



EEN TWEESTRIJD: HET OPSPORINGSONDERZOEK VERSUS FUNDAMENTELE RECHTEN

HET RECHTSSYSTEEM STAAT VOOR DE UITDAGING OM EVENWICHT TE BEWAREN TUSSEN ENERZIJD HET VERGAREN VAN BEWIJSMATERIAAL IN STRAFZAKEN EN ANDERZIJD HET WAARBORGEN VAN DE FUNDAMENTELE RECHTEN VAN VERDACHTEN. EEN CENTRAAL BEGINSSEL BINNEN DIT SPANNINGSVELD IS HET NEMO TENETUR-BEGINSEL.¹ DIT BEGINSSEL VORMT DE BASIS VAN EERLIJKE STRAFPROCESSEN. ZO BESCHERMT HET DE VERDACHTE TEGEN ZELFINCRIMINATIE EN ONGEORLOOFDE DWANG OM EEN BEKENTENIS AF TE LEGGEN.²

DOOR LONNEKE JONATHANS

Een techniek die de toepassing van dit beginsel in twijfel trekt, is de zogenaamde “Mr. Big-methode”. Deze undercover onderzoekstechniek wordt ingezet om verdachten van ernstige misdrijven tot bekentenissen te bewegen. Tijdens een undercover onderzoek is het niet efficiënt om te wachten tot de verdachte een verklaring aflegt. Daarom wordt de Mr. Big-methode gebruikt, waarbij de verdachte wordt betrokken bij een fictieve criminele organisatie. De methode kenmerkt zich door het gebruik van psychologische druk en manipulatie om de verdachte te bewegen tot bekentenissen. Maar is de methode wel verenigbaar met het nemo tenetur-beginsel?

Dit artikel zal zich richten op het analyseren van de factoren die bijdragen aan het schenden van dit belangrijke recht, zoals de aard van de dwang, de aanwezigheid van procedurele waarborgen en het gebruik van bewijsmateriaal. Uiteindelijk zal de vraag: ‘levert toepassing van de “Mr. Big-methode” een schending van het nemo-tenetur-beginsel op?’ worden beantwoord

DE MR BIG-METHODE

De “Mr. Big-methode” is een undercover onderzoekstechniek die wordt gebruikt om een bekentenis af te dwingen van een verdachte die betrokken is bij een ernstig misdrijf. Een bekende zaak waar de opsporingstechniek gebruikt werd is de Postbank-zaak, waarin de verdachte een moord had gepleegd.³ Undercover opsporingsambtenaren betrokken de verdachte bij een fictieve criminele organisatie, waarin hem de mogelijkheid werd geboden om steeds meer geld te verdienen door ... (door wat precies?). Aan de verdachte werd duidelijk gemaakt dat de door de verdachte gepleegde moord een probleem vormde. De verdachte moet een bekentenis van zijn daad afleggen bij het hoofd (Mr. Big) van de organisatie. Wanneer hij dit niet doet, moet hij vertrekken.⁴

De toepassing “Mr. “Big-methode” kan in verschillende stappen uiteengezet worden. In de eerste fase wordt een verdachte geobserveerd. Het doelwit van deze methode is altijd een verdachte van een ernstig misdrijf waarvoor onvoldoende conventioneel bewijs bestaat, maar waarvoor de politie overtuigd is van zijn schuld. Er wordt informatie over de verdachte verzameld zodat de opsporingsambtenaren een duidelijk beeld hebben van de levenswijze van de verdachte.⁵ Vaak wordt een beïnvloedbare verdachte gekozen, meestal iemand met financiële problemen.⁶ De methode moet namelijk wel potentie hebben om succesvol te zijn. Verdachten die dringend geld nodig hebben en makkelijk beïnvloedbaar zijn, zijn vatbaarder voor de “Mr. “Big-methode” De methode heeft dan meer kans om te slagen.⁷

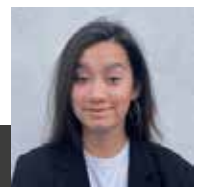
Vervolgens wordt de verdachte in de tweede fase van de methode betrokken bij de fictieve organisatie. De opsporingsambtenaren zoeken contact met de verdachte. Indien de verdachte eenmaal deelneemt aan de fictieve organisatie proberen undercoveragenten de verdachte over te halen om deel te nemen aan criminele activiteiten. Dit doen zij om een bepaalde mate van geloofwaardigheid te creëren. Zij stimuleren de verdachte met geld, luxe reizen en de belofte van een hogere functie binnen de organisatie.⁸ Door het in scène zetten van verschillende fictieve strafbare feiten wordt er bij de verdachte de schijn gewekt dat dit heeft plaatsgevonden. De verdachte raakt steeds meer betrokken bij de organisatie en verricht verschillende fictieve strafbare feiten. Zoals het handelen in drugs en het wegmoffelen van lijken.⁹

Ten slotte wordt de verdachte een voorstel gedaan. Dit kan een grote klus zijn waar de verdachte veel geld mee kan verdienen of hoger op kan komen. Daar staat tegenover dat de verdachte eerst op gesprek moet komen bij de grote baas (Mr. Big) In dit gesprek ver-

telt “Mr. Big” dat de verdachte alleen binnen de organisatie kan blijven als hij openheid geeft over zijn criminele verleden. Er worden vragen gesteld die expliciet zien op het strafbare feit waar de politie de verdachte van verdacht. De verdachte wordt vaak medegedeeld dat de organisatie hem kan helpen door juridische bijstand te bieden en iemand anders mogelijk op te laten draaien voor het misdrijf. Indien de verdachte geen bekentenis aflegt, worden beloningen ingetrokken en zal de verdachte de organisatie moeten verlaten.

De fases schetsen een globaal beeld van het verloop van de methode. De uitwerking van de fases kan iedere keer verschillen, maar het doel blijft altijd hetzelfde. Namelijk het verkrijgen van de bekentenis van de verdachte.¹⁰

De wettelijke grondslag voor de “Mr. Big-methode” is opgenomen in artikel 126j Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) Het artikel is namelijk ook van toepassing op de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (hierna: Wet BOB). Wet BOB geeft drie verschillende undercoverbevoegdheden waar een opsporingsambtenaar gebruik van kan maken: infiltratie, pseudokoop- en dienstverlening en stelselmatig inwinnen van informatie.¹¹ De “Mr Big-methode” valt onder het stelselmatig inwinnen van informatie en heeft juridisch gezien de minst zware bevoegdheid. De officier van justitie is



BIO

Lonneke Jonathans

Bachelorstudent Rechtsgeleerdheid
aan de Universiteit van Amsterdam

bevoegd tot het geven van het bevel tot stelselmatig inwinnen van informatie, indien dat in het belang van het onderzoek is en er een verdenking is van een misdrijf.

HET NEMO-TENETURBEGINSEL

Aan een verdachte in een strafzaak worden verschillende rechten toegekend om een eerlijk proces te waarborgen. Een van de belangrijkste voorbeelden van zo'n recht is het nemo-teneturbeginsel. Het nemo-teneturbeginsel vloeit voort uit art. 6 EVRM en stelt dat niemand verplicht kan worden bij te dragen aan zijn eigen veroordeling. Daarbij vormt het beginsel een grondslag voor verschillende rechten zoals bijvoorbeeld het zwijgrecht uit artikel 29 Sv.

Op het moment dat er een strafrechtelijk onderzoek tegen een verdachte wordt gestart, moet het nemo-teneturbeginsel in acht worden genomen. De exacte grenzen van het nemo-teneturbeginsel zijn lastig vast te stellen. Door de jaren heen heeft het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) drie criteria ontwikkeld, waaraan kan worden bepaald of er een schending van het nemo-teneturbeginsel is. Hierbij wordt gekeken naar (1) de aard en mate van dwang om bewijs te verkrijgen, (2) de relevante procedurele waarborgen en (3) de manier waarop het bewijs wordt gebruikt in de procedure. Het EHRM geeft ook een strekking voor de criteria. Zo dient de procesautonomie van de verdachte te worden gewaarborgd, (b) gerechtelijke dwalingen dienen te worden voorkomen, en (c) de bewijslast rust in beginsel op het Openbaar Ministerie.

Het eerste criterium vereist een ongeoorloofd dwang-element. Dit is gebaseerd op de bescherming van de verdachte tegen *abusive coercion of improper compulsion*.¹² De overheid mag de verdachte niet blootstellen aan ongeoorloofde druk. Het EHRM benadrukt het belang van het respecteren van de

wil van de verdachte om te zwijgen. Bewijs mag niet worden verkregen door middel van dwang of onderdrukking tegen de wil van de verdachte. In een vergelijking tussen de Bykov- en de Allan-zaak, zijn vijf toetsingspunten gecreëerd, om de mate van druk te beoordelen.¹³ Hierbij is relevant; het verloop van het opsporingstraject, de wijze en mate van misleiding, de bemoeienis van opsporingsambtenaren met de verklaring, de mate van controle door de staat, en de proceshouding van de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht.

In het Jalloh-arrest komt het tweede criterium sterk aan bod. Hier wordt beoordeeld dat procedurele waarborgen van belang zijn om te bepalen of het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden. De aanwezigheid van effectieve procedurele waarborgen beïnvloedt de mate van ongeoorloofde dwang.¹⁴ De procedurele waarborgen, zoals het recht op rechtsbijstand, het recht op informatie en het recht op tegenspraak, vloeien voort uit artikel 6 van het EVRM.

Ten slotte is het gebruik van bewijsmateriaal een laatste bepalende factor bij het vaststellen van een schending van het nemo-teneturbeginsel. Het EHRM kijkt of het gebruik van dwang resulteert in het schenden van the very essence van het nemo-teneturbeginsel, met name de wil van de verdachte om te beslissen of hij wil spreken of zwijgen. Dit onderscheidt steunbewijs van hoofdbewijs, waarbij steunbewijs het hoofdbewijs ondersteunt maar minder snel leidt tot een schending van het nemo-teneturbeginsel vanwege de betrouwbaarheid ervan. Zo werd in de Bykov-zaak dwang toegepast om steunbewijs te verkrijgen en niet als hoofdbewijs, wat mede bijdroeg aan het niet concluderen van een schending van het nemo-teneturbeginsel.¹⁵

TOEPASSING

De "Mr. Big methode" is een controverse onderzoekstechniek die zwaar leunt op misleiding. Hierbij wordt een verzonden wereld rond de verdachte gecreëerd met als doel om een bekentenis los te krijgen. Artikel 126j Sv is een toereikende, wettelijke grondslag voor het inzetten van de opsporingsmethode. Of de methode toelaatbaar is hangt vooral af van de vraag of de verklaringsvrijheid van de verdachte is geschonden. Wanneer het dwangmiddel misleiding wordt gebruikt zou dit kunnen leiden tot een schending van het nemo-tenetur beginsel.

De Hoge Raad heeft op 17 december 2019 twee vergelijkbare uitspraken gedaan over veroordelingen op basis van bekentenissen die zijn gekregen via de "Mr Big-methode" In de Posbank-zaak en de Kaatsheuvel-zaak oordeelde de Hoge Raad dat het gerechtshof niet voldoende had gemotiveerd waarom de verklaringsvrijheid van de verdachte niet ontoelaatbaar was aangetast. De verdachte werd in beide zaken beschouwd als zijnde in een verhoorsituatie, waarbij de opsporingsambtenaren invloed hadden op het delen van de verklaring. In combinatie met de hoge mate van dwang, het feit dat de relevante procedurele waarborgen gering zijn en het bewijs een belangrijk onderdeel van de bewezenverklaring was, kan worden geconcludeerd dat the very essence van het nemo teneturbeginsel is geschonden.¹⁶

In beide zaken gaf de Hoge Raad geen duidelijkheid over de verenigbaarheid van de "Mr. Big-methode" met het nemo-teneturbeginsel. Schending van het nemo-teneturbeginsel zal dus altijd afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval.¹⁷ Bovendien leidt de conclusie dat de Mr. Big-methode nooit een schending oplevert tot vrijspel voor politie en justitie om de rechten verdachte met misleiding te ontwijken. De conclusie dat de "Mr.

Big-methode” altijd een schending van het nemo-teneturbeginsel oplevert is ook ongunstig. Gezien opsporings-technieken dan in strijd zijn met het wettelijk kader, met als resultaat dat veel strafzaken onopgelost blijven.

TOEKOMST

Een van de problemen die zich voordoen bij de ‘Mr. Big-methode’ de toepassing van een ongeoorloofde vorm van dwang is. Deze ongeoorloofde dwang komt onder andere tot uiting in de dreiging met negatieve gevolgen als de verdachte niet bekend, wat de wil en inhoud van de afgelegde verklaring beïnvloedt. Dit zagen we al in de Posbank-zaak en de Kaatsheuvel-zaak. Bovendien wordt deze ongeoorloofde dwang gekenmerkt door het creëren van een verhoorsituatie waarin het recht van de verdachte om te zwijgen wordt omzeild.

Momenteel wordt het Wetboek van Strafvordering gemoderniseerd. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt opsporingsonderzoek opgenomen in boek 2.¹⁸ De huidige wettelijke grondslag, artikel 126j Sv, biedt niet voldoende en relevante procedurele waarborgen voor toepassing van de “Mr. Big-methode”. Zoals we zagen in de Posbank-zaak en de Kaatsheuvel-zaak wordt de uitoefening van ongeoorloofde mate van dwang niet gedekt door de grondslag. Het Gerechtshof had volgens de Hoge Raad beter moeten motiveren, waarom zij een ongeoorloofde mate van dwang mochten uitvoeren. In de memorie van toelichting (hierna: MvT) van de vaststellingswet van boek 2 wenst de wetgever een grondslag voor verruimd toepassingsbereik van het bevel tot infiltratie, voor de inzet van hardnekkige undercover operaties. Hier valt de “Mr. Big-methode” ook onder.¹⁹

Het nieuwe artikel voor bevel tot infiltratie bevat een nieuw vereiste. Het vereiste impliceert een machtiging van de R-C. Omdat elke situatie rondom de

toepassing van de “Mr. Big-methode” weer anders is, is het volgen van strikte vereisten niet gunstig. Wanneer er vereisten in het Wetboek van Strafvordering worden opgenomen, moet dit worden gevolgd, ook wanneer de situatie misschien een andere toepassing vergt. De machtiging van de R-C zou een oplossing kunnen bieden, indien de R-C voorwaarden stelt aan het afgeven van de machtiging.²⁰ Zo zou de R-C bijvoorbeeld alleen een machtiging kunnen geven met betrekking tot specifieke vragen. De voorwaarden kunnen verschillen per verdachte, feiten en omstandigheden. Hierdoor kan bij de machtiging de procedurele waarborgen beter in acht worden genomen.²¹

CONCLUSIE

In het streven naar rechtvaardigheid en het handhaven van fundamentele rechten, staat het rechtssysteem voor de uitdaging om een evenwicht te vinden tussen effectieve opsporing en respect voor de rechten van verdachten. De “Mr. Big-methode” is een controversiële techniek die het nemo-tenetur-beginsel lijkt te tarten door middel van misleiding en psychologische druk. De recente uitspraken in de Posbank- en Kaatsheuvel-zaken benadrukken de zorgen over de inzet van deze methode, waarbij de Hoge Raad aangeeft dat de verklaringsvrijheid van de verdachte mogelijk ontoelaatbaar is aangetast.

Met het oog op de toekomstige modernisering van het Wetboek van Strafvordering lijkt een heroverweging van de wettelijke grondslag en de invoering van strikte voorwaarden, gekoppeld aan de goedkeuring van een Rechter-Commissaris, noodzakelijk. Hierdoor kunnen procedurele waarborgen beter worden gewaarborgd en kan de “Mr. Big-methode” wellicht op een meer rechtmatige wijze worden toegepast, met respect voor het nemo-tenetur-beginsel en andere fundamentele rechten van verdachten. Het blijft echter van cruciaal belang

om een zorgvuldige afweging te maken tussen het vergaren van bewijs en het beschermen van individuele rechten in de voortdurende zoektocht naar een eerlijk en rechtvaardig strafproces. ■

- ¹ Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
- ² EHRM 25 februari 1993, nr. 82/1991/334/407, NJ 1993/485 G. Knigge (Funke t. Frankrijk),
- ³ HR 17 december 2019 ECLI:NL:HR:2019:1983 (Posbank)
- ⁴ Opsporingsmethode “MR Big” - Hoge Raad der Nederlanden, 2020
- ⁵ Klok 2018
- ⁶ Koppen & Horselenberg, Strafolblad 2018/2
- ⁷ Koppen & Horselenberg, Strafolblad 2018/2
- ⁸ Koppen & Horselenberg, Strafolblad 2018/2
- ⁹ Koppen & Horselenberg, Strafolblad 2018/2
- ¹⁰ Koppen & Horselenberg, Strafolblad 2018/2
- ¹¹ Wetboek van Strafvordering (1926)
- ¹² EHRM 27 november 2008, 36391/02, NJ 2009/214 (Salduz t. Turkije)
- ¹³ EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99, NJ 2004/262 (Allan v. Verenigd Koninkrijk)
- ¹⁴ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, NJ 2007/ 226 T.M. Schalken (Jalloh v. Duitsland)
- ¹⁵ EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02, RvdW 2009/1135, EHRC 2009/69 m.nt. F.P. Ölçer, NJ-CM-bulletin 2010/4 m.nt. J. van de Voort (Bykov v. Rusland)
- ¹⁶ HR 17 december 2019 ECLI:NL:HR:2019:1983 (Posbank) en HR 17 december 2019 ECLI:NL:HR:2019:1982 (Goedhart)
- ¹⁷ Concl. A-G J.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2019:648, bij HR 17 december 2019, NJB 2020/32
- ¹⁸ Kamerstukken: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Het opsporingsonderzoek
- ¹⁹ Kamerstukken: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Het opsporingsonderzoek
- ²⁰ Kamerstukken: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Het opsporingsonderzoek
- ²¹ Kamerstukken: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: Het opsporingsonderzoek