijner tijd gehouden is tot een behoedzame afweging van de bewijskracht die aan die informatie dient te worden toegekend'.⁶⁷

Op 5 juni 2003 deed de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam uitspraak in een interessante vergelijkbare zaak, hierbij duidelijk geïnspireerd door de tussenbeslissing van het Gerechtshof in den Haag. Op basis van ambtsberichten van de BVD zijn in twee zaken een strafrechtelijk onderzoek gestart, huiszoekingen verricht en personen aangehouden. Nadien was de informatie onzorgvuldig samengevoegd zodat niet meer te traceren was welke handelingen in welke zaak waren gesteld. De meervoudige kamer is de mening toegedaan de justitiële autoriteiten in beginsel mogen afgaan op de rechtmatige verkrijging van de door de AIVD verstrekte informatie. Slechts indien er sprake zou zijn van (grove) schending van fundamentele rechten zou er afgeweken moeten worden van het vertrouwensbeginsel tussen Justitie en AIVD. In casu is er sprake van onzorgvuldigheid, maar niet van grove schending. De rechtbank is ook de mening toegedaan dat de inlichtingen kunnen leiden tot een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Strafvordering en komt hiermee tot een aan de uitspraak van de rechtbank van 18 december 2002 tegengesteld oordeel. Evenwel, de rechtbank heeft het moeilijk om het bewijs te beoordelen in het kader van een eerlijk proces, gezien de geheimhoudingsplicht van de AIVD en de landelijk officier van justitie, waardoor het dus onmogelijk is verklaringen af te leggen over de herkomst van de inlichtingen. Voor de verdediging is het volgens de rechtbank bijgevolg niet mogelijk om de herkomst en de feitelijke juistheid van de ambtsberichten te toetsen en de rechtbank voegt eraan toe: 'voor een andere afweging, die er op neer zou komen dat naar mate het strafbare feit waarvan de verdachte wordt verdacht, ernstiger zou zijn, er minder eisen gesteld behoeven te worden aan het ten behoeve van het bewijs van dat feit verzameld bewijsmateriaal, ziet de rechtbank geen steun in het recht'. Dit oordeel leidt tot bewijsuitsluiting en vrijspraak.

Op 21 juni 2004 doet de meervoudige kamer van het Gerechtshof in den Haag uitspraak in beroep tegen het vonnis van de meervoudige kamer van de rechtbank in Rotterdam van 18 december 2002.⁶⁸ In grote lijnen volgt het Hof de redenering in de tussenbeslissing van 25 april 2003. Uitgangspunt is het vertrouwensbeginsel. Tenzij er manifeste twijfel is ((grove) schending van mensenrechten) is er voor de rechtbank geen toetsende taak weggelegd. De wetgever heeft de bevoegdheden van de AIVD en Justitie gecompartmenteerd. Die strikte scheiding heeft evenwel niet tot gevolg dat de AIVD zou moeten terugtreden indien justitie gaat opsporen (of anderszins). Wel zullen de AIVD en justitie hun bevoegdheden uitsluitend met het oog op de vervulling van de eigen taak moeten blijven uitoefenen: 'en gaat het dus bijvoorbeeld niet aan dat justitie grenzen die aan de eigen opsporingsbevoegdheid zijn gesteld omzeilt door de BVD haar bevoegdheden ten behoeve van de strafvordering te laten uitoefenen en de opbrengst daarvan via de landelijk terreurofficier van justitie in het strafrechtelijk onderzoek te laten inbrengen'.⁶⁹ Conclusie luidt dat de inlichtingen van de AIVD niet alleen als startinformatie kunnen dienen, maar ook feiten of omstandigheden kunnen bevatten die een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Strafvordering, dan wel een redelijk vermoeden in de zin van artikel 132a Strafvordering opleveren. Aan de vraag onder welke voorwaarden die informatie tot het bewijs zou gebezigd mogen worden, gaat het Hof voorbij omdat het bewijs gesteund kan worden op andere bewijsmiddelen. Tegen de uitspraak is inmiddels cassatieberoep aangetekend.

Uit de analyse van de rechtspraak blijkt dat de aanvankelijke uitspraak van de rechtbank in Rotterdam geen stand heeft gehouden. In de jurisprudentie is inmiddels aanvaard dat de AIVD inlichtingen niet alleen als startinformatie voor een strafrechtelijk onderzoek kunnen worden gebruikt, maar ook dat de daarin vervatte feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld kunnen opleveren. Uit de recht-

spraak blijkt evenzeer dat de rechters zeer omzichtig zijn met het verlenen van bewijskracht aan de AIVD informatie, temeer daar er grote twijfels zijn bij de mogelijkheden van de verdediging om de juistheid van die informatie te toetsen. De geheimhoudingsplicht uit de Wiv en de marginale toets van de rechter leidt de facto snel tot een oneerlijke procesvoering. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat er, ondanks de rechtspraak, toch is besloten om wetgevend in te grijpen.

5.3 Wetsvoorstel Donner over gebruik van AIVD gegevens in het strafproces

Minister Donner heeft lang verdedigd dat er geen wetswijziging moest komen om het probleem te regelen en had hierover de Tweede Kamer een omstandige notitie toegezegd. Mede onder druk van de Kamer heeft de minister zijn positie herzien en op 29 april 2004 heeft het kabinet ingestemd met een wetsvoorstel terzake.

In het wetsvoorstel staan drie thema's centraal: de niet-openbaarmaking door de rechter-commissaris van bepaalde gegevens in het belang van de staatsveiligheid; het horen van getuigen als afgeschermd getuigen en een aanpassing van het strafvorderlijk bewijsrecht. Het advies van de Raad van State is op essentiële punten door de regering gemotiveerd afgewezen.

5.3.1 Beletten openbaarmaking bepaalde gegevens (Art. 187d Sv)

In Nederland bestaat een verschijnings- en verklaringsplicht voor getuigen in strafzaken (art. 342 Sv). Op deze hoofdregel bestaan er evenwel uitzonderingen. De rechter kan op grond van art. 293 Sv getuigen toestaan niet op vragen te antwoorden die niet relevant zijn voor de zaak of de getuige nadeel kunnen berokkenen en bestaat de bevoegdheid voor de rechter-commissaris om antwoorden op vragen niet op te nemen in het proces-verbaal van verhoor (zie arts. 187 e.v. en de bedreigde getuigenregeling). Tevens kunnen bepaalde persoonsgegevens van de getuige, in verband met overlast of belemmering van het beroep, worden afgeschermd en dus in beperkte anonimiteit van de verdachte worden voorzien. Voorgesteld wordt om de regeling van art. 187 uit te breiden met het oog op het verhoor van getuigen waarbij het belang van de staatsveiligheid in het geding is. Zo kunnen gegevens betreffende gehanteerde werkmethoden geheim worden gehouden. Deze niet te openbaren gegevens blijven vervolgens buiten de processtukken en buiten kennisgeving van het OM, de verdachte, de raadsman en de zittingsrechter. Dit heeft tot gevolg dat ook bepaalde antwoorden op vragen van de verdediging niet ter kennis zullen kunnen komen aan de procespartijen.

5.3.2 (Anoniem) Afgeschermd getuige (arts. 226g-226m Sv)

Er wordt een aparte procedure, ex parte en in camera, geïntroduceerd voor de afgeschermd getuige. De afgeschermd getuige hoeft ook, net als de bedreigde getuigen, niet meer op de zitting te verschijnen. De beslissing wordt genomen door de rechter-commissaris, op verzoek van het OM, de verdachte, de getuige, de zittingsrechter of ambtshalve. Tevens is voorzien in de mogelijkheid om de afgeschermd getuige anoniem te horen, namelijk indien bij het bekend worden van de identiteit van de getuige de getuige zelf of de staatsveiligheid gevaar kan lopen. De R-C dient zelf wel op de hoogte te zijn van de identiteit. Indien mogelijk heeft het verhoor plaats in camera, maar niet ex parte. Dit betekent de procespartijen aanwezig kunnen zijn en de getuige wordt vermomd of afgeschermd. In het wetsvoorstel wordt er vanuit gegaan dat in de regel

dergelijke verhoren niet in alleen in camera, maar ook ex parte zullen zijn, hetgeen betekent dat de procespartijen alleen vragen kunnen laten stellen en niet aanwezig kunnen zijn. Het verslag van het verhoor wordt alleen bij instemming van de getuige aan procespartijen voorgelegd, die dan eventueel verdere vragen kunnen stellen. Het proces-verbaal van verhoor kan alleen bij de processtukken worden gevoegd als de afgeschermd getuige hiermee heeft ingestemd. Dit betekent een doorbreking van het monopolie van de R-C bij de samenstelling van de processtukken.

5.3.3 Wettelijk bewijsrecht (art. 344 Sv)

Ambtsberichten van de AIVD kunnen voortaan als volwaardig bewijsmiddel in strafzaken gelden en niet alleen als geschriften die alleen tot bewijs kunnen dienen in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen. Deze regeling wordt ook uitgebreid tot geschriften van buitenlandse opsporingsambtenaren en van ambtenaren in dienst van volkenrechtelijke organisaties. Deze nieuwe regeling verandert niets aan de bewijswaardering door de rechter. Tevens blijven de principes dat een verdachte niet enkel op zijn eigen opgaven veroordeeld kan worden (art. 341(4) Sv), alsmede de regel dat een veroordeling niet op de verklaring van een enkele getuige kan stoelen, gehandhaafd. Ook is bij verklaringen van anoniem afgeschermd getuigen verder steunbewijs nodig.

5.3.4 Advies van Raad van State en regeringsstandpunt

De Raad van State formuleert in zijn spoedadvies een aantal essentiële kritiekpunten. De Raad stelt dat deze regeling van zachte informatie nog geen harde informatie en daardoor bruikbare informatie in strafproces maakt. De regering stelt dat het doel van de regeling precies is om harde informatie te toetsen zonder de staatsveiligheid in gevaar te brengen. De Raad pleit ook voor een in beginsel in camera, maar niet ex parte inrichting van de procedure voor de ondervraging van de afgeschermd getuige, dit uit het oogpunt van het onmiddellijkheidsbeginsel. De Regering is het hiermee eens maar voegt er expliciet aan toe, dat deze situatie veelal de uitzondering en niet de regel zal zijn. De belangen van de staatsveiligheid zullen in de praktijk bijna altijd leiden tot ex parte procedures. Tevens heeft de Raad kritiek op het doorbreken van de bevoegdheid van de R-C bij het samenstellen van de processtukken. De Raad pleit ervoor om geen instemmingsrecht te verlenen aan de getuige. De regering is het hiermee niet eens en stelt dat 'ten aanzien van het nemen van een beslissing om een getuige als afgeschermd getuige te horen, kan van de rechter-commissaris niet gevergd worden dat hij ten gronde beoordeelt of het belang van staatsveiligheid hiertoe noodzaakt. Daartoe is hij niet in de positie'.⁷⁰ Tevens heeft de Raad twijfels bij het wijzigen van het wettelijk bewijsrecht. Het huidige bewijsminimum, in het bijzonder bij de ambtsberichten van de AIVD, kan geleid tot de beperkte mogelijkheden tot controle, juist een waarborg bieden, stelt de Raad. De regering neemt afstand van deze visie. Tot slot is de Raad van mening dat de rechtmatigheidstoets onderbelicht blijft. De regering onderstreept het belang van het vertrouwensbeginsel.

6. HET EVRM EN HET GEBRUIK VAN INTELLIGENCE IN HET STRAFPROCES

Op het eerste zicht is het EVRM van beperkt belang omdat het vaste jurisprudentie is dat het EHRM geen uitspraak doet over de toelaatbaarheid van bewijs en bewijskracht,

dat wordt gezien als een zaak van nationaal recht, maar zich slechts buigt over de vraag of de procedure in zijn totaliteit, inclusief dus de bewijsgaring en het -gebruik, beantwoordt aan de vereisten van een eerlijk proces.⁷¹ Uiteraard heeft het EHRM wel het bewijsgebruik ter terechtzitting getoetst, zoals bijvoorbeeld inzake de anonieme getuige als enig bewijs.⁷² Ook heeft het Hof uitspraak gedaan over het gebruik van bepaalde onderzoekstechnieken en de inbreuk op bijvoorbeeld artikel 8 EVRM. Hieruit volgt dat de rechtelijke toetsing weliswaar *ex parte* kan zijn, maar '(...) that is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding the individual's rights (...) The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual's right should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure'.⁷³ Over ons onderwerp zijn in de jurisprudentie van de EHRM twee interessante punten behandeld: 1. de juridische toets van de inlichtingen die ten grondslag liggen aan de redelijke verdenking en 2. het gebruik van geheim bewijs in *ex parte* procedures.

De grondslag voor verdenking en aanhouding en de rechtelijke toets is aan de orde geweest in diverse IRA zaken. In de zaak *Fox, Campbell en Hartley*⁷⁴ vs. UK is de vraag aan de orde of en welke informatie de autoriteiten moeten vrijgeven om de rechtmatigheid van arrestatie te kunnen toetsen, als die arrestatie is gebaseerd op vertrouwelijke intelligence. In het VK is voor terrorismemisdrijven geen redelijke verdenking meer nodig, maar een lagere drempel, *genuine and bona fide or honest suspicion*, en hoeft ook niet meer concreet te worden aangegeven van welk strafbaar feit iemand wordt verdacht. Het EHRM is er zich van bewust dat bij terrorisme vaak wordt gewerkt met intelligence, die niet openbaar kan worden gemaakt, ook niet in de rechtbank, zonder de bron in gevaar te brengen. Het Hof heeft ook begrip voor de visie van het VK dat de invulling van het begrip *reasonable suspicion* afhankelijk kan zijn van het type criminaliteit, maar voegt er onmiddellijk aan toe: 'Nevertheless, the exigencies of dealing with terrorist crime cannot justify stretching the notion of "reasonableness" to the point where the essence of the safeguard secured by Article 5(1)(c) is impaired (...) Nevertheless the Court must be enabled to ascertain whether the essence for the safeguard afforded by Article 5(1)(c) has been secured. Consequently the respondent Government have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence. This is all the more necessary where as in the present case, the domestic law does not require reasonable suspicion, but sets a lower threshold by merely requiring honest suspicion'. In casu worden die feiten door het VK niet geleverd en besluit het Hof tot schending van artikel 5(1)(c). Uit de latere uitspraak in de zaak *Murray vs. UK*⁷⁵ blijkt het Hof te aanvaarden dat, ondanks de lagere drempel in de Noord-Ierse anti-terroriswetgeving voor verdenking, toch aan de vereiste van redelijke verdenking is voldaan, omdat dit uit aanvullende feiten en omstandigheden is gebleken. De feiten en omstandigheden worden afgeleid uit de rechtelijke uitspraken in de civiel-rechtelijke schadeprocedure die Murray had aangespannen tegen haar opsluiting. Ook in *O'Hara vs. UK*⁷⁶, aangehouden op verdenking van terrorisme op basis van informatie van vier informanten, is het EHRM van oordeel dat aan de vereiste van redelijke verdenking is voldaan. In deze zaak is de redelijke verdenking (niet de honest suspicion), gebaseerd op verklaringen van vier separate informanten. De redelijke verdenking is getoetst door drie verschillende rechtbanken in de VK, hetgeen per se een garantie is tegen arbitraire aanhouding. De verdachte heeft in de rechtbanken geen gebruik

gemaakt van zijn recht om de goeder trouw van de politieofficiëren die hem arresteerden in vraag te stellen. De redelijkheid van een verdenking is afhankelijk van de omstandigheden van een concrete zaak. In deze leveren vermelde omstandigheden een redelijke verdenking op. In zijn *dissenting opinion* stelt rechter Loucaides dat er in hoofde van de handhavingsautoriteiten een redelijk vermoeden moet bestaan op het moment van de aanhouding en dat zij dit bij de rechtelijke toetsing moeten kunnen bewijzen. In casu is hieraan niet voldaan. In *Chahal vs. UK*⁷⁷ stelt het EHRM duidelijk dat de bescherming van de nationale veiligheid door het gebruik van geheim bewijs de rechtelijke toets niet buiten werking stelt: 'The Court recognises that the use of confidential material be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved'.⁷⁸ Panels, zonder rechtelijke bevoegdheid, zijn een onvoldoende garantie.

Het gebruik van inlichtingen als bewijs in strafzaken is in het VK in beginsel onderworpen aan de klassieke bewijsregels. In common law is er voor het OM een verstrekingsplicht aan de verdediging van alle bewijs dat de positie van de verdachte ondersteunt. Maar in de *Guidelines* van de *Attorney General*, daterend uit 1981, is de verstrekingsplicht geclausuleerd door een discretionaire bevoegdheid voor het OM om sensitieve informatie (nationale veiligheid, identiteit van een informant, etc) niet vrij te geven. Daarbij moet het OM een balans zoeken tussen de graad van sensitiviteit en het belang van het bewijs voor de verdediging. Bij te grote schending van de rechten van de verdediging moet desgevallend maar worden afgezien van vervolging. Hierover is er in het VK veel rechtspraak van de Gerechtshoven. In *R. v. Ward* (1992)⁷⁹ is beslist dat het aan de rechtbank toekomt om die afweging te maken en niet aan het OM. In *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (1993)⁸⁰ ontwikkelt de Court of Appeal voor de toetsingsprocedure drie opties: 1. de toets gebeurt in een reguliere tegensprekelijke strafprocedure, waarbij slechts het type materiaal wordt aangeduid, of 2. de toets gebeurt in een *ex parte* procedure, waarbij het type materiaal niet wordt bekend gemaakt (geheime informatie), of 3. de toets gebeurt in een *ex parte* procedure, die geheim wordt gehouden voor de verdediging omdat de melding ervan de natuur van het bewijs zou blootleggen (geheime informatie en geheime procedure). In *R. v. Turner* (1994)⁸¹ waarschuwt de Court of Appeal dat *R. v. Ward* heeft geleid tot teveel verzoeken tot vrijgeven van vertrouwelijk bewijs: 'We wish to alert judges to the need to scrutinise applications for disclosure of details about informants with very great care (...) Even when the informant has participated, the judge will need to consider whether his role so impinges on an issue of interest to the defense, present or potential, as to make disclosure necessary'. De *ex parte* procedures hebben geleid tot diverse zaken voor het EHRM. In de zaak *Jasper vs. UK*⁸² was betrokkene op basis van intelligence onder bewaking gesteld, getapt en vervolgens gearresteerd voor drugshandel. Het OM verzocht de rechtbank tot niet openbaarmaking van het bewijs op grond van de *public interest immunity*. De verdediging werd op de hoogte gesteld van het verzoek en de behandeling *ex parte*, maar kreeg geen informatie over de bewijsbronnen en -stukken. De motivering van de rechter werd haar ook niet medegedeeld. Het EHRM onderstreept het belang van vrije uitwisseling van bewijs tussen de partijen, maar erkent ook dat het recht op openbaarmaking van bewijs geen absoluut recht is en in strijd kan komen met andere belangen, als nationale veiligheid, bescherming van getuigen en van bewijsbronnen, modus operandi, etc. Het Hof aanvaardt geheim bewijs op voorwaarde dat die beperking op de rechten van de verdediging 'be counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (equality of arms)'. In casu is het Hof de mening toegegaan dat de uitbalancerings

gelukt, omdat de bewijsvoering is getoetst door de zittingsrechter en omdat de geheime informatie geen onderdeel was van het dossier, maar startinformatie uit een telefoontap.⁸³ In een collectieve *dissenting opinion* van zes magistraten wordt scherp protest aangetekend en wordt verdedigd dat het feit dat de verdediging niet wordt ingelicht over het type bewijs en documenten en dat de beslissing van de *ex parte* procedure niet wordt gemotiveerd zodanig haaks staat op de tegensprekelijke procedure dat dit door de zittingsrechter niet kan worden hersteld. In *Edwards and Lewis v. UK*,⁸⁴ een drugszaak waarbij agents provocateurs werden ingezet, werd een gelijkaardige *ex parte* procedure toegepast, waarbij de verdediging niet op de hoogte werd gesteld van het type bewijs. Evenwel, in casu werd het materiaal als bewijs gebruikt ter zitting. Sterker nog, de undercover, als enige getuige ter zitting, werd anoniem ondervraagd. Het was voor de verdediging essentieel om na te gaan of het hier ging over uitlokking door de politie. Op de zitting bleek ook dat in de *ex parte* procedure intelligence was ingebracht over betrokkenheid bij drugsdelicten in het verleden, zonder dat de verdediging hiervan op de hoogte was en dit had kunnen weerleggen. In dit geval stelde het Hof schending van artikel 6(1) vast. Ook in *Dowsett v. UK*⁸⁵ werd schending vastgesteld omdat er geen toetsing was geweest door de zittingsrechter en die onvoldoende kon worden hersteld in beroep.⁸⁶ Hoe belangrijk die rechtelijke toetsing is blijkt ook in *Tinelly & Sons and others and McElduff and others v. UK*,⁸⁷ een zaak van niet toewijzing, op basis van intelligence, van een openbare aanbesteding in Noord-Ierland.

7. CONCLUSIE

Uit de rechtsvergelijkende analyse (VS, Nederland en EVRM) blijkt duidelijk dat het gebruik van intelligence in de strafrechtspleging de fundamenteën van eerlijke procesvoering raakt en dus niet te herleiden is tot details van strafvordering. Openbare strafrechtspleging⁸⁸ is essentieel voor de legitimiteit van de strafrechtspleging als publieke zaak. De interne openbaarheid vereist dat procesdeelnemers aanwezig kunnen zijn bij de proceshandelingen of hierover worden geïnformeerd, dat ze toegang hebben tot het bewijsmateriaal en het in een eerlijke procesgang kunnen laten toetsen. Externe openbaarheid eist dat de behandeling hiervan niet gebeurt *ex parte* en *in camera*. Op de interne en externe openbaarheid zijn uiteraard uitzonderingen denkbaar, niet in het minst in het belang van de verdachte of getuigen, maar ook in het belang van de nationale veiligheid. Het EHRM aanvaardt niet alleen dat gegevens van inlichtingendiensten als geheime startinformatie kan worden gebruikt voor een strafrechtelijk onderzoek, maar ook dat die inlichtingen een redelijk vermoeden van schuld kunnen opleveren. Het is evenwel zaak om die uitzonderingen zodanig in te richten dat het niet aan de inlichtingendiensten en/of de handhavingsorganen discretionair toekomt om te beslissen over geheime bewijsvoering in het strafrecht. Uit de ervaring in de VS is duidelijk dat de *screening walls* en de *chaperone requirements* noodzakelijke filters zijn in het informatieverkeer tussen de inlichtingendiensten en de opsporing. Volgens het EHRM dient de beslissing over het gebruik van geheime informatie als verdenkingsgrondslag of als bewijs in strafzaken getoetst te worden door een onafhankelijke rechter die hiertoe dient te beschikken over de bevoegdheid om de rechtmatigheid en betrouwbaarheid van de informatie en de bronnen te beoordelen. Hierbij kan mijns inziens niet worden uitgegaan van een vermoeden van rechtmatigheid en betrouwbaarheid en een marginale toetsing door de rechter. Evenmin is het passend om hier te spreken van vrij verkeer van gegevens. Ook is het door het Gerechtshof Den Haag ontwikkelde vertrouwensbeginsel tussen de AIVD en Justitie - geen toetsing, tenzij er spra-

ke zou zijn van (grove) schending van mensenrechten - een gevaarlijke redenering. Essentieel is niet het geloof in de betrouwbaarheid van de AIVD als partner (zoals die tussen staten in de uitlevering), maar de rechtsstatelijke functie van de rechter met betrekking tot geheim bewijs dat door de verdachte per definitie niet kan worden getoetst. Kortom, de rechtelijke controle is in een eerlijke procesvoering een fundamenteel tegengewicht tegen de beperking van de rechten van de verdediging. Het idee dat de rechter hier niet zou kunnen toetsten of slechts marginaal zou kunnen toetsen omdat de wetgever compartimentering heeft gewild tussen de AIVD en Justitie is niet vol te houden. Bij informatie doorstroom hoort informatiecontrole door de rechter. Hoe belangrijk die rechtelijke toets is blijkt uit de *Classified Information Procedures Act* die hiervoor in de VS als onderdeel van het federaal strafprocesrecht is uitgewerkt en uit de jurisprudentie van het EHRM. Toetsing van de rechtmatigheid van de inlichtingen betreft uiteraard ook de eventuele aansturing van de gegevensgaring door de AIVD. Er dient over gewaakt dat de AIVD haar vergaande geheime onderzoeksbevoegdheden, al dan niet in samenwerking met politie en OM, niet inzet voor hoofdzakelijk strafrechtelijke doelen en hiermede de waarborgen van de strafrechtspleging omzeilt. Parallel onderzoek is denkbaar, maar U-bocht constructies, die door het brongeheim en de geheimhoudingsplicht van de Wiv worden toegedekt, zijn ontoelaatbaar. Tot op heden is in Nederland alleen sprake van uitsluitend gebruik van Wiv bevoegdheden voor het versterken van de informatiepositie en eventuele bijvangsten, zijnde informatie die ook voor opsporing interessant kan zijn. De discussie in de VS over het verschil tussen *primary and significant intelligence purpose* geeft aan dat de inzet van Wiv bevoegdheden voor mede strafrechtelijke doeleinden niet te herleiden is tot bijvangsten. De toetsende rechter dient ook de bevoegdheid te hebben om openbaarmaking van het bewijs op te leggen. Indien dit wordt geweigerd kan het OM het bewijs alsnog terugtrekken of de strafvervolgning staken. Dit betekent dat in het wetsvoorstel van Donner een aantal zaken moeten worden geregeld. De geheimhoudingsplicht van de Wiv moet worden herzien voor de verstrekking aan Justitie en de toetst bij de rechter. De filters tussen de AIVD en Justitie dienen te worden geformaliseerd. Tevens dient geregeld onder welke voorwaarden de verdediging het OM en de AIVD kan verplichten om geheim bewijs in te brengen in een strafzaak.

Een tweede aandachtspunt is de inrichting van de rechtelijke toetsingsprocedure zelf. In veel gevallen zal die niet kunnen geschieden in openbare zitting, maar ook niet *in camera* en *inter partes*. De mogelijkheid van de verdachte of zijn raadsman om stukken in te zien of voor hem belastende getuigen rechtstreeks te ondervragen zijn daarmee beperkt of onbestaande. In het belang van de staatsveiligheid kunnen de rechten van de verdediging worden beperkt, op voorwaarde dat er voldoende compenserende maatregelen worden genomen. In het wetsvoorstel Donner is een regeling is uitgewerkt waarbij de rechter-commissaris kennis neemt van alle relevante feiten en gemotiveerd oordeelt over de betrouwbaarheid van de verstrekte informatie. De R-C heeft een onderzoeksplicht naar de betrouwbaarheid van de verklaring (persoon, omstandigheden...) en een motiveringsplicht. Vraag is of de R-C hier kan worden gekwalificeerd als een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Onderzoek naar de rechtmatigheid van de gegevens wordt in het wetsvoorstel beperkt tot uitzonderlijke gevallen van forse schendingen van mensenrechten bij het verkrijgen van de gegevens. Als uitgangspunt geldt het vertrouwensbeginsel. Onderzoek naar de betrouwbaarheid van de gegevens blijkt uit de Memorie van Toelichting tevens marginaal te zijn: 'ten aanzien van het nemen van een beslissing om een getuige als afgeschermd getuige te horen, kan van de rechter-commissaris niet gevergd worden dat hij ten gronde beoordeelt of

het belang van staatsveiligheid hiertoe noodzaakt. Daartoe is hij niet in de positie'.⁸⁹ Ook wordt beroep tegen de beslissing van de R-C tot het toepassen van de procedure voor de afgeschermden getuigen uitgesloten, want 'dit hangt samen met het marginale karakter van het afwegingskader: het al dan niet toekennen van de status van afgeschermden getuigen zal veelal slechts afhangen van vrij objectieve beoordelingscriteria (dienstverband AIVD, functie, e.d.)'.⁹⁰ Het feit dat de afgeschermden getuigen bepaalt of het verslag van verhoor wordt voorgelegd aan procespartijen en of het proces-verbaal van verhoor wordt toegevoegd aan de processtukken (dubbele toestemming van de afgeschermden getuigen) ondermijnt de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de R-C. Tevens is voor een eerlijk proces belangrijk de mate waarin de zittingsrechter gebruik en betrouwbaarheid van het bewijsmiddel heeft gemotiveerd. De Memorie van Toelichting stelt dat de zittingsrechter steeds vrij de bevindingen van de rechter-commissaris kan beoordelen, maar in feite hij heeft daarvoor beperkte informatie. In de regeling is de zittingsrechter afhankelijk van de R-C. De zittingsrechter kan, in tegenstelling tot de algemene regeling ter bescherming van de getuigen, bij de afgeschermden getuigen de getuigen niet verplichten ter zitting te verschijnen. De officier van justitie kan het afleggen van een getuigenis ter terechtzitting voorkomen. Ook heeft de zittingsrechter geen toegang tot alle bronnen van de R-C. Tot niet openbare gegevens heeft hij geen toegang. De zittingsrechter is in zijn betrouwbaarheids- en rechtmatigheidstoest volledig aangewezen op de marginale beoordeling van de r-c.

Een derde en laatste punt betreft de bewijskwaliteit en -kracht van de inlichtingen van de AIVD. Hierover is er geen EVRM jurisprudentie die uitsluitend biedt. De in het wetsvoorstel Donner voorgestelde procedure en regeling over de bewijskracht loopt parallel met de regeling van de anonieme getuigen in Strafvordering.⁹¹ Uit de jurisprudentie van het EHRM inzake de anonieme getuigen⁹² blijkt dat de veroordeling niet in beslissende mate mag berusten op anonieme getuigenverklaringen. De mate waarin steunbewijs nodig is, is afhankelijk van de mate van beperking van het ondervragingsrecht. Bij AIVD inlichtingen zal die beperking in de regel fors zijn en geldt er dus per definitie een beperkte rol voor dat bewijs in strafzaken. Voorzieningen dat het AIVD bewijs niet als uitsluitend bewijs mag dienen voldoen niet aan de EHRM standaard. Tevens zijn hier de artikelen 344(a) en 344(3) Strafvordering van belang. Artikel 344(3) stelt dat een schriftelijk anonieme verklaring niet tot bewijs mag worden gebezigd, tenzij de bewijsbeslissing in belangrijke mate steun vindt in anderssoortig bewijsmateriaal en de verdachte geen recht op verhoor heeft geëist. Indien de verdachte dit wel heeft gedaan kan de verklaring conform artikel 295 Strafvordering als getuigenverklaring gelden, maar dienen de minimumregels van artikel 344a gerespecteerd te worden. Dit betekent dat dit alleen kan voor ernstige inbreuken op de rechtsorde en op voorwaarde dat de getuigen door de rechter-commissaris is verhoord, conform de regeling voor de bedreigde getuigen in de artikelen 226(c)-226(f) Strafvordering.

Het valt te bezien of het wetsvoorstel Donner, dat zich inspireert op de regeling anonieme getuigen, de EVRM test kan doorstaan. De Memorie van Toelichting houdt zelf een slag om de arm 'Het volgen van de procedure voor de afgeschermden getuigen levert niet de garantie op dat daarmee onder alle omstandigheden in voldoende mate is voldaan aan de vereisten van artikel 6 van het EVRM. Iedere strafzaak die volgens de voorgestelde regeling verloopt, zal steeds daar bovenop (door de rechter) aan genoemde verdragsbepaling moeten worden getoetst'.⁹³ Vraag is ook of met deze regeling de zo gewenste scheiding tussen de taakstelling van de inlichtingendiensten en die van de opsporingsorganen niet wordt ondergraven. Het gevaar dreigt dat in zaken die de staatsveiligheid raken voortaan marginale normen worden gesteld aan het gebruik

van de met de opsporing vergelijkbare onderzoeksbevoegdheden verkregen gegevens van de AIVD. Tevens is het zaak om met meer dan een kritisch oog te kijken naar de Europese voorstellen, die uitgaan van vrij gegevensverkeer tussen inlichtingendiensten en justitie. De rechtsvergelijking met de VS laat het belang zien van filters in het informatieverkeer en van de rechtelijke toetsing. Noch Europa, noch Nederland lijken hieruit voldoende lessen te trekken. Sowieso kan de strijd tegen het terrorisme geen argument zijn om de fundamenteën van de rechtsstaat en de openbare strafrechtspleging *sub rosa* te ondermijnen. *Sub lege libertas*.

NOTEN

* Hoogleraar economisch en financieel strafrecht aan de Universiteit Utrecht, hoogleraar Europees strafrecht aan het Europa College te Brugge.

1 Deze bijdrage is een geactualiseerde en herwerkte versie van J.A.E. Vervaele, Gegevensuitwisseling en terrorismebestrijding; discretionair strafrecht *sub rosa*?, in M. Boone, e.a. (reds.), *Discretie in het Strafrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2004, 47-76.

2 Zie J.A.E. Vervaele, De anti-terrorismewetgeving in de VS: *inter arma silent leges*?, *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht*, 2004, 120-143.

3 Voor een recent overzicht zie E. Prakken, Naar een cyclopisch (straf)recht, *Nederlands Juristenblad*, 2004, 2338-2344.

4 Wet Terroristische misdrijven van 24 juni 2004, Stb. 2004, 290, i.w.tr. 10 augustus 2004.

5 TK, 2004-2005, 29754.

6 Na 11-S is dit ook geprobeerd, maar zonder veel succes.

7 COM (2004) 221 final, 29 maart 2004.

8 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, Vers un renforcement de l'accès à l'information par des autorités responsables pour le maintien de l'ordre public et pour le respect de la loi, COM (2004) 429 final, 16 juni 2004 (alleen Franse versie beschikbaar bij het schrijven van dit artikel).

9 Draft Framework Decision on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the member States of the EU, in particular as regards serious offences including terrorist acts, Raad EU, 10215/04, 4 juni 2004.

10 Het betreft onderzoeksproject DG JAI/D1/2004/001, onder promotorschap van G. Vermeulen, getiteld: 'Comparative study into available law enforcement relevant information, and obstacles to make this information available for law enforcement authorities in [...] other EU Member States'.

11 Zie L. van Wifferen, het gebruik van AIDV-informatie in het strafproces, *Justitiële Verkenningen*, nr. 3, 2004, 139-140 en L. van Wifferen, Intelligence in het strafproces, *NJB*, 2003/ 12. Reeds in 1992 overhandigde Justitie aan de Tweede Kamer een nota over bewijskracht van BVD inlichtingen, TK, 1991-92, 22 463, nr. 4.

12 Sinds de nieuwe wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv) van 2002 heet de BVD voortaan de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD).

13 Zie bespreking onder punt 5.2.

14 L. Vidino & E. Stakelbeck, Dutch Lessons, *The Wall Street Journal Europe*, 07.07.2003: 'This is a distressing example of the limitations placed on Dutch authorities in fighting and preventing terrorism, as intelligence agencies' efforts are all too often thwarted by liberal courts and inadequate laws.'

15 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het treffen van een regeling inzake het verhoor van afgeschermdde getuigen en enkele andere onderwerpen (afgeschermdde getuigen), Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2003-2004, 29743, nr. 2.

- 16 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het treffen van een regeling inzake het verhoor van afgeschermdde getuigen en enkele andere onderwerpen (afgeschermdde getuigen), Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2003-2004, 29743, nr. 2.
- 17 C. Fijnaut, Inlichtingendiensten in Europa en Amerika: de heroriëntatie sinds de val van de Muur en 11 september 2001, Justitiële Verkenningen, nr.3 2004, 13-14.
- 18 *Katz v. US*, 389 U.S. 347 (1967).
- 19 *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967).
- 20 De handhavingsorganen moeten daarvoor *reasonable grounds to believe* hebben dat de te verkrijgen informatie relevant en materieel terzake is voor het lopende onderzoek.
- 21 De affidavit kan gebaseerd zijn op informatie van een informant, zonder dat zijn identiteit wordt bekendgemaakt, op voorwaarde dat de politieofficier hierover op een tegensprekelijke wijze is ondervraagd.
- 22 Zie T.P. Metzler, e.a., Warrantless searches and seizures, *Georgetown Law Journal*, 2001 (89 Geo. L. J. 1084) & S. M. Beck, Overview of the Fourth Amendment, *Georgetown Law Journal*, 2001 (89 Geo. L. J. 1055).
- 23 18 U.S.C. par 2511 (3).
- 24 *U.S. v. U.S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).
- 25 Foreign Intelligence Surveillance Act, <http://www4.law.cornell.edu/uscode/50/ch36schI.html>.
- 26 FISA (50 U.S.C. par 401(a)). Er dient niet met probable cause aangetoond te worden dat deze personen of activiteiten in het geding zijn.
- 27 http://www.epic.org/privacy/terrorism/FISA/o8_2002_mem.html
- 28 Zie verder onder punt 3.3. voor de bespreking van CIPA.
- 29 Zie 50 U.S.C. Sec. 1801(h), Sec. 1806(a) en Sec. 1825 (a) van de FISA Act
- 30 http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/ag_1995_mem.html
- 31 http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/ag_1995_mem.html, onder punt 7.
- 32 Zie *US v. Megahey*, 553 f. Supp 1180, 1189-90 (E.D.N.Y. 1982); *US v. Falvey*, 540 F. supp 1306, 1310-11 (E.D.N.Y./ 1982); *US v. Duggan*, 743 F. 2d 59, 75-78 (2d Cir. 1984); *US v. Pelton*, 835 F 2d 1067 (4th Cir. 1987) en *Bin Laden*, 126 f. Supp 2d at 278.
- 33 http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/fisc_opinion.html
- 34 http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/fisc_opinion.html
- 35 *United States v. Truong Ding Hung*, 629 F. 2d 908 (4th Cir. 1980).
- 36 Zie J. W. Whitehead & S. H. Aden, Forfeiting 'Enduring Freedom' for 'Homeland Security': A constitutional analysis of the USA Patriot Act and the Justice Departments anti-terrorism initiatives, *American University Law Review*, August 2002, 51 Am. U. L. Rev. 1081; A. A. Bradley, Extremism in the defense of liberty?: The Foreign Intelligence Surveillance Act and the significance of the USA Patriot Act, *Tulane Law Review*, December, 2002, 77 Tul. L. Rev. 465 en J. C. Evans, Hijacking Civil Liberties: the USA Patriot Act of 2001, *Loyola University of Chicago Law Journal*, Summer 2002, 33 Loy. U. Chi. L. J. 953.
- 37 <http://www.evergreen.edu/library/govdocs/hotopics/usapatriotact/patriot-act.pdf> . J.A.E. Vervaele, De anti-terroriswetgeving in de VS: inter arma silent leges?, *Delikt en Delinkwent*, 2004, ter perse.
- 38 50 U.S.C. pars. 1804 (a) (&)(B), 1823 (a) (7)(B)
- 39 Zie ook <http://www.usdoj.gov/olp/section203.pdf> voor het memorandum van de AG's Office terzake.
- 40 50 U.S.C.A. par 403-3(d)(1) (Supp. 2002).
- 41 Zie <http://www.usdoj.gov/olp/section905a.pdf> en <http://www.usdoj.gov/olp/section905b.pdf>.
- 42 <http://www.usdoj.gov/olp/nsifactsheet.pdf> en <http://www.usdoj.gov/olp/nsiguideelines.pdf> .
- 43 http://www.epic.org/privacy/terrorism/FISA/ag_mem_03_2002.html
- 44 Gebaseerd op 50 U.S.C. pars. 1801 (h), 1806(a) en 1825(a).
- 45 http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/FISC_opinion.html

- 46 http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/doj_fisc_appeal.html
- 47 zie <http://www.cadc.uscourts.gov/common/newsroom/02-001.pdf>
- 48 Executive Order 13292, Classified National Security Information, 68 FR 15315.
- 49 Voor alle relevante informatie, zie <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#moussaoui>.
- 50 Zie <http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm> voor de tenlastelegging.
- 51 Zie *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).
- 52 U.S. will defy court's Order in Terror Case, New York Times, 15 juli 2003.
- 53 Zie <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/usmouss102403gbrf.pdf> voor het verzoekschrift van de regering, waarin met regelmatig verwijzingen naar concrete feiten of documenten zwart zijn gemaakt, omdat ze volgens de regering betrekking hebben op vertrouwelijke informatie ter bescherming van de nationale veiligheid.
- 54 Zie Westlaw, 2004 WL 868261 (4th Cir.(Va.).
- 55 M. van Stratum, Criminele inlichtingen en het recht op kennisneming, Delikt en Delinkwent, 2001, 174-191.
- 56 Instellingsbesluit van 28 juli 2003, houdende de inrichting van de criminele inlichtingen eenheid bij de Belastingdienst/ FIOD- ECD van het Ministerie van Financiën en de vaststelling van de werkzaamheden, Besluit van 28 juli 2003, nr. DGB2003/3877M. Stcrt. nr. 151.
- 57 Dat dit begrip ruim wordt geïnterpreteerd blijkt uit het feit dat de AIVD een Convenant heeft afgesloten met de Immigratie- en naturalisatiedienst, zie Staatscourant, 19 juni 2003, nr. 115, p. 13.
- 58 Kamerstukken II, 2002-03, 27925, nr. 82.
- 59 Kamerstukken II 2001-02, 27 925, nr. 10.
- 60 In Nederland is veel geëxperimenteerd met informatie-uitwisseling, bijvoorbeeld tussen de financiële toezichthouders, het OM, politie, de fiscus en de AIVD, o.a. inzake bestrijding van financiering van het terrorisme. Zie Nota Integriteit financiële Sector en terrorismebestrijding, Kamerstukken II 2001-02, 28 106, nr. en M.J.J.P. Luchtman, e.a., Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum, Utrecht, 2002, ISBN 90-73272-32-7.
- 61 Rekenkamer, Uitwisseling van opsporings- en terrorisme-informatie, TK 2002-2003 28 845, nrs. 1-2. In de praktijk wordt de AIDV informatie gebruikt of als startinformatie voor strafrechtelijk onderzoek of als onderdeel van het strafdossier en dus als bewijsmiddel. Hoe hanteert de Nederlandse strafrechter de balans tussen bescherming van de nationale veiligheid en de daarmee gepaarde gaande geheimhouding over bronnen, identiteit, modus operandi en de openbaarheid van de strafrechtspleging en de daarmee verbonden rechtsbescherming van de verdachte?
- 62 LJN-nr AF2141, zaaknr 10/150080/01.
- 63 LJN-nr AF2579, zaaknr 10/000109-02.
- 64 LJN-nr AF3039, zaaknr 1000013402.
- 65 LJN-nr AF7798, zaaknr 2200076103.
- 66 onder 2.4.
- 67 onder 2.6.
- 68 LJN- nr AP2058, zaaknr 2200071403.
- 69 onder 4.3.8.
- 70 TK, 2003-2004, 29743, nr. 5 p. 4.
- 71 Zie Van Mechelen et. alia v. Netherlands, ECHR, 23 april 1997, NJ 1997, 635
- 72 Zie Kostovski vs. Netherlands, ECHR, 20 november 1989, A 141, NJ 1990, 245
- 73 Klass vs. Germany, ECHR, 4 juli 1978, A 28, AA 1979, onder 55
- 74 Fox, Campbell and Hartley vs UK, ECHR, 26 juni 1990, A 182, p. 15, § 28
- 75 Murray vs. UK, ECHR, 28 oktober 1994, NJ 1995, 509.
- 76 O'Hara vs. UK, ECHR, 16 oktober 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-X
- 77 Chahal vs. UK, ECHR, 15 november 1996, NJ 1997, 301

- 78 Zie hierover E. Myjer, Rechten van de mens en bestrijding van terrorisme; enige opmerkingen over de Europese aanpak en over de rol van de officier van justitie, *Trema*, 2003, 336-342 en C. Warbrick, *The Principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism*, *European Human Rights Law Review*, 2002, 287-314.
- 79 *The Weekly Law Reports* 1993 (1) p. 619-692
- 80 *The Weekly Law Reports* 1993 (1) p. 613-618
- 81 *All England Law Reports* 1995 (3) p. 432-436
- 82 *Jasper vs. UK*, ECHR, 16.02.2000, 27052/95
- 83 In dezelfde lijn *P.G. en J. H. vs. UK*, ECHR, 25 september 2001, NJ 2003, 670
- 84 *Edwards and Lewis vs. UK*, ECHR, 22 juli 2003, 39647/98 en 40461/98
- 85 *Dowsett vs. UK*, ECHR, 24 juni 2003, 39482/98
- 86 In *G.M.R en A K.P. vs. UK*, uitspraak 19 september 2000, was het Hof de mening toegedaan dat de beroepsprocedure wel voldoende garanties bood.
- 87 *Tinelly & Sons and others and McElduff and others vs. UK*, ECHR, 10 juli 1998, Reports 1998-IV
- 88 A. Beijer, e.a. (red.), *Openbare rechtspleging*, Kluwer, 2002.
- 89 TK, 2003-2004, 29743, nr. 5 p. 4.
- 90 TK, 2003-2004, 29743, nr. 3, p. 13.
- 91 Zie hierover ook J.W. Fokkens, *Strafrecht en terrorisme*, NJB, 2004, 1347-1351.
- 92 *Unterpertinger vs. Austria*, EHRM, 24 november 1986, NJ 1988, 745; *Kostovski vs. Netherlands*, EHRM, 20 november 1989, A 141, NJ 1990, 245 en *Lüdi vs. Switzerland*, EHRM 15 juni 1992, A 238, NJCM-bulletin 1992, 810.
- 93 TK 2003-2004, 29743, p.12.