

# Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten

Senne Meeus

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. F. Verbruggen

## 1. INLEIDING

Het toepassen van gespecialiseerde methoden door de politie bij het bestrijden van de georganiseerde criminaliteit is een noodzaak geworden in de samenleving van vandaag (vb. terrorisme, grootschalige witwaspraktijken, ...).<sup>1</sup> Het grootste gedeelte van de georganiseerde criminaliteit is namelijk niet zichtbaar en bovendien is de top van de criminele organisatie vaak niet rechtstreeks betrokken bij het plegen van misdrijven.<sup>2</sup> Deze noodzaak heeft zich onder andere geuit in de wet van 8 april 2002 betreffende de anonieme getuige, de wet van 7 juli 2002 betreffende de bedreigde getuige, de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden (verder aangeduid als de BOM-wet),...<sup>3</sup> De wetgever achtte een wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsmethoden absoluut nodig vanuit rechtstatelijk oogpunt maar ook vanuit het oogpunt van de onderzoeksrechters, het openbaar ministerie, de politie en de andere

---

<sup>1</sup> J.A.C. BEVERS, "Ethiek, controle en opsporing: tien uitgangspunten en twee discussies", *Trema*, 1996, 100; J.A. BLAAUW, "Infiltratie als nieuw specialisme: aanvaardbaar of hellend vlak?", *Algemeen Politieblad*, 1985, 252; M. DE RUE, "Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière", *J.T.* 2000, 321-322; Chr. DE VALKENEEER, *Le droit de la police*, Brussel, De Boeck, 1991, 151; B. FRANS, "De georganiseerde criminaliteit in België", in C. FYNAUT, D. VAN DAELE en F. VERBRUGGEN (ed.), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 31; G. HENDRICKX, *Problemen rond infiltratie*, Leuven, *onuitg.*, 1998, p. 7; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 751; R. VERSTRAETEN, "Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk", *Delikt en Delinquent*, 1995, 605ev.

<sup>2</sup> Parlementaire commissie van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in België. Tweede tussentijds verslag uitgebracht door H. COVELIERS en C. DESMEDT, *Parl. St. Senaat* 1997-98, 326-8.

<sup>3</sup> Wet 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, *B.S.* 12 mei 2003; zie ook M. BEERNAERT en D. VANDERMEERSCH, "La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins", *Rev. dr. pén.*, 2002, 715-744; T. DE MEESTER, "De feitelijke bescherming van bedreigde getuigen een feit?", *T. Strafr.*, 2003, 95-107; F. SCHUERMANS, "Anonieme getuige. Een eerste commentaar op de wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van getuigen", *C.A.B.G.*, 2003/1, 82p.

betrokkenen.<sup>4</sup> De infiltratie is naast de observatie en de informantenwerking één van deze bijzondere opsporingsmethoden.<sup>5</sup> Naast de nood aan bijzondere opsporingsmethoden ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit is er door het gebruik van zulke methodes ook een risico aanwezig van o.a. inbreuken tegen de privacy, politiecorruptie, het plegen van misdrijven,...<sup>6</sup> Het gevaar van het plegen van misdrijven door de infiltranten is niet irreëel en brengt ons bij de vraag naar de grenzen van de infiltratie en de bijzondere opsporingsmethoden in het algemeen.<sup>7</sup>

Het spreekt vanzelf dat gelet op de georganiseerde criminaliteit de bijzondere opsporingsmethoden met inbegrip van infiltratie ook bekeken moeten worden vanuit een internationaal perspectief.<sup>8</sup> De Europese Unie heeft op dit vlak al een aantal belangrijke verwezenlijkingen gerealiseerd.<sup>9</sup>

Om de totstandkoming en de gevolgen van de BOM-wet beter te kunnen analyseren is het echter van belang om eerst in te gaan op de regeling van de bijzondere opsporingsmethoden, in het bijzonder de infiltratie, in de periode vóór de BOM-wet.

## 2. DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN VÓÓR 6 JANUARI 2003

### 2.1. HET WETGEVENDE KADER VOOR DE JAREN '90

Vóór de BOM-wet van 6 januari 2003 bestond er geen wettelijk kader voor de bijzondere opsporingsmethoden met inbegrip van de infiltratie. De bijzondere opsporingsmethoden werden zonder enige wettelijke basis echter reeds toegepast in België sinds de jaren 1970.<sup>10</sup> In 1971 richtte de toenmalige

<sup>4</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer C. DESMEDT, *Parl. St. Kamer*, 1999-00, nr. 0716/002, 6-7; J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *N.j.W.* 2003, 1135

<sup>5</sup> Art. 47octies Sv.; Art. 4 Wet 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, *B.S.* 12 mei 2003

<sup>6</sup> C. FIJNAUT en G.T. MARX, "The Normalization of Undercover Policing in the West: Historical and Contemporary Perspectives" in C. FIJNAUT en G.T. MARX, *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*, Den Haag, Kluwer, 1995, 2

<sup>7</sup> *Parl. St. Kamer*, 1988, nr. 59/8, p. 369-370; A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, "De wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", *R.W.* 2003-2004, p. 921.

<sup>8</sup> *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1688/1 p.5

<sup>9</sup> G. VERMEULEN, *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulpruimte voor de Lid-Staten?*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 1999, 632p.

<sup>10</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *Bijzondere opsporingsmethoden en aanverwante onderzoeksmethoden*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1999, 2; C. FIJNAUT, *Een kleine geschiedenis van de huidige organisatie van het Belgisch politiewezen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 53; P. TRAEEST en J. MEESE, "België", in P.J.P. TAK, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*,

minister van Justitie A. Vranckx het 'Bureau Criminele Informatie' op (BCI).<sup>11</sup> Het BCI werd opgericht om het criminele milieu te infiltreren met agenten van buitenaf om zo informatie te verzamelen.<sup>12</sup> In 1973 richtte de rijkswacht haar eigen bureau voor criminele informatie op: het 'Nationale Drug Bureau' (NBD).<sup>13</sup> Zowel het BCI als het NBD werden opgedoekt nadat enkele ruchtbaar makende schandalen aan het licht waren gekomen: de zaak-Francois, de zaak Reyniers, ...<sup>14</sup> De opdrachten van de NBD werden overgedragen aan de in 1986 opgerichte lokale onderzoekseenheden: de Bewakings- en Opsporingsbrigades (BOB) en het Speciaal Interventie Eskadron (SIE). Hoewel de rechtbanken in de jaren '70 en '80 worstelden met het afbakenen van de grenzen tussen toegelaten undercover technieken en onwettige technieken, werd het gebruik ervan wel erkend.<sup>15</sup>

Door het toenemende aantal zaken waarin gebruik werd gemaakt van bijzondere opsporingsmethoden werden uiteraard juridische precedents gecreëerd.<sup>16</sup> De beginselen die uit die precedents kunnen worden afgeleid vinden hun weerslag in de omzendbrief van de Minister van Justitie van 24 april 1990, gewijzigd bij de omzendbrief van 5 maart 1992, betreffende de bijzondere opsporingstechnieken om de zware of georganiseerde criminaliteit te bestrijden.<sup>17</sup> Deze ministeriële omzendbrieven brachten echter ook een aantal problemen met zich mee, zoals de rechtsonzekerheid en het gebrek aan rechtsbescherming.<sup>18</sup> Deze problemen komen in eerste instantie voort uit het

---

Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 9; L. VAN OUIRIVE en J. CAPPELLE, "Twenty years of undercover policing in Belgium: the regulation of a risky police proactive", in C. FIJNAUT en G. MARX (ed.), *Undercover. Police Surveillance in Comparative Perspective*, The Hague, Kluwer, 1995, 143 ev.

<sup>11</sup>C. FIJNAUT, *De zaak Francois. Beschouwingen naar aanleiding van het vonnis*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 7-28; T. DE RAEYMAECKER, *Undercoveroperaties: remedie of provocatie? Een analyse van de rechtspraak*, Leuven, onuitg., 1999-2000, 7.

<sup>12</sup>Paper voorgesteld op de Joint Meetings of the Law and Society Association and Research Committee on the Sociology of Law of the International Sociological Association door J. CAPPELLE en L. VAN OUIRIVE, *Twintig jaar undercover in België: de regeling van een geriskeerde politiepraktijk*, Amsterdam, 1991, 8.

<sup>13</sup>C. FIJNAUT, *De zaak Francois. Beschouwingen naar aanleiding van het vonnis*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 28-31.

<sup>14</sup>Zie P. KOECK, *Reyniers. Superflik*, Leuven, Uitgeverij Halewijnck, 1998, 376p.

<sup>15</sup>T. DE RAEYMAECKER, *Undercoveroperaties: remedie of provocatie? Een analyse van de rechtspraak*, Leuven, onuitg., 1999-2000, 8ev.

<sup>16</sup>Cass. 27 februari 1985, *Rev. dr. pén.* 1985, 694

<sup>17</sup>Ministeriële omzendbrief 24 april 1990, nr. 7/SDP/690/MN/NIX/RRB6/6, onuitg., gewijzigd door de ministeriële omzendbrief van 5 maart 1992, onuitg.; C. DE ROY en S. VANDROMME, *Bijzondere opsporingsmethoden en aanverwante onderzoeksmethoden*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1999, 2; I. ONSA, *De bestrijding van georganiseerde misdaad. De grens tussen waarheidsvinding en grondrechten*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2003, 192.

<sup>18</sup>H. BERKMOES en J. DELMULLE, *De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden*, Brussel, Uitgeverij Politeia, 2003, 7; S. MENNING, *Bijzondere opsporingsmethoden*, Leuven, 2001-2002, 22 ev.; G. STANS, *De effectiviteit van de proactieve recherche in de bestrijding tegen de georganiseerde criminaliteit*, Leuven, onuitg., 1998-99, 28.

geheim karakter dat deze omzendbrieven vertonen.<sup>19</sup> Het gevolg van dat vertrouwelijke karakter is dat de circulaires enkel bekend waren bij de met opsporing en/of vervolging belaste overheden, met name het openbaar ministerie en de politiediensten.<sup>20</sup> Dit houdt in dat de magistraten van de zetel geen kennis hadden van de regelgeving (a fortiori er geen kennis van mochten nemen), niettegenstaande de beklaagden er in hun conclusies naar verwezen en er uittreksels van de omzendbrieven werden geciteerd.<sup>21</sup> Daarnaast zijn de ministeriële omzendbrieven van 1990 en 1992 geen wetgeving in strikte zin, aangezien een ministeriële omzendbrief geen dwingende bron van recht is, doch slechts een gezaghebbende bron van recht.<sup>22</sup>

In tweede instantie waren de omzendbrieven moeilijk verenigbaar met bepaalde principes van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM).<sup>23</sup> Het vage en geheime karakter van de ministeriële omzendbrieven leefde op gespannen voet met het legaliteitsprincipe en het loyauteitsbeginsel (artikel 28bis §3 en 56 §1 Sv.). Artikel 8 EVRM houdt in dat eenieder het recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.<sup>24</sup> Dit recht is niet absoluut en artikel 8.2 EVRM voorziet in een aantal beperkingen hierop, rekening houdende met de volgende voorwaarden:

1. de inbreuk moet voorzien bij wet: legaliteitsis,
2. de inbreuk moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving: proportionaliteitsis,
3. de inbreuk moet een legitiem doel nastreven: finaliteitsis.<sup>25</sup>

De legaliteitsis houdt in dat de voorziene regeling voldoende 'toegankelijk' en 'voorzienbaar' is voor het publiek.<sup>26</sup> Het hoeft dus niet te gaan om een wet in

<sup>19</sup> J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *N.J.W.* 2003, 1134; F. VERSPEELT, "Politie infiltratie en provocatie", *Vigiles* 2002/5, 150.

<sup>20</sup> Parlementaire commissie van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in België. Tweede tussentijds verslag uitgebracht door H. COVELIERS en C. DESMEDT, *Parl. St. Senaat*, 997-98, 326-8.

<sup>21</sup> Bergen 5 mei 1992, *Rev. Dr. Pén.* 1992, 890 met noot van C. DE VALKENEER; Brussel 25 januari 1995, *onuitg.*; R. VERSTRAETEN, "Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk", *Delikt en Delinquent* 1995, 626.

<sup>22</sup> Cass. 17 januari 1996, *Rev. Dr. Pén.*, 1996, 1110; A. DE NAUW, "Drugs", *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, nr. 178; P. VAN ORSHOVEN, *Inleiding tot de bronnen en beginselen van het recht*, Leuven, Acco, 1994, 78.

<sup>23</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *De bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden*, Brussel, Uitgeverij Politeia, 2003, 8; A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, "De wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", *R.W.* 2003-2004, 922; R. VERSTRAETEN, "Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk", *Delikt en Delinquent* 1995, 643.

<sup>24</sup> Art. 8 E.V.R.M.

<sup>25</sup> A. ALEN, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, Diegem, 2001, 474-475; P. DE HERT, "Europese rechtspraak inzake dwangmiddelen, politietap, gevangenis, politiegeweld, terrorisme, voorlopige hechtenis, anonieme getuigen, etc.", *Vigiles* 1996, nr. 4, 28.

<sup>26</sup> Ph. TRAEEST, "De polygraaf en het bewijsrecht in strafzaken. De toekomst van de polygraaf in het Belgisch strafrecht" in M. BOCKSTAELE (ed.), *De polygraaf in België*, Brussel, Politeia, 2000, 77.

zijn formele betekenis maar gelet op de toegankelijkheidseis en de voorzienbaarheidseis besluit (o.a.) Verstraeten toch dat de ministeriële omzendbrieven niet geschikt zijn als grondslag voor de bijzondere opsporingsmethoden.<sup>27</sup>

Naast artikel 8 EVRM vormde artikel 6 EVRM in verband met het recht op een eerlijk proces een probleem van comptabiliteit met het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden op grond van de ministeriële omzendbrieven van 1990 en 1992.<sup>28</sup> Dit niet in het minst omdat bij de bijzondere opsporingsmethoden, waaronder infiltratie, vaak gebruik wordt gemaakt van anonieme bronnen.<sup>29</sup> De mogelijkheid voor de advocaten van de verdachte om deze anonieme bronnen als getuige te horen komt hierdoor sterk in het gedrang.<sup>30</sup> Dit punt blijft nu nog steeds voor discussie zorgen ondanks de BOM-wet (zie infra).

Ondanks de vele bezwaren tegen het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden onder het regime van de ministeriële omzendbrieven van 1990 en 1992 werden ze toch toegepast. Zowel de Belgische rechtspraak als deze van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aanvaardde het gebruik van de undercoveragent.<sup>31</sup>

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de nood aan een wettelijke regeling voorhanden was. Toch werd er toen ook gewezen op het gevaar van een te verregaande wettelijke regeling, in die zin dat ze het contact met de praktijk wel eens zou kunnen verliezen.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Parlementair 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, nr. 713/6, 164; Cass. 21 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 516; M. DE RUE, "Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière", *J.T.* 2000, 326; A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, "De wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", *R.W.* 2003-2004, 922.

<sup>28</sup> Zie K. RIMANQUE en B. DE SMET, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling. Een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Maklu, 2002, 178p.

<sup>29</sup> M. DE RUE, "Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière", *J.T.* 2000, 326

<sup>30</sup> A. DE NAUW, "De anonieme getuige", *R.W.* 1985-86, 1873; G. DEMANET, "Quelques problèmes pratiques générés par la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police", *Rev. dr. pén.* 1994, 142

<sup>31</sup> Hof Mensenrechten, arrest Lüdi / Zwitserland van 15 juni 1992, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, nr. 238

<sup>32</sup> G. HENDRICKX, *o.c.*, 70.

## 2.2. DE MINISTERIËLE OMZENDBRIEF VAN 24 APRIL 1990

Desondanks het vertrouwelijke karakter is de inhoud van de ministeriële omzendbrief van 24 april 1990 in sommige bronnen bekend gemaakt.<sup>33</sup> Infiltratie werd in de ministeriële omzendbrief van 1990 als volgt omschreven: *“een bijzondere opsporingstechniek die erin bestaat voor een politieambtenaar om onder valse identiteit in contact te komen en dit contact te bewaren met een bepaalde groep personen die deelnemen aan zware misdadige activiteiten, of over die er objectieve gegevens bestaan die doen veronderstellen dat zij zware wanbedrijven of misdaden plegen of op het punt staan te plegen”*.<sup>34</sup>

Opvallend is dat er specifiek wordt gekozen om alleen politiemensen als infiltranten toe te laten. In de periode voor 1990 was het gebruik van burgerinfiltranten immers nog toegestaan.<sup>35</sup> Daarnaast is ook het essentiële element voor een infiltratie aanwezig, namelijk de valse identiteit en is de inzet van de infiltratie gekoppeld aan ‘zware misdadige activiteiten’ of ‘zware wanbedrijven of misdaden’. Opmerkelijk is dat in vergelijking met de huidige wetsbepaling er geen verwijzing wordt gemaakt naar specifieke zware misdadige activiteiten (zie infra).

R. Verstraeten onderscheidt twee krachtlijnen in de omzendbrief:

1. de koppeling tussen de bijzondere opsporingstechnieken en het onderzoek van het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter en dat
2. de bijzondere opsporingstechnieken steeds moeten worden toegepast onder controle van het openbaar ministerie en de onderzoeksrechter.<sup>36</sup>

Doorheen de jaren '90 zijn er nog verschillende ontwikkelingen te bespeuren op het vlak van infiltratie en bijzondere opsporingsmethoden, zoals het wetsvoorstel van de heer Coveliers (22 juni 1992), de omzendbrief proactieve recherche (31 december 1996), het verslag van de parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit in België (1997-1998), de wet Franchimont (12 maart 1998) en talrijke anderen die verder niet besproken worden.

Als gevolg van het wetsontwerp van 20 juli 2002 en de voortdurende evolutie in de jaren '90 is de BOM-wet tot stand gekomen. In Nederland bestond er reeds een wettelijke regeling over de bijzondere opsporingsmethoden sinds 27 mei 1999.

---

<sup>33</sup> Parlementaire commissie van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in België. Tweede tussentijds verslag uitgebracht door H. COVELIERS en C. DESMEDT, *Parl. St. Senaat*, 997-98, 326-8.

<sup>34</sup> T. DE RAEYMAECKER, *Undercoveroperaties : remedie of provocatie ? Een analyse van de rechtspraak*, Leuven, 1999-2000, 30.

<sup>35</sup> T. DE RAEYMAECKER, *o.c.*, 31

<sup>36</sup> R. VERSTRAETEN, “Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk”, *Delikt en Delinquent* 1995, 627

### 3. DE WET VAN 6 JANUARI 2003 BETREFFENDE DE BIJZONDERE ONDERZOEKSMETHODEN EN ENIGE ANDERE ONDERZOEKSMETHODEN (BOM-WET)<sup>37</sup>

In de BOM-wet zijn er drie onderzoeksmethoden die aan bod komen buiten de zogenaamde 'enige andere onderzoeksmethoden', namelijk de observatie, de infiltratie en de informantenwerking. Ter uitvoering van de BOM-wet bestaat er ook een K.B. van 9 april 2003 betreffende de politionele onderzoekstechnieken. Die politionele onderzoekstechnieken (vb. pseudo-koop, gecontroleerde aflevering, ...) kunnen enkel worden aangewend binnen het kader van de infiltratie. Dit impliceert dat voor deze onderzoekstechnieken meteen ook dezelfde voorwaarden moeten worden vervuld als voor de infiltratie zelf.<sup>38</sup>

#### 3.1. HET BIJZONDERE KARAKTER VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGS-METHODEN

Zoals al gezegd in de inleiding gaat het hier om specifieke methoden die de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit moeten vergemakkelijken. De vraag is in welke mate deze opsporingsmethoden afwijken van de 'de klassieke opsporingsmethoden' (vb. een huiszoeking). Henri Berkmoes betreurt het feit dat in de toenmalige parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit (1997-1998) geen debat werd gevoerd over het bijzondere karakter van deze methoden.<sup>39</sup> Het valt op te merken dat er onenigheid bestaat over het al dan niet bijzonder karakter van de bijzondere opsporingsmethoden. Sommige auteurs menen dat het gemaakte onderscheid tussen de gewone en de bijzondere opsporingsmethoden kunstmatig is.<sup>40</sup> Andere auteurs menen dat de opsporingsmethoden, zoals de infiltratie, wel degelijk een bijzonder karakter hebben. Het feit dat er in België (ook in Nederland) lange tijd geen wettelijke regeling bestond werd door sommigen

<sup>37</sup> Wet 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, *B.S.* 12 mei 2003; K. VAN CAUWENBERGHE, "Bijzondere opsporingsmethoden. Het doel heiligt de middelen?", *Orde van de dag* 2003, afl. 21, 1-78; F. HUTSEBAUT en K. VAN CAUWENBERGHE, "Het wetsontwerp betreffende de bijzondere opsporingsmethoden: een bom onder onze rechtstaat?", *Vigiles* 2002, 69-73; M. DE RUE, "La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête: premiers commentaires", *Rev. Dr. Pén.* 2003, 1107-1141.

<sup>38</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, 2001-02, nr. 1688/001, 94.

<sup>39</sup> H. BERKMOES, "De wettelijke regeling van bijzondere opsporingsmethoden en hun toepassing binnen het nieuwe politiewezen, in FIJNAUT, C., DE RUYVER, B. en GOOSSENS, F., *De reorganisatie van het politiewezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 241.

<sup>40</sup> F. VERBRUGGEN, *Schaduwboxen in het donker: de dogmatische onderbouw van het strafrechtelijk overheidsoptreden tegen georganiseerde criminaliteit*, Leuven, onuitg., 2001, 539.

beschouwd als een deel van het bijzondere karakter.<sup>41</sup> Daarnaast worden nog een aantal andere redenen aangegeven waarom deze opsporingsmethoden bijzonder zouden zijn: de mogelijke aantasting van fundamentele rechten en vrijheden (zoals het recht op privacy art. 8 EVRM), de eventuele aantasting van het loyauteitsbeginsel in de bewijsgeving, de intensiteit die ermee gepaard gaat, gevaar op machtsmisbruik en corruptie, ...<sup>42</sup> Het valt op dat sommige van deze aangehaalde kenmerken, zoals een mogelijke aantasting van fundamentele rechten en vrijheden, ook voorkomen bij gewone opsporingsmethoden zoals een huiszoeking.<sup>43</sup> Onafhankelijk van het aantal gelijkenissen ligt de nadruk bij deze methoden toch op de intensiteit en de ernstige risico's en gevaren die ermee zijn verbonden.<sup>44</sup>

### 3.2. HET DOEL VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN

De bijzondere opsporingsmethoden worden toegepast binnen het kader van het opsporings- of gerechtelijk onderzoek. Hun doel ligt in het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen en verzamelen van gegevens.<sup>45</sup> De gerechtelijke finaliteit vinden we ook terug in de artikelen 8 Sv. en 15,1<sup>o</sup> Wet Politieambt en wordt eveneens bevestigd door het arrest van het Arbitragehof dd. 21.12.2004.<sup>46</sup>

Bovendien is het zo dat voor het toepassen van bijvoorbeeld een infiltratie er al ernstige aanwijzingen moeten zijn van nog te plegen of reeds gepleegde feiten.<sup>47</sup> Hiermee wordt benadrukt dat de zogenaamde 'fishing expeditions' (d'aller à la pêche) moeten worden uitgesloten (infra proportionaliteitsvoorwaarde).<sup>48</sup>

---

<sup>41</sup> Eindverslag van de parlementaire commissie van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in België, *Parl. St. Senaat* 1997-98, nr. 1-326/8, 10; P.M. FRIELINK en J. WORTEL, "Ongebruikelijke opsporingsmethoden", in BALKEMA, J.P., *Dynamisch strafrecht, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Mr. G.J.M. CORTSENS van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 121

<sup>42</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 8; M. DE RUE en C. DE VALKENEER, *Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête*, 36.

<sup>43</sup> F. VERBRUGGEN, *o.c.*, 537.

<sup>44</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 752.

<sup>45</sup> Art. 47 ter §1 Sv.; Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 34; H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 31; A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *o.c.*, 929; F. VERSPEELT, *l.c.*, 152

<sup>46</sup> Arbitragehof nr. 202/2004, 21 december 2004, *B.S.* 6 januari 2005 (volledige arrest te vinden op [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)); G.L. BOURDOUX, E. DE RAEDT, M. DE MESMAKER, A. LINERS en H. BERKMOES, *De wet op het politieambt*, Diegem, Politeia, 2003, 429p.

<sup>47</sup> Art. 47 ter § 1 Sv.

<sup>48</sup> A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *o.c.*, 929; F. VERSPEELT, *l.c.*, 152



### 3.3. DE CONTROLE OP DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN

Over de controle op de bijzondere opsporingsmethoden zal ik niet uitweiden en mij verder beperken tot hetgeen relevant is m.b.t. het plegen van misdrijven door infiltranten. Toch wens ik hier even aan te stippen dat er verschillende controlemechanismen voorhanden zijn: de procureur des Konings en de onderzoeksrechter (voornaamste), de politie zelf, de onderzoeksgerechten, de rechter ten gronde en de politieke controle (Minister van Justitie).<sup>49</sup>

### 3.4. DE KENMERKEN VAN DE INFILTRATIE

Uit artikel 47 octies §1 Sv. kunnen een aantal kenmerken m.b.t. de infiltratie worden afgeleid:

1. de infiltrant moet een politieambtenaar zijn (speciaal getrainde leden van de directie van de speciale eenheden van de algemene directie van de operationele ondersteuning van de federale politie: DGS/ DSU);
2. het werken onder een fictieve identiteit;
3. duurzaam contact met de verdachten en
4. ernstige aanwijzingen van misdrijven zoals bedoeld in art. 324 bis Sw. (criminele organisatie) en art. 90ter §§2-4 Sv. (telefoontapwetgeving).<sup>50</sup>

Op te merken valt dat er niet werd voor geopteerd om burgerinfiltranten in te zetten. De redenen die hiervoor worden aangehaald zijn de hoge risicograad, de moeilijkheid om de betrokkene te kunnen controleren, het nastreven van persoonlijke belangen,...<sup>51</sup> Na de gebeurtenissen van 11 september 2001 was er een tendens merkbaar binnen de Regering om toch burgerinfiltranten toe te laten. Dit kwam vooral voort uit de moeilijkheden, zoals de taal, cultuur en de gewoonten, waarmee men geconfronteerd wordt als men wenst te infiltreren in een terroristische organisatie.<sup>52</sup> Het verbod op burgerinfiltranten blijft gehandhaafd maar toch kan de infiltrant, in uitzonderlijke omstandigheden en mits machtiging van de bevoegde magistraat, een kortstondig beroep doen op een persoon die niet tot de politiediensten behoort.<sup>53</sup> Ook in Duitsland, Frankrijk en Italië is de inzet van burgerinfiltranten verboden, maar uit de praktijk blijkt dat ze toch soms worden ingezet.<sup>54</sup> Opvallend is ook dat in Italië helemaal geen regeling bestaat omtrent de infiltratie maar er daar veel meer toepassing wordt gemaakt van kroongetuigen of spijtoptanten (*pentiti/collaboratori della giustizia*).<sup>55</sup> In Nederland daarentegen is de inzet van

<sup>49</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 40 ev.

<sup>50</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 33-34; A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *l.c.*, 935.

<sup>51</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 34

<sup>52</sup> Inleidende uiteenzetting door de Minister van Justitie, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/013, 12.

<sup>53</sup> Artikel 47octies §1 tweede lid Sv.

<sup>54</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 191, 378, 518.

<sup>55</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 191, 378, 516 ev.

burgerinfiltranten in sommige uitzonderlijke omstandigheden, zoals vermeldt in artikel 126 w-x NSv., toch toegestaan.<sup>56</sup>

### 3.5. DE VOORWAARDEN VOOR TOEPASSING VAN DE INFILTRATIE

De voorwaarden die hier verder vanuit het oogpunt van de infiltratie worden besproken zijn algemene voorwaarden die eveneens van toepassing zijn op de observatie en de informantenwerking.<sup>57</sup> Die voorwaarden kwamen al voor in de omzendbrief van 24 april 1990 maar ze waren te vaag en boden dus onvoldoende rechtszekerheid.<sup>58</sup> De te volgen principes zijn: de subsidiariteit, de proportionaliteit, het verbod van provocatie en het verbod om misdrijven te plegen. Hier moet evenwel genuanceerd worden dat de subsidiariteits- en proportionaliteitsvoorwaarde per bijzondere opsporingsmethode zijn vastgelegd en dat diezelfde voorwaarden niet aanwezig zijn bij de informantenwerking.<sup>59</sup>

#### 3.5.1. De subsidiariteitvoorwaarde (art. 47 octies §2 1<sup>ste</sup> lid Sv.)

De subsidiariteitvoorwaarde houdt in dat de procureur des Konings een infiltratie kan machtigen als enerzijds het onderzoek het vereist en anderzijds als hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt door andere middelen van onderzoek.<sup>60</sup> Het feit dat de andere onderzoeksmiddelen niet volstaan moet door de bevoegde magistraat *a priori* en *in abstracto* beoordeeld worden.<sup>61</sup> Dit houdt met andere woorden in dat de procureur des Konings of de onderzoeksrechter voorafgaand dient te overwegen of de andere onderzoeksmethoden hetzelfde resultaat zouden opleveren dan de infiltratie.<sup>62</sup> De overweging van de procureur of de onderzoeksrechter hoeft niet sluitend te zijn. Het is eerder een zaak van het *aannemelijk* maken dat de toepassing van de klassieke opsporingsmethoden in dit geval niet zouden volstaan.<sup>63</sup> De andere onderzoeksmethoden moeten dus niet eerst worden uitgetest. Hier zijn uiteraard een aantal voordelen aan verbonden: enerzijds zal men niet moeten wachten tot het te laat is en anderzijds moet men de verdachte niet onnodig alarmeren door de gewone opsporingsmethoden uit te testen.<sup>64</sup> Het nadeel is echter wel dat achteraf kan worden opgeworpen dat de klassieke opsporingsmethoden wel degelijk volstonden. In een dergelijk geval zal de

<sup>56</sup> Artikel 126 w-x NSv; zie <http://wetten.overheid.nl>.

<sup>57</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 85.

<sup>58</sup> Brussel, 23 juni 1999, *Vigiles* 1999, afl. 4, 18.

<sup>59</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 85; C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Brussel, Larcier, 2000, 446-452.

<sup>60</sup> Artikel 47 octies § 2 Sv., Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 14; D. LYBAERT, "Bijzondere opsporingsmiddelen als ultiem redmiddel?", *Vigiles* 1999, nr. 4, 19.

<sup>61</sup> Inleidende uiteenzetting door de Minister van Justie, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/013, 8.

<sup>62</sup> F. VERSPEELT, *l.c.*, 155

<sup>63</sup> P. TRAEST en J. MEESE, *l.c.*, 30

<sup>64</sup> C. DE VALKENEER, *o.c.*, 235

strafrechter zich terugplaatsen op het ogenblik waarop beslist werd om over te gaan tot de infiltratie.<sup>65</sup>

### 3.5.2. De proportionaliteitsvoorwaarde (art. 47 octies §1 Sv.)<sup>66</sup>

*Proportionaliteit* is een veelzijdig begrip. Ten eerste houdt het in dat de gebruikte maatregel evenredig moet zijn met de zwaarte van het misdrijf. De methode moet ook in verhouding staan tot het doel dat wordt nagestreefd. Tenslotte moet er voor een beperking van de individuele rechten en vrijheden een *ernstige inbreuk op de rechtsorde* voorhanden zijn.<sup>67</sup> Daarnaast is de proportionaliteitseis ook nodig als men denkt welke veiligheidsrisico's er bij een infiltratie mee gepaard gaan.<sup>68</sup>

Het begrip proportionaliteit houdt ook in dat er, alvorens tot de infiltratie wordt overgegaan, objectieve en ernstige gegevens moeten zijn die het vermoeden opwekken dat welbepaalde personen strafbare handelingen stellen of op het punt staan om te stellen. *Fishing expeditions* worden hiermee dus uitgesloten.<sup>69</sup> Het subsidiariteitsbeginsel is voor alle bijzondere opsporingsmethoden op een algemene wijze gedefinieerd in artikel 47 §2 1<sup>ste</sup> lid Sv. Voor het proportionaliteitscriterium heeft de wetgever er echter voor gekozen om verschillende drempels te hanteren per bijzondere opsporingsmethode. Dit betekent zeker een meerwaarde ten aanzien van de ministeriële omzendbrief van 24 april 1990 waar voor de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden enkel werd verwezen naar zwaarwichtige misdaden of wanbedrijven of ...binnen de misdadige activiteiten van een bende...<sup>70</sup> Zo zijn bijvoorbeeld de stelselmatige observatie, de informantenwerking en de uitgestelde tussenkomst mogelijk voor alle misdrijven. Voor de stelselmatige observatie met behulp van technische middelen om zicht te verwerven in een woning, de inijkoperatie, het direct afluisteren alsook voor de infiltratie zijn er ernstige aanwijzingen nodig dat de strafbare feiten een misdrijf uitmaken of zouden uitmaken als bedoeld in artikel 90ter §§ 2-4 Sv., of gepleegd zouden worden in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in artikel 324bis Sw.<sup>71</sup> De limitatieve lijst van misdrijven die onder andere in artikel 47 octies §1 Sv. worden vermeld is mede ingegeven door de ernstige inbreuk op de individuele rechten en vrijheden die als vanzelfsprekend mee uit de toepassing van de infiltratie voortvloeien.<sup>72</sup> De opsomming van een limitatieve lijst van misdrijven voor de toepassing van de infiltratie, die door de BOM-wet

<sup>65</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 11

<sup>66</sup> Zie o.a. Hof Mensenrechten, arrest Klass/ Duitsland van 6 september 1978; Hof Mensenrechten, arrest Malone/ VK van 2 augustus 1984; Hof Mensenrechten, arresten Huvig en Kruslin/ Frankrijk van 24 april 1990 (zie [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>67</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 15

<sup>68</sup> F. VERSPEELT, *l.c.*, 152.

<sup>69</sup> F. VERSPEELT, *l.c.*, 150.

<sup>70</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 88.

<sup>71</sup> A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *l.c.*, 923.

<sup>72</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 194

is ingevoerd, leidt volgens mij tot een grotere efficiënte en wetsconforme inzet van de infiltratie als bijzondere opsporingsmethode. De inbreuken op de fundamentele rechten en vrijheden die met de infiltratie gepaard gaan kunnen immers verregaand zijn. Daarom is het belangrijk om de toepassing van de infiltratie te beperken tot een duidelijk afgebakend territorium.

Daarnaast blijft er zich evenwel een probleem voordoen met betrekking tot de woorden ‘ernstige aanwijzingen’, zoals vermeld in artikel 47 octies Sv., en ‘redelijk vermoeden’, zoals vermeld in artikel 28bis §2 Sv.<sup>73</sup> Het gaat hier eigenlijk om de afbakening tussen respectievelijk de reactieve en de proactieve recherche. ‘Ernstige aanwijzingen’ hebben toch meer inhoud dan het aanwezig zijn van het ‘redelijk vermoeden’, waarvan sprake is in de proactieve recherche.<sup>74</sup> Zoals de heer Meese vermeldt, kan men volgens mij bij ‘ernstige aanwijzingen’ al spreken van een in tijd en ruimte bepaalbaar misdrijf.<sup>75</sup> Maar indien het gaat om een in tijd en ruimte bepaalbaar misdrijf kan men niet meer spreken van de toepassing van proactieve recherche.<sup>76</sup> In die zin had de wetgever daar toch meer duidelijkheid moeten creëren en een consequentere lijn trekken in het woordgebruik ‘redelijk vermoeden’ en ‘ernstige aanwijzingen’. Het Arbitragehof stelt in zijn arrest van 21 december 2004 dat de bijzondere opsporingsmethoden wel degelijk ook in de proactieve fase van het onderzoek kunnen worden ingesteld.<sup>77</sup> Ook in Nederland kunnen de bijzondere opsporingsmethoden worden ingezet de fase van de vroegopsporing.<sup>78</sup>

De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit vinden we niet alleen terug in het Belgische straf- en strafprocesrecht maar eveneens in Denemarken<sup>79</sup>, Duitsland<sup>80</sup>, Engeland<sup>81</sup>, Finland<sup>82</sup>, Griekenland<sup>83</sup>, Nederland<sup>84</sup>, ...

<sup>73</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 7; J. MEESE, *l.c.*, 1134;

<sup>74</sup> J. MEESE, *l.c.*, 1135, nr. 5 met verwijzing naar Cass. 4 juni 2002.

<sup>75</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 8.

<sup>76</sup> Cass. 4 juni 2002, *Vigiles* 2002, 177, met noot van C. DE VALKENEER; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2005, 256ev.

<sup>77</sup> Arbitragehof nr. 202/2004, 21 december 2004, *B.S.* 6 januari 2005, overwegingen B.4.2.-B.4.4.

<sup>78</sup> G. CORSTENS, “Beginselen en bijzondere opsporingsbevoegdheden in België en Nederland” in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE, B. SPRIET *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont.*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 702; G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 253-254.

<sup>79</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 81.

<sup>80</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 136.

<sup>81</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 226 (zie ook de APCO Codes of Practice en de Police Act van 1997)

<sup>82</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 312.

<sup>83</sup> P.J.P. TAK, *o.c.*, 401.

<sup>84</sup> Art. 126h, lid 1 NSv.; G. CORSTENS, *o.c.*, 704; zie ook Y. BURUMA, A.K. KOEKOEK, L.C.M. MEIJERS, *Opsporen in de rechtsstaat: beschouwingen over het eindrapport van de Commissie Van Traa*, Deventer, Willink, 1996, 73p.

### 3.5.3. *Het verbod van provocatie (art. 47 quater Sv.)*

Artikel 47 quater Sv. vermeldt dat de politieambtenaar de verdachte niet mag brengen tot andere strafbare feiten dan deze waarop diens opzet reeds tevoren was op gericht. Dit is volstrekt logisch vanuit het oogpunt dat de opererende politie zelf geen strafbare feiten mag uitlokken die ze nadien zelf gaat bestrijden.<sup>85</sup> Voor de BOM-wet bestond er nog geen uitdrukkelijk wettelijke regel die politieke provocatie verbood.<sup>86</sup> Nochtans kan worden vastgesteld dat destijds de rechtspraak en rechtsleer provocatie veroordeelden.<sup>87</sup>

Veder wil ik nog benadrukken dat er sprake is van provocatie indien er een mise en scène gebeurt of een list wordt gebruikt die de wil doet ontstaan om het misdrijf te plegen of de reeds aanwezige wil te versterken.<sup>88</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft met betrekking hiermee geoordeeld dat de inzet van undercoveragenten op zich geen schending uitmaakt van het E.V.R.M. Hierbij is wel belangrijk volgens het Hof dat het recht op een eerlijk proces niet mag worden opgeofferd door het aanwezig zijn van provocatie hoe erg de gepleegde misdrijven ook zouden zijn.<sup>89</sup> Door de wet van 27 december 2005 werd een nieuw artikel ingevoerd in het Wetboek van Strafvordering dat op een algemene wijze stelt dat provocatie verboden is.<sup>90</sup>

### 3.5.4. *Het verbod tot het plegen van misdrijven (art. 47 quinquies Sv.)*

Het verbod tot het plegen van misdrijven bepaalt in grote mate de al dan niet straffeloosheid of strafbaarheid van infiltranten en vormt dan ook het kernstuk van mijn uiteenzetting. De mogelijkheid die bestaat voor politieambtenaren (of in uitzonderlijke gevallen voor burgers) om alsnog misdrijven (vb. verkeersovertredingen) te plegen is net één van de aspecten die het bijzondere karakter verleent aan de opsporingsmethoden en dit zeker in het geval van de infiltratie.<sup>91</sup> Het feit dat de infiltrant in nader te omschrijven omstandigheden bepaalde misdrijven mag plegen roept eveneens automatisch een aantal vragen op naar de grondslagen van ons rechtssysteem.<sup>92</sup> Het plegen van misdrijven door infiltranten blijft evenwel in eerste instantie volstrekt verboden (zie art. 47 quinquies §2 Sv.). Maar indien er aan een aantal strenge voorwaarden is

<sup>85</sup> *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-326/9.

<sup>86</sup> M. DE RUE, *l.c.*, 327.

<sup>87</sup> F. VERSPEELT, *l.c.*, 156-158.

<sup>88</sup> Dendermonde 19 november 2001, *A.J.T.* 2001-02, 536.

<sup>89</sup> Hof Mensenrechten, arrest Teixeira de Castro/Portugal van 9 juni 1998, §36, *J.L.M.B.* 1998, 1149; H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 94;.

<sup>90</sup> Art. 2 Wet houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit, *B.S.* 30 december 2005.

<sup>91</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 18.

<sup>92</sup> M. DE RUE, *l.c.*, 328.

voldaan bestaat er toch nog een achterpoortje aan het verbod van het plegen van misdrijven. Deze voorwaarden zijn:

- strikt noodzakelijke strafbare feiten;
- die worden gepleegd in het kader van de opdracht;
- met het oog op het welslagen van de opdracht;
- om hun eigen veiligheid of van andere personen betrokken bij de operatie veilig te stellen;
- die niet ernstiger mogen zijn dan de methoden waarvoor ze worden aangewend (proportionaliteitsvereiste);
- noodzakelijkerwijze evenredig moeten zijn met het nagestreefde doel en
- mits uitdrukkelijk akkoord van de procureur des Konings.<sup>93</sup>

De *strikte noodzakelijkheid* van de strafbare feiten hangt nauw samen welslagen van de opdracht en de verzekering van de veiligheid van de betrokken personen.<sup>94</sup> Indien aan deze voorwaarden is voldaan blijven de infiltranten (uitzonderlijk betrokken ‘burgerdeskundigen’) vrij van straf.

Opvallend is dat er in de wetgeving geen spoor is terug te vinden van een limitatieve lijst van strafbare feiten die de betrokken infiltranten mogen begaan. Er zijn een aantal redenen voorhanden waarom dit niet werd gedaan:

- ten eerste is het de bevoegde magistraat die aangeeft welke misdrijven zijn inziens toelaatbaar zijn door deze op te nemen in een schriftelijke en afzonderlijke beslissing (art. 47 octies §4 Sv.);
- ten tweede is het vanuit menselijk oogpunt simpelweg onmogelijk om op voorhand alle mogelijke situaties te overzien waarin de infiltrant mogelijkerwijze genoodzaakt zal zijn om een strafbaar feit te plegen;
- ten derde zouden criminele organisaties geneigd kunnen zijn om de verdachte persoon binnen hun organisatie te onderwerpen aan een zogenaamde lakmoestest (in Duitsland ‘Keusheitsprobe’ genoemd) waarbij meteen politieel karkater van de betrokken persoon komt bovendrijven (criminel en moeten dus enkel een misdrijf kiezen dat niet staat opgesomd in de limitatieve lijst van verschoonbare misdrijven).<sup>95</sup>

De Raad van State heeft kritiek geuit op het feit dat er geen limitatieve lijst is van strafbare feiten die kunnen worden gepleegd door de infiltrant. Deze kritiek is tweevoudig. Enerzijds maakt de Raad van State een onderscheid tussen categorieën van strafbare feiten: strafbare feiten die geen inbreuk opleveren op de fysieke integriteit van personen en strafbare feiten die dat net wel doen. De mogelijkheid tot het plegen van strafbare feiten die een inbreuk opleveren van de fysieke integriteit zou de Raad van State liever totaal uitgesloten zien.<sup>96</sup> Anderzijds werpt de Raad van State op dat het toch

<sup>93</sup> Art. 47 quinquies §2 Sv.

<sup>94</sup> Inleidende uiteenzetting door de Minister van Justitie, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/013, 10.

<sup>95</sup> *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 27; C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 23.

<sup>96</sup> C. DE VALKENEER, *o.c.*, 459.

ongoorloofd is dat politieambtenaren misdrijven zouden kunnen plegen die door de artikelen 2 tot en met 4 van het E.V.R.M. (vb. recht op leven) uitdrukkelijk verboden zijn.<sup>97</sup> Volgens mij moet er gelet op de aanwezige proportionaliteitseis (+ ‘in het kader van de opdracht’), de rechtstreekse werking van de bepalingen van het E.V.R.M. en de mogelijke controle door de magistraat achteraf geen limitatieve lijst van strafbare feiten worden opgesteld.<sup>98</sup>

Alvorens in te gaan op de keuze voor de strafrechtelijke figuur van de strafuitsluitende verschoningsgrond boven andere strafuitsluitingsgronden wens ik graag de gevolgen van het plegen van een strafbaar feit door een infiltrant verder uit te werken.

#### **a. De gevolgen van het plegen van een strafbaar feit**

De gevolgen van het plegen van een misdrijf door een infiltrant zijn driezijdig. Ze hebben betrekking op de bewijsvoering, de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de infiltrant.<sup>99</sup>

Het plegen van een misdrijf heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat de bewijsvoering wordt vernietigd. Het Hof van Cassatie oordeelde immers dat de vaststellingen van infiltranten die strafbare feiten hebben gepleegd of eraan hebben deelgenomen slechts aangetast is door nietigheid indien het opsporingsmiddel zelf is aangetast door nietigheid.<sup>100</sup> Het stelen van een zwarte boekhouding om een misdrijf te bewijzen kan dus niet dienen tot bewijs aangezien het misdrijf op onwettige wijze is vastgesteld.<sup>101</sup> Mijn inziens kan deze stellingname van het Hof van Cassatie al beschouwd worden als een voorloper van de alombekende ‘Antigoonrechtspraak’ van 14 oktober 2003.<sup>102</sup> Het plegen van een strafbaar feit heeft ook gevolgen op het vlak van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de infiltrant. In de periode voor de BOM-wet viel men terug op een omzendbrief van de procureurs-generaal om niet over te gaan tot verdere vervolging.<sup>103</sup> Indien de infiltrant de hogervermelde voorwaarden strikt opvolgt blijft hij immers vrij van straf. De strafuitsluitende verschoningsgrond geldt niet alleen voor de betrokken politieambtenaren maar ook voor:

<sup>97</sup> Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 141-142.

<sup>98</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer, 2001-02, nr. 1688/001, 101-102 ; A. ALLEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 84.

<sup>99</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 18ev.

<sup>100</sup> Cass. 27 februari 1985, *Rev. dr. pén.* 1985, 694 en *J.T.* 1985, 731 met noot van D.

GARABEDIAN.

<sup>101</sup> J. MEESE, *l.c.*, 1141-1142.

<sup>102</sup> Cass. 14 oktober 2003, *T. Strafr.* 2004, 129 met noot van P. TRAEST; R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 866.

<sup>103</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 111.

- personen die aan de uitvoering van de opdracht noodzakelijke en rechtstreekse hulp of bijstand hebben verleend (vb. aanmaker van de nodige valse identiteitsdocumenten<sup>104</sup> - art. 47 quinques §2 3<sup>de</sup> lid Sv.);
- de burger op wiens deskundigheid een beroep kan worden gedaan in de uitvoering van de infiltratie (vb. schilderijenexpert - art. 47 octies §1 2<sup>de</sup> lid Sv.);
- de magistraat die de toelating heeft gegeven om welbepaalde strafbare feiten te plegen in een afzonderlijke machtiging (art. 47 quinques §2 4<sup>de</sup> lid Sv.)<sup>105</sup>

Veder kan hier nog aangestipt worden dat er bepaalde misdrijven zijn waartoe de infiltrant gedwongen wordt die noch hijzelf noch de procureur des Konings konden voorzien. Er moet dus klaarblijkelijk een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de voorzienbare en anderzijds de onvoorzienbare misdrijven. De voorzienbare misdrijven zijn in die mate verbonden met de infiltratie dat ze zich bijna steeds voordoen om de operatie tot een goed einde te brengen. Voorbeelden hiervan zijn: de nodige criminele achtergrond van de infiltrant, het in bezit hebben van verboden wapens en/of illegale drugs, ernstige verkeersovertredingen.<sup>106</sup> De voorzienbare misdrijven zullen altijd op voorhand uitvoerig worden besproken tussen de betrokken politieambtenaren en de bevoegde magistraat. Als voorwaarde geldt dus dat de politieambtenaren schriftelijk en voorafgaand aan de infiltratie aan de procureur des Konings melden welke strafbare feiten zij voornemens zijn om te plegen en die bijgevolg dus voorzienbaar zijn.<sup>107</sup> In sommige gevallen echter zal men geconfronteerd worden met onvoorziene omstandigheden waarin de infiltrant strafbare feiten pleegt waarvoor hij niet de broodnodige machtiging heeft gekregen.<sup>108</sup> Bovendien kan een onvoorzienbaar misdrijf ook bestaan uit de onvoorzienbare gevolgen van een strafbaar feit waarvoor wel machtiging werd verleend (vb. een dodelijk slachtoffer bij een verkeersovertreding).<sup>109</sup> Aangezien er geen machtiging is voor deze strafbare feiten zou het er in de theorie op neerkomen dat de infiltrant daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Artikel 47 quinques §3 2<sup>de</sup> lid Sv. maakt daarentegen duidelijk dat indien de infiltrant de magistraat 'onverwijld' in kennis stelt van de gepleegde strafbare feiten hij vooralsnog vrij van straf zal blijven.<sup>110</sup> 'Onverwijld' kan worden geïnterpreteerd als 'zodra de infiltrant zichzelf of de operatie niet in gevaar brengt'.<sup>111</sup> Het zal de bevoegde magistraat zijn die achteraf zal oordelen of de strafbare feiten wel strikt noodzakelijk waren in het licht van veiligheid van infiltrant en het slagen van de operatie.<sup>112</sup> Indien de

<sup>104</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 71.

<sup>105</sup> A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *l.c.*, 926.

<sup>106</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 24; H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 116.

<sup>107</sup> Art. 47 quinques §3 Sv.; Art. 47 octies §§4 en 7 Sv.

<sup>108</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 26.

<sup>109</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 23-24.

<sup>110</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 20.

<sup>111</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 119; J. MEESE, *l.c.*, 1139.

<sup>112</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1688/001, 26-27.



magistraat dan oordeelt dat de onvoorziene strafbare feiten niet door de beugel kunnen kan hij de strafrechtelijke vervolging instellen.<sup>113</sup> Indien de procureur des Konings beslist om niet te vervolgen betekent dit nog niet dat er in ieder geval een toepassing zal zijn van de strafuitsluitende verschoningsgrond. De vonnisrechter die bijvoorbeeld door een rechtstreekse dagvaarding voor dat strafbaar geadieerd wordt door de benadeelde kan nog steeds oordelen dat de voorwaarden voor de strafuitsluitende verschoningsgrond niet zijn vervuld.<sup>114</sup> Deze hypothese moet volgens mij eerder als theoretisch worden bestempeld. Dit onder meer door het feit dat de gevallen waar de benadeelde op de hoogte is van de identiteit van de infiltrant uiterst beperkt zijn en bovendien omdat hij in vele gevallen geen weet heeft van de gebruikte technieken.

Eén van de eigenaardigheden van een verschoningsgrond is dat ze enkel ingrijpt op het vlak van de bestraffing (*nullum crimen sine poena*). Dit heeft als belangrijk gevolg dat de burgerrechtelijke gevolgen (vb. schadevergoeding) ongemoeid blijven.<sup>115</sup> Het slachtoffer kan dus steeds op burgerlijk niveau actie ondernemen hetzij bij een strafgerecht hetzij bij een burgerlijk gerecht.<sup>116</sup> De politieambtenaar is in bepaalde mate nog beschermd door de wet op het politieambt van 5 augustus 1992.<sup>117</sup> Indien een politieambtenaar burgerrechtelijk vervolgd wordt kan hij immers op basis van artikel 50 Wet Politieambt de gemeente, de meergemeentzone of de Staat in het geding betrekken. De Staat kan eventueel nog een regresvordering instellen op basis van artikel 48 Wet Politieambt indien de politieambtenaar een opzettelijke fout, een zware fout of een herhaaldelijk lichte fout heeft begaan. De betrokken politieambtenaar wordt dus overgelaten aan ‘de goede zorgen’ van de Staat.<sup>118</sup> Maar zelfs deze bescherming is niet aanwezig voor de personen die aan de uitvoering van de opdracht noodzakelijke en rechtstreekse hulp verlenen of de burgerdeskundige waar de politie een beroep op doet. Dit roept uiteraard vragen op bij de keuze van de wetgever voor een strafuitsluitende verschoningsgrond.

---

<sup>113</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 27; Contra J. MEESE, *l.c.*, 1140.

<sup>114</sup> P. TRAEST, “De wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden”, *l.c.*, 20.

<sup>115</sup> J. MEESE, *l.c.*, 1147; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 226.

<sup>116</sup> Cass. 29 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 366; J. MEESE, *l.c.*, 1142; R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek. Het slachtoffer in het strafproces*, Antwerpen, Maklu, 1990, nr. 327.

<sup>117</sup> Wet 5 augustus 1992 op het politieambt, *B.S.* 22 december 1992.

<sup>118</sup> C. DE ROY en S. VANDROMME, *o.c.*, 25.

## b. De keuze voor een strafuitsluitende verschoningsgrond<sup>119</sup>

Een strafuitsluitende verschoningsgrond grijpt in op het vlak van de strafwaardigheid. De strafwaardigheid maakt volgens de Leuvense rechtsschool het vierde constitutieve bestanddeel (naast delictstypiciteit, de wederrechtelijkheid en de strafrechtelijke schuld) uit van het misdrijf.<sup>120</sup> De strafwaardigheid verbindt dus het aspect bestraffing aan een al delicttypische, wederrechtelijke en verwijtbare gedraging.<sup>121</sup> Een strafuitsluitende verschoningsgrond zal er dus voor zorgen dat het aspect bestraffing wordt weggenomen of ten minste vermindert. Er wordt met andere woorden voor gezorgd dat de straf in wettelijke bepaalde omstandigheden bij sommige misdrijven wordt uitgesloten maar het misdrijf desalniettemin blijft voortbestaan.<sup>122</sup> Het gevolg daarvan is dat de hele operatie wel als ongeoorloofd en wederrechtelijk gekenmerkt blijft. Alvorens de tegenstelling tussen rechtvaardigingsgronden en verschoningsgronden te bespreken is het van belang om de kenmerken van een strafuitsluitende verschoningsgrond te benadrukken.

Strafuitsluitende verschoningsgronden (vb. de aangifte aan de overheid, bloed- en aanverwantschapsbanden) hebben een drietal fundamentele kenmerken. Ten eerste vloeit uit artikel 78 Sw. voort dat er voor de toepassing van een strafrechtelijke verschoningsgrond er steeds een wettelijke grondslag voorhanden dient te zijn.<sup>123</sup> Daarnaast is de strafrechter, indien hij de voorwaarden voor de verschoningsgrond vaststelt, verplicht om ze ook toe te passen. Verschoningsgronden hebben dus, gelet op hun 'openbare orde'-karakter, een dwingende betekenis.<sup>124</sup> Ten derde hebben strafrechtelijke verschoningsgronden ook een persoonlijk karakter (in personam-werking).<sup>125</sup> De keuze van de wetgever voor een strafuitsluitende verschoningsgrond (ook wel *beslissende* verschoningsgrond) is geen gemakkelijke beslissing geweest.<sup>126</sup> Reeds voor de BOM-wet dienden zich een aantal materieelrechtelijke strafrechtsfiguren aan om de politieambtenaar te verlossen van enige vervolging. Een eerste techniek waarnaar kan worden verwezen is de schulduitsluitende dwang of overmacht van artikel 71 Sw.<sup>127</sup> Dit houdt in dat de schuld van de infiltrant aan bepaalde strafbare feiten wordt uitgesloten

<sup>119</sup> L. DUPONT, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het misdrijf in het Belgisch strafrecht*, Leuven, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1993, 77p.

<sup>120</sup> L. DUPONT, *Beginselen van het strafrecht*, Leuven, Acco, 2004-2005, 82; J. RUBBRECHT, *Beginselen van het strafrecht*, Leuven, Wouters, 1969, 77-78; J. VANHALEWIJN, *Beginselen van het strafrecht*, Leuven, Acco, 1970, 63.

<sup>121</sup> L. DUPONT, *o.c.*, 164.

<sup>122</sup> H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoningsgronden in het strafrecht*, Antwerpen, De Sikkel, 1958, 60-62; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 226.

<sup>123</sup> Cass. 16 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 95 en *Pas.*, I, 177, nr. 95.

<sup>124</sup> Cass. 8 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 147.

<sup>125</sup> H. BERKMOES en J. DELMULLE, *o.c.*, 113.

<sup>126</sup> F. VERBRUGGEN, *o.c.*, 492 ev.

<sup>127</sup> C. DE VALKENEER, *o.c.*, 246-247

door het feit dat zijn wils- of keuzevrijheid volledig uitgeschakeld was.<sup>128</sup> Voor de toepassing van de onweerstaanbare dwang moeten drie voorwaarden worden vervuld: de onweerstaanbaarheid van de dwang, de volledige uitschakeling van de wil en de dwang mag ook niet te wijten zijn aan de infiltrant zelf.<sup>129</sup> In de verhouding tussen de politieambtenaar en zijn hiërarchische chefs lijkt het mij moeilijk om aan te nemen dat de wil volledig was uitgeschakeld. Het ondernemen van een hachelijke operatie zoals een infiltratie wordt niet zonder meer opgelegd maar speelt zich volgens mij meer af in de vorm van samenwerking. De infiltrant zal zich toch moeten onderwerpen aan een aantal ernstige (levensbedreigende) risico's. De wil van de infiltrant lijkt mij hier niet volledig uitgesloten. In de relatie infiltrant-slachtoffer kan de derde voorwaarde voor de toepassing van onweerstaanbare dwang (zie supra) een probleem vormen. Volgens het Hof van Cassatie kan de dwang enkel voortvloeien uit een van de menselijke wil onafhankelijke gebeurtenis die de mens niet heeft kunnen voorzien of voorkomen.<sup>130</sup> Wanneer de infiltrant de mogelijkheid heeft om de uitschakeling van zijn wil door bijvoorbeeld een lid van de criminele organisatie op een of andere wijze te voorkomen kan er geen toepassing worden gemaakt van schulditsluitende overmacht. Hierdoor wordt de actieradius van de onweerstaanbare dwang sterk beperkt en kan het dus mijn inziens geen dienst doen als techniek om de infiltrant vrij te stellen van strafrechtelijke vervolging.

Een tweede techniek waarop de infiltrant mogelijks zou kunnen terugvallen is de noodtoestand.<sup>131</sup> Een van de voorwaarden van de noodtoestand is dat er een noodzaak moet bestaan tot het plegen van een delicttypische handeling als enige uitweg of bescherming van een rechtsgoed.<sup>132</sup> Hier vindt men ook een subsidiariteitvoorwaarde terug zoals bij de algemene voorwaarden voor de inzet van de bijzondere opsporingsmethoden. Aldus is er een subsidiariteitvoorwaarde als algemene voorwaarde en nog één indien men gebruikt wenst te maken van de figuur noodtoestand. De combinatie van de twee subsidiariteitvoorwaarden leidt er toe dat het plegen van misdrijven door politieambtenaren binnen de infiltratieopdracht wordt aanzien als een allerlaatste redboei waar de politieambtenaar zich aan kan vastklampen om strafrechtelijke vervolging te vermijden. In vele gevallen zal men immers niet op voorhand kunnen oordelen of het plegen van een bepaald misdrijf de enige uitweg is ter bescherming van een specifiek rechtsgoed of rechtsbelang. Een tweede voorwaarde voor de noodtoestand is dat het rechtsgoed dat wordt beschermd een grotere of minstens even grote waarde moet hebben dan het

<sup>128</sup> L. DUPONT, *o.c.*, 149.

<sup>129</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 258-259.

<sup>130</sup> Cass. 15 december 1969, *Arr. Cass.* 1970, 371; Cass. 28 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, nr. 198; Cass. 17 januari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 307; Cass. 20 maart 2001, *Pas.* 2001, nr. 146.

<sup>131</sup> Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1203 en *R.C.J.B.* 1989, 597 met noot van A. DE NAUW (boevenschuilplaatsarrest); F. VERBRUGGEN, *o.c.*, 497.

<sup>132</sup> Cass. 24 april 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1006.

geschonden rechtsgoed.<sup>133</sup> Welke rechtsgoed of rechtsbelang komt in het gedrang op het ogenblik dat de infiltratie en dus ook de *voorzienbare* misdrijven wordt gemachtigd? Het lijkt alsof hier de maatschappelijke en sociale nood tot terugdringing van criminaliteit naar de oppervlakte drijft. Deze nood tot terugdringing van criminaliteit lijkt mij echter moeilijk te plaatsen wanneer de infiltrant moet kiezen tussen verschillende rechtsbelangen of rechtsgoederen. Het voortdurend balanceren op één wiel door de infiltrant komt de rechtszekerheid allerminst ten goede en is bovendien niet aangewezen in een risicovolle onderzoeksmethode zoals de infiltratie.

Daarnaast zag het hof van beroep te Brussel nog een oplossing in het verschil van intentie die enerzijds aanwezig is bij de infiltrant en anderzijds bij de dader zelf van het misdrijf (in geval van deelneming bijvoorbeeld).<sup>134</sup> In casu ging het over een overheidsambtenaar die zich voordeed als een pseudo-koper van drugs. Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat de infiltrant niet strafbaar was aangezien hij, in tegenstelling tot de betrokken verkoper, niet de bedoeling heeft om zich te verrijken maar om de drughandel op te rollen. Het probleem hier is dat het vereiste opzet (in casu algemeen opzet) ook bij de infiltrant aanwezig is. Het hof van beroep te Brussel voegde dus onterecht een extra opzetvereiste toe, namelijk de bedoeling om zich te verrijken met de drughandel.

Dit brengt ons tot een laatste strafrechtsfiguur waar mogelijkwijze toepassing van kan worden gemaakt: een rechtvaardigingsgrond. Een rechtvaardigingsgrond grijpt in op het tweede constitutief bestanddeel van het misdrijf, namelijk de wederrechtelijkheid. Ze zorgt ervoor dat er geen totstandkoming is van een misdrijf (neutraliserend karakter).<sup>135</sup> Hier ligt uiteraard het grote verschil met een strafuitsluitende verschoningsgrond die alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf laat bestaan maar er enkel geen straf aan koppelt.<sup>136</sup> Het gevolg daarvan is dat bij de toepassing van een rechtvaardigingsgrond ook de mogelijke burgerrechtelijke consequenties van het plegen van misdrijven verdwijnen.<sup>137</sup> Dit is al zeker een voordeel met betrekking tot de rechtspositie van de politieambtenaar-infiltrant, die eventueel door de Staat nog een regresvordering riskeert op basis van voornoemd artikel 48 Wet Politieambt. Maar dit zou ook uitermate voordelig zijn voor de andere betrokkenen bij de infiltratie zoals de burgerdeskundige en de andere politieambtenaren die mee hebben gewerkt aan bijvoorbeeld het verschaffen van de nodige valse identiteitsdocumenten, ... Zij kunnen op het gebied van burgerrechtelijke aansprakelijkheid immers niet rekenen op dezelfde

---

<sup>133</sup> L. DUPONT, *o.c.*, 138.

<sup>134</sup> Brussel 30 november 1984, *J.T.* 1985, 736; M. DE RUE, "Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière", *l.c.*, 329; F. VERBRUGGEN, *o.c.*, 496.

<sup>135</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 180.

<sup>136</sup> J. MEESE, *l.c.*, 1141.

<sup>137</sup> Cass. 21 maart 1979, *Pas.* 1979, I, 862 en *R.C.J.B.* 1982, 139 met noot van J. VERHAEGEN; H. BEKAERT, *o.c.*, 69-128.

bescherming die aan de politieambtenaar wordt geboden via artikel 50 Wet Politieambt. Dit brengt ons bij een ander fundamenteel kenmerk van de rechtvaardigingsgronden: de *in rem*-werking.<sup>138</sup> Dit zorgt er voor dat *alle* deelnemers aan een delictstypisch feit niet kunnen vervolgd worden aangezien de gedraging op zich als toelaatbaar wordt aanvaard. Dit heeft met andere woorden ook betrekking op de deelnemers aan het delictstypische feit die deel uitmaken van een criminele organisatie (de criminelen zelf dus). Het kan niet de bedoeling zijn van de bijzondere opsporingsmethoden om te komen tot een rechtvaardiging van misdrijven gepleegd door de criminelen zelf (zie infra 3.2). Het is merkwaardig dat de wetgever in artikel 47quinquies §4 Sv. wel degelijk een rechtvaardigingsgrond heeft ingevoerd ter bescherming van de identiteit en de veiligheid van de politieambtenaren.<sup>139</sup> Het verschil is hier dat het gaat om misdrijven die gepleegd worden binnen het politiebestel zelf en dus niet in de omgang met de criminelen. Een oplossing in het problematische karakter van de *in rem*-werking van rechtvaardigingsgronden kan worden gevonden door de *in rem*-werking te veranderen in een *in personam*-werking van een rechtvaardigingsgrond.<sup>140</sup> De kritiek die werd gegeven op de rechtvaardigingsgrond van het wettig overheidsbevel (art. 70, 152, 260 Sw.) is dat het hoger bevel om een misdrijf te plegen in uitvoering van een wet dient te zijn.<sup>141</sup> Volgens mij is deze kritiek onterecht aangezien er door de BOM-wet van 6 januari 2003 wel degelijk een wettelijke basis is gecreëerd voor het plegen van strafbare feiten door infiltranten via de machtiging van de procureur des Konings (zie art. 47quinquies §2 Sv., art. 47octies §§4-5 Sv.). Een andere kritiek die wordt gegeven op de figuur van wettig overheidsbevel is dat daarmee de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betrokken hiërarchische overste niet wordt uitgeschakeld.<sup>142</sup> Dit is uiteraard correct maar dit is ook het geval bij de huidige regeling van de strafuitsluitende verschoningsgrond. De hiërarchische overste kan volgens mij geplaatst worden bij de categorie van personen die aan de uitvoering van de opdracht noodzakelijke of rechtstreekse hulp of bijstand hebben verleend (art. 47 quinquies §2 3<sup>de</sup> lid Sv.). Bij de invoering van de BOM-wet waren de strafbare feiten door deze personen niet verschoond. De gedeeltelijke vernietiging van de BOM-wet door het arrest van het Arbitragehof van 21 december 2004 heeft voor wetgevend initiatief op dit punt gezorgd. De wet van 27 december 2005 vermeldt dat de strafuitsluitende verschoningsgrond eveneens van toepassing is op de personen vermeldt in artikel 47 quinquies §2 3<sup>de</sup> lid Sv.<sup>143</sup> Het belangrijkste verschil en tevens argument om toch te opteren voor een rechtvaardigingsgrond in plaats van een strafuitsluitende verschoningsgrond is

<sup>138</sup> A. DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.* 1989, 623-624.

<sup>139</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, 2001-02, nr. 1688/001, 27.

<sup>140</sup> F. VERBRUGGEN, *o.c.*, 182

<sup>141</sup> A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *l.c.*, 925; M. DE RUE, *l.c.*, 329.

<sup>142</sup> G. GARABEDIAN, noot onder Brussel 30 november 1984, *J.T.* 1985, 737.

<sup>143</sup> Art. 8 en 11 Wet houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit, *B.S.* 30 december 2005.

dat de infiltratie in zijn geheel niet meer aangetast is met een wederrechtelijkheidsaspect. De vraag die vervolgens kan worden gesteld is: Welke rechtvaardigingsgrond komt hiervoor in aanmerking? Zoals reeds vermeld komen volgens mij de noodtoestand of noodweer hiervoor niet in aanmerking. Bijgevolg komt het wettig voorschrift en overheidsbevel binnen het gezichtsveld. Het wettig bevel of overheidsvoorschrift lijkt mij echter vooral toepasselijk in de relatie overheid en bijvoorbeeld de burgerdeskundige die in de infiltratie wordt betrokken. Voor personen die in een hiërarchisch verband (zoals politieambtenaren) werken is er al een ‘speciale’ rechtvaardigingsgrond voorzien in de artikelen 152 en 260 Sw. Het probleem hier is dat de rechtsliteratuur aanstipt dat deze ‘speciale’ rechtvaardigingsgrond eerder moet bekeken worden als een beslissende of strafuitsluitende verschoningsgrond.<sup>144</sup> De rechtspraak beschouwt het dan weer eerder als een schulditsluitingsgrond.<sup>145</sup> Verwarring troef en terug naar start met andere woorden... De vraag is echter waarom de rechtsleer en rechtspraak het niet aanvaarden als een authentieke rechtvaardigingsgrond. Om daarop een antwoord te kunnen bieden moet eerst gekeken worden naar de voorwaarden die zijn verbonden aan de toepassing van artikel 152 en 260 Sw. Deze voorwaarden zijn:

- de ondergeschikte ambtenaar heeft een bevel uitgevoerd dat betrekking had op aangelegenheden die tot de bevoegdheid van zijn meerderen behoorden;
- dit bevel werd correct uitgevoerd;
- er een band van ondergeschiktheid aanwezig is;
- het bevel mag niet manifest onwettig zijn (‘Befehl ist Befehl’) en,
- de ondergeschikte moet gehandeld hebben onder invloed van (schulditsluitende) dwang of dwaling.<sup>146</sup>

De 4<sup>de</sup> voorwaarde (‘Befehl ist Befehl’) leidt ertoe dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de hiërarchische overste niet wordt uitgesloten. Dit leidt ertoe dat binnen de rechtvaardigingsgronden en (ondanks) hun principiële *in rem*-werking toch personen (de hiërarchische oversten) zijn die uit de boot van de rechtvaardiging kunnen vallen. Het lijkt mij aangewezen om, indien de voorwaarden voor dit bevel van de hiërarchische overste vervuld is, niet alleen het misdrijf van de ondergeschikte te rechtvaardigen maar eveneens de hiërarchische oversten hierbij te betrekken.

De 5<sup>de</sup> voorwaarde (schulditsluitende dwang of dwaling) is volgens mij wat achterhaald in de context van de bijzondere opsporingsmethoden. De infiltrant handelt daar immers niet onder onoverkomelijke dwang of dwaling aangezien de hele operatie van tevoren wordt opgezet en uitgekamd.

---

<sup>144</sup> J. VERHAEGEN, “L’ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales”, *J.T.* 1986, 45.

<sup>145</sup> Cass. 13 december 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 437.

<sup>146</sup> L. DUPONT, *o.c.*, 127-128.

### c. Een blik over de grenzen

Het is ontegensprekelijk het geval dat de inzet van infiltratie zich meer en meer deels in het buitenland zal afspelen en dus ook in een internationale context moet worden bekeken (vb. de gecontroleerde af- of doorlevering).<sup>147</sup> De huidige praktijk toont aan dat het verderzetten van undercoveroperaties op het grondgebied van andere staten bijna altijd informeel en op politieel niveau wordt geregeld.<sup>148</sup> Toch zijn er ook een hele reeks van wetgevende bronnen voorhanden met betrekking tot de wederzijdse hulp in strafzaken en de infiltratie op Europees niveau.<sup>149</sup> De recentste bron is de EU-wederzijdse rechtshulpovereenkomst van 29 mei 2000. Het opvallende is dat er ook daar geen regeling ten gronde is getroffen voor de grensoverschrijdende inzet van politie-infiltranten. Dit had als oorzaak de grote verschillen die nog steeds bestaan tussen de verschillende lidstaten met betrekking tot de infiltratie.<sup>150</sup> Artikel 15 van de EU-wederzijdse rechtshulpovereenkomst vermeldt dat wat betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid de politieambtenaren van andere lidstaten bij het plegen van strafbare feiten gelijkgesteld worden met politieambtenaren van het land waar de grensoverschrijdende infiltratie plaatsvindt. Er moet dus met andere woorden worden gekeken naar de nationale wetgeving aangaande de strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>151</sup> De grensoverschrijdende infiltrant moet steeds opnieuw de betrokken regelgeving onder de loep nemen om na te gaan welke waarborgen hem in het betrokken land worden geboden tegen strafrechtelijke vervolging. Een intensieve informatieverschaffing tussen de lidstaten (eventueel bilaterale akkoorden) lijken aangewezen aangezien de kloof tussen de verschillende landen te groot is.

## 4. CONCLUSIE

De inzet van bijzondere opsporingsmethoden ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit wordt al lang niet meer in vraag gesteld. De vraag naar de afbakening en welke vormen deze bestrijding moet aannemen des te

<sup>147</sup> Aanbeveling R (96)8 i.v.m. het misdaadbeleid in Europa in een tijd van verandering, op 5 september 1996 aangenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa, dat zegt 'the use of undercoveragents should be studied at international level' (punt 37); C. FIJNAUT, "De internationalisering van misdaad in West-Europa: een toenemend probleem?", *Delikt en Delinkwent* 1991, 956 ev.

<sup>148</sup> G. VERMEULEN, *o.c.*, 320.

<sup>149</sup> Art. 11 Verdrag van de Verenigde Naties van 20 december 1988 tegen de sluikehandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, *B.S.* 21 maart 1996; Art. 73 Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, *B.S.* 15 oktober 1993.

<sup>150</sup> G. VERMEULEN, *o.c.*, 324.

<sup>151</sup> A. DE NAUW en F. SCHUERMANS, *l.c.*, 925.

meer. Het zoeken naar een rechtvaardiging (in de gewone betekenis van het woord) voor het plegen van misdrijven door infiltranten is niet eenvoudig. Enerzijds omdat het bestrijden van misdrijven met misdrijven ettelijke ethische vragen oproept en anderzijds omdat de zoektocht ons brengt naar de afbakening tussen de verschillende constitutieve bestanddelen van het misdrijf waar de grenzen niet altijd even helder en duidelijk kunnen worden genoemd. De uiteindelijke keuze van de wetgever voor een strafuitsluitende verschoningsgrond was een mogelijke optie maar de infiltratie blijft hierdoor wel haar wederrechtelijk karakter behouden. Dit heeft de nodige consequenties op burgerrechtelijk vlak. Om daaraan te verhelpen werd een oplossing gezocht binnen het kader van de rechtvaardigingsgronden en meer bepaald bij het wettig bevel. De principiële *in rem*-werking van de rechtvaardigingsgronden lijkt een obstakel te zijn om de uitsluiting van de vervolging van de infiltrant in te passen in het kader van de wederrechtelijkheid. In principe houdt het wettig bevel wel al een persoonlijk karakter in. Zij heeft immers betrekking op de ondergeschikte (politieambtenaar). Het *in personam*-karakter is nooit ver weg en mag volgens mij ook geen beletsel vormen om de rechtvaardiging van strafbare feiten door infiltranten daar in te voegen. De voorwaarden tot de infiltratie (zie 3.5.4) blijven evenwel behouden. Dit houdt in dat indien deze voorwaarden vervuld zijn de handeling door de infiltrant als toelaatbaar en geoorloofd kan worden beschouwd. Als de voorwaarden niet zijn vervuld dan vervalt de bescherming en wordt de gedraging opnieuw wederrechtelijk. Een vooruitgang van de rechtspositie van de infiltrant lijkt mij. Het slachtoffer (de crimineel) geniet dus nog steeds een bescherming die kan worden teruggevonden in de stringente voorwaarden voor de toepassing van de infiltratie. De vraag is in welke mate het slachtoffer of zelfs zijn advocaat op de hoogte is van de infiltratie en kan nagaan of die voorwaarden zijn vervuld (probleem van het vertrouwelijk dossier).<sup>152</sup> Het bestempelen van misdrijven gepleegd door de infiltrant als rechtmatig en geoorloofd in de bestrijding tegen de georganiseerde criminaliteit moet kunnen zolang een strenge controle gewaarborgd blijft. Zoniet wacht de willekeur om de hoek...

---

<sup>152</sup> J. STEVENS, "We zijn allemaal verdachten", *De Standaard*, 20 februari 2006, 6.