

ALIBI



Een tweestrijd: het opsporingsonderzoek versus fundamentele rechten

Privaatrecht

**HET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD IN
NEDERLAND: EEN OPLOSSING MET WEINIG TOEPASSING**

Internationaal publiekrecht

**HOE VERHOUDT ISRAËL ZICH TOT HET
INTERNATIONAAL RECHT IN DE GAZASTROOK?**



Lalaine Jansen

Hoofdredacteur

Beste lezer

Inmiddels is het alweer een jaar geleden dat ik mijn eerste voorwoord schreef voor ALIBI. Ik herinner me dat ik dat best spannend vond: waarover ga ik schrijven? Hoe spreek ik lezers het beste aan? En misschien nog het belangrijkste: heb ik geen spel- of grammaticafouten over het hoofd gezien? Volgens mij heb ik een paar uur over het schrijven van dat tamelijk korte voorwoord gedaan. Gelukkig gaat dat nu allemaal wat vlotter. Samen met mijn bestuursleden Ann-Charlotte en Elena kijk ik terug op een geslaagd jaar. Wij hopen dat onze lezers niet alleen een stukje wijzer zijn geworden, maar eveneens plezier hebben gehad bij het lezen van de afgelopen edities. In januari zullen wij het stokje overdragen aan een nieuw bestuur. Ik heb er alle vertrouwen in dat ALIBI in goede handen zal zijn.

Wie goed heeft opgelet bij het vak strafrecht kan zich vast nog wel de 'Mr-Big Methode' herinneren. Bij deze methode wordt een verdachte door agenten verleid zich aan te sluiten bij een fictieve criminele organisatie, waarna zij druk op hem uitoefenen tot het afgeven van een bekentenis. Omdat

de methode undercover geschiedt, heeft de verdachte vaak niet door dat hij meewerkt aan zijn eigen veroordeling. Lonneke Jonathans vraagt zich in haar artikel daarom af in hoeverre de 'Mr-Big Methode' in overeenstemming is met het nemo-tenetur beginsel: leidt toepassing van de methode tot een schending van artikel 6 EVRM?

Afgelopen zomer was het even goed balen voor VanMoof bezitters: de welbepaalde fietsenfabrikant werd namelijk failliet verklaard. Hoewel dit specifieke faillissement relatief veel aandacht kreeg in de media, omvat het slechts een klein deel van het jaarlijkse aantal faillissementen. In Nederland worden per jaar namelijk duizenden ondernemingen failliet verklaard. Wat hierbij opvalt is dat bij ongeveer een kwart hiervan sprake is van faillissementsfraude. Om dergelijke vormen van fraude aan te pakken werd in 2016 het civiele bestuursverbod geïmplementeerd. Echter, in de praktijk blijkt dat de curator zelden gebruikmaakt van deze bevoegdheid. Dalila Hadžikadunić vraagt zich in haar artikel af waaraan dit te wijten valt: waarom maakt de curator

zelden gebruik van zijn bevoegdheid tot het opleggen van een civiel bestuursverbod?

Hoewel spanningen tussen Israël en Palestina een langere geschiedenis kennen, escaleerden deze afgelopen jaar tot een actueel Israëlisch-Palestijns conflict. Het tragische conflict kan worden gekenmerkt door vele bombardementen, gijzelingen aan beide kanten en, tot zover, onsuccesvolle pogingen tot een vredesovereenkomst. Binnen het politieke domein zijn de meningen over het conflict zeer gefragmenteerd; kan het internationaal publiekrecht hier wellicht meer duidelijkheid bieden door concrete rechten en verplichtingen op te leggen? Isaiah Patterson maakt in zijn artikel een analyse van het Israëlisch-Palestijns conflict vanuit verschillende noties van het internationaal publiekrecht: In hoeverre is bijvoorbeeld het zelfverdedigingsrecht van Israël nog gerechtvaardigd?

Je leest het allemaal in deze editie. Namens het bestuur en de redactie veel leesplezier!

Colofon

ALIBI is het tijdschrift van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam en wordt uitgebracht door en voor studenten. Vier keer per jaar doet onze vaste redactie haar best om studenten te voorzien van interessante artikelen betreffende diverse rechtsgebieden.

Wil je schrijven voor ALIBI?

Mail dan naar: voorzitter@alibionline.nl
Redactie ALIBI
Nieuwe Achtergracht 166,
Kamer A0.55C
1018 WV Amsterdam
www.alibionline.nl
voorzitter@alibionline.nl

Voorzitter Ann-Charlotte Oei

Hoofdredacteur Lalaine Jansen

Penningmeester Elena Faber

Redactie Tijmen Dietvorst, Lonneke

Jonathans, Destiny Ebinum, Isaiah Patterson,

Jens Vreugdenhil, Dalila Hadžikadunić

Vormgeving & illustraties Fier Media

INHOUDSOPGAVE

ALIBI MAGAZINE 4

02 VOORWOORD

04 ARTIKEL
HET CIVIELRECHTELIJK
BESTUURSVERBOD IN
NEDERLAND: EEN
OPLOSSING MET
WEINIG TOEPASSING



08 ARTIKEL
HOE VERHOUDT
ISRAËL ZICH TOT HET
INTERNATIONAAL RECHT IN
DE GAZASTROOK?



12 ARTIKEL
EEN TWEESTRIJD: HET
OPSPORINGSONDERZOEK
VERSUS FUNDAMENTELE
RECHTEN





HET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD IN NEDERLAND: EEN OPLOSSING MET WEINIG TOEPASSING

IN 2022 ZIJN ER IN NEDERLAND 2.144 BEDRIJVEN EN INSTELLINGEN FAILLIET VERKLAARD.¹ VOLGENS HET OPENBAAR MINISTERIE IS, NAAR SCHATTING, BIJ EEN KWART VAN DEZE GEVALLEN SPRAKE VAN EEN VORM VAN FAILLISSEMENTS-FRAUDE.² DIT IS PROBLEMATISCH OMDAT FAILLISSEMENTS-FRAUDE NIET ALLEEN ZORGT VOOR VEEL DIRECTE SCHADE VOOR DE CREDITEUREN VAN FAILLIETE ONDERNEMINGEN, MAAR EVENEENS SCHADE TOEBRENGT AAN DE ALGHELE STAAT VAN INTEGRITEIT EN TRANSPARANTIE IN HET NEDERLANDSE BEDRIJFSLEVEN.

DOOR DALILA HADŽIKADUNIĆ

De wetgever probeert om deze reddenen faillissementsfraude, zowel civiel- als strafrechtelijk, te voorkomen en op te sporen. Zo wordt er bijvoorbeeld onderzoek naar faillissementsfraude gedaan door de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst, maar ook het Openbaar Ministerie. Dergelijk onderzoek wordt vaker gestart nadat er melding wordt gedaan door de curator, die belast is met het controleren van financiële transacties op fraude. De curator speelt op deze wijze een belangrijke rol binnen het opsporen en aanpakken van faillissementsfraude. Om het proces voor de curator te vergemakkelijken en zijn positie te versterken heeft de wetgever in 2016 een nieuwe wet ingevoerd; de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Het toekennen van de bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen zou een oplossing moeten bieden voor het optreden tegen malafide bestuurders.. Bestuurders die schuldig zijn bevonden aan frauduleus gedrag kunnen zo tijdelijk worden geweerd uit het bedrijfsleven. In theorie lijkt dit een adequate oplossing om recidive te voorkomen. Echter, uit een rapport van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (hierna: WODC) blijkt dat in praktijk er veel minder gebruik wordt gemaakt van deze maatregel dan verwacht. Wat maakt dat de curator geen gebruik maakt van deze extra bevoegdheid? In dit artikel zal er allereerst worden ingegaan op wat faillissementsfraude inhoudt. Vervolgens zal de juridische grondslag van het civielrechtelijke bestuursverbod uiteen worden gezet. Daarna zullen de problemen die zich voordoen met de implementatie en toepassing van deze maatregel worden toegelicht. Er zal worden afgesloten met een korte analyse over de mogelijke oplossingen.

FRAUDE BIJ FAILLISEMENT

Er gaan elk jaar in Nederland hon-

Door meer financiële ruimte te bieden kunnen beide belangen behartigd worden

derden bedrijven failliet. In de meeste gevallen ligt de oorzaak bij het langdurig verkeren in financiële problemen. Echter, in sommige situaties is er sprake van het opzettelijk failliet laten gaan van een onderneming. In die gevallen spreekt men van faillissementsfraude. Faillissementsfraude kan voor of tijdens het failliet gaan van een onderneming plaatsvinden. Hierdoor zijn er dan ook vele verschillende soorten manieren waarop faillissementsfraude kan worden gepleegd. Een vorm is bijvoorbeeld het onttrekken van de activa van de onderneming die eigenlijk normaliter in de boedel zouden vallen. Dit kunnen waardevolle goederen, auto's of machines zijn, maar ook het verplaatsen van het vermogen van de onderneming naar privérekeningen behoort hierbij. Een andere vorm van faillissementsfraude is het niet gelijk behandelen van schuldeisers. Dit kan bijvoorbeeld door bepaalde schuldeisers nog vlak voor faillissement uit te betalen en andere niet. Verder is het niet voldoen aan de wettelijke administratieplicht of inlichtingenplicht ook aan te merken als faillissementsfraude. Dit is het geval als het bestuur van de onderneming de boekhouding niet correct volgens voorschriften heeft bijgehouden.³

HET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD

Het civielrechtelijke bestuursverbod is een juridische maatregel waardoor malafide bestuurders de mogelijkheid wordt ontnomen om een bestuursfunctie binnen een onderneming uit te oefenen. Zo kunnen bestuurders

die faillissementsfraude hebben gepleegd tijdelijk geweerd worden uit de Nederlandse bedrijfswereld. Dit voorkomt herhaling van het strafbare feit door dezelfde actoren op korte termijn. Het civielrechtelijk bestuursverbod is toegevoegd aan de Faillissementswet in art. 106a tot en met art.106e Fw. De maatregel wordt opgelegd door de rechtbank op verzoek van de curator of het Openbaar Ministerie. Het verbod kan dan voor maximaal 5 jaar worden opgelegd. Hierbij strekt het verbod zich ook over het uitoefenen van de functie van commissaris door de bestuurder in een andere onderneming. De maatregel richt zich in beginsel tot geregistreerde bestuurders, maar is niet beperkt tot deze. Een bestuursverbod is namelijk ook op te leggen aan zogenoemde feitelijke bestuurders.⁴ Dit is degene die niet door de statuten aangemerkt is als bestuurder, maar wel dusdanige invloed uitoefent op de rechtspersoon dat hij kan worden aangemerkt 'als ware hij beleidsbepaler', bijvoorbeeld indien alle aandelen



BIO

Dalila Hadžikadunić

Bachelorstudent Rechtsgeleerdheid
aan de Universiteit van Amsterdam



in de handen van een partij of persoon zijn.⁵ Deze is dan feitelijk bestuurder.

Het bestuursverbod kan voorts worden opgelegd aan oud-bestuurders van de gefailleerde rechtspersoon. In dit geval moet de oud-bestuurder wel verantwoordelijk zijn voor het beleid dat in de afgelopen 3 jaar heeft geleid tot het faillissement. Er dient dan sprake te zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. Ten slotte wordt er voor een civielrechtelijk bestuursverbod geen onderscheid gemaakt tussen of de bestuurder een rechtspersoon of dan wel een natuurlijke persoon is.⁶

MEERLEDIGE OORZAAK

Een van de hoofddoelen van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod was om de curator, als actor in het optreden

tegen frauduleuze bestuurders, een centrale en versterkte positie te geven door een extra bevoegdheid toe te kennen. Echter, zoals eerder benoemd, wordt van deze bevoegdheid door curatoren minder gebruikgemaakt dan verwacht. Sinds de invoering van 2016 is het civielrechtelijke bestuursverbod slechts een tiental keer gevorderd bij de rechtbank.⁷ Dit is vooral erg opmerkelijk, gelet op het feit dat er sinds 2017 door de komst van de Wet versterking positie curator, er een zwaardere plicht rust op de curator om in elk faillissement onderzoek te doen naar mogelijke tekens van fraude.⁸ Het WODC heeft daarom het functioneren van de Wet Civielrechtelijk bestuursverbod in combinatie met de Wet versterking positie curator recent in kaart gebracht in een rapport. Daaruit

blijkt dat de oorzaak voor de geringe toepassing meerledig is.

Uit het rapport volgt dat de belangrijkste belemmering voor curatoren de kosten zijn, die het onderzoek naar fraude en de procedure voor een civielrechtelijk bestuursverbod met zich meebrengen. De procedure die een curator bij een faillissement aangaat is op zichzelf vaak al lang en brengt, los van de eventuele verzoekprocedure, veel kosten met zich mee. Het onderzoek naar fraude door de curator wordt, net zoals zijn gebruikelijke loon, betaald uit de boedel. Dit geldt ook voor alle overige kosten die komen kijken bij een procedure tot oplegging van een bestuursverbod. In het geval waarbij de boedel leeg of zeker onvoldoende is om te voorzien in de vorderingen, zoals vaak is bij frauduleuze faillissementen, vormt dit een drempel voor het vorderen van een bestuursverbod door de curator. Het onderzoek van de curator blijft dan in de praktijk beperkt wegens simpelweg een gebrek aan financiële middelen. De curator streeft immers naar een maximale opbrengst van de boedel. Voorts is een ander belangrijk knelpunt dat hier op aansluit de verhouding tussen de kerntaak van de curator en de taak tot fraudebestrijding. De hoofdtaak van de curator is immers om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen door te zorgen voor een zo hoog mogelijke boedelopbrengst, met de hoop om zoveel mogelijk vorderingen te (gedeeltelijk) te voldoen. Dit is moeilijk verenigbaar met het algemene belang van optreden tegen fraude.⁹ Het belang van fraudebestrijding lijkt hier totaal te botsen met het belang van de schuldeisers. De kosten van het proces waarin een bestuursverbod wordt gevorderd gaan immers ten koste en voor het risico van de inkomsten van de boedel. Het procederen voor een bestuursverbod is daarom nadelig voor de individuele

schuldeisers. Er gaat een gedeelte van de opbrengst van de boedel verloren wat eigenlijk, in het geval dat de procedure niet zou worden gevoerd, aan de crediteuren zou worden uitgekeerd. Sommige (maar toch een minderheid) curatoren binnen het WODC onderzoek geven dan ook aan dat ze fraudebestrijding niet beschouwen als iets wat thuis hoort in hun takenpakket. Ze vinden dat de primaire focus moet blijven op het beschermen van de belangen van de schuldeisers. Het merendeel geeft echter aan het gevoel te hebben dat het tegengaan van fraude wel binnen hun takenpakket thuishoort. Toch komt ook voor deze groep curatoren fraudebestrijding als een subsidiaire taak ná het handelen in het belang van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers. De curator heeft dus niet alleen te weinig financiële middelen om goed gebruik te maken van de bevoegdheid, maar ook tegenstrijdige belangen waar hij rekening mee dient te houden.

MOGELIJKE OPLOSSINGEN

De oplossing voor het ontbreken van financiële middelen om onderzoek te doen, ligt dan ook in het beschikbaar stellen van aparte financiering aan curatoren voor onderzoek naar fraude bij faillissement. Hierdoor zal de curator meer vrijheid hebben om grondiger onderzoek te doen en een procedure tot een bestuursverbod te voeren indien de feiten daar aanleiding voor geven. Dan zal de curator ook niet in tweestrijd zitten met het algemene belang van fraudebestrijding en het individuele belang van de gezamenlijke schuldeisers. Door meer financiële ruimte te bieden kunnen beide belangen behartigd worden, omdat fraudebestrijding dan niet zo zwaar ten koste van de boedel gaat. Er wordt hiermee voorkomen dat de curator in de knoop komt met het naar behoren uitoefenen van zijn overige taken.¹⁰

Alternatief zou de rol van het Openbaar Ministerie kunnen worden uitgebreid. Deze heeft nu, ondanks het beschikken over dezelfde bevoegdheid, een kleinere rol. De curator wordt namelijk geacht meer op de hoogte te zijn over de staat van een failliete onderneming door het uitoefenen van zijn taak. Een argument tegen de uitbreiding van de rol van het OM is dat het weliswaar minder betrokken en bekend is met de feiten dan de curator. Samenwerking zal altijd nodig zijn. De curator heeft in zijn hoedanigheid beschikking tot meer informatie en inzicht in de financiële situatie van een onderneming na faillissement. Als het zwaartepunt van het verdedigen van het algemeen belang ligt bij het OM, zou men ook kunnen komen tot een andere oplossing zoals bijvoorbeeld het oprichten van een afdeling die zich enkel met het civielrechtelijke bestuursverboden bezighoudt. Hierbij zou het algemene belang niet ten koste hoeven te gaan van de schuldeiser.¹¹

IN CONCLUSIE

Kortom, het civielrechtelijk bestuursverbod is een juridische maatregel die de curator en het Openbaar Ministerie de mogelijkheid geeft een vordering in te stellen bij de rechtbank om een malafide bestuurder uit bestuursfuncties te weren voor een maximale periode van 5 jaar. Het bestuursverbod dient een oplossing te vormen om de voortzetting van frauduleuze activiteiten door actoren tegen te gaan. Echter, in de praktijk blijkt dat aan deze maatregel veel minder toepassing wordt gegeven dan nodig en verwacht. Dit heeft een meerledige oorzaak. Volgens het WODC is het structureel ontbreken van financiering het voornaamste probleem in de toepassing. Verder is een knelpunt de verhouding tussen de verhouding van de hoofdtaak van de curator (het behartigen van de belangen van de schuldeisers) en zijn taak in het

bestrijden van fraude. Een oplossing ligt in het beschikbaar maken van financiering zodat fraudebestrijding niet ten koste gaat van de boedel. Voorts kan er eventueel een oplossing worden gevonden in het toekennen van een grotere rol bij fraudebestrijding aan het Openbaar Ministerie. Zij is immers de nationale behartiger van het algemeen belang. Al met al is het civielrechtelijke bestuursverbod dan wel in werking gesteld, maar behaald het nog niet de resultaten die zijn beoogd. Er dient te worden nagedacht over hoe de toepassing van het civielrechtelijk bestuursverbod kan worden bevorderd om zo effectief, evenwichtig en concreet mogelijk kan worden ingezet. ■

¹ CBS, 'Ook in 2022 een historisch laag aantal faillissementen' 2023

² OM, 'Faillissementsfraude', 2023 <https://www.om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude>

³ FIOD, 'Faillissementsfraude', 2021 <https://www.fiod.nl/opsporingsthemas/faillissementsfraude/>

⁴ Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990, aant. 1.20.12

⁵ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-III 2019/19

⁶ Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990, aant. 1.20.12

⁷ G. Homburg e.a., Evaluatie Wet versterking positie curator en Wet civielrechtelijk bestuursverbod (WODC Rapport 3222), Regioplan Beleidsonderzoek WODC 2023

⁸ G. Homburg e.a., Evaluatie Wet versterking positie curator en Wet civielrechtelijk bestuursverbod (WODC Rapport 3222), Regioplan Beleidsonderzoek WODC 2023

⁹ Mr. F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen' OR 2015/30, afl. 5, par. 3

¹⁰ G. Homburg e.a. 2023

¹¹ Mr. F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen' OR 2015/30, afl. 5, par. 3



HOE VERHOUDT ISRAËL ZICH TOT HET INTERNATIONAAL RECHT IN DE GAZASTROOK?

DE AFGELOPEN PAAR WEKEN HEEFT ZICH VEEL VOORGEDAAN IN DE GAZASTROOK. ISRAËL HEEFT ALS REACTIE OP DE AANSLAG OP ONSCHULDIGE ISRAELISCHE BURGERS EN DE OPVOLGENDE GIJZELINGEN DE OORLOG VERKLAARD AAN HAMAS. HET CONFLICT ZIET BINNEN DE GAZASTROOK DUIZENDEN LUCHTBOMBARDEMENTEN UITGEVOERD DOOR ISRAËL, TIENDUIZENDEN PALESTIJNSE SLACHTOFFERS EN EEN HUMANITAIRE CRISIS DIE ZICH ONDER ANDERE UIT IN EEN SCALA AAN ERBARMELIJKE LEEFOMSTANDIGHEDEN ZOALS SLECHTE, OF HELEMAAL GEEN TOEGANG TOT ZORG. HET CONFLICT IS CONTROVERSIEEL EN LIGT GEVOELIG BINNEN DE INTERNATIONALE GEMEENSCHAP. HET CONFLICT IS DE AFGELOPEN WEKEN VEEL IN HET NIEUWS, BIJNA DAGELIJKS ZIJN ER BEELDEN TE ZIEN VAN VERWOESTE GEBOUWEN EN VOORNAMELIJK VEEL BURGERSLACHTOFFERS. DE VRAAG DIE MENIG MENS ZICH STELT: HOE VERHOUDEN DE HANDELINGEN VAN ISRAËL BINNEN HET PALESTIJNEN-ISRAEL CONFLICT ZICH TEGENOVER HET INTERNATIONAAL PUBLIEKRECHT?

DOOR ISAAH PATTERSON

DE TERREUR VAN 07 OKTOBER

7 oktober – 13 oktober

**TOEPASBAARHEID
INTERNATIONAAL RECHT:**

Voor Israël is de toepasbaarheid van het internationaal gemakkelijk te bepalen, er is één erkende overheid en de staat dient zich te houden aan de geratificeerde verdragen en het gewoonterecht. Voor Hamas ligt dit gecompliceerder en bestaat er weinig consensus over de toepasbaarheid.

Wereldwijd wordt de Palestijnse Autoriteit (PLO) erkend als de rechtmatige vertegenwoordigers van het Palestijnse volk.¹ In het internationaal recht is geen consensus over de rechtssubjectiviteit en plichten die gelden voor de facto regimes zoals Hamas. Toch vallen bepaalde gedragingen van Hamas toe te rekenen op grond van verdragen waar Palestina onderdeel van is. Voor het internationaal humanitair recht, dat de regels tijdens een conflict regelt, geldt dat zij voornamelijk voortvloeien uit het gewoonterecht. In het internationaal recht en internationale betrekkingen is breed geaccepteerd dat de facto regimes zoals Hamas zich aan deze regels dienen te houden.² Hierbij kan worden gedacht aan de regels uit conventies en aanvullende protocollen van Genève. Verder hebben andere verdragen die zien op de bescherming van mensenrechten enige doorwerking voor Hamas. Zo heeft de VN-veiligheidsraad, VN-Mensenrechtencommissie, het EHRM³, en interamerikaanse commissie voor mensenrecht met meerdere resoluties en veroordelingen van de facto regimes laten blijken dat de facto regimes niet uitgesloten zijn van het schenden en beschermen van mensenrechten.⁴ Tot slot het Internationaal strafrecht, omdat Palestina is aangesloten bij het statuut van Rome en het internationaal strafrecht ziet op de vervolging van individuen en organisaties die geen staten zijn voor oorlogsmisdaden zijn de bepalingen toepasbaar op grond van verdragen en het gewoonterecht.⁵

VERBOD OP GEWELD

De wereld werd op 07 oktober opgeschrikt door het geweld van terreuror-

ganisatie Hamas.⁶ Hamas heeft meer dan 500 raketten afgevuurd op Israël. Ruim 1400 Israëli's zijn overleden en meer dan 200 mensen zijn gegijzeld door terroristen.⁷

Het gebruik van geweld om doelen na te streven in internationale betrekkingen is verboden via het 'gewoonterecht' maar moet in samenhang worden gezien met het verbod op gebruik van geweld zoals neergelegd in artikel 2 lid 4 VN-Handvest.⁸ In de rechtspraak is breed aanvaard dat een ieder zich dient te houden aan dwingend volkenrecht, deze normen zijn eveneens van toepassing op groeperingen zoals Hamas die de feitelijke macht en gezag uitoefenen in Gaza.⁹

Hamas heeft gewelddadige middelen gebruikt, waaronder het afvuren van honderden raketten en een fysieke grondaanval met automatische wapens tegen Israëlische burgers op Israëliësch grondgebied. Dit leidt tot een schending van het geweldverbod. Daarnaast is het houden van burgers als gijzelaars in strijd met de Geneefse protocollen die gelden tijdens conflict.¹⁰

HET RECHT OP ZELFVERDEDIGING

Door de aanslag heeft Israël op grond van het gewoonterecht en artikel 51 VN handvest het recht om zichzelf te verdedigen. Er moet wel voldaan zijn aan een aantal strikte voorwaarden: niet elke gewapende aanval zorgt ervoor dat een staat het recht heeft op zelfverdediging. Het moet gaan om een zeer ernstige en zware aanval gericht tegen personen of goederen op het grondgebied.¹¹ Het IGH heeft in *Nicaragua v. United States of America* invulling gegeven aan de vraag wanneer sprake is van een gewapende aanval, het moet gaan om "the most grave forms of the use of force."

Is het recht op zelfverdediging zoals vastgelegd in artikel 51 onbepert?¹² Dit zal ontkennend moeten worden beantwoord. Er zijn twee essentiële voorwaarden waarmee een staat rekening moet houden wanneer zij overgaat tot het gebruik van geweld: proportionaliteit en noodzakelijkheid. Deze twee voorwaarden zijn niet terug te vinden in de letterlijke wettekst maar hebben

hun werking via het gewoonterecht.

Het eerste vereiste betreft de proportionaliteit. Dit houdt in dat de reactie in verhouding moet staan tot de initiële aanval. Met andere woorden, de "tegenaanval" moet proportioneel zijn aan de aard en omvang van de oorspronkelijke aanval.¹³ Bijvoorbeeld, het zou in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel als een klein grensgebied met weinig bebouwing wordt gebombardeerd en daaropvolgend een tegenactie wordt ondernomen die resulteert in de volledige vernietiging van een historische binnenstad. De bedoeling van de proportionaliteitstoets is om gelijkwaardige reacties te reguleren. In het genoemde voorbeeld is de schade van de historische binnenstad veel groter en een onomkeerbaar verlies voor de stad en het land, terwijl een grensgebied waar bijna niets staat weinig tot geen schade toebrengt. Indien wordt vastgesteld dat niet wordt voldaan aan proportionaliteit, dan kan een beroep op zelfverdediging niet opgaan.

Het tweede vereiste betreft de noodzakelijkheid. Om een gewapende aanval te beantwoorden met geweld moet er voor een staat geen andere mogelijkheid zijn om het conflict op te lossen door middel van mediation, diplomatie of arbitrage. Verder kan tijdsverloop van belang zijn. Indien een staat pas maanden later een tegenaanval uitvoert, is het onwaarschijnlijker dat er sprake is van noodzakelijkheid. Hiermee heeft het beroep dan minder kans van slagen.¹⁴ Tot slot kan het voor een staat noodzakelijk zijn om anticiperend op te treden. In het gewoonterecht is aanvaard dat een staat het recht op

**BIO****Isaiah Patterson**Bachelorstudent Rechtsgeleerdheid
aan de Universiteit van Amsterdam

zelfverdediging heeft bij een dreiging van geweld. Dit is mogelijk indien er een directe acute dreiging is, die dusdanig overweldigend is dat er geen tijd is om een strategie of de zelfverdedigingsmiddel te besluiten om de aanval te voorkomen.¹⁵

BOMBARDEMENTEN

Israël maakt gebruik van het recht op zelfverdediging en zij is begonnen met luchtaanvallen op de Gaza strip.

Tijdens het conflict en de luchtaanvallen zijn er internationale verdragen waar zowel Israël als Hamas zich aan dienen te houden. Het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Hierna: IVBPR) is hier een goed voorbeeld van.¹⁶ Zoals de naam weggeeft zijn hier de rechten van burgers vastgelegd. In dit geval beschermen zij voornamelijk de rechten van de Palestijnen in Gaza, denk hierbij aan fundamentele rechten en vrijheden die bescherming bieden tegen oorlogsmisdaden en groepen met macht. Tijdens de eerste dagen na 07 oktober heeft Israël veelvuldig luchtaanvallen en bombardementen uitgevoerd op Hamas doelwitten. Omdat Gaza een van de dichtstbevolkte gebieden ter wereld is, is het uitvoeren van zulke luchtbombardementen zonder onschuldige burgers te raken complex.

Het is niet toegestaan om civiele doelwitten aan te vallen, het is slechts toegestaan om militaire doelwitten aan te vallen die wegens hun aard, locatie of gebruik daadwerkelijk worden gebruikt om militaire doeleinden te bevorderen.¹⁷ Gezien de geringe omvang van Gaza, die vergelijkbaar is met die van het Nederlandse eiland Texel, en de aanwezigheid van ongeveer 2 miljoen burgers, is het buitengewoon uitdaging om uitsluitend militaire doelwitten van Hamas te treffen. Bovendien wordt deze situatie verder bemoeilijkt doordat soldaten, raketten en andere militaire benodigdheden worden verspreid via een uitgebreid ondergronds netwerk dat zich tientallen tot honderden kilometers uitstrekt.¹⁸

Tunnels in Gaza bevinden zich onder ziekenhuizen, scholen en andere open-

bare locaties die voornamelijk worden gebruikt door onschuldige burgers.¹⁹ In de afgelopen weken zijn veel openbare instellingen het doelwit geweest van luchtbombardementen, hierbij komt het beginsel van proportionaliteit terug.²⁰

Israël beweert dat Hamas deze openbare plaatsen gebruikt als schuilplaatsen voor hun militaire activiteiten en voor de voorbereiding van aanvallen.²¹ Dit uitgangspunt zou in dat geval (volgens Israël) de luchtaanvallen rechtvaardigen. Militaire doelen mogen alleen worden aangevallen als er aanzienlijk gevaar bestaat voor verlies van mensenlevens onder de burgerbevolking, schade aan burgerlijke objecten, of een combinatie van beide.²² In de eerste dagen van het conflict heeft Israël tientallen flatgebouwen, scholen en bedrijven gebombardeerd. Uit een Amerikaans onderzoek blijkt dat 40 tot 45 procent van de bommen ongeleide projectielen waren.²³ Kenmerkend voor Gaza is dat de helft van alle inwoners kinderen zijn, hierdoor wordt de proportionaliteitstoets gecompliceerd met het oog op het beschermen van mensenlevens.²⁴

BLOKKADE VAN ESSENTIËLE BENODIGDHEDEN

Verder heeft Israël andere methodes toegepast om Hamas onder druk te zetten, zoals het afsluiten van Gaza. Zo werd er geen water, brandstof, elektriciteit en medicijnen tot de strook toegelaten. Om een beeld te schetsen over de toevoer van deze goederen: in een normale situatie komen er ongeveer 100 vrachtwagens per dag binnen, van 7 tot 27 oktober inclusief weken van volledige blokkade waren dit er in totaal 74.²⁵ Het humanitair recht heeft hier bindende en specifieke regels voor die overschreden zijn. Belangrijke beginselen waar deze regels op zien zijn onderscheid tussen burgers en combattanten en de beperking van onnodig leed.²⁶ Israël versterkt het leed dat is aangedaan door de blokkade en het gaat onnodig leed niet uit de weg door basisvoorzieningen zoals water, voedsel en medicijnen voor humanitaire doeleinden te blokkeren, tevens is het gebruik van honger een oorlogs-

misdad. ²⁷ Daarbij is de blokkade ook van toepassing op de normale burgers; er kan daarom niet worden gesteld dat Israël onderscheid maakt tussen combattanten en non-combattanten.²⁸ Zo raken ziekenhuizen zonder voorraad en dit heeft vergaande gevolgen voor de gewonden en baby's in couveuses, dit is in strijd met het geldende recht, het verbod op wreedheid en bescherming van het recht op leven.²⁹

VERVOLG

18 oktober – 27 oktober

EVACUATIE

Op 13 oktober heeft Israël ruim 1 miljoen mensen verzocht om het noordelijke gedeelte te evacueren, zij zijn nu ontvreemd van hun huis en er bestaat een grote kans dat zij nooit meer terug kunnen naar hun normale leven.³⁰ Tussen 18 oktober en 27 oktober heeft Israël ook de communicatie in de hele Gazastrook afgesloten om de coördinatie van de terreurgroep Hamas te bemoeilijken.

Het is niet toegestaan om collectief te straffen.³¹ Zo is het volgens het Verdrag van Genève niet toegestaan om een persoon te straffen voor een daad die zij zelf niet heeft begaan.³² Dergelijke evacuatie maatregelen staan op gespannen voet met essentiële beginselen van het internationaal humanitair recht. Het opleggen van grootschalige evacuaties binnen een korte termijn van enkele dagen maakt het voor burgers, evenals voor ziekenhuizen, onpraktisch om zich adequaat voor te bereiden op de gevaarlijke reis door een gebombardeerde infrastructuur naar het zuiden van Gaza. Zelfs indien zij erin slagen op zo'n grote schaal te evacueren, worden onschuldige burgers gedwongen om op straat te slapen, zich te verplaatsen door een oorlogsgebied, voornamelijk te voet als gevolg van brandstoftekorten, en dit in een reeds dichtbevolkt gebied. Deze situatie is in strijd met verscheidene normen ter bescherming van fundamentele mensenrechten uit de Geneefse verdragen, het VN handvest en het IVBPR. Deze normen en schending daarvan worden actief benadrukt door internationale organisaties, waaronder de Verenigde

Naties en mensenrechtencomité en onderschreven door onafhankelijke organisaties zoals Amnesty International.³³

HEDEN

28 oktober – heden

GRONDOFFENSIEF

Tot slot de meest recente bombardementen op het vluchtelingenkamp in Jabalia. Tijdens een Israëlisch lucht-bombardement op 28 oktober is een vluchtelingenkamp getroffen waar 116.000 burgers op een gebied van 1.4 vierkante kilometer wonen. Op het moment van schrijven zijn er tenminste 50 mensen gedood en ruim 400 gewonden in het kamp.³⁴ Bij het bombarderen van een dichtbevolkt vluchtelingenkamp, zelfs als dit met militaire intelligentie is, is het nagenoeg onmogelijk om onderscheid te maken tussen burgers en combattanten. Sinds begin november is er een groot offensief gaande in de gazastrook waarbij het is-

raelisch leger Gazaanse burgers steeds verder naar het zuiden, richting de grens met Egypte duwt. Op het moment van schrijven is het grondoffensief nog vol gaande en is er weinig informatie beschikbaar over de actuele situatie. Tijdens het grondoffensief geldt het internationaal humanitair recht en dient de Israëlische zich te houden aan de beginselen van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Er zijn meer dan 1.3 miljoen mensen ontheemd van hun huis, en zij bevinden zich dicht op elkaar in een extreem klein gebied. Er zijn bronnen van kapot gemaakte huizen en tuinen door Israëlische soldaten en er is vooralsnog bijna geen medische hulp of schoon water in het gebied beschikbaar.³⁵

TOEKOMST

Het conflict in de Gazastrook heeft vele mensenlevens gekost en vormt een donkere bladzijde voor allen. Sinds het begin van de oorlog zijn er 20.000 mensen overleden waarvan een groot

gedeelte onschuldige burgers, vrouwen en kinderen waren.

Op dit moment wordt gesproken over mogelijke genocide door Israël, wat de mogelijkheid opent voor een grondig onderzoek door het Internationaal Strafhof, dat belast is met het onderzoek en vervolging van oorlogsmisdaden. Bovendien zouden er versterkte aansprakelijkheid mogelijkheden kunnen zijn vanwege ernstige schendingen en mogelijke oorlogsmisdaden begaan door Israël. Hierbij is een actieve rol weggelegd voor de internationale gemeenschap. Het is aan de internationale gemeenschap om Israël op te roepen om het Internationaal Humanitair Recht te respecteren. Gezien het Internationaal publiekrecht een gecompliceerde plek heeft binnen de rechtsorde is het moeilijk om naleving van de normen af te dwingen. Het is nu aan Israël en de internationale gemeenschap om de schendingen te stoppen en vrede te bevorderen. ■

¹ VN-Resolutie 3236.

² Genugten, NJB 2010/12. & Merkourios 2012, Volume 28/Issue 74.

³ Europees Hof voor de Rechten van de Mens

⁴ UN Doc. A/AC.134/SR.58 (1970); A/C.6/SR.1206 (1970). Zegveld, 2002. Ahmed VS Austria, 25964/94 1997.

⁵ M Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law (Transnational 2003) 68. 'The responsibility of non-state actors is not a new category of subjects in ICL, because international criminal responsibility is individual'.

⁶ Hamas is een Palestijnse politieke en militante organisatie met drie belangrijke componenten: een politieke tak voor het bestuur, een militaire tak die door velen als terroristische organisatie wordt gezien, en een sociale tak voor onderwijs, zorg en cultuur.

⁷ Op het moment van schrijven.

⁸ De soevereiniteit is een complex concept. Echter, in het kader van dit artikel zal voor het gemak worden gesproken van conflicten tussen staten. Gewoonterecht verwijst naar een set van ongeschreven bindende regels en normen die ontstaan zijn door herhaalde en consistente praktijken in de loop van de tijd.

⁹ Zie ook Genugten, NJB 2010/12.

¹⁰ Vierde protocol van Genève: Art. 34, 147. Zie verder statuut ICC.

¹¹ Het Internationaal Gerechtshof is het belangrijkste gerechtelijke orgaan van de Verenigde Naties.

¹² Artikel 51 VN-Handvest.

¹³ The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality, p. 178

¹⁴ ICJ, military and paramilitary activities in and against Nicaragua. (Nicaragua vs. United States of America)

¹⁵ De zogenoemde Caroline-Criteria vormen een onderdeel van het dwingend volkenrecht. De criteria voor zelfverdediging bij een dreiging zijn: 'Necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment of deliberation.

¹⁶ Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, New York.

¹⁷ Artikel 52 IVBPR

¹⁸ <https://nos.nl/nieuwsuur/video/2496033-de-tunnels-van-hamas>

¹⁹ <https://www.nytimes.com/interactive/2023/11/10/world/europe/hamas-gaza-tunnels.html>

²⁰ <https://modern diplomacy.eu/2023/12/03/gazas-main-public-library-and-dozens-of-hospitals-destroyed-in-israeli-bombing/>

²¹ <https://www.idf.il/en/mini-sites/hamas-israel-war-24/all-articles/hamas-positions-headquarters-under-gaza-s-shifa-hospital/>

²² Artikel 57 lid 2 protocol 1.

²³ <https://abcnews.go.com/International/timeline-surprise-rocket-attack-hamas-israel/story?id=103816006>, <https://edition.cnn.com/2023/12/13/politics/intelligence-assessment-dumb-bombs-israel-gaza/index.html>

²⁴ <https://www.npr.org/2023/10/19/1206479861/israel-gaza-hamas-children-population-war-palestinians#:~:tex->

[t=The%20current%20war%20in%20Gaza,47.3%25\)%20are%20under%2018.](t=The%20current%20war%20in%20Gaza,47.3%25)%20are%20under%2018.)

²⁵ <https://nos.nl/liveblog/2495527-gevechten-in-gaza-maar-het-lijkt-nog-niet-het-verwachte-grondoffensief-internet-plaats-in-gaza>

²⁶ Eerste en tweede protocol Geneefse conventie. Voor het beginsel van onderscheid geldt: Eerste protocol Art. 48 jo. 50 jo. 51. jo 52. Voor het beginsel ter voorkoming van onnodig leed geldt Eerste protocol art. 35 jo 36.

²⁷ Artikel 54 Eerste Protocol Geneefse Conventie

²⁸ Idem dito 26.

²⁹ Art. 6 jo. art. 7 IVBPR.

³⁰ https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-16?_gl=1*13qcs8t*_ga*MTM-1MjYxMTQ5My4xNjk5MDQ3OTM0*_ga_E60ZNX2F68*MTY50-TA0NzkzMy4xLjAuMTY50TA0NzkzMy42MCAwLjA

³¹ Deze bepaling volgt uit het gewoonterecht en o.a. Artikel 33 vierde verdrag van Genève (1949).

³² Artikel 33 vierde verdrag van Genève (1949).

³³ <https://news.un.org/en/story/2023/10/1142282>

³⁴ <https://nos.nl/collectie/13959/artikel/2496132-veel-doden-bij-luchtaanval-op-vluchtelingenkamp-gaza-volgens-israel-hamas-schuilplaats>

³⁵ <https://www.hrw.org/news/2023/12/18/israel-starvation-used-weapon-war-gaza>

³⁶ <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-67764664>

³⁷ Art. 40 jo 41 ILC.

³⁸ Art. 48 ILC



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-BEGINSSEL.¹ DIT BEGINSSEL VORMT DE BASIS VAN EERLIJKE STRAFPROCESSEN. ZO BESCHERMT HET DE VERDACHTE TEGEN ZELFINGCRIMINATIE 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 contro-versiële 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, Strafol 2018/2
- ⁷ Koppen & Horselenberg, Strafol 2018/2
- ⁸ Koppen & Horselenberg, Strafol 2018/2
- ⁹ Koppen & Horselenberg, Strafol 2018/2
- ¹⁰ Koppen & Horselenberg, Strafol 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

ALIBI