

De proactieve recherche een nieuw middel in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit?

Luk Delbrouck

Onder wetenschappelijke begeleiding van
prof. dr. F. Hutsebaut en prof. dr. R. Verstraeten

1. Algemene inleiding

1.1. Historische inleiding

1.1.1. Een eerste aanzet tot proactieve recherche

De opstellers van het Wetboek van strafvordering belastten in 1808 de onderzoeksrechter, als zelfstandig handelend magistraat, met het opsporen van misdrijven. In deze optiek was het de politie verboden uit eigen beweging opsporingen te verrichten, behalve bij een betrapping op heterdaad, en speelde zij dus de rol van een doorgeefluik¹ voor klachten en aangiften. De verleden tijd waarin de vorige zin geformuleerd is, geeft het al aan; in de praktijk is de opsporing vooral een taak van politie en parket geworden, waarbij het typevoorbeeld van de politionele verzelfstandiging de uitbouw is van het informatief onderzoek, zijnde een aparte voorfase waarin inlichtingen verzameld worden over beraamde misdrijven, dat bijna volledig in handen van de politiediensten is.

In de jaren '60 is het Europese informatief onderzoek een eerste maal vernieuwd, zowel wat de gebruikte middelen als de gebruikte methodes betreft en dit vooral door uit de Verenigde Staten afkomstige impulsen², waar de techniek van 'undercover policing' al sterk ingeburgerd was.³ In Nederland is

¹ B. DE SMET, 'De wankelende positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek', *Panopticon* 1997, 141-161.

² C. FIJNAUT, 'Back to basics', *Delikt en Delinkwent* 1995, 523-538.

³ C. FIJNAUT, *De normering van het informatieve onderzoek in een constitutioneel perspectief*, Deventer, Kluwer, 1994, 4.

dit de periode dat de eerste Criminele Inlichtingen Diensten worden opgericht.⁴

Een andere poot van de vernieuwing in de jaren '60 is de groeiende aandacht voor de andere dan de traditionele slachtofferloze delicten.

Een tweede vernieuwingsgolf is te situeren in de jaren '70, waar de verdovende - middelencriminaliteit, met zijn eigen specifieke kenmerken, aan belang wint en waarop men op het vlak van de bestrijding tracht weerwerk te bieden.

1.1.2. Het in beeld komen van de proactieve recherche in België

Dat de term 'paniekvoetbal' in België beter ingeburgerd is in het politieke milieu dan in het sportieve, is algemeen bekend; het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat deze werkwijze ook genoemd is bij de totstandkoming van art. 28 bis §2 van het wetboek van strafvordering (Sv.).

Toen De Morgen in juli 1996 blokletterde "Operatie Rebel: rijkswacht ging eigen gang."⁵, heeft het daarmee volgens velen de aanzet gegeven tot een wettelijke regeling van de proactieve recherche. Een betere term zou misschien zijn het bespoedigen van een wettelijke regeling⁶ daar de regering reeds enkele dagen voordien, op 28 juni 1996, in haar actieplan had aangekondigd⁷ een kader te willen scheppen om aan pro-actief onderzoek te doen.

Het uitlekken van het Othello-onderzoek - een onderzoek waarvan achteraf het proactief karakter werd betwist⁸ - waarmee de rijkswacht in deze korte historiek een tweede maal in beeld komt, vervult de rol van katalysator, als gevolg waarvan de roep om een uniforme en meer strikte regeling van de proactieve recherche nog luider wordt, geruggensteund door de aanbeveling met een zelfde boodschap in het eindrapport van de commissie Dutroux.⁹

In het najaar van 1996 werd het ontwikkelen op korte termijn van een richtlijn in verband met de proactieve recherche vooropgesteld, een doel dat nog datzelfde jaar gerealiseerd werd en waarvan het resultaat in januari 1997 de parketten bereikte. Noch de procureurs-generaal, noch de minister van justitie lieten na te wijzen op het tijdelijk karakter van deze richtlijn; met name tot een wettelijke regeling wordt uitgewerkt.

⁴ A.W.M. VAN DER HEIJDEN, *Criminele inlichtingen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1993, 50-52.

⁵ X., 'Operatie Rebel: rijkswacht ging eigen gang', *De Morgen* 4 juli 1996.

Zie voor de inhoud o.a. Parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit in België, *Parl. St. Senaat* 1997-98, 1-326/8.

⁶ *Hand. Senaat* 1997-98, 27 januari 1998.

⁷ Actieplan van de regering tegen de georganiseerde criminaliteit, 8-9.

⁸ Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspiegeling in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St.*, Kamer 1996-97, 857/17.

⁹ Eindrapport van de parlementaire onderzoekscommissie belast met het onderzoek naar de wijze waarop het onderzoek door politie en gerecht werd gevoerd in de zaak "Dutroux-Nihoul en consorten", *Parl. St. Kamer* 1996-97, 713/6

1.2. De noodzaak van een (nieuwe) wettelijke regeling.

Dat er pas nu aandacht bestaat voor het uitwerken van een wettelijk kader voor de proactieve recherche, doet vanzelfsprekend vragen rijzen omtrent de (il)legaliteit van de reeds gevoerde proactieve onderzoeken, waarbij in het Wetboek van Strafvordering zal gezocht worden naar artikelen die de proactieve recherche vooralsnog van een wettelijke basis zouden kunnen voorzien.

Meest genoemd in dit verband¹⁰ is art. 8 Sv.¹¹, dat een opsomming geeft van de taken van de gerechtelijke politie, zoals nader omschreven in art. 15 Wet op het Politieambt van 1992.¹²

Wanneer letterlijk geïnterpreteerd, zou de in art. 8 vernoemde opsporing gericht zijn op de ontdekking van feiten die per definitie nog onbekend zijn. Dit impliceert dan dat art. 8 de proactieve recherche toelaat of althans niet verbiedt.¹³

Uit het raadplegen van de voorbereidende werken, een onontbeerlijke bron om tot de juiste interpretatie van een wetsartikel te komen, blijkt echter de tegenovergestelde visie van de opstellers van het wetboek, voor wie de opsporing zich beperkt tot het vaststellen van inbreuken.¹⁴ Dit was niet, zoals men misschien geneigd zou zijn te denken, te wijten aan het niet vertrouwd zijn met de proactieve opsporingstechnieken; integendeel, reeds in 1720 bestond er in Parijs een *bureau de sûreté* dat dergelijke methodes gebruikte¹⁵, doch de toenmalige Franse wetgever opteerde er bewust voor geen wettelijke regeling dienaangaande uit te vaardigen, conform de gewichtige maar geheime rol die aan dit soort werk werd toegeschreven. Deze klassieke opvatting die de proactieve recherche buiten het klassieke stramien van ons wetboek van strafvordering plaatst¹⁶ en aldus een wettelijke basis (althans binnen het wetboek van strafvordering) ontzegt, kent ook nu nog bijval¹⁷, doch er heeft zich ook een *dissenting opinion* gemanifesteerd die in art. 8 wel een voldoende wettelijke basis voor de proactieve recherche aanwezig acht.¹⁸

¹⁰ G.L. BOURDOUX, 'Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique', *Déviance et Société* 1997, 431-441.

¹¹ De gerechtelijke politie spoorde de misdaden, de wanbedrijven en de overtredingen op, verzamelde de bewijzen ervan en levert de daders over aan de rechtbanken belast met hun bestraffing.

¹² C. FIJNAUT, "Een nieuwe wetgeving: een nieuw bestel?" in C. FIJNAUT en F. HUTSEBAUT, *De nieuwe politiewetgeving in België*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 3-22.

¹³ C. DE VALKENEER, 'Les opérations sous-couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux' in F. TULKENS en H.D. BOSLY (ed.), *La justice pénale et l'Europe*, Brussel, Bruylant, 1996, 359-372.

¹⁴ C. DE VALKENEER, 'La poursuite et la recherche des infractions à l'épreuve du principe d'égalité', *Rev. B. dr. Const.* 1996, 387-402.

¹⁵ C. FIJNAUT, 'Back to basics', *Delikt en Delinkwent* 1995, 523-538.

¹⁶ R. VAN CAMP, 'Georganiseerde criminaliteit: te veel rechtsstaat of te veel Fouché?', *R.W.* 1996-97, 665-675 slot 697-708.

¹⁷ P. TRAEEST, 'De rol van de politiediensten bij de opsporing en bewijslevering in strafzaken: vandaag en morgen', *Vigiles* 1997, 6-11.

¹⁸ W. DERIDDER, 'De relatie openbaar ministerie-rijkswacht.' in X. (ed.), *Een eigentijds Openbaar Ministerie*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1994, 250-253.

Deze opvatting werd ook geopperd in de commissie voor justitie, waar men art. 8 koppelde aan art. 22 Sv. dat de bevoegdheden van de procureurs des Konings regelt.¹⁹ En alhoewel de minister van justitie deze laatste zienswijze deelde, stemde hij toch onmiddellijk in met het voorstel om de regeling van de proactieve recherche in het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek (in de wandelgangen en in dit seminarie: het wetsontwerp Franchimont) op te nemen.²⁰

1.3. De parlementaire behandeling.

Wanneer men het door de commissie voor justitie geamendeerde wetsontwerp erop naleest, treft men nergens een verwijzing aan naar de techniek van de proactieve recherche. Hierover geïnterpelleerd laat de minister er geen twijfel over bestaan dat de proactieve recherche wel degelijk onder het begrip opsporing valt.²¹ Professor Van Den Wyngaert, (ex-)lid van de commissie Franchimont bevestigt dit, doch geeft toe dat de commissie bij het opstellen van de definitie van het opsporingsonderzoek niet de proactieve recherche voor ogen stond.

Hierop volgend dienden drie leden van de ‘Dutrouxcommissie’: Bourgeois, Landuyt en Verwilghen het amendement nummer 107 in²², waarin zij ervoor pleitten in art. 28 bis de definitie van proactieve recherche op te nemen en het aldus te plaatsen in de fase van het opsporingsonderzoek. Verwezen wordt naar het actieplan van de regering tegen de georganiseerde misdaad waarin een wettelijke regeling van deze onderzoekstechnieken wordt aangekondigd met het oog op de rechtshandhaving. De proactieve recherche moet dan toelaten om criminele organisaties te detecteren en via een multidisciplinaire en projectmatige aanpak te komen tot hun ontmanteling.

In het amendement is, op de zinsnede “...met het doel te komen tot het vervolgen...” na, de definitie uit de ministeriële omzendbrief overgenomen, die op haar beurt de definitie van het Duitse *Bundeskriminalamt* heeft overgenomen.²³

Toch wordt er in de bij het amendement gevoegde verantwoording wel melding van de gerechtelijke finaliteit gemaakt, zij het met de nuance dat in het kader van de vooropgestelde projectmatige aanpak niet kan worden uitgesloten dat onderzoekstechnieken in het kader van de proactieve recherche worden aangewend om criminele organisaties in kaart te brengen met het oog op hun ontmanteling in een latere fase van het onderzoek. Vanuit een zekere vertrouwdheid met de gang van zaken bij de politiediensten wijst Verwilghen in zijn mondeling betoog op de consequentie van het opnemen van een dergelijke (het verplicht stellen van de gerechtelijke finaliteit) bepaling; het

¹⁹ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17.

²⁰ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17.

²¹ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17.

²² *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/12.

²³ *Parl. St. Senaat* 1997-98, nr. 1-704/4.

gevaar is immers niet denkbeeldig dat de politiediensten het bestaan van een proactieve recherche buiten het strafvorderlijk kader zouden aanvoeren om die recherche aan het toepassingsgebied van deze tekst te onttrekken.²⁴

Getrouw aan de aanbevelingen die zij in het eindverslag van de commissie Dutroux hadden geformuleerd²⁵, wordt verder de leiding en de verantwoordelijkheid over de proactieve recherche in handen van de parketmagistraat gelegd. Dit (nogmaals) om een verzelfstandiging van de politiediensten ten opzichte van de magistraten, althans op het vlak van de proactieve recherche, te voorkomen.

In een navolgend amendement zal men met het oog hierop dan ook de voorwaarde van een voorafgaande toelating van de procureur des Konings verplicht stellen.²⁶

Het meest omstreden punt in het amendement blijft echter de weglating van de verwijzing naar de gerechtelijke finaliteit, waarbij geargumenteed wordt dat hierdoor de grenzen tussen de proactieve recherche en de algemene preventie vervagen.²⁷ Ook een blik over de grens leert ons dat onze Noorderburen, naar aanleiding van de Commissie Van Traa, ervoor opteerden de proactieve recherche binnen het strafvorderlijk kader te brengen.

Uiteindelijk wordt bovengenoemd amendement vervangen door het amendement nummer 146, uitgaande van de regering, waarin de gerechtelijke finaliteit wel wordt opgenomen.²⁸

De bespreking in de Senaat had het einde kunnen betekenen voor het, toenmalige, art. 28 bis §1, thans art. 28 bis §2.

Steunend op twee verschillende gronden werd voorgesteld het bewuste artikel te doen vervallen: enerzijds oordeelde men dat het erkennen van de proactieve recherche impliciet ook het gebruik van bijzondere opsporingstechnieken zou erkennen, wat in strijd werd geacht met art. 8 EVRM, omdat deze methodes een overduidelijke inbreuk inhouden op het recht op eerbied voor zijn privéleven, zijn huis of zijn briefwisseling, zonder dat was voldaan aan de voorwaarden van punt 2 van art. 8²⁹; anderzijds was het begrip georganiseerde criminaliteit, waartoe de proactieve recherche beperkt moet blijven, nog niet juridisch omschreven en boog op dat moment een parlementaire onderzoekscommissie zich over dat verschijnsel³⁰.

Geen van beide amendementen kon echter op voldoende steun rekenen³¹, zodat de regeling van de proactieve recherche in het wetsontwerp behouden bleef.

²⁴ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17.

²⁵ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 713/6.

²⁶ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/13.

²⁷ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17.

²⁸ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/14.

²⁹ *Cf. infra*.

³⁰ *Parl. St. Senaat* 1996-97, nr. 1-704/2.

³¹ *Parl. St. Senaat* 1997-98, nr. 1-704/4 en *Hand. Senaat* 1997-98, 27 januari 1998

Erover geïnterpelleerd antwoordt de minister dat er geen twijfel over mag bestaan dat de bestaande omzendbrief inzake proactieve recherche van kracht blijft.³² Voor het uitwerken van een precieze wettelijke regeling acht de regering het noodzakelijk te wachten tot er een globale evaluatie is gebeurd van het fenomeen proactieve recherche; een opdracht die is toevertrouwd aan professor Bosly.³³

2. Het art. 28 bis §2

2.1. De plaatsing van de proactieve recherche in de fase van het opsporingsonderzoek

Slechts enkele woorden worden hier gewijd aan de eerste zin van art. 28 bis §2, daar de eruit voortvloeiende consequenties het onderwerp zullen uitmaken van navolgende hoofdstukken.

Tot voor de wet Franchimont gingen er stemmen op om de proactieve recherche te situeren in het schemerveld³⁴ vóór het uit de praktijk gegroeide opsporingsonderzoek³⁵ en het wettelijk geregelde gerechtelijk onderzoek.

De wet Franchimont voorzag het opsporingsonderzoek (dat ondertussen een ‘marktaandeel’ van meer dan 90%³⁶ ten opzichte van 10% voor het gerechtelijk onderzoek had verworven) van een wettelijke basis - waardoor een in de praktijk gegroeide gewoonte *contra legem* werd gecodificeerd – die ruimer was dan de klassieke opvatting en zodoende ook ruimte liet voor de proactieve recherche; iets wat later expliciet werd opgenomen.

De plaatsing van de proactieve recherche was ook in Nederland onderwerp van een discussie, waarbij er stemmen opgingen om de proactieve recherche buiten de opsporing te houden, omdat er in dit stadium nog geen sprake zou zijn van een ‘verdenking’ in de zin van het (Nederlandse) art. 27 Wetboek strafvordering. Desalniettemin opteerde men er in laatste instantie toch ook voor om de proactieve recherche onder te brengen in het opsporingsonderzoek³⁷, waarbij veel aandacht werd besteed aan de versterking van het gezag van het openbaar ministerie.

³² *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17.

³³ *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17. *Cf. infra*.

³⁴ R. VAN CAMP, ‘Georganiseerde criminaliteit: te veel rechtsstaat of te veel Fouché?’, *R.W.* 1996-97, 665-675 slot 697-708.

³⁵ C. VAN DEN WYNGAERT, ‘De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek’ in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 35.

³⁶ M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek.*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 56-57.

³⁷ S.W. MUL en T.M. SCHALKEN, ‘Bijzondere opsporingsmethoden: sturing en controle door het openbaar ministerie’, *Delikt en Delinkwent* 1997, 889-912.

2.2. Het Openbaar Ministerie

2.2.1. De leiding en het gezag

Art. 28 bis §1 in fine vertrouwt de leiding en het gezag over het opsporingsonderzoek toe aan de procureur des Konings (een bepaling die ook als aanbeveling terug te vinden is in het eindrapport van de Nederlandse commissie Van Traa)³⁸, die hiervoor ook de verantwoordelijkheid draagt.

Zoals de teleologische³⁹ interpretatie van het artikel al laat vermoeden, heeft deze bepaling ook zijn consequenties voor de proactieve recherche.

Hoewel slechts beperkt tot het codificeren van een in de praktijk gegroeide gewoonte, heeft de parlementaire bespreking die aan dit artikel voorafging enkele begrippen duidelijker afgelijnd, waardoor de visie dat de leiding van de procureur des Konings beperkt moet blijven tot kwaliteitsbewaking van de opsporingen⁴⁰ (uitgedrukt in termen van betrouwbare bewijsvoering en een zorgvuldige toepassing van de desbetreffende procedurevoorschriften) volgens sommigen verworpen werd.⁴¹

De hierboven aangehaalde opvatting ging er van uit dat door de toenemende professionalisering van de opsporing, de parketten niet over de vereiste bekwaamheid (lees: vertrouwdheid met opsporingsmethoden) zouden beschikken om met kennis van zaken daadwerkelijke controle over de opsporing uit te oefenen. De taak van het openbaar ministerie bestaat er in deze visie dan 'enkel' in te waken over de rechtmatigheid van de opsporingshandelingen en de naleving van de ongeschreven beginselen die aan een behoorlijk strafproces ten grondslag moeten liggen⁴²(in deze visie zou dan ook de mogelijkheid voor de procureur om zelf opsporingshandelingen te stellen afgeschafd dienen te worden); een taak die volgens C. Fijnaut niet onderschat mag worden, daar zij een onontbeerlijke waarborg biedt voor het individu.⁴³

Op te merken valt dat aan De Nauw een iets gematigder standpunt wordt toegeschreven⁴⁴, daar hij in de mogelijkheid voorziet voor het openbaar ministerie om controle uit te oefenen over de elementen ingezameld tijdens de zuiver politionele fase⁴⁵ alsook het openbaar ministerie de bevoegdheid geeft

³⁸ H. BERKMOES, 'Het eindverslag van de (enquête)commissie Van Traa: 'cut and paste' of 'read only'?', *Vigiles* 1996, 36-43.

³⁹ I.c. op basis van de systematiek, onder voorbehoud van het beginsel *Rubrica non est lex*. Zie L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 1997, 45.

⁴⁰ A. DE NAUW, 'De beoordelingsruimte van de politie in de opsporing en het strafprocesrecht.', *R.W.* 1990-91, 65-74.

⁴¹ W. DERIDDER, 'De relatie openbaar ministerie-rijkswacht.' in X. (ed.), *Een eigentijds Openbaar Ministerie*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1994, 250-253.

⁴² G. CORSTENS en P. TAK, *Het openbaar ministerie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, 91.

⁴³ C. FIJNAUT, 'De zaak François, testcase voor een socialistisch politiebeleid', *Panopticon* 1985, 558-568.

⁴⁴ H.D. BOSLY, 'La fonction de police judiciaire: de la dépendance vers l'autonomie' in X. (ed.), *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 19-36. Het al dan niet gematigder zijn van A. DE NAUW is m.i. minder duidelijk.

⁴⁵ Over de mogelijkheden hiervan na de wet Franchimont, cf. *infra*.

het erop volgende vooronderzoek in de gevolgde richting verder te sturen of, zo nodig, het bij te sturen of zelfs om te buigen.⁴⁶

Zoals reeds eerder gezegd, gaat art. 28 bis §1 volgens sommigen echter de andere kant uit, waarbij het cruciale punt uiteraard de precieze inhoud van het begrip 'leiding' is. Een eerste aanzet werd gegeven door de Kamer zelf, die volgende definitie hanteerde: "...het zeer nauw betrokken zijn bij de concrete onderzoekshandelingen en er de verantwoordelijkheid voor dragen..."⁴⁷. Deze definitie was voor W. Deridder voldoende grond om de verwerping van de klassieke zienswijze te verkondigen en te besluiten tot een grotere, niet aan de efficiëntie ten goede komende, inmenging van de procureur des Konings in de opsporing.⁴⁸

Professor Van Den Wyngaert deelt deze veranderde visie op de taak van het openbaar ministerie klaarblijkelijk niet, daar zij ook na de wet Franchimont de functie van procureur des Konings omschrijft als 'kwaliteitsbewaking van de opsporingshandelingen'⁴⁹, waarbij het de procureur uiteraard toegestaan is, zoals ook al voor de wet Franchimont het geval was, zelf opsporingshandelingen te verrichten⁵⁰, een mogelijkheid die bevestigd werd in de memorie van toelichting bij de wet Franchimont⁵¹, doch in de praktijk slechts sporadisch zal toegepast worden.

Sommigen zouden ook deze praktijk zelfs liefst helemaal niet meer toegepast zien waardoor dus net als een krokus, de klassieke visie op de opsporing ook na de wet Franchimont (de spreekwoordelijke winter) weer opbloeit⁵², zij het wel met deze nuance dat ook F. Schuermans⁵³ aan de procureur des Konings een zekere sturing over het onderzoek (te onderscheiden van het zelf verrichten van opsporingshandelingen) niet ontzegt en hem zelfs bedenkt met de term: 'officier coördinator van de onderzoeken'⁵⁴, zodat we dus eerder een 'heropleving' van de genuanceerde klassieke opvatting krijgen.

2.2.2. De verantwoordelijkheid van de procureur des Konings

⁴⁶ A. DE NAUW, 'De beoordelingsruimte van de politie in de opsporing en het strafprocesrecht', *R.W.* 1990-91, 65-74.

⁴⁷ *Parl. St.* Kamer 1996-97, nr. 857/1.

⁴⁸ W. DERIDDER, 'De relatie openbaar ministerie-rijkswacht.' in X. (ed.), *Een eigentijds Openbaar Ministerie*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1994, 250-253.

⁴⁹ C. VAN DEN WYNGAERT, 'De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek' in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 43.

⁵⁰ M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 56-59.

⁵¹ *Parl. St.* Kamer 1996-97, nr. 857/1.

⁵² F. SCHUERMANS, 'Het wetsontwerp "Franchimont" anders bekeken', *A.J.T.* 1997-98, Dossier nr. 3.

⁵³ Cf. A. DE NAUW, 'De beoordelingsruimte van de politie in de opsporing en het strafprocesrecht', *R.W.* 1990-91, 67.

⁵⁴ F. SCHUERMANS, 'Het wetsontwerp "Franchimont" anders bekeken', *A.J.T.*, 1997-98, Dossier nr. 3.

Een tweede in het oog springend begrip is de ‘verantwoordelijkheid’ die de procureur des Konings draagt voor het opsporingsonderzoek. Dit begrip is in het wetsontwerp – en later wet - gekomen vanuit de positieve gedrevenheid dat de procureur des Konings inderdaad verantwoordelijk is, dat hij de leiding en het gezag heeft en dat hij de instructies kan geven; kortom, hij draagt de eindverantwoordelijkheid.⁵⁵ Dit impliceert dan uiteraard ook dat als de verantwoordelijkheid verkeerd wordt opgenomen of zelfs helemaal niet, een reactie moet mogelijk zijn. Deze verantwoordelijkheid moet, aldus de minister, zeker niet verstaan worden als een burgerrechtelijke of strafrechtelijke verantwoordelijkheid, maar wel als een tuchtrechtelijke, die aanleiding kan geven tot een disciplinaire sanctie in geval van bewezen fouten of omissie in het beleid.⁵⁶

Professor Franchimont ziet het echter eerder als een operationele verantwoordelijkheid die niet noodzakelijk ook een tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid met zich meebrengt.

2.2.3. De voorafgaande schriftelijke toestemming en de opportuniteitscontrole

Daar de proactieve recherche een integraal deel uitmaakt van het opsporingsonderzoek, mag er geen twijfel rijzen omtrent de toepasbaarheid van de hierboven uiteengezette principes op deze fase van het onderzoek. Ook in de praktijk zou dit geen aanleiding mogen geven tot problemen, daar het de procureur des Konings zal volstaan om de proactieve recherche op een zelfde manier te leiden⁵⁷ als hij het reactieve opsporingsonderzoek leidt, waarmee hij uiteraard een grotere vertrouwdheid heeft. De wetgever heeft de procureur des Konings ter zake wel van een bijzondere waarborg voorzien; art. 28 bis §2 in fine bepaalt immers dat het instellen van een proactieve recherche de voorafgaande schriftelijke toestemming, door de procureur des Konings, de arbeidsauditeur of de nationaal magistraat behoeft, waarmee alle twijfels zijn weggenomen over de vraag of er ruimte is voor een autonome proactieve recherche door de politiediensten.⁵⁸ Deze vereiste van een voorafgaande schriftelijke en formele tussenkomst van de procureur des Konings was ook al verplicht gesteld in de door de minister uitgevaardigde richtlijn, waarin een zelfde tussenkomst van de procureur des Konings ook verwacht werd voor elke nieuwe fase in het proactief onderzoek. Deze laatste verplichting heeft men, alhoewel uitdrukkelijk voorgesteld in het amendement 185⁵⁹, niet overgenomen in de wet Franchimont.

Door de voorafgaande toestemming van de procureur des Konings een *conditio sine qua non* voor het opstarten van een proactieve recherche te

⁵⁵ Parl. St. Senaat 1996-97, nr. 1-704/4.

⁵⁶ Parl. St. Senaat 1996-97, nr. 1-704/4.

⁵⁷ Parl. St. Kamer 1996-97, nr. 857/17.

⁵⁸ C. VAN DEN WYNGAERT, ‘De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek’ in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 46.

⁵⁹ Parl. St. Kamer 1996-97, nr. 857/23.

maken, oordeelt de wetgever dat het aan het openbaar ministerie toekomt om te beslissen over de legaliteit (is aan de wettelijke voorwaarden voldaan?)⁶⁰ maar ook over de opportuniteit⁶¹ van het opstarten van een dergelijke recherche⁶², iets wat voor de, hiervan duidelijk te onderscheiden, beslissing al dan niet te vervolgen een expliciete wettelijke basis heeft gekregen in het art. 28 quater Sv.

Uiteraard zijn er een veelheid aan factoren die bij deze afweging een rol spelen; denken we bijvoorbeeld aan de vraag of er genoeg redelijke en concrete gegevens (aanwijzingen) zijn alsook of het de moeite loont om, in geval van een toekomstig “positief” zoekresultaat, een vervolging in te stellen; een vraag waarop, aldus art. 28 bis §2 een positief antwoord zou moeten volgen om te spreken van een proactieve recherche⁶³; en dat, gezien het zwaarwichtige karakter van het selecte aantal gevallen waarin de proactieve recherche toegestaan is⁶⁴, eerder een evidentie lijkt te zijn.

Door de hierboven beschreven afstemming van opsporing op vervolging wordt er, althans voor wat betreft de proactieve recherche, tegemoetgekomen aan een vaak gehoorde verzuchting bij de politiediensten dat een groot deel van het door hun verrichte opsporingswerk tot weinig of niets dient⁶⁵, door een navolgende sepotbeslissing van de procureur des Konings. Ook procureur-generaal Van Camp meende dat opsporings- (en gerechtelijk) onderzoeken maar optimaal kunnen verlopen, als gewaakt wordt over een degelijke afstemming ervan op het openbaar ministerie en de onderzoeksrechter.⁶⁶ Een voorstel dat hieromtrent geformuleerd werd, hield in dat er vanuit de parketten een richtlijn zou worden verspreid, waarin men aangeeft op welke categorie en vormen van misdrijven de politiediensten hun schaarse potentieel bij voorrang dienen te richten⁶⁷; kortom, de uittekening door de staande magistratuur van een opsporingsbeleid.

⁶⁰ Art. 28 bis §3 *in fine*

⁶¹ Waarbij de procureur des Konings zich onder andere zal laten leiden door het in gezamenlijk overleg tussen de Minister van Justitie en het College van Procureurs-generaal uitgestippelde strafrechtelijke beleid; zie *Parl. St. Senaat* 1998-99, 1-326/9. BERKMOES en LYBAERT schrijven hierover (m.i. net iets te ongenueanceerd) dat “indien men zich beperkt tot een louter reactief optreden, het voor de overheid onmogelijk is om een opsporingsbeleid uit te werken of om in die opsporing prioriteiten te gaan bepalen. Enkel een proactief optreden maakt een projectmatige aanpak van de criminaliteit mogelijk.” Zie: H. BERKMOES en D. LYBAERT, ‘Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?’ (*niet gepubliceerd*), die hierin ook verwijzen naar H. FRANSEN, ‘Enkele beschouwingen over de gerechtelijke politietaak van de rijkswacht’, *Panopticon* 1986, 34.

⁶² T. DESCHEPPER, *De nieuwe wet Franchimont*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 16.

⁶³ *Cf. infra*

⁶⁴ voor een volledige opsomming zie: C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 328.

⁶⁵ H. FRANSEN, ‘Enkele beschouwingen over de gerechtelijke politietaak van de rijkswacht’, *Panopticon* 1986, 8-36.

⁶⁶ R. VAN CAMP, ‘Kanttekeningen bij een zorgwekkende rechtsbedeling en sleutelen aan een strafrechtelijk beleid’, *R.W.* 1989-90, 481-494.

⁶⁷ C. FIJNAUT, ‘De zaak François, testcase voor een socialistisch politiebeleid’, *Panopticon* 1985, 558-568.

Voor wat betreft de proactieve recherche koos men, zoals reeds vermeld, voor een andere aanpak, met name het *case per case* oordelen door de procureur des Konings of het opstarten van een proactieve recherche opportuun is; toch dient m.i. rekening gehouden te worden met het hierboven beschreven voorstel als een mogelijkheid om ook op het vlak van de reactieve opsporing te komen tot een solide systeem van opsporing en vervolging.

Hier past het ook te verwijzen naar een (ontwerp van) richtlijn in Nederland, waarin bepaalde vormen van 'niet-ingrijpen' worden besproken, wat de vraag naar de spankracht van het opportuniteitsbeginsel oproept. Het niet ingrijpen gaat, bijvoorbeeld in geval van doorlating, gepaard met het plegen van strafbare feiten door opsporingsambtenaren, waardoor het opportuniteitsbeginsel als voorafgaande legitimatie gaat gebruikt worden, voor onder de regie van het openbaar ministerie gepleegde strafbare feiten, waarvan de uitkomst en de omvang nog niet vaststaan...⁶⁸

⁶⁸ S.W. MUL en T.M. SCHALKEN, 'Bijzondere opsporingsmethoden: sturing en controle door het openbaar ministerie', *Delikt en Delinkwent* 1997, 889-912.

2.2.4. *Het begrip loyaliteit*

Een begrip dat door de wet Franchimont in het wetboek van strafvordering werd geïntroduceerd en zowel inhoudelijk als qua spelling voer geeft tot discussie is het begrip ‘loyaliteit’⁶⁹, terug te vinden in art. 28 bis §3 en zich uitstrekkend tot de proactieve recherche⁷⁰ (waardoor van de procureur des Konings, ook bij de leiding van een proactieve recherche, een loyaliteitscontrole wordt verwacht) Professor Van Den Wyngaert stelde zich hieromtrent de vraag naar de verzoenbaarheid van het begrip ‘loyaliteit’ met de technieken gebruikt in het kader van de proactieve recherche, waar men mensen in een bepaalde situatie brengt om ze dan op heterdaad te kunnen betrappen.⁷¹

Dit begrip dient onderscheiden te worden van het begrip ‘wettigheid’, wat in de context van art. 28 bis moet verstaan worden als de conformiteit van een bewijsmiddel of de wijze van inzameling ervan met specifieke wettelijke regelen, terwijl, aldus professor Traest, onder loyaliteit de conformiteit met algemene rechtsbeginselen wordt bedoeld.⁷²

Een verdere uitdieping van dit begrip komt toe aan de rechterlijke macht, waarbij deze laatste instantie, aldus T. Deschepper, rekening dient te houden met het specifieke kader van elke afzonderlijke zaak, zodat de invulling van de term ‘loyaliteit’ bij georganiseerde criminaliteit een andere interpretatie zal krijgen dan bij een gewone overtreding van de wet⁷³, een uitspraak die ik volledig voor rekening van T. Deschepper laat en waarbij, m.i., zelfs vraagtekens geplaatst kunnen worden.

2.3. De gerechtelijke finaliteit

Een belangrijke beperking op het gebruik van de proactieve recherche is de bepaling dat deze laatste steeds een gerechtelijke finaliteit⁷⁴ moet hebben. Het gebruik maken van deze bevoegdheden met als enkel doel het loutere verzamelen van inlichtingen valt dus buiten het kader van de proactieve recherche⁷⁵. Vraag is nu: wat moet je verstaan onder gerechtelijke finaliteit?

Volgens F. Schuermans betekent dit niet dat het proactief onderzoek steeds moet uitdraaien op een vervolging voor de rechtbank; iets wat in

⁶⁹ X., *Woordenlijst Nederlandse taal* (in de omgangstaal: *Het groene boekje*), Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1995, 1055 p. en vergelijk met art. 56 §1 Sv. waar er sprake is van ‘loyauteit’.

⁷⁰ T. DESCHEPPER, *De nieuwe wet Franchimont*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 18.

⁷¹ *Parl. St. Senaat 1997-98*, nr. 1-704/4.

⁷² *Parl. St. Senaat 1997-98*, nr. 1-704/4.

⁷³ T. DESCHEPPER, *De nieuwe wet Franchimont*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 18.

⁷⁴ O. KLEES en D. VANDERMEERSCH, ‘La réforme Franchimont – Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction’, *J.T.* 1998, 417-447.

⁷⁵ C. VAN DEN WYNGAERT, ‘De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek’ in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 46.

genueanceerdere vorm ook terug te vinden is bij andere auteurs, zij het op andere gronden; zo stelde men in de Kamer dat proactieve onderzoekstechnieken, in het kader van een projectmatige aanpak, kunnen aangewend worden om criminele organisaties in kaart te brengen, met het oog op hun uiteindelijke ontmanteling in een latere fase van het onderzoek.⁷⁶ Schuermans haalt echter een andere reden aan: men kan tijdens dit proactief onderzoek tot de vaststelling komen dat een gerechtelijke vervolging tijdrovend en complex is, zonder garanties te bieden voor de daadwerkelijke vervolging, terwijl in het kader van een geïntegreerd beleid, een bestuurlijk optreden dan wel de oplossing zou kunnen zijn.⁷⁷ Als voorbeeld haalt de auteur de situatie aan dat het bestuur op grond van informatie, bekomen uit een proactief onderzoek, pertinent weet, maar niet noodzakelijk in rechte kan bewijzen, dat de aanvrager van een bouwvergunning “niet recht in zijn schoenen staat” en op grond daarvan de bouwvergunning weigert. Ook in Nederland zijn bepaalde auteurs voor dit gedachtegoed gewonnen; zij oordelen dat het te ver zou gaan indien men van politieambtenaren (lees: opsporingsambtenaren) zou verwachten dat zij reeds bij het opstarten van het onderzoek weten of er een strafrechtelijke sanctie moet volgen; typisch aan een onderzoek, aldus Boek, is juist dat er naar antwoorden op vragen wordt gezocht, waarbij een van die vragen betrekking zou kunnen hebben op de te kiezen sanctie, die zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk kan zijn.⁷⁸

Deze opvatting (bedoeld wordt vooral deze van Schuermans) is m.i. op verschillende punten bekritiseerbaar; vooreerst rijst er de vraag of het begrip gerechtelijke finaliteit toch niet eerder een beperktere interpretatie vergt, en dient gelezen te worden als een strafvorderlijke finaliteit⁷⁹ waarbij de proactieve recherche dan enkel gericht is op de uitoefening van de strafvordering⁸⁰, iets waar men ook in Nederland voor opteerde door het doel van deze recherche techniek te omschrijven als ‘het nemen van strafvorderlijke beslissingen’.⁸¹

Een tweede punt van kritiek bestaat hierin dat bovenstaande redenering ertoe kan leiden dat de basispolitiezorg op bepaalde momenten onderworpen of ondergeschikt wordt aan het lokaal en federaal geïntegreerd veiligheidsbeleid, waarbij de naleving van vormvereisten wordt afgedaan als tijdrovend, complex

⁷⁶ *Parl. St. Kamer* 1996/97, nr. 857/12.

⁷⁷ F. SCHUERMANS, ‘Het wetsontwerp “Franchimont” anders bekeken.’, *A.J.T.* 1997-98, Dossier nr. 3.

⁷⁸ J.L.M. BOEK, ‘Bijzondere opsporingsmethoden na Van Traa’, *Delikt en Delinkwent* 1997, 522-544.

⁷⁹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 725.

⁸⁰ I. DELBROUCK, ‘De wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek.’, *Limb. Rechtsl.* 1998, 61-106.

⁸¹ M. SCHEFFERS en P. DE VRIES, ‘Opsporing geregeld’, *Ars Aequi* 1997, 719-728.

en hindernisverwekkend.⁸² Minnaert waarschuwt ervoor dat onder het mom van het opstarten van een proactieve recherche met een zogenaamde gerechtelijke finaliteit er informatie wordt ingewonnen voor louter bestuurlijke doeleinden, iets wat in strijd met art. 28 bis §2 moet geacht worden en waarbij langs de andere kant de verhouding van deze techniek tot de algemene beginselen inzake behoorlijk bestuur in vraag kan worden gesteld.

Het lijkt mij gepast om hier even een kanttekening te maken bij een van de bepalingen, vermeld in de verantwoording bij amendement nr. 107⁸³, waarin men stelt de proactieve recherche onder meer te zullen gebruiken om in het kader van een projectmatige aanpak te komen tot de ontmanteling van criminele organisaties. Wanneer we de situatie in Nederland van naderbij bestuderen, zien we dat men hier omzichtiger te werk gaat; de commissie Van Traa stelt in haar eindrapport dat de enkele 'ontmanteling' van criminele organisaties wel gevolg, maar niet het (uitsluitende) doel mag zijn van de opsporing, daar dit strijdig zou zijn met de strafvorderlijke finaliteit; de commissie oordeelde in haar eindrapport dat een deel van de moeilijkheden in de Nederlandse opsporing ontstaan zijn door het gegeven dat het openbaar ministerie en de politie soms gefixeerd zijn geraakt op de 'ontmanteling' van criminele organisaties⁸⁴, terwijl de strafvorderlijke bevoegdheden zijn gegeven om tot een strafsancie te kunnen komen; (uitsluitend) gebruik voor een ander doel betekent misbruik van bevoegdheid.⁸⁵ Deze beide visies zijn m.i. gelijklopende dan misschien op het eerste zicht lijkt, daar ook in België de ontmanteling van criminele organisaties eerder als een gevolg van het strafrechtelijk optreden wordt beschouwd, dan als doel op zich, zodat de schijnbare tegenstelling teruggebracht lijkt te kunnen worden op een meer nauwkeurige formulering bij onze Noorderburen.

Het blijkt al uit het voorgaande, het doel van de proactieve recherche is geenszins preventief.

Via de proactieve recherche zal men trachten sturingsinformatie⁸⁶ in te zamelen, teneinde een antwoord te krijgen op vragen als: wie zijn de verantwoordelijken, hoe is de organisatie opgebouwd...⁸⁷, om op die manier optimale omstandigheden te creëren om de daders van het misdrijf, dat anders moeilijk zou kunnen worden vastgesteld, op heterdaad te betrappen; waardoor dit zich dan weer onderscheidt van het klassieke reactieve optreden, waarbij verondersteld wordt dat het misdrijf reeds gepleegd is.

⁸² M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 56-67.

⁸³ *Parl. St. Kamer* 1996/97, nr. 857/12.

⁸⁴ X., *Inzake Opsporing: enquêtecommissie opsporingsmethoden*, 's-Gravenhage, Sdu Uitgevers, 1996, 454.

⁸⁵ J.M. REIJNTJES, 'Het begrip opsporing', *Delikt en Delinkwent* 1997, 213-229.

⁸⁶ C. VAN DEN WYNGAERT, 'De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek' in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 45.

⁸⁷ P.D. IJZERMAN, 'Verschillende methoden: proactief en reactief', *Delikt en Delinkwent* 1995, 556-569.

2.4. De bijzondere opsporingstechnieken

2.4.1. Situering van de bijzondere opsporingstechnieken

Tegen bepaalde vormen van criminaliteit zijn de traditionele opsporingsmethoden niet (meer) opgewassen (zij gaan er onder meer vanuit dat de normovertreder individueel handelt en slechts toevallig tot bendevoorming overgaat⁸⁸), waardoor in de praktijk de behoefte ontstaan is gebruik te maken van de zogenaamde bijzondere opsporingsmethoden. De oorsprong van deze technieken ligt aan de overkant van de Atlantische Oceaan, waar reeds in de jaren '60 "*the war against the narcotraffic*" als zo problematisch werd ervaren, dat bijzondere maatregelen nodig geacht werden, wat resulteerde in een arsenaal van nieuwe politionele opsporingsmethoden⁸⁹, die onder andere via de *Drug Enforcement Administration* hun weg naar Europa vonden.

Deze bijzondere opsporingstechnieken onderscheiden zich van de klassieke dwangmiddelen doordat zij veelal onopgemerkt kunnen worden toegepast⁹⁰, en dit zowel in de proactieve als in de reactieve fase.

Veel gelijkgezinden heeft professor Traest niet als hij zegt dat de bijzondere opsporingstechnieken in de eerste plaats voor de reactieve recherche bedoeld zijn⁹¹; integendeel, professor Van Den Wyngaert gebruikt de term proactieve recherche als synoniem voor de bijzondere opsporingsmethoden die in het kader van dit onderzoek gebruikt worden.⁹² Ook in het door de regering opgesteld actieplan tegen de georganiseerde criminaliteit, is er sprake van het toepassen van deze bijzondere opsporingstechnieken in het kader van de proactieve recherche.⁹³

⁸⁸ Wetsvoorstel betreffende de bijzondere opsporingstechnieken, *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 540/1.

⁸⁹ R. VAN CAMP, 'Georganiseerde criminaliteit: te veel rechtsstaat of te veel Fouché?', *R.W.* 1996-97, 665-675 slot 697-708.

⁹⁰ M.S. GROENHUIJSEN, 'De crisis in de opsporing en het wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden. Enkele inleidende aantekeningen.', *Delikt en Delinkwent* 1997, 851-859.

⁹¹ P. TRAEST, 'De rol van de politiediensten bij de opsporing en de bewijslevering in strafzaken: vandaag en morgen', *Vigiles* 1997, 6-11.

⁹² C. VAN DEN WYNGAERT, 'De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek' in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 44-45.

⁹³ Actieplan van de regering tegen de georganiseerde criminaliteit, 10.

2.4.2. De huidige toestand op wetgevend vlak

De bijzondere opsporingmethoden worden tot op heden geregeld via een omzendbrief van minister van justitie aan de procureurs-generaal. In de door de minister uitgevaardigde richtlijn fungeren een aantal algemene begrippen als een soort referentiekader waarbinnen de bijzondere opsporingstechnieken zouden uitgeoefend moeten worden: de verenigbaarheid met de behoorlijkheid van de opsporingen, het verbod van provocatie en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁹⁴ Doorheen de omzendbrief herkent professor Verstraeten twee belangrijke krachtlijnen, m.n. het vasthouden aan de koppeling tussen de bijzondere opsporingstechnieken en het onderzoek van het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter naar aanleiding van gepleegde misdrijven, alsook dat de verschillende opsporingstechnieken steeds zullen gebeuren onder controle van het openbaar ministerie of, indien er een gerechtelijk onderzoek werd opgestart, onder controle van de onderzoeksrechter.

Wanneer we het wetsvoorstel van Coveliers⁹⁵, naar verluidt een bijna exacte replica van de ministeriële omzendbrief, bestuderen, valt ons, naast het ‘pre-Franchimontse’ taalgebruik, vooral op dat er een ruime bevoegdheid wordt gegeven aan de procureur des Konings voor wat betreft de aanwending van bijzondere opsporingstechnieken in het kader van een “gerechtelijk onderzoek”.⁹⁶ Als we om dit toe te lichten bijvoorbeeld de figuur van de pseudo-koop nader bekijken, vinden we in art. 23 : ‘Het openbaar ministerie dient te waken over de regelmatigheid van de bewijsvoering...met toestemming van het openbaar ministerie...’ en dan verder: ‘...indien de zaak het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijk strafonderzoek dient de onderzoeksrechter eveneens zijn toestemming te geven.’

In Nederland heeft men hieromtrent wel reeds een regeling uitgewerkt, waarbij een Centrale Toetsingscommissie, met als doel het uniformerend optreden ten aanzien van bijzondere opsporingsmethoden, belast wordt met een tweevoudige taak: enerzijds zullen de “ingrijpendere” bijzondere opsporingsmethoden (afspraken met criminelen, gecontroleerde doorlevering,...) vóóraf aan deze toetsingscommissie worden voorgelegd⁹⁷;

⁹⁴ R. VERSTRAETEN, ‘Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk’, *Delikt en Delinkwent* 1995, 605-643.

⁹⁵ *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 540/1.

⁹⁶ Dit gerechtelijk onderzoek moet hier niet verstaan worden als het onderzoek geleid door de onderzoeksrechter, doch wel in zijn meest letterlijke betekenis: het onderzoek geleid door het gerecht. Verder in het wetsvoorstel komt de term gerechtelijk strafonderzoek voor, die, naar het ‘hedendaagse taalgebruik’ vertaald, de lading van het huidige gerechtelijk onderzoek dekt.

⁹⁷ Dit is een vereenvoudigde voorstelling; de politiediensten, van wie het initiatief tot het gebruik van een bijzondere opsporingsmethode zal uitgaan, zullen hun voorstel eerst voorleggen aan de zaakofficier; als deze een positief advies geeft wordt de zaak overgelegd aan de recherche-officier of de hoofdofficier van de justitie en het is pas na instemming van deze laatste dat de zaak wordt verzonden naar de Centrale Toetsingscommissie.

deze zal zich een oordeel vormen en een advies verschaffen aan het College van Procureurs-generaal, bij wie de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid ligt. Anderzijds zijn er de bijzondere opsporingstechnieken als de gecontroleerde aflevering, de pseudo-koop,... die, na (meestal) voorafgaand toezicht van de zaakofficier enkel achteraf dienen geregistreerd te worden bij de Centrale Toetsingscommissie.⁹⁸

2.4.3. Kritische reflectie bij de ministeriële omzendbrief

Verschillende auteurs stellen deze gang van zaken in vraag, waarbij hun voornaamste argument is dat de ‘klassieke’ dwangmaatregelen een machtiging van de onderzoeksrechter vereisen, terwijl voor proactieve onderzoeksdaeden een controle door het openbaar ministerie volstaat.⁹⁹ Dit onderscheid is moeilijk te handhaven, temeer daar men het er over eens is dat de bijzondere opsporingsmethoden vaak een ingrijpendere inbreuk maken op de privacy van het individu dan het geval is bij (reactieve) dwangmaatregelen¹⁰⁰ en het openbaar ministerie als vervolgingsorgaan zo nauw bij de zaak betrokken is dat een evenwichtige belangenafweging soms moeilijk te realiseren valt.¹⁰¹ Komt daarbij dat niet enkel de bescherming van de privacy in het geding is, maar door methoden als pseudo-koop en infiltratie zit men zelfs op de scheidingslijn tussen misdaad bestrijden en zelf misdrijven plegen¹⁰², zodat de hele problematiek van de bijzondere opsporingstechnieken met de nodige omzichtigheid dient behandeld te worden.

Een tweede probleem dat zich in verband met deze omzendbrief stelt is de compatibiliteit ervan met de bepalingen van het EVRM; meer in het bijzonder met art. 8 lid 1 dat stipuleert: ‘eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.’ De bijzondere opsporingstechnieken houden overduidelijk een inbreuk in op het in dit artikel gewaarborgde recht¹⁰³; wat slechts toegestaan is onder de voorwaarden aangegeven in lid 2 van artikel 8 EVRM, waaraan de Belgische regeling tekortschiet daar o.m. vereist wordt dat de inmenging van het openbaar gezag bij wet moet zijn voorzien, terwijl het Hof van Cassatie reeds in 1985 besliste dat omzendbrieven of circulaires van de minister van justitie of van de Procureurs-generaal geen formele bron van strafprocesrecht zijn.¹⁰⁴

⁹⁸ Voor deze passage verwijs ik naar de (niet gepubliceerde) uiteenzetting die we in het kader van het vak *Vergelijkend strafrecht* kregen van Dhr. HANS HOLTHUIS, hoofdofficier van het Landelijk Parket (Nederland).

⁹⁹ B. DE SMET, ‘De justitie in de steigers.’, *Panopticron* 1997, 209-220.

¹⁰⁰ B. DE SMET, ‘De wankelende positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek’ *Panopticron* 1997, 141-161.

¹⁰¹ P.D. IJZERMAN, ‘Verschillende methoden, pro-actief en re-actief.’, *Delikt en Delinkwent* 1995, 556-569.

¹⁰² C. VAN DEN WYNGAERT, ‘De wijzigingen ten aanzien van het opsporingsonderzoek’ in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 47.

¹⁰³ *Parl. St. Senaat* 1996-97, nr. 1-704/2.

¹⁰⁴ Cass. 8 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 342.

Doch, ook in “eigen huis” treffen we een dergelijke bepaling aan: art. 28bis §3 Sv. stelt immers dat, behoudens wettelijke uitzonderingen waaraan het ons tot op heden in het kader van de bijzondere opsporingstechnieken ontbreekt, de opsporingshandelingen geen schending mogen inhouden van individuele rechten en vrijheden.

Daar zij anders in conflict dreigen te komen met de artt. 28 bis§3 en 56 §1 Sv. met als potentieel gevolg de bewijsuitsluiting of zelfs de ontoelaatbaarheid van de strafvordering¹⁰⁵, dringt het uitwerken van een wettelijke regeling aangaande de bijzondere opsporingstechnieken zich op, waarbij ervoor gepleit wordt dit te doen in de vorm van een kaderwet, die ruimte laat voor verdere toetsing door de rechter ten gronde.¹⁰⁶ Een te gedetailleerde regeling dreigt immers een onwerkbaar toestand te creëren, daar men dan de mogelijkheid ontnemt om nieuwe, innoverende opsporingstechnieken aan te wenden.

De gemeenschap moet via de wetgever laten weten welke uitzonderingen zij de politie wil toestaan op het algemene principe van openbaarheid, toepassing van de wet en eerlijkheid, in ruil voor een efficiënter beheersing van de georganiseerde misdaad.¹⁰⁷ De minister beloofde in november 1999 alvast de komende maanden werk te zullen maken van een regeling die bepaalde van deze bijzondere opsporingsmethoden toelaatbaar maakt.¹⁰⁸

In art. 28 bis §2 in fine wordt verwezen naar de bijzondere opsporingstechnieken en het gebruik ervan in de proactieve recherche, waarmee de wetgever enerzijds een toekomstige wettelijke regeling aankondigt en anderzijds het bestaan (enkel het bestaan) van deze technieken in de wet opneemt.¹⁰⁹

¹⁰⁵ H. BERKMOES, 'De wettelijke regeling van bijzondere opsporingsmethoden en hun toepassing binnen het nieuwe politiewezen' in C. FIJNAUT, B. DE RUYVER EN F. GOOSSENS (ed.), *De reorganisatie van het politiewezen*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1999, 247.

¹⁰⁶ R. VAN CAMP, 'Georganiseerde criminaliteit: te veel rechtsstaat of te veel Fouché?', *R.W.* 1996-97, 665-675 slot 697-708.

¹⁰⁷ *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 540/1.

¹⁰⁸ 'Rechter wordt dirigent in plaats van toeschouwer', *De Standaard* 16 november 1999.

¹⁰⁹ I. DELBROUCK, 'De wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek', *Limb. Rechtsl.* 1998, 61-106.

2.5. De rol van de onderzoeksrechter en de klassieke dwangmiddelen

2.5.1. De rol van de onderzoeksrechter in de opsporing

Het is de overbelasting van het gerechtelijk apparaat¹¹⁰ die met de vinger wordt gewezen, wanneer gevraagd naar de oorzaken van de afbouw van het gerechtelijk onderzoek, waarin een centrale rol was weggelegd voor een zelfstandig speurende onderzoeksrechter. Komt daarbij dat de politiediensten zich hebben ontwikkeld van een los verband van laag geschoolde ambtenaren tot een modern opsporingsapparaat, bestaande uit goed opgeleide agenten¹¹¹, wat de leidinggevende rol van de onderzoeksrechter alvast niet ten goede kwam.

De vraag rees dan ook of de onderzoeksrechter nog langer een centrale positie in het strafrechtelijke systeem moest innemen.¹¹² Vele alternatieven passerden de revue, waarbij vooral een sterke 'tegenstander' werd gevonden in de figuur van de 'rechter van het onderzoek'¹¹³, die uiteindelijk in de wet Franchimont toch de duimen moest leggen voor de (vernieuwde)¹¹⁴ onderzoeksrechter, zij het dat in dit verband de term "Pyrrusoverwinning" op menig auteurs lippen ligt.¹¹⁵

2.5.2. De onderzoeksrechter en de proactieve recherche

Vanuit enerzijds de kritiek dat het openbaar ministerie als vervolgingsorgaan te dicht bij de zaak betrokken is¹¹⁶ en anderzijds de vrees dat de politie op basis van een slechte prognose over het misdadig voornemen, een risico dat nog toeneemt als de politiediensten in een felle concurrentiestrijd zijn gewikkeld¹¹⁷, (te) diep in iemands persoonlijke levenssfeer binnendringt¹¹⁸,

¹¹⁰ B. DE SMET, 'De wankelende positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek', *Panopticon* 1997, 141-161.

¹¹¹ D. GARE, 'Heeft ons negatief-wettelijke bewijsstelsel zijn langste tijd gehad?', *Delikt en Delinkwent* 1996, 119-133.

¹¹² B. DE SMET, 'De wankelende positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek', *Panopticon* 1997, 141-161.

¹¹³ G.L. BOURDOUX en D. LYBAERT, 'De politiediensten, een vergeten partner?', *Panopticon* 1996, 227-247, B. DE SMET, 'De justitie in de steigers', *Panopticon* 1997, 209-220 en M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 85-88.

¹¹⁴ Voor een uitvoerige bespreking van de vernieuwingen zie o.a. M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 72 e.v.

¹¹⁵ B. DE SMET, 'De omkadering van het gerechtelijk onderzoek na de wet Franchimont', in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 55-92.

¹¹⁶ P.D. IJZERMAN, 'Verschillende methoden, pro-actief en re-actief', *Delikt en Delinkwent* 1995, 556-569.

¹¹⁷ B. DE SMET, 'De onderzoeksrechter onder een spervuur van kritiek. Levert het gerechtelijk onderzoek enige meerwaarde op?' in C. FIJNAUT, D. VAN DAELE en F. VERBRUGGEN (eds.), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België - Het antwoord van de overheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 301-321.

¹¹⁸ G.J.M. CORSTENS, 'Vroegsporing', *Delikt en Delinkwent* 1995, 1-4.

opperden sommigen het idee de proactieve recherche onder toezicht van de onderzoeksrechter te plaatsen.¹¹⁹ Argumenten aangehaald om deze stelling te ondersteunen zijn: een grotere symmetrie tussen “klassieke” dwangmiddelen en de bijzondere opsporingstechnieken (die geen rechterlijk bevel vereisen)¹²⁰ alsook de grotere bereidheid van de onderzoeksrechter ook rekening te houden met elementen die ten voordele van de verdachte pleiten. Bij dit laatste verwijs ik naar een uitspraak van onderzoeksrechter Heeren: "Wij onderzoeksrechters moeten ons sterk kunnen maken dat het onderzoek *à charge* en *à décharge* is gevoerd, doch als wij pas in het onderzoek geroepen worden nadat de undercoverpraktijken reeds geruime tijd aan het lopen zijn, kunnen we dit wat betreft de voorafgaande periode niet meer garanderen."¹²¹ Dat deze argumenten de commissie Franchimont niet hebben kunnen verleiden om de proactieve recherche onder leiding van de onderzoeksrechter te brengen is reeds voldoende benadrukt; toch zien we dat het hierboven aangehaalde streven naar consistentie ook reeds een aandachtspunt van de commissie Franchimont was, bewijze daarvan het art. 28 bis §3 dat, behoudens wettelijke uitzonderingen, het gebruik verbiedt van opsporingshandelingen die dwangmaatregelen inhouden. Er bestaat echter onduidelijkheid over welke proactieve opsporingstechnieken als dwangmaatregel moeten worden aangemerkt, zodat Bart De Smet niet uitsluit dat een aantal ingrijpende technieken zonder enige machtiging van de onderzoeksrechter kunnen worden toegepast.¹²²

2.5.3. De mogelijkheid van klassieke dwangmiddelen in de fase van de proactieve recherche

De onderzoeksrechter had en heeft nog steeds een monopoliepositie in verband met het treffen van dwangmaatregelen; zowel de “klassieke” als deze in het kader van de bijzondere opsporingstechnieken (die dan vooral/uitsluitend¹²³ in de reactieve fase gebruikt kunnen worden). De aanwending van deze technieken in het kader van het (zuivere) gerechtelijk onderzoek wordt hier niet besproken, doch een andere interessante vraag dringt zich op: art. 28 bis §3 verbiedt dwangmaatregelen in het opsporingsonderzoek, maar biedt de

¹¹⁹ H.F.M. CROMBAG, P.J. VAN KOPPEN en W.A. WAGENAAR, 'Wandelen in een strafvorderlijk niemandsland' in A.W.M. VAN DER HEIJDEN, *Criminele inlichtingen*, Den Haag, Vuga, 1993, 35-50 en B. DE SMET, 'De wankelende positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek.', *Panopticon* 1997, 141-161.

¹²⁰ B. DE SMET, 'De wankelende positie van de onderzoeksrechter. Bedenkingen bij de verzelfstandiging van de politie en de teloorgang van het gerechtelijk onderzoek.', *Panopticon* 1997, 141-161.

¹²¹ DAENINCK, PH. EN DELBROUCK, L., 'Strafprocesrecht in beweging. Een interview met onderzoeksrechter Heeren en Prof. dr. Verstraeten', *Jura Falc.* 1998-99, 587-605.

¹²² B. DE SMET, 'De onderzoeksrechter onder een spervuur van kritiek. Levert het gerechtelijk onderzoek enige meerwaarde op?' in C. FIJNAUT, D. VAN DAELE en F. VERBRUGGEN (eds.), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België - Het antwoord van de overheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 301-321.

¹²³ Cf. *infra*

toestemming van de onderzoeksrechter een mogelijkheid om deze klif te omzeilen?

Art 28 Sv. *sensu lato* heeft met de proactieve recherche nog niet al haar geheimen prijsgegeven. Rode lantaarn art. 28 septies voert een tweede innoverende instelling in het strafproces: de mini-instructie. Deze figuur knipt, althans gedeeltelijk¹²⁴, de band door die er bestond tussen dwangmiddelen en gerechtelijk onderzoek, daar het de procureur des Konings toestaat de onderzoeksrechter te vorderen een bepaalde onderzoekshandeling te verrichten, waarvoor enkel de onderzoeksrechter bevoegd is, met uitzondering van het bevel tot aanhouding, de huiszoeking¹²⁵ en de bewakingsmaatregel bedoeld in art. 90 ter. Na uitvoering van de desbetreffende onderzoekshandeling wordt het dossier, tenzij de onderzoeksrechter er anders over beslist door het dossier te evoceren, teruggezonden aan de procureur des Konings, die instaat voor de voortzetting van het opsporingsonderzoek.

Wat betreft het reactieve opsporingsonderzoek geeft dit aanleiding tot een aantal hier niet verder besproken aandachtspunten¹²⁶; wat ons hier bezighoudt zijn de mogelijkheden die deze bepaling biedt met het oog op het proactief rechercheren.

Dit brengt ons bij de moeilijke doch boeiende vraag of het mogelijk is de figuur van de mini-instructie toe te passen in de fase van de proactieve recherche. Terugdenkend aan de lessen logica kom ik tot het volgende resultaat: de mini-instructie is mogelijk in het opsporingsonderzoek; de proactieve recherche is een onderdeel van het opsporingsonderzoek, dus, conclusie, mini-instructie is mogelijk in de fase van de proactieve recherche. Zo eenvoudig liggen de zaken echter (jammer genoeg) niet; er zijn een aantal tegenargumenten:

Artikel 28 septies biedt de onderzoeksrechter de mogelijkheid op te treden buiten het gerechtelijk onderzoek om¹²⁷, zodat de vraag rijst of de uit de artikelen 47 en 64 Sv. voortvloeiende voorwaarde dat de onderzoeksrechter enkel gevat kan worden na klacht of aangifte van een (noodzakelijkerwijze) reeds gepleegd misdrijf¹²⁸ hier niet buiten spel gezet wordt, daar het in dat geval gaat om een onderzoeksrechter *sensu stricto*, als coördinator van het gerechtelijk onderzoek, terwijl we hier te maken hebben met onderzoeksrechter in de ruime zin van het woord, die ook kan optreden buiten het gerechtelijk onderzoek.

¹²⁴ Aan de onderzoeksrechter komt nog steeds de leiding over de opsporing toe, in drie gevallen, zie B. DE SMET, 'De omkadering van het gerechtelijk onderzoek na de wet Franchimont', in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 55-92.

¹²⁵ Iets wat door F. SCHUERMAN'S betreurd wordt.

¹²⁶ Zie o.a. M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek.*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 56-67.

¹²⁷ F. HUTSEBAUT, *De wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek: een overzicht*, (niet gepubliceerd).

¹²⁸ W. DERIDDER, 'De relatie openbaar ministerie-rijkswacht.' in X. (ed.), *Een eigentijds Openbaar Ministerie*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1994, 250-253.

Een tweede vaak gehoord argument om de mini-instructie uit de fase van de proactieve recherche te weren is dat er in de proactieve fase geen mogelijkheid bestaat tot het gebruik van dwangmaatregelen.¹²⁹ Professor Verstraeten definieert dwangmaatregelen als volgt: maatregelen die een inbreuk uitmaken op de persoonlijke rechten en vrijheden en dit vóóraler de persoon in kwestie is veroordeeld.”¹³⁰ Wanneer we nu echter een techniek als bijvoorbeeld ‘observatie’ nader bekijken zal er niemand zijn die ontkent dat deze techniek een inbreuk uitmaakt op het fundamentele recht op privacy... toch voel ik aan, noem het een ontkiemend rechtsgevoel, dat deze bijzondere opsporingstechniek niet als een dwangmaatregel kan/moet beschouwd worden; professor Verstraeten (en diens volwassen rechtsgevoel) delen deze mening, zodat voorliggend argument standhoudt, zonder echter (mij) te kunnen overtuigen.

Driemaal lijkt ook hier scheepsrecht te zijn; wanneer een onderzoeksrechter gebruik wenst te maken van het (reeds hierboven en) ook in art. 28 septies vermelde advocatierecht, hoe valt dit dan te rijmen met de artikelen 47 en 64 Sv. of de keuze van de wetgever om de proactieve recherche in het opsporingsonderzoek te plaatsen? Bart De Smet is van mening dat deze bepaling de onderzoeksrechter weliswaar verhindert de fakkel van het openbaar ministerie over te nemen, doch blijft een mini-instructie in het kader van een proactieve recherche als mogelijk zien.¹³¹ Hierbij kunnen mijns inziens uiteraard wel vragen gesteld worden; het overnemen van het artikel 28 septies, zonder echter het in dit artikel vermelde advocatierecht lijkt wel erg sterk op knutselwerk; misschien is het toch beter dit over te laten aan de wetgever die met deze manier van werken beter vertrouwd is...

Dat deze rechtsfiguur (zelfs los van de proactieve recherche) niet van kritiek verstoken kan blijven hoeft geen betoog¹³²; de combinatie van de keuze voor een onderzoeksrechter enerzijds en de invoering van de mini-instructie anderzijds doet inderdaad wenkbrauwen fronsen en reeds in de Senaat werd het bestempeld als een compromisoplossing (tussen onderzoeksrechter en rechter van het onderzoek) die niet de juiste richting aangeeft.¹³³

Voor zowel telefoontap¹³⁴, huiszoeking¹³⁵ als de aanhouding van de verdachte in de zin van art. 16 van de wet op de Voorlopige Hechtenis, blijkt dus de

¹²⁹ Vanzelfsprekend zullen belijders van deze opvatting zich niet enkel steunen op het art. 28bis §3, dat immers zelf al in de mogelijkheid voorziet hier bij wet van af te wijken, bijvoorbeeld door art. 28septies...(in de reactieve fase onbetwist)

¹³⁰ Deze definitie kan, met enige goede wil, afgeleid worden uit: R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, 171.

¹³¹ B. DE SMET, ‘De omkadering van het gerechtelijk onderzoek na de wet Franchimont’, in X. (ed.), *Het vernieuwde strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 55-92.

¹³² Zie o.a. M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 80.

¹³³ *Parl. St. Senaat*, 1997-98, 704/4.

¹³⁴ Wat reeds te lezen valt in de af luisterwet zelf, *B.S.* 24 januari 1995.

¹³⁵ Wat aanleiding lijkt te kunnen geven tot een aantal ‘praktische’ problemen; zo is het niet duidelijk of het bespieden van personen die zich in een woning bevinden door middel van

mogelijkheid ze aan te wenden in het kader van een proactief onderzoek, te ontbreken, waarbij dient opgemerkt te worden dat wat betreft de telefoontap reeds (impliciet) in art. 90 ter §2 de voorwaarde van het reeds gepleegd zijn, wordt gesteld.¹³⁶ Professor Van Den Wyngaert wijst er wel op dat de temporele fasering tussen een proactieve en een reactieve telefoontap in de praktijk soms moeilijk kan gemaakt worden en zij leidt uit het arrest LÜDI vs. Zwitserland¹³⁷ af dat er alvast geen onverenigbaarheid bestaat tussen een proactieve telefoontap en het EVRM.

2.6. Wanneer is de proactieve recherche mogelijk?

Zowel Kamer als Senaat opteerden ervoor de proactieve recherche te beperken tot bijzonder ernstige feiten, zodat de proactieve recherche als bijzondere opsporingsmethode enkel bij uitzondering zou worden toegepast.¹³⁸ Nochtans had de regering erop aangedrongen de proactieve recherche niet al te zeer te beperken, teneinde te vermijden dat men zijn toevlucht zou nemen tot andere middelen om hetzelfde doel te bereiken.¹³⁹

Voorwaarde voor het opstarten van een proactieve recherche is een redelijk vermoeden (§1) (van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten) en die worden of zouden worden gepleegd in het kader van een criminele organisatie, zoals gedefinieerd door de wet (§2), of misdaden of wanbedrijven als bedoeld in artikel 90ter §2, 3 en 4 zouden uitmaken (§3).

2.6.1. Een redelijk vermoeden...

Met betrekking tot het begrip “redelijk vermoeden” staat mij, wanneer gevraagd naar associatie, als eerste de term ‘casuïstiek’ voor ogen, wat op zijn beurt weer verwijst naar rechtspraak. Wanneer deze van het hoogste Belgische rechtscollege erop nageslagen wordt, blijkt uit een arrest van 17 juni 1983 wat het Hof onder ‘...redelijk termen aanwezig zijn om te vermoeden dat zij een strafbaar feit hebben begaan...’, zijnde een deel van de inhoud van art. 5.1.c EVRM, verstaat: “dit houdt geen onderscheid in tussen een misdrijfvermoeden en een schuldvermoeden en eist voor geen enkel bestanddeel van het misdrijf een zekerheid of absolute zekerheid.”¹⁴⁰

Nederlandse (hiërarchisch lagere) collega-rechters gaven 6 jaar eerder als invulling: “...de feiten en omstandigheden moeten objectief gezien voldoende aanleiding geven voor een verdenking van het plegen van een strafbaar feit”.¹⁴¹

infraroodcamera's valt onder de term 'huiszoeking' waarvoor een klassiek gerechtelijk onderzoek vereist is, dan wel onder observatie.

¹³⁶ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 808.

¹³⁷ Lüdi vs. Zwitserland, EHRM, 15 juni 1992, *Publ. E.C.H.R. Serie A*, Vol. 238§39 en 40.

¹³⁸ *Parl. St. Kamer*, 1996-97, 857/24.

¹³⁹ *Hand. Senaat*, 1997-98, 27 januari 1998.

¹⁴⁰ Cass. 17 juni 1983, *Arr. Cass.* 1982, 1287-1290 en *Pas.* 1983, I, 1173-1176.

¹⁴¹ Hof Amsterdam 3 juni 1977, *NJB* 1978, 601.

2.6.2. In het kader van een criminele organisatie

Het invoegen van de bepaling ‘...die worden of zouden worden gepleegd in het kader van een criminele organisatie, zoals gedefinieerd door de wet...’ heeft iets weg van het enkel op bouwplan vastleggen van de funderingen, erop vertrouwend dat het huis ook zo wel zal blijven staan! Het wetsartikel waarnaar verwezen wordt, was op 2 oktober 1998, datum van inwerkingtreding van de wet Franchimont, immers nog steeds in behandeling in de Kamer en werd pas op 26 februari 1999 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Samen met M. Minnaert durf ik dan ook de vraag te stellen naar de wettelijkheid / mogelijkheid van de in tussentijd gevoerde proactieve onderzoeken.¹⁴²

a) Het waarom van deze bepaling.

De bestrijding van de georganiseerde misdaad lijkt het kernthema van de jaren '90 te worden¹⁴³, en dit zowel op nationaal vlak -nationaal magistratuur Vandoren noemt het dé uitdaging voor het einde van deze eeuw¹⁴⁴- als op internationaal vlak, waar bij dit laatste onder andere te denken valt aan het verdrag van Amsterdam dat de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit zelfs als een van de doelstellingen van de Europese Unie vooropstelde.¹⁴⁵

b) Kenmerken van de georganiseerde criminaliteit

Een eenvoudige lakmoesproef bestaat er nog niet, maar er zijn een aantal typische kenmerken die ons vertellen wanneer we te maken hebben met een criminele organisatie.

Het zou onjuist zijn het verschil met de vertrouwde traditionele criminaliteit enkel terug te brengen tot schaalvergroting; elementen die ook een belangrijke rol opeisen zijn: het ondernemingskarakter van de georganiseerde criminaliteit, zijnde een soort van celstructuur¹⁴⁶ die voorkomt dat het wegvallen van één of meer leden leidt tot een belangrijke verstoring van de activiteiten en daarnaast de taakverdeling, die maakt dat enkel het voetvolk de meest riskante “gemeenrechtelijke” misdrijven pleegt¹⁴⁷. Verder beschikken dergelijke

¹⁴² M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 56-67.

¹⁴³ K., NEUDEK, S., ZYLHARZ-SHAW en B., LOVELL, ‘The World Ministerial Conference on Organised Transnational Crime - Background, Results and Follow-up’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Justice* 1995, 88-95.

¹⁴⁴ A. VANDOREN, ‘De bestrijding van de georganiseerde misdaad, een uitdaging voor het einde van deze eeuw’, Inaugurale les Opening Academiejaar 1995-96, Koninklijke Rijkswachtsschool, 13 oktober 1995. (*niet gepubliceerd*).

¹⁴⁵ Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie, de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, *P.B.* 10 november 1997, nr. C 340/1.

¹⁴⁶ H. BERKMOES en D. LYBAERT, ‘Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?’. (*niet gepubliceerd*)

¹⁴⁷ F. VERBRUGGEN, ‘Een te botte speerpunt: bedenkingen bij het wetsontwerp betreffende criminele organisaties’, *Vigiles* 1997, 8-25.

organisaties ook over de nodige capaciteit om zichzelf te beschermen tegen pogingen van de overheid om haar activiteit te kortwieken; enerzijds doordat ze beroep kunnen doen op alle beschikbare legale bronnen (juridische spitstechnologie,...), anderzijds is er ook nog altijd de mogelijkheid om overheids personeel te rekruteren of zelfs om te kopen...

Hét criterium bij uitstek om plegers van georganiseerde criminaliteit te onderscheiden van andere misdadigers blijft echter de bereidheid hun positie met verregaande middelen te verdedigen, waarbij ze er niet voor terugdeinzen geweld te gebruiken, zowel tegen personen uit hun eigen kring als tegen politie en justitie.¹⁴⁸

Uit het eindrapport van de Parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit in België¹⁴⁹, blijken ook nog twee andere, niet-exclusieve kenmerken van de georganiseerde criminaliteit, namelijk hun internationaal karakter alsook hun etnische factor; criminele organisaties kunnen immers gemakkelijk ingedeeld worden volgens nationaliteit daar zij op dat vlak een grote homogeniteit vertonen.

In de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit wordt het voeren van een proactieve recherche als een absolute noodzaak aanzien.¹⁵⁰ Deze stelling is ook terug te vinden in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende de criminele organisaties¹⁵¹; we schrijven dan 1 april 1997, ruim twee maanden vóór de indiening van amendement nummer 107 dat de proactieve recherche in het wetsontwerp Franchimont zal invoegen.

c) Bespreking van het wetsartikel zelf

Artikel 324bis Sw. definieert een criminele organisatie als volgt: iedere gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die duurt in de tijd, met als oogmerk het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf, om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen, en waarbij gebruik gemaakt wordt van intimidatie, bedreiging, geweld listige kunstgrepen of corruptie, of waarbij commerciële of andere structuren worden aangewend om het plegen van de misdrijven te verbergen of te

¹⁴⁸ H. VAN DE BUNT, C. FIJNAUT, F. BOVENKERK en G. BRUINSMA, 'De georganiseerde criminaliteit in Nederland. Het criminologisch onderzoek ten behoeve van de enquêtecommissie opsporingsmethoden.', *Tijdschrift voor Criminologie* 1996, 102-119.

¹⁴⁹ Merk op dat het opzet van de parlementaire commissie een onderzoek was naar de georganiseerde criminaliteit, een begrip met een ruimere inhoud dan de term "criminele organisatie", die ons enkel de strafrechtelijke benadering van de georganiseerde criminaliteit aanreikt, naast bijvoorbeeld de criminologisch-beschrijvende: *Parl. St. Senaat 1998-99, 1-326/9*, C.J.M. SCHUYT, 'De criminoloog als kaartlezer. Enkele kanttekeningen bij het onderzoek van FIJNAUT e.s. voor de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden', *Delikt en Delinkwent* 1997, 28-38.

¹⁵⁰ *Parl. St. Senaat 1998-99, 1-326/9*, W. DERIDDER, 'De relatie openbaar ministerie-rijkswacht.' in X. (ed.) *Een eigentijds Openbaar Ministerie*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1994, 250-253 en H. BERKMOES en D. LYBAERT, 'Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?' (*niet gepubliceerd*)

¹⁵¹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de criminele organisaties, *Parl. St. Kamer 1996-97, 954/1*.

vergemakkelijken¹⁵²... zijnde een definitie die nauw aansluit bij degene gebruikt in het ontwerp van Gemeenschappelijk Optreden in het kader van de Europese Unie.¹⁵³ Het essentiële in deze definitie is dat niet de feiten als dusdanig centraal staan, maar wel de dadergroep en het ondernemingskarakter van de criminele organisatie.¹⁵⁴ Deze definitie wil, geheel in overeenstemming met wat door de regering was vooropgesteld¹⁵⁵, zowel de georganiseerde criminaliteit als de organisatiecriminaliteit strafbaar stellen, waarbij deze laatste vorm van criminaliteit zich voordoet wanneer leden van een legale organisatie strafbare feiten plegen zonder dat de organisatie zelf functioneert als een criminele organisatie.¹⁵⁶

Uit de navolgende artikels van de wet op de criminele organisatie blijkt dat niet enkel het lidmaatschap van een dergelijke organisatie strafbaar wordt gesteld (art. 324ter §1 Sw.), doch ook het deelnemen aan de voorbereidingshandelingen of de uitvoering van enige geoorloofde activiteit in het kader van die criminele organisatie alsook de deelname aan het nemen van beslissingen in het raam van de criminele organisatie (art. 324ter §3 Sw.), waarbij als moreel element steeds wordt vereist: het weten dat men met zijn deelname bijdraagt tot de oogmerken van deze organisatie. In een aparte paragraaf wordt het bekleden van een leidinggevende positie in de criminele organisatie strafbaar gesteld. (art. 324ter §4 Sw.)

Door deze nieuwe bepalingen kunnen thans een aantal personen die vroeger de dans ontsprongen, omdat de bestaande regels inzake daderschap en deelneming niet toelieten personen te treffen die zich binnen criminele organisaties bewogen en er een belangrijke rol speelden zonder zelf strafbare

¹⁵² Vergelijk deze definitie met de in andere landen gehanteerde definitie, zoals beschreven in R. VAN CAMP, 'Georganiseerde criminaliteit: te veel rechtsstaat of te veel Fouché?', *R.W.* 1996-97, 665-675 slot 697-708.

¹⁵³ Raad van de Europese Unie, Ontwerp van gemeenschappelijke actie op basis van artikel K.3 van het EU-verdrag betreffende de deelname aan criminele organisaties in de Unie, Persmededeling 2075, Raad Justitie en Binnenlandse Zaken. (<http://ue.eu.int/Presse/232364EA.htm>)

¹⁵⁴ H. BERKMOES, 'De georganiseerde misdaad' in X. (ed.) *Mensenrechten. Jaarboek van het interuniversitair centrum mensenrechten*, Maklu, Antwerpen, 1993, 25.

¹⁵⁵ Actieplan van de regering tegen de georganiseerde criminaliteit, 2.

¹⁵⁶ Het is misschien interessant om kort (en niet exhaustief) de uit voorliggende artikels af te leiden definitie van criminele organisatie te vergelijken met de bepalingen aangaande het misdrijf 'bendevoorming':

1. Bij bendevoorming gebeurt het groeperen louter met het oog op het plegen van misdrijven op personen of eigendommen, terwijl men bij een criminele organisatie een veel belangrijker, uitgebreider structuur aantreft, met een meer permanent karakter.
2. Waar bij bendevoorming alle leden persoonlijk de bedoeling hebben lid te zijn of deel te nemen aan het plegen van misdrijven, omvat een criminele organisatie een of meerdere structuren, waarvan sommige mogelijk legaal zijn, die wel/toch bijdragen tot de finaliteit van de organisatie.
3. Bij bendevoorming is het hoofddoel de persoonlijke verrijking van het participerende bendelid, terwijl er bij een criminele organisatie een hiërarchie is die ertoe leidt dat de verrijking meestal gaat naar de leidende personen.

Zie *Parl. St.* Kamer 1996-97, 954/17, F. VERBRUGGEN, 'Een te botte speerpunt: bedenkingen bij het wetsontwerp betreffende criminele organisaties', *Vigiles* 1997, 8-25.

feiten te plegen of zonder zich in een situatie te plaatsen die, overeenkomstig de criteria bepaald in de artikelen 66 en 67 Sw., als strafbare deelneming konden worden aangemerkt, nu toch voor de rechter gebracht worden. Daarnaast is men ook niet blind voor de implicaties die deze bepaling zal hebben op het terrein van de strafvordering; reeds in de memorie van toelichting heeft de minister immers ‘het aanreiken van een criterium voor de aanwending van speciale wettelijke en operationele maatregelen’ als tweede doelstelling naar voren geschoven.¹⁵⁷ Waar destijds vooral het aanwenden van methodes als telefoontap, huiszoeking en voorlopige hechtenis in het kader van een reactieve opsporing voor ogen stonden¹⁵⁸, heeft dit artikel ook wat betreft de proactieve recherche een hoofdrol opgeëist.

Daar wetten nu eenmaal niet gecreëerd zijn om unaniem aanvaard te worden, zal het als vanzelfsprekend overkomen dat ook deze wet niet van kritiek verstoken kan blijven, doch een bespreking hiervan zou ons te ver leiden.¹⁵⁹

2.6.3. Artikel 90ter §2, 3 en 4

In plaats van een strafmaat te bepalen heeft de wetgever ervoor gekozen te verwijzen naar misdrijven en wanbedrijven waarvan hij reeds de zwaarwichtigheid had erkend en die opgesomd staan in art. 90ter §2,3 en 4 Sw.¹⁶⁰

2.7. Het praktische verloop van een proactief onderzoek.

2.7.1. De bronnen van voorstellen tot proactieve projecten

De voorstellen tot het opstarten van een proactieve recherche worden vooral verwacht vanuit de hoek van de politiediensten, waarbij men een voortrekkersrol toekent aan gespecialiseerde diensten zoals o.a. het Centraal Bureau van de Rijkswacht en de Nationale Brigade van de Gerechtelijke Politie¹⁶¹; zo valt tenminste af te leiden uit de ministeriële omzendbrief hieromtrent, doch er wordt ook gerekend op enige assertiviteit ter zake van de lokale eenheden. En hoewel er met geen woord over gerept wordt, is er m.i. ook voor de procureur des Konings een belangrijke taak weggelegd als bron van proactieve projecten.

Deze voorstellen tot proactieve recherche worden genereerd vanuit een viertal informatieelden, zoals daar zijn:

¹⁵⁷ Parl. St. Kamer 1996-97, 954/1.

¹⁵⁸ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 328.

¹⁵⁹ Voor de geïnteresseerden, zie: F. VERBRUGGEN, ‘Een te botte speerpunt: bedenkingen bij het wetsontwerp betreffende criminele organisaties’, *Vigiles* 1997, 8-25.

¹⁶⁰ Het betreft o.m. de aanslag op of samenspanning tegen de Koning, de koninklijke familie en de regeringsvorm, ernstige bedreigingen, gijzeling, ontvoering van minderjarigen, jeugdbederf en ontucht, doodslag en moord, zware diefstal, roofmoord, heling van vermogensvoordelen, bepaalde categorieën brandstichting, handel in verdovende middelen, wapenhandel, mensenhandel en bepaalde inbreuken tegen de hormonenwet.

¹⁶¹ In beide gevallen: *rebus sic stantibus*

- wetenschappelijk onderzoek (vb. criminaliteitsanalyse) en literatuurstudies¹⁶²
 - onderzoek of gegevens afkomstig uit het buitenland, denken we bijvoorbeeld aan de wereld van de motorclubs¹⁶³
 - “landschapsbewaking”¹⁶⁴, een term die Van Duyne en Riks illustreren aan de hand van het beeld van een boswachter die zijn natuurgebied bewaakt en beschermt, maar die ook de veranderingen en het komen en gaan van gebruikers in de gaten houdt; met andere woorden, het scannen van de maatschappelijke omgeving.¹⁶⁵ Dit kan inlichtingen opleveren die als dusdanig nietszeggend zijn, maar die, gecombineerd met andere bevindingen, wel een rol van betekenis kunnen spelen. Ook in de ministeriële omzendbrief wordt hier melding van gemaakt, met name wanneer voorgesteld wordt als basis voor een eerste analyse, die mogelijk leidt tot een proactieve recherche, de vragen van territoriale eenheden te gebruiken. Hier moet wel steeds de definitie van proactieve recherche in het achterhoofd gehouden worden, wanneer men uit deze gegevens immers afleidt dat er een delict is gepleegd, behoort dit niet meer tot het terrein van de proactieve maar wel van de reactieve opsporing! Deze fase, die zowel in de ministeriële omzendbrief, als in het eindrapport van de Nederlandse Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden¹⁶⁶ voor de fase van de proactieve recherche geplaatst en men aanduidt met de (respectievelijke) termen ‘voorstudie’ en ‘voorfase’, moet de politiediensten de mogelijkheid geven een minimum aantal gegevens te verzamelen die de aanvraag tot het opstarten van een proactieve onderzoek kunnen verantwoorden, zonder echt al actief te onderzoeken.¹⁶⁷

2.7.2. Een pre-proactief onderzoek?

Dit is de vraag naar het tijdstip waarop het voorstel tot proactieve recherche moet overgemaakt worden aan de procureur des Konings of, met andere woorden, de vraag hoe ver de politiediensten mogen gaan (uiteeraard steeds in het kader van de proactieve recherche) alvorens de procureur des Konings in te lichten.

De ministeriële omzendbrief is hieromtrent duidelijk: elke meer actieve tussenkomst van de politiediensten dan het enkel opmaken van een (hierboven beschreven) analyse wordt zonder meer uitgesloten...niet ver dus.

¹⁶² H. BERKMOES en D. LYBAERT, ‘Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?’ (*niet gepubliceerd*).

¹⁶³ F. VERSPEELT, ‘Highsider strijdt tegen criminele motorbendes’, *Revue van de rijkswacht* 1997, 21-28.

¹⁶⁴ P.C. VAN DUYNEN en E. RIKS, ‘Vooruitlopend (politieel) onderzoek. Een aanzet tot verdere discussie en maatstafvorming’, *Delikt en Delinkwent* 1994, 685-703.

¹⁶⁵ J. VAN NIEUWERAMONGEN en P. VERSTEEGH, ‘Fenomeenonderzoek: een proactieve benadering van georganiseerde criminaliteit’, *Het tijdschrift voor de politie* 1995, 13-17.

¹⁶⁶ X., *Inzake opsporing. Enquêtecommissie opsporingsmethoden.*, ‘s Gravenhage, Sdu, 1996, 456-457.

¹⁶⁷ O. KLEES en D. VANDERMEERSCH, ‘La Réforme Franchimont - Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction.’, *J.T.*, 1998, 417-447.

Men heeft alzo willen vermijden wat in de praktijk, zij het op het reactieve vlak, voorkomt, namelijk dat politiediensten op eigen houtje opsporingen verrichten en de procureur des Konings pas in een gevorderd stadium bij het onderzoek wordt betrokken en zich de facto moet beperken tot niet veel meer dan een formele controle van de regelmatigheid van de bewijsgegevens, waarbij dan terecht de vraag gesteld kan worden naar de bescherming tegen een al te voortvarend optreden van de politie.¹⁶⁸

In deze context kunnen we niet voorbij aan het arrest van 25 april 1989¹⁶⁹ waarin het Hof van Cassatie stelde dat geen wettelijke bepaling of essentiële regel van de strafprocedure zich ertegen verzet dat de agenten en de officieren van de gerechtelijke politie, na vaststelling van een misdrijf in de uitoefening van hun ambt, hun opsporing aanvatten en doorvoeren zonder vooraf en dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings.

Hierbij moeten, voor wat betreft het leerstuk van de proactieve recherche wel twee bedenkingen geformuleerd worden: vooreerst is het zo dat in de mate dat dit arrest de politiediensten toelaat autonoom, zonder tussenkomst en toezicht van het openbaar ministerie, een eigen opsporingsactiviteit te ontwikkelen, het steeds zal gaan om een voorafgaand vastgesteld strafbaar feit¹⁷⁰ en dus per definitie buiten de proactieve recherche zal vallen!¹⁷¹

Verder mag ter zake ook niet voorbijgegaan worden aan het onderscheid tussen courantere en meer complexe dossiers; waar bij de eerste soort zaken inderdaad vragen te stellen zijn bij de meerwaarde van de tussenkomst (tijdens het onderzoek) van een magistraat¹⁷² (Ik verwijs hierbij naar het te Brugge opgestarte project onder de verklarende titel: ‘Autonome Politie Afhandeling.’) staat de noodzaak aan deze tussenkomst bij complexere zaken (waaronder deze die in aanmerking komen om een proactieve recherche op te starten) niet ter discussie¹⁷³ en is er zelfs een algehele consensus¹⁷⁴ dat dit zo snel mogelijk (=onmiddellijk) dient te gebeuren.

2.7.3. *Het verdere verloop*

Het door de politiediensten opgesteld voorstel tot proactieve recherche dient volgens de richtlijn vergezeld te zijn van zowel verantwoording als doelstellingen om de gerechtelijke overheden (zijnde de bevoegde procureur des Konings in geval van lokale proactieve recherche en de nationale magistraat voor nationale (lees (grotere) bovenlokale) en internationale

¹⁶⁸ B. DE SMET, ‘De justitie in de steigers’, *Panopticon* 1997, 209-220.

¹⁶⁹ Cass. 25 april 1989, *Arr. Cass* 1988-89, nr.485.

¹⁷⁰ R. VERSTRAETEN, ‘Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk’, *Delikt en Delinkwent* 1995, 605-643.

¹⁷¹ Waar het immers gaat om nog te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gekomen misdrijven.

¹⁷² Wiens functie hier immers gereduceerd pleegt te worden tot ‘doorgeefluik’, zie R. VAN CAMP, ‘Wie tekent de krijtlijnen uit?’ in F. DE MOT (ed.) *Politie en gezag*, Politeia, Brussel, 1995, 51.

¹⁷³ J. D’HAENENS, *Belgisch Strafprocesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 285.

¹⁷⁴ Ook van de kant van de rijkswacht, zie H. BERKMOES en D. LYBAERT, ‘Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?’. (*niet gepubliceerd*)

proactieve onderzoeken.) in staat te stellen de finaliteit, subsidiariteit en proportionaliteit te beoordelen en de te volgen methodologie te toetsen aan het wettelijk kader.

Indien de bevoegde magistraat besluit over te gaan tot het opstarten van een proactief onderzoek zal hij in samenspraak met de bevoegde politiedienst een “draaiboek”¹⁷⁵ uitwerken, bevattend een strikt omschreven planning en timing. Verder komt het ook aan de politiediensten toe een zogenaamd logboek bij te houden wat dienst zal doen als controle-instrument op de naleving door de betrokken politiediensten van de afgesproken ‘planning en timing’ en waarin (aanvankelijk?)¹⁷⁶ ook plaats voorzien is/was voor de noodzakelijke voorafgaande formele en schriftelijke goedkeuring voor elke nieuwe fase; dit om de bevoegde magistraat in staat te stellen zijn opdracht van leiding en toezicht op de gevoerde proactieve onderzoeken uit te voeren.

¹⁷⁵ Van de politiediensten wordt verwacht dat zij ook op dit vlak een voorstel naar voren schuiven.

¹⁷⁶ Cf. *supra*.

2.7.4. De informatiedoorstroming

Dat de informatiedoorstroming tussen de politiediensten onderling, tussen politiediensten en parket en zelfs tussen parketten onderling nooit de sterkste kant is geweest van het Belgische opsporingsapparaat, werd nogmaals pijnlijk aangetoond in bijvoorbeeld het onderzoek naar de Bende van Nijvel of de operatie 'Othello'.

Wat betreft de proactieve recherche heeft men getracht duidelijkheid te scheppen op dit punt door de invoering van het zogenaamde informatievierkant, waarbij beoogd wordt aan de verschillende actoren een optimale informatiepositie te verschaffen en parallelle circuits uit te sluiten.¹⁷⁷

2.8. Een internationaal probleem verdient een internationale aanpak.

Zoals de titel het reeds aangeeft, vraagt het "landgrensoverstijgende" probleem van de georganiseerde criminaliteit een dito aanpak; in dit hoofdstuk zal ik (kort en beperkt) de positie van de proactieve recherche op het internationale forum beschrijven.

Daar waar de wet Franchimont de techniek van de proactieve recherche voor het eerst van een wettelijke regeling voorzag, ging de primeur van eerste (impliciete) introductie in de Belgische rechtsorde naar de wet van 18 maart 1993 ter ratificatie van het Akkoord van Schengen.¹⁷⁸ Het zijn met name de artikelen 39 en 46 van de Schengenovereenkomst¹⁷⁹ die in dit verband vernoemd worden als zijnde de aanreikers van een grondslag voor de informatie-uitwisseling ter (bevordering van de) bestrijding van toekomstige strafbare feiten, waaronder, zo wordt algemeen aanvaard, ook de proactieve recherche te verstaan valt.¹⁸⁰

Wanneer het hoofdstuk van de internationale politieële samenwerking aan de orde is, mogen we niet nalaten te verwijzen naar de op de Europese Top van Luxemburg (28-29 juni 1991) geboren Europese Politiedienst, beter gekend onder de naam Europol.¹⁸¹ Ook in deze context komt het onderwerp van de

¹⁷⁷ Waartoe o.m. bepaalde rechtstreekse contacten, zoals tussen territoriale eenheden en nationale magistraat alsook deze tussen centrale eenheden en territoriaal bevoegde magistraten, principieel worden uitgesloten. Meer details aangaande dit informatievierkant zijn uiteraard terug te vinden in de hierboven aangehaalde ministeriële omzendbrief.

¹⁷⁸ C. DE VALKENEER, 'Les opérations sous-couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux', in F. TULKENS en H.D. BOSLY, *La justice pénale et l'Europe*, Brussel, Bruylant, 1996, 359-372.

¹⁷⁹ J.A.W. LENSING, 'De evolutie van de politiebevoegdheden in het raam van de bestrijding van de ernstige, georganiseerde misdaad', *Delikt en Delinkwent* 1994, 1007-1030.

¹⁸⁰ F. THOMAS, 'Internationale rechtshulp in strafzaken', in *APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 1998, 30, R. VAN CAMP, 'Georganiseerde criminaliteit: te veel rechtsstaat of te veel Fouché?', Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Antwerpen, *R.W.* 1996-97, 665-675 slot 697-708.

Daar het verdrag van Schengen het onderwerp uitmaakt van een afzonderlijk seminariewerk, verwijs ik geïnteresseerden naar dit en andere gespecialiseerde werken.

¹⁸¹ W. BRUGGEMAN, 'Het moeizaam rechthijzen van de derde Maastrichtpijler', *Panopticon* 1995, 310-321.

proactieve recherche aan bod, daar de uit 1995 daterende Europol-overeenkomst¹⁸² voorziet in een artikel 8.1 dat de mogelijkheid biedt om in het informatiesysteem gegevens te stockeren met betrekking tot personen “ten aanzien van wie bepaalde ernstige feiten gelet op het nationale recht het vermoeden rechtvaardigen dat zij een strafbaar feit zullen begaan...”

2.9. Artikel 39 Wet op het politieambt en de proactieve recherche: een geslaagde LAT-relatie?

Wanneer we in het kader van de proactieve recherche spreken over het verzamelen van inlichtingen met het doel te komen tot de vervolging, is er onduidelijkheid over hoe dit zich verhoudt tot artikel 39 van de Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, een artikel dat de politiediensten de mogelijkheid geeft om bij het vervullen van de hen toevertrouwde taken inlichtingen in te winnen, gegevens van persoonlijke aard te verwerken alsook documentatie bij te houden met betrekking tot de gebeurtenissen, groeperingen en personen die een concreet belang¹⁸³ vertonen voor de uitoefening van hun opdrachten van bestuurlijke en gerechtelijke politie. Dit artikel biedt een duidelijke wettelijke grondslag voor de door de politiediensten gebruikte documentatiesystemen, in zoverre zij beantwoorden aan de finaliteit van bestuurlijke of gerechtelijke politie.¹⁸⁴

Bewust van het gevaar voor de privacy dat dit artikel, door professor Verstraeten omschreven als een vorm van embryonale ontwikkeling van meer moderne opsporingstechnieken¹⁸⁵, met zich meebracht, werd (naast de opname van het begrip “concreet belang”, *cf. supra*) enerzijds in het artikel zelf een beperking opgenomen, bepalend dat de in de documentatie vervatte inlichtingen steeds in rechtstreeks verband moeten staan met de bestaansreden van het gegevensbestand en beperkt moeten blijven tot de vereisten die eruit voortvloeien; anderzijds werd in de begeleidende ministeriële omzendbrief¹⁸⁶ benadrukt dat de wetgeving inzake de privacy, met name de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, in dit verband strikt dient te worden nageleefd, waarbij vooral de artikelen 5 (“...de verwerking van gegevens dient toereikend, ter zake dienend en niet overmatige te zijn...”), 6 (verwerking van persoonsgegevens met betrekking tot ras, etnische afstamming,... is slechts toegestaan voor de door de of krachtens de wet gestelde doeleinden), 7

¹⁸² *P.B. C.* 1995, 316/01.

¹⁸³ Uit de Memorie van Toelichting halen we dat hiermee beoogd wordt de politiediensten zich te laten beperken tot wat noodzakelijk is voor de voorkoming van concrete gevaren en voor de repressie van bepaalde misdrijven; zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp op het Politieambt, *Parl. St.* 1990-91, nr. 163-7.

¹⁸⁴ G.L. BOURDOUX, ‘Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique’, *Déviance et Société* 1997, 431-441.

¹⁸⁵ R. VERSTRAETEN, ‘Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk’, *Delikt en Delinkwent* 1995, 605-643.

¹⁸⁶ Ministeriële omzendbrief van 2 februari 1993 met betrekking tot de wet van 5 augustus 1992 op het Politieambt, *B.S.* 20 maart 1993, erratum in *B.S.* 17 april 1993, punt 5.1.5.

(verwerking van medische gegevens (i.c. verbod op -)) en 8 (verwerking van gerechtelijke gegevens) kunnen aangemerkt worden als zijnde ter zake dienend.¹⁸⁷

Hierbij valt op te merken dat het met name art. 8§1, 2° is dat als een van de argumenten wordt gebruikt om de verwerking van persoonsgegevens ook in de proactieve fase te verantwoorden¹⁸⁸; iets waar, zonder de toepasselijkheid van art. 39 Wet op het Politieambt in vraag te willen stellen, mijns inziens toch vraagtekens bij geplaatst kunnen worden, daar er goede argumenten zijn om onder de in punt 2 bedoelde misdrijven enkel reeds gepleegde misdrijven te verstaan, wat dus maar een deel van de lading van de proactieve recherche dekt.

De in art. 39 aangehaalde begrippen van ‘bestuurlijke en gerechtelijke politie’, die een invulling krijgen in de artt. 14 en 15 van dezelfde wet, blijken in de praktijk veel moeilijker te (onder-) scheiden dan op papier¹⁸⁹; beiden zijn zeer complementair en onderscheiden zich uiteindelijk enkel door hun finaliteit.

Deze finaliteit is, althans wat de opdrachten van gerechtelijke politie betreft de vervolging, de vervolging die samen met de opsporingen onder leiding van het openbaar ministerie dient te gebeuren, aldus art. 22 Sv. Voor nationaal magistraat Duinslaeger was de conclusie duidelijk: ongeacht wie de gegevens met betrekking tot de opsporing en de vervolging van strafbare feiten beheert, het beschikkingsrecht erover ligt bij de gerechtelijk overheden, zowel op het nationale als op het internationale forum.¹⁹⁰ Hierbij kan dan even verwezen worden naar het vorige hoofdstuk: de daar besproken internationale gegevensuitwisseling blijkt dus (en echt verwonderen kan dat niet) steeds met goedkeuring van het openbaar ministerie te moeten gebeuren.

Deze mening wordt onder andere bijgetreden door de reeds eerder vernoemde M. Minnaert, die zich de vraag stelt of een ingreep van de wetgevende macht zich niet opdringt om ervoor te zorgen dat de bestaande informatie, verkregen door ‘gerechtelijke controle’ (onmiddellijk) onder uitsluitende controle en toezicht van de magistraat wordt gebracht. Wanneer deze bepaling immers wordt toegepast op de proactieve recherche, bepaalt het art. 28bis §2 Sv. wel dat een proactief onderzoek verloopt onder toezicht van een procureur des Konings, maar hoe kan dit toezicht verantwoordelijkheidsvol worden uitgeoefend zo er geen rechtstreekse en onmiddellijke controle kan uitgeoefend

¹⁸⁷ H. BERKMOES en D. LYBAERT, ‘Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?’. (*niet gepubliceerd*)

¹⁸⁸ H. BERKMOES en D. LYBAERT, ‘Pro(een) actieve recherche - wie zou contra zijn?’. (*niet gepubliceerd*)

¹⁸⁹ F. HUTSEBAUT, ‘Naar een autonoom politierecht’, in X. (ed.), *De nieuwe politiewetgeving in België*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 114-117 die o.m. verwijst naar proactieve informatie-activiteiten, “die initieel misschien een oogmerk van bestuurlijke politie nastreven, monden maar al te vaak uit in activiteiten van gerechtelijke politie.”

¹⁹⁰ P. DUINSLAEGHER, ‘Het gerechtelijk toezicht op de toepassing van het Schengenakkoord’ in L. VAN OTRIVE en J. VANDERBORGHT, *Schengen en de Belgische politiediensten*, Leuven, Acco, 1995, 41-52.

worden op de ingezamelde informatie?¹⁹¹ (waarbij Minnaert volgens mij o.m. doelt op de situatie dat niet alle informatie uit de proactieve recherche in het logboek of dossier wordt opgenomen, in welk geval de procureur des Konings immers wel steeds de mogelijkheid heeft om controle uit te oefenen, onder voorbehoud uiteraard dat hierin alles wordt opgenomen.)

Misschien kan het volgende onderzoeksrechter Minnaert gerust stellen: de wet van 7 december 1998¹⁹² tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus voorziet in zijn art. 44/4 dat de in art. 44/1 van dezelfde wet (zijnde een aangepaste versie van art. 39 Wet op het politieambt, waarin onder meer ook verwezen wordt naar art. 28bis §2 Sv.) bedoelde inlichtingen en gegevens in een algemene nationale gegevensbank worden verwerkt waarin meerdere indexsystemen zullen vervat zijn. De modaliteiten van zowel gegevensbank als indexsystemen zullen verder bepaald worden in een bij ministerraad overlegd Koninklijk besluit, dat ook zal voorzien in een regeling van toezicht door een federale magistraat¹⁹³ over de in deze systemen vervatte gerechtelijke informatie.

2.10. *You 'll never walk alone...*

Niet enkel de politiediensten nemen de georganiseerde criminaliteit in het vizier; zij zijn ook interessant voor een andere jager, genaamd staatsveiligheid, die na het 'wegvallen' van de Koude Oorlog een nieuwe vijand heeft gezocht.¹⁹⁴

Inlichtingendiensten hebben ondanks een zekere verwantschap¹⁹⁵, toch een ander statuut dan politiediensten; hen ontbreekt de bevoegdheid tot het opsporen van misdrijven alsook de bevoegdheid tot het daadwerkelijk handhaven van de openbare orde; zij dienen beschouwd te worden als een ondersteunend orgaan, dat vanuit de ruime informatiebasis waarover het beschikt informatieve steun verstrekt aan zowel politiediensten als magistraten.¹⁹⁶

Een belangrijk argument om een dergelijke samenwerking tot stand te brengen is de specifieke *know-how* die de Staatsveiligheid door de jaren heen heeft opgebouwd wat de toepassing van bepaalde onderzoekstechnieken, zoals o.m. de infiltratie, betreft, alsook de daarmee overeenstemmende werkwijze die erin bestaat om vóór alles een duidelijk beeld te krijgen van de structuur en het

¹⁹¹ M. MINNAERT, *Acht (Octopus)-armen rond het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 56-67.

¹⁹² Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, *B.S.* 5 januari 1999.

¹⁹³ *Cf. infra*.

¹⁹⁴ H. HOLTHUIJS tijdens een uiteenzetting in het kader van het vak *Vergelijkend strafrecht*.

¹⁹⁵ C. DE VALKENEER, 'Les opérations sous-couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux', in F. TULKENS en H.D. BOSLY, *La justice pénale et l'Europe*, Brussel, Bruylant, 1996, 359-372, B. HOOGENBOOM, 'Over de betrekkelijkheid van het debat over opsporingsmethoden. Proactivering in relatie tot bijzondere opsporingsdiensten en particuliere recherche', *Delikt en Delinkwent* 1995, 570-593.

¹⁹⁶ C. JANSSEN S. JANSSENS en N. DE MAN, 'De staatsveiligheid. Nieuwe uitdagingen, nieuwe strategie', *Politeia* 1996, 9-14.

werkingsmechanisme binnen de organisatie. Reeds eerder werd dit een werkwijze genoemd waarmee de politiediensten zich, onder andere in het kader van de proactieve recherche ook vertrouwd zullen dienen te maken/reeds vertrouwd hebben gemaakt.

2.11. De toekomst: een staande aangelegenheid?

Ik sloot er ook al het eerste Deel mee af: de aan de universiteit van Louvain-la-Neuve verbonden professor Bosly werd door de minister van Justitie aangezocht om een nadere regeling uit te werken aangaande de techniek van de proactieve recherche. Dit resulteerde begin juli 1998 in een voorontwerp van wet¹⁹⁷ dat reeds een eerste maal werd besproken in de Senaat naar aanleiding van een door de minister georganiseerd colloquium, op 8 en 9 oktober 1998.¹⁹⁸

Vooreerst wordt in het voorontwerp een aantal gegevens opgesomd waarvan de vermelding in de schriftelijke voorafgaande toestemming van de magistraat verplicht wordt gesteld en dit op straffe van nietigheid.¹⁹⁹ Zo moet deze toestemming onder andere vermelden wat het (concrete) doel is van de proactieve recherche; uit welke feiten en aanwijzingen men een redelijk vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gekomen misdrijven heeft afgeleid en welke officier van de gerechtelijke politie de proactieve recherche zal leiden. Deze gegevens zullen mijns inziens bijdragen tot een snellere en efficiëntere controle op de rechtmatigheid van de verkregen bewijsmiddelen (wat met deze maatregelen onder andere ook beoogd werd), al betekenen ze in hoofde van de magistraat wel extra werk... Een tweede belangrijk punt uit het voorontwerp is de mogelijkheid voor de procureur des Konings om een observatie te bevelen, op voorwaarde dat dit ten eerste noodzakelijk is en dat, ten tweede, de andere onderzoeksmethoden niet volstaan.²⁰⁰

Hierop zijn wel twee uitzonderingen voorzien: als de termijn van observatie vier weken overschrijdt, of als er technische middelen gebruikt worden die de observatie op private plaatsen mogelijk maken, is enkel de onderzoeksrechter bevoegd, zij het dat deze, na beslist te hebben, het dossier terugzendt naar de bevoegde parketmagistraat, waarin dus de figuur van de mini-instructie valt te herkennen. Een tweede uitzondering is de mogelijkheid die er voor de politiediensten bestaat zelf een observatie in te stellen, die 24 uren niet te boven mag gaan, noch gebruik mag maken van enig technisch middel dat toestaat de observatie op een private plaats uit te voeren. De procureur des Konings wordt hiervan onverwijld op de hoogte gebracht.

Naast het hierboven aangehaalde subsidiariteitsbeginsel (“...*si les autres moyens d’investigation ne suffisent pas...*”) bevat het art. 5.4 met betrekking

¹⁹⁷ Waarvan hier slechts enkele van de belangrijkste punten worden besproken.

¹⁹⁸ H. BOSLY, ‘Les méthodes spéciales d’investigation’ in X. (ed.), *Colloque réforme droit pénal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 113-124.

¹⁹⁹ Art. 5.2

²⁰⁰ Art. 5.4

tot de observatie ook het proportionaliteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel (§5), waarmee de opstellers van dit voorontwerp zijn tegemoetgekomen aan de verzuchting van de Parlementaire Onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit.²⁰¹

Het voorontwerp bevat echter nog een tweede, niet minder belangrijke waarborg, waarop reeds door de Liga voor Mensenrechten was aangedrongen²⁰², zijnde de plicht voor de magistraten om de persoon die het voorwerp van de observatie was, (nadien) hierover in te lichten. (§7)

Het voorontwerp voorziet ook in een (soortgelijke) regeling met betrekking tot de techniek van de infiltratie en het gebruik van informanten.²⁰³

Belangrijk is verder dat, voor wat betreft de proactieve recherche in zijn geheel, de beginselen van legaliteit en proportionaliteit worden vastgelegd²⁰⁴ alsook de plicht voor de officier van de gerechtelijke politie die de proactieve recherche leidt om op geregelde tijdstippen verslag uit te brengen aan de bevoegde magistratuur.²⁰⁵

Bij wijze van afsluiting van dit hoofdstuk hou ik eraan nogmaals te wijzen op het geringe ‘gezag’ van dit voorontwerp, daar het immers nog een lange weg heeft af te leggen door het parlement; een weg die voor dit specifieke ontwerp wel eens op een dodentocht zou kunnen uitdraaien, daar er langs vele zijden (academische wereld, magistratuur, politiediensten,...) kritiek op wordt geuit.

3. Besluit

In een maatschappij die steeds meer op preventie gericht is; bewijze daarvan de vele anti-inbraaksystemen (meer en meer door de verzekeringsmaatschappijen als *conditio sine qua non* gesteld voor het afsluiten van een polis), de “wildgroei” aan politieke veiligheidsplannen,..., zal ook de proactieve recherche een rol kunnen/moeten spelen.

De nood die er dienaangaande bestond aan een wettelijke regeling is (althans gedeeltelijk) geledigd, zeker na de inwerkingtreding van de wet op de criminele organisaties.

Toch dient in verband met dit laatste een nuance ingevoegd te worden; de proactieve recherche als hét wonderzalfje tegen de georganiseerde criminaliteit beschouwen zou een ernstige misrekening zijn; dit middel alleen volstaat immers niet om het nieuwe staatsgevaar de kop in te drukken. Het parlement heeft dit begrepen en voorzag onder meer in een nieuwe wettelijke regeling inzake corruptie.

²⁰¹ Zie o.a. *Parl. St. Senaat 1-326/9*, waar dit nogmaals herhaald wordt

²⁰² F. VERSCHUEREN, *Privacybescherming en strafrecht*, Gent, Liga voor mensenrechten, 1994, 12.

²⁰³ Art. 5.5 en 5.9

²⁰⁴ Art. 5.7

²⁰⁵ Art. 5.6

Veel wordt verder verwacht, niet enkel van de kant van de regering doch ook bijvoorbeeld van de kant van de rijkswacht, van een multidisciplinaire aanpak van de georganiseerde criminaliteit; vraag blijft echter in hoeverre dit, zowel wettelijk als praktisch, zal kunnen gerealiseerd worden; ik verwijs hierbij naar een stelling van Henk Janssen, hoofd van een rechetteam, tijdens een uiteenzetting te Rotterdam: “Het succes van de georganiseerde criminaliteit ligt niet in het briljante organisatietalent van de criminelen, maar meer in het feit dat de opsporingsdiensten nauwelijks in staat blijken samen te werken.”

Het zal u verder zijn opgevallen dat ik in dit seminariewerk steeds gesproken heb over de procureur des Konings als zijnde de bevoegde magistraat inzake proactieve recherche en (schijnbaar) voorbij leek te gaan aan de, toch ook in art. 28bis §2 vernoemde, arbeidsauditeur en nationaal magistraat... niet dus, maar beide figuren uit het strafproces zijn ‘met uitsterven bedreigd’ in het licht van de nakende gerechtelijke hervormingen. Het Federaal Parket zal het nieuwe thuis van de nationale magistraten worden, terwijl de arbeidsrechtbanken opgeslorpt zullen worden door hun grotere broertjes, de rechtbanken van 1^o aanleg. Dit vond ik (hopend dat u mij daarin volgt) als voldoende motivatie dienen om mij in voorliggend artikel te beperken tot de figuur van de procureur des Konings.

Ook langs de kant van de politiediensten zijn er nog grote veranderingen op til; bewijze daarvan de nog niet inwerkinggetreden Wet tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, B.S. 5 januari 1999. Deze wet voorziet onder meer in de oprichting van een federale politie die ernstige of georganiseerde bedreigingen van de openbare orde tot haar taken mag rekenen.

Tot dan is het echter roeien met de riemen die de politiediensten hebben, doch deze blijken niet te volstaan: beide politiediensten klagen over een schrijnend gebrek aan middelen en manschappen, waardoor men amper de reactieve dossiers kan afwerken, laat staan dat er ruimte zou zijn om proactieve dossiers op te starten.

Dit roept bij mij dan wel de vraag op, en laat me hier ook mee besluiten, of een goed gevoerd proactief beleid, althans in theorie, niet aanleiding zou geven tot een vermindering van de reactieve zaken.