

Katholieke Universiteit Leuven
Faculteit Rechtsgeleerdheid
Instituut voor Strafrecht



F.VERBRUGGEN

SCHADUWBOKSEN IN HET DONKER

*De dogmatische onderbouw van de strafrechtelijke
aanpak van georganiseerde criminaliteit*

Promotor: Prof.Dr. C. FIJNAUT
Co-promotor: Prof.Dr. R.VERSTRAETEN

Leuven, 9 mei 2001

WOORD VOORAF	xxi
DEEL I: ZORGT GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT VOOR EEN OMWENTELING IN HET STRAFRECHTSBESTEL?	24
HOOFDSTUK 1. BRUSSEL, WIJ HEBBEN EEN PROBLEEM: de huidige piek in een lang bewustwordingsproces	24
§1.Hoofdrol van bendes aan het begin van onze strafrechtelijke tijdsrekening.....	24
1.1. Roversbendes : Jan de Lichte en andere zware jongens.....	24
1.2. Sociale rebellie, contrarevolutie en nationalisme	30
1.3. Het verzet ondergronds gedreven	32
1.4. Plaatselijk of internationaal probleem ?	33
1.5. De maffia : een bijzonder geval ?	35
§2.Een probleem van Europese dimensie : van vakbonden tot anarchisme op het einde van de vorige eeuw	41
2.1. Nieuwe groepen die de gevestigde orde aanvallen	41
2.2. Breuk tussen gematigden en radicalen.....	41
2.3. Afscheuring van radicale anarchisten.....	42
2.4. Een Europees probleem.....	43
2.5. Een Europese reactie ?	44
§3.Probleem, ik doop u georganiseerde criminaliteit : van kopzorg Nieuwe Wereld tot nieuw probleem hele wereld	46
3.1. Niet zo georganiseerde plattelandsgangsters met nationale faam.....	46
3.2 .Beter georganiseerde criminaliteit in de grootsteden als lokaal probleem..	47
3.3. Een nationaal probleem, « organized crime » genoemd.....	50
3.4. De echte tegenaanval : een diesel komt op toeren.....	52
3.5. Van « typisch Amerikaans » tot wereldprobleem	53
§4. »Nieuwe« bedreiging voor het Oude Continent.....	56
4.1. Amerikanisering van Europa	56
4.2. Amerikaanse missionarissen en hun roepingen in West-Europa	57
4.3. Terrorisme als hoogste prioriteit in de jaren 1968-89.....	58
4.4. Raad van Europa	59
4.5. De Europese Unie	60
§5.Via andere Europese landen België binnen	62
5.1. Italië	62
5.2. Duitsland, Frankrijk, Nederland	67
5.3. Recent thema in België	70
5.4. De onderstroom	74
5.4.1.Politie.....	74

5.4.2.Rechterlijke macht	75
5.2.3.Regering	76
5.5. Het Parlement onderzoekt,...ontdekt (het warm water) en slaat alarm	77
HOOFDSTUK 2. WELK PROBLEEM ? Georganiseerde criminaliteit als vraagstuk :	
van beschrijving naar omschrijving	85
§1.Inleiding: vraagstuk of waagstuk	85
§2.Ontwijkingsgedrag: “Ducking the issue of definition”	87
2.1. Praktijkmensen en hun eendentheorie	87
2.2. Onhoudbaarheid.....	88
2.3. Agnostische pers.....	89
2.4. Agnostische wetenschappers	89
2.5. Besluit	91
§3.Hoe doen ze het? De methode als passer voor de omschrijving	91
3.1. Van Duyne en de “bedrijfsmatige” criminaliteit.....	91
3.2.BKA-omschrijving.....	94
3.3. Kenmerkenlijst als verkapte focus op methode?.....	96
3.4.Europese Unie	99
3.5.België	100
§4.Voor wie doen zij het? De maatschappelijke functie als invalspunt voor de omschrijving.....	101
4.1. Criminelen als “oplossers” van een marktprobleem	101
4.2. Kwetsbaarheid bedrijven en sectoren.....	103
4.3. Beleid overheid	106
4.4.Voordelen.....	108
4.5. Nadelen.....	109
§5. Wat doen zij voor mekaar en waarom? De organisatie en de houding als sleutels tot de omschrijving.....	110
5.1.Een strakkere omschrijving	110
5.2. Groepen, primair gericht op illegaal gewin.....	111
5.3. Systematisch misdrijven plegen met ernstige gevolgen voor de samenleving	113
5.4. In staat zich op betrekkelijk effectieve wijze af te schermem	115
5.5. Gebruik van de omschrijving in België.....	119
HOOFDSTUK 3. MEER WAAGSTUK DAN VRAAGSTUK? Het antwoord bepaalt het probleem georganiseerde criminaliteit.....	120
§1.Het antwoord werpt zijn schaduw vooruit op de vraag	120
§2.Het scheppen van een prioriteit	121

§3. Methoden en mislukkingen rechtvaardigen	123
§4. Instellingen rechtvaardigen	125
§5. Het gevaar van een “moral panic”	127
HOOFDSTUK 4. OPZET VAN HET PROEFSCHRIFT: aanpak van de georganiseerde criminaliteit als aanleiding voor een bezinning over beginselen van het strafrecht	128
§1. Veranderingen, ook in het strafrecht, onder de vlag van de aanpak van georganiseerde criminaliteit	129
§2. Nut van een dogmatisch perspectief	131
2.1. Algemene regels en begrippen	131
2.2. Belang van dogmatiek	132
2.3. Taak van de strafrechtswetenschap	134
§3. Georganiseerde criminaliteit in dit proefschrift ?	137
§4. Bronnen	138
§5. De selectie van vier grote thema's	141
HOOFDSTUK 5 : STRUCTUUR VAN HET PROEFSCHRIFT : een analyse (in vijf stappen) van vier grote verschuivingen in het spanningsveld tussen « nieuwe » criminaliteit en « oude » regels	144
§1. De klassieke basis van ons strafrecht	144
§2. De inwerking van de aanpak van georganiseerde criminaliteit op de klassieke basis van het strafrecht : een overzicht in vijf stappen	145
§3. Vier grote verschuivingen	146
3.1. Van individu naar organisatie	146
3.2. Van reactieve en gewone naar proactieve en bijzondere opsporingen	147
3.3. Van eenzijdig opgelegd naar onderhandeld	148
3.4. Van vrijheidsstraf naar vermogensaanpak	149
3.5. Volgorde van behandeling	149
§4. De reformatie in de kathedraal van ons strafrecht : revolutie, beeldenstorm of storm in een glas water ?	150
§5. Besluit Deel I	151
DEEL II. VAN INDIVIDU NAAR ORGANISATIE	153
HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE: individualistisch straf-na-schade-recht .	153
§ 1. Individuele bestraffing voor verwijtbare individuele veroorzaking effectieve schade	153
1.1. Voorgeschiedenis	153
1.2. Enkele pijlers van ons klassiek strafrecht	157
1.3. Functie van de misdrijfomschrijving en voorkeur krenkingsmisdrijven	160

1.3.1. Duidelijkheid als uitloper legaliteitsbeginsel	160
1.3.2. Waarschuwingsplicht als uitloper legaliteitsbeginsel	161
1.3.3. Strafbepaling als uitloper evenredigheidsbeginsel	162
1.3.4. Krenkingsmisdrijf	163
1.3.5. Dogmatische en praktische voordelen gekozen misdrijfomschrijvingen	165
1.4. Schuldstrafrecht	167
1.5. Samenvatting en relativering	167
§ 2. Oog voor de collectieve dimensie: strafbare individuele bijdrage aan collectieve inbreuk op de strafwet	169
2.1. Inleiding.....	169
2.2. Het plegen door meerdere personen als verzwarende omstandigheid	169
2.3. Noodzakelijke deelnemingsmisdrijven.....	170
2.4. Deelneming.....	171
2.4.1. Inleiding	171
2.4.2. Bestaan van een strafbaar hoofdfeit: relatieve afhankelijkheid van de deelneming.....	174
2.4.3. Wettelijke (materiële) deelnemingsvormen	178
2.4.4. Het subjectief (moreel) element: deelnemingsopzet.....	182
2.4.5. Procedurele aspecten	185
2.5. Samenvatting	186
§3. Oog voor de gevaarsdimensie: preventieve aanpak van samenspanningsmisdrijven.....	187
3.1. De regel: krenking	187
3.2. De uitzondering-aanvulling: poging en mislukt misdrijf	188
3.3. De uitzonderlijkste uitzondering: samenspanning.....	189
3.4. De oneigenlijke uitzondering: consensuele misdrijven ?	192
3.5. Samenvatting	193
§4. Preventief straffen van betrokkenheid bij gevaarlijke collectieven: het misdrijf “vereniging van misdadigers” (bendevorming)	194
4.1. Het “bestaan van een bende die misdrijven beoogt” als rechtsfeit: verzelfstandiging van de organisatie t.o.v. de samenstellende individuen	194
4.1.1. Bende is meer dan haar leden: de bende als “gevaarlijke persoon” ...	194
4.1.2. Het oogmerk van de vereniging (de sociale activiteiten)	196
4.1.3. Organisatie	199
4.2. Het personeel.....	200
4.3. De partners	201

4.4.De schietstoel: een verschoningsgrond voor wie tijdig uitstapt	202
4.5.Samenvatting	202
§ 5.Besluit.....	203
HOOFDSTUK 2. CRISIS: beweerde tekortkomingen bij aanpak georganiseerde criminaliteit	205
§1.Inleiding: nieuwe wetgeving in een spanningsveld	206
1.1.Klassieke beginselen worden harde grondrechten	206
1.2.Erosie van de beginselen	208
1.3.Veranderende functie misdrijfschrijving: opmars gevaarzettingsmisdrijven	211
1.3.1. Ingewikkelde en vage misdrijven.....	211
1.3.4.Gevaarzettingsmisdrijf	213
1.3.5.Dogmatische vereenvoudiging of complicatie?	215
1.4.Verwatering van het schuldstrafrecht.....	216
1.5. De “wet betreffende criminele organisaties” als illustratie van de spanning	218
§2.Beweerde tekortkomingen van klassieke wetten om de collectieve dimensie aan te pakken.....	219
2.1.Inleiding.....	219
2.2.Tekortschieten deelneming	220
2.2.1.Kopstukken.....	220
2.2.2.Contacten bovenwereld	223
2.2.3.Logistieke bijstand	224
2.2.4.Onzelfstandigheid deelneming als hinderpaal.....	225
2.2.5.Werking naar de plaats	228
2.3.Tekortkomen noodzakelijke deelnemingsmisdrijven	230
2.4.Tekortkomen verzwarende omstandigheid	232
2.5.Samenvatting	232
§3.Beweerde tekortkomingen bendevoering tegen georganiseerde criminaliteit	233
3.1.Criminele organisatie is iets anders dan een bende	233
3.2.Het personeel.....	233
3.3.De partners	234
3.4.De schietstoel: verschoningsgrond.....	235
3.5.Samenvatting	236
§4.Proactieve aanpak en bijzondere opsporingsmethoden op zoek naar houvast	236
§5.Besluit.....	238

HOOFDSTUK 3. IMPULSEN TOT VERANDERING.....	240
§.1.De Verenigde Staten: de samenspanning en RICO	241
1.1.Inleiding.....	241
1.2.Samenspanning	242
1.3. Racketeering and Corrupt Organisations en Continuing Criminal Enterprise	245
1.4. Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief	250
1.5.Besluit	251
§ 2. Italië: van associazione per delinquere naar associazione di tipo mafioso ..	252
2.1.Inleiding.....	252
2.2.Associazione per delinquere	254
2.3.Associazione di tipo mafioso	256
2.4.Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief	259
2.5.Besluit	260
§ 3. Nederland: Art.140, lid 1 Sr. de bende die criminele organisatie heet	260
3.1.Inleiding.....	260
3.2.Art.140 Sr.: vereniging van misdadiger wordt deelneming criminele organisatie	263
3.3.Strafbaarheid voorbereidingshandelingen	266
3.4.Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief	267
3.5.Besluit	267
§.4. Europa	268
4.1.Inleiding.....	268
4.2.Corpus Iuris.....	268
4.4.Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief	272
4.5.Besluit	273
§ 5.De lange aanloop in het intern recht	273
5.1. De drugwet.....	273
5.1.1.Inleiding : kiem van de veranderingen.....	273
5.1.2.Aandacht voor de preventieve dimensie	274
5.1.3.Aandacht voor de collectieve dimensie	278
5.1.4.Aandacht voor de internationale dimensie	281
5.1.5.Aandacht voor de tegenwerking.....	282
5.2. Witwaswet.....	282
5.2.1.Inleiding	282
5.2.2.Aandacht voor preventieve dimensie	282
5.2.3.Aandacht voor de collectieve dimensie	283

5.2.4.Aandacht voor de internationale dimensie	285
5.2.5.Aandacht voor de tegenwerking.....	286
5.3. Hormonenwet.....	286
5.4. Mensenhandelwet	289
5.5. Besluit	293
HOOFDSTUK 4: DE BELGISCHE KEUZE: de wet betreffende criminele organisaties	
.....	295
§1.Inleiding	295
§2.Grond voor de wetgeving.....	299
§3.Nieuwe misdrijven.....	300
3.1.Omschrijving criminele organisatie	300
3.2.Deel uitmaken	307
3.3.Deelnemen aan de voorbereiding of uitvoering van enige geoorloofde activiteit.....	308
3.4.Deelnemen aan beslissingen	310
3.5.Leiding geven.....	312
§4.Procedurele aspecten.....	313
§5.Besluit.....	313
HOOFDSTUK 5. PERSOONLIJKE BEOORDELING: genetisch gemanipuleerde bendevorming	314
§1.Grond voor de wetgeving.....	315
1.1.Inleiding: graven naar de ware gronden	315
1.2.Het tekortschieten van de bestaande rechtsregels voor collectieve en preventieve aanpak.....	317
1.3.Het tekortschieten van bendevorming	324
1.4. De behoefte aan procedurele ankerpunten.....	336
1.5. Lessen over het wetgevend proces in België.....	338
§2.Nieuwe misdrijven.....	344
2.1.Deel uitmaken	344
2.2.Deelnemen aan voorbereiding of uitvoering van geoorloofde activiteiten .	345
2.3.Deelnemen aan beslissingen	347
2.4. Een leidend persoon zijn	349
2.5.Besluit.....	350
§3.Misdrijven van de toekomst? Collectieve aansprakelijkheid voor abstracte gevaaren in het licht van de beginselen	352
3.1.Inleiding: kritische bedenkingen bij onderliggende grond.....	352
3.2.De klassieke beginselen als maatstaf.....	355

3.3. Functie van het misdrijf en voorkeur voor gevaarzettingsmisdrijven	359
3.4. Aftakeling schuld, soort collectieve aansprakelijkheid.....	363
3.5. Besluit	364
§4. Alternatieven.....	365
4.1. Bestaande constructies	365
4.2. Verzwarende omstandigheid	366
4.3. Aanpassing art.65 Sw.	367
4.4. Specifieke obstructiemisdrijven of een algemene strafbaarstelling van begunstiging.....	368
4.5. Besluit: individualisering en aanpassing procesrecht.....	368
§5. Besluit.....	369
DEEL III. VAN REACTIEF MET GEWONE, NAAR PROACTIEF MET BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN.....	373
HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE: reactief en "gewoon"	374
§1. Voorgeschiedenis	374
1.1 .Accusatoir, irrationeel en met zwakke opsporingsorganisatie	374
1.2. Inquisitoire procedure met strikte bewijsregels	375
1.3. Zwakke rechtshandhaving, vooral in het vooronderzoek (opsporing).....	379
1.4. Verlichting als reactie op wantoestanden en grondslag Wetboek Strafvordering	379
1.5. Besluit	380
§2. Reactieve rechtshandhaving op zoek naar daders en bewijzen	381
§3. Openlijk, Oprecht en Onpartijdig	383
3.1. Openlijk gebruik van dwangmiddelen	383
3.2. Oprecht en legaal optreden politie en gerecht	384
3.3. Geheim en schriftelijk onderzoek, openbaar en mondeling strafproces ...	386
3.4. Politie en gerecht zijn niet persoonlijk betrokken	388
3.5. Belgische opsporing van Belgische misdrijven	389
§4. Nuancering : controle op en sanctionering van onbehoorlijk optreden rechtshandhaving	390
4.1. Relatief reactief	390
4.2. Niet altijd openlijk en oprecht.....	393
4.3. Rechtshandhaving betrokken	395
4.4. Staatsgrenzen zijn relatief	396
4.5. De kloof tussen wet en praktijk : gebrekkige controle en sanctionering ...	397
§5. Besluit.....	400

HOOFDSTUK 2: CRISIS: Spanningen in het klassieke systeem bij aanpak van georganiseerde criminaliteit.....	402
§1.Klassieke beginselen worden harde grondrechten.....	402
1.1. Einde van de suprematie van de nationale wetgever.....	402
1.2. Artt.3 en 5 E.V.R.M. als beperking van de "klassieke opsporingsmethoden"	407
1.3. Art.6 E.V.R.M. als beperking van de klassieke "mogelijkheden"	412
1.3.1.Vooronderzoek wordt probleem	412
1.3.2. Twijfel onpartijdigheid	414
1.3.3. Meer openheid in vooronderzoek.....	415
1.3.4. Versterking positie verdediging	417
1.3.5. Sanctionering "onbehoorlijke" rechtshandhaving.....	421
1.4. Art.8 E.V.R.M. als beperking van de klassieke "mogelijkheden"	422
1.4.1. Van brief en woning naar privé-leven.....	422
1.4.2. Een relatief grondrecht.....	425
1.4.3. Eis formele wetgeving.....	427
1.4.4. Evenredigheid en legitimiteit	428
1.4.5. Informatieele zelfbeschikking	428
1.5. Besluit	430
§2.Reactieve handhaving schiet tekort bij nieuwe misdrijven.....	431
2.1. Consensuele en gevaarzettingsmisdrijven.....	431
2.2. Criminele organisatie schermen zichzelf actief af	432
2.3. Onverantwoord grote schade vermijden.....	434
2.4. Geen daders zoeken van misdrijven, maar misdrijven zoeken bij doelwitten	435
2.5. Samenvatting: van reactief naar proactief	436
§3.Oprechte, openlijke en onpartijdige aanpak schiet tekort voor nieuwe criminelen	436
§4.Klassieke controle en sancties schieten tekort.....	439
§5.Besluit.....	442
HOOFDSTUK 3: Impulsen tot verandering.....	444
1.1. Undercoverpraktijken: het moet kunnen, want het kan moeten.....	445
1.2. Grondwettelijke drempels en grenzen inmenging	446
1.2.1.Bescherming tegen zoekingen en inbeslagnemingen gelezen als privacy-grondrecht.....	446
1.2.2. Privé-onderzoeken.....	451
1.2.3. De warrant-vereiste en probable cause.....	452

1.2.4. Uitzonderingen op de warrant-vereiste.....	453
1.2.5 .Due Process garanties.....	455
1.3. Uitlokking, rechtvaardiging en verschoning.....	456
1.4. Controle en sanctienering.....	457
1.4.1. Interne toestemmingsvereisten en verantwoordingsrapporten	457
1.4.2. Rechterlijke toestemming.....	458
1.4.3 .Openheid in latere procedure.....	458
1.4.4. Bewijsuitsluiting en/of burgerlijke aansprakelijkheid overheid.....	459
1.4.5. Besluit.....	460
1.5. Impuls tot modernisering van het verdekt politiewerk in België	461
§2. Duitsland.....	463
2.1. Bestrijding terrorisme en georganiseerde criminaliteit legitimeren heroplevering geheim politiewerk	463
2.2. Grondwettelijke grenzen	464
2.3. Van betwiste methoden naar wettelijke bevoegdheden	465
2.4. Controle en sanctienering.....	466
2.5. Impuls omgeleid langs Europa	468
§3. Nederland	468
3.1. Opsporing gemoderniseerd en ontspoord: Van Traa stoot op “onnederlandse” toestanden.....	468
3.2. Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.....	470
3.3. Meer dan wet bijzondere opsporingsmethoden	472
3.4. Controle en sanctienering.....	473
3.5. Rechtstreeks impuls Belgische discussie	474
§4. Europa	474
§5. Interne impulsen	476
5.1. Schandalen	476
5.2. Rechtspraak	477
5.3. Afluisterwet.....	478
5.4. De proactieve witwaswet	480
5.5. Besluit	480
HOOFDSTUK 4. DE BEGISCHE KEUZE: leidt ons niet in bekoring?.....	483
§1. Inleiding	483
§2. Proactieve opsporing	487
§3. Bijzondere opsporingsmethoden.....	493
3.1. Informanten.....	493
3.2. Observatie.....	498

3.3. Infiltratie	501
3.4. Uitlokkingsverbod	505
3.4.1. Absoluut taboe	505
3.4.2. Basis	507
3.4.3. Toepassing	509
3.4.4. Gemaakte keuze	514
3.4.5. Besluit	515
3.5. Rechtvaardiging of verschoning van misdrijven overheidsagenten	516
3.5.1. Probleem	516
3.5.2. Het gedrag van de agent valt buiten de omschrijving van het misdrijf	518
3.5.3. Rechtvaardiging, uitsluiting schuld dan wel opheffing strafwaardigheid	520
3.5.4. Gemaakte keuze	522
3.5.5. Besluit	524
§4. Controle en sanctionering	525
4.1. Beroepsgeheim	525
4.2. Rechterlijke controle en rapporteringsplicht	530
4.3. Strafrechtelijke en tuchtrechtelijke sancties	532
4.4. Bewijsuitsluiting en onontvankelijkheid	534
4.4.1. Geen spectaculaire wetgevende ingrepen	534
4.4.2. Strenge bewijsuitsluiting	535
4.4.3. Relativering	536
4.4.4. De sloophamer: onontvankelijkheid van de strafvordering	539
4.4.5. Besluit procedurele sanctionering	540
4.5. Besluit	541
§5. Besluit	541
HOOFDSTUK 5. Persoonlijke beoordeling	543
§1. Proactieve opsporing	543
1.1. Begripsverwarring	543
1.2. De keuze van de Belgische wetgever	548
1.3. Beschrijving methode in plaats van regeling bevoegdheden	553
1.4. Alternatief: regeling en controle informatiehuishouding, naast verdenking van gewone komt vermoeden van zware misdrijven	555
1.5. Besluit	558
§2. Bijzondere opsporingsmethoden	559
2.1. Nut van het begrip	559
2.2. Bevoegdheden i.p.v. methoden	561

2.3. Geheimen en leugens	563
2.4. Spontane vragen bij tekst Bosly	566
2.5. Besluit	568
§3. Uitlokking, rechtvaardiging en verschoning	568
3.1. De laatste grens: plegen mag soms, uitlokken nooit.....	568
3.2. De verdwenen verantwoording uitlokkingsverbod.....	570
3.3. De zoektocht naar gronden voor een zelfstandig uitlokkingsverbod	571
3.3.1. Een eigen uitlokkingsbegrip in het strafprocesrecht	571
3.3.2. Verantwoording door (bevooroordeelde) eliminatie.....	572
3.3.3. Nieuwe verantwoording	577
3.3.4. Kritiek	578
3.3.5. Besluit.....	584
3.4. De ontbrekende verantwoording voor de criminaliteit van overheidsagenten	585
3.4.1. Een dogmatische hoofdbreker	585
3.4.2. Noodtoestand?	585
3.4.3. De problematische rechtvaardigingsgrond van Bosly (en de POC-GC)	588
3.4.4. Onbeantwoorde vragen	591
3.4.5. Besluit.....	594
3.5. Persoonlijk alternatief: herenigingsmodel	594
3.5.1. Uitlokking van misdrijven is een materieelrechtelijk begrip	594
3.5.2. Situatie van de uitgelokte	596
3.5.3. Situatie van de uitlokker	599
3.5.4. Voor- en nadelen	600
3.5.5. Besluit.....	602
§4. Controle en sanctionering	602
4.1. Nadenken over verabsolutering bewijsuitsluiting als procedurele sanctie .	602
4.2. Onontvankelijkheid is verkeerde sanctie voor uitlokking	604
4.3. Nood aan zeer strikte interne controle en toetsing toelaatbaarheid	605
4.4. Rol van de verdediging.....	606
4.5. Besluit	606
§5. Besluit.....	607
DEEL IV. DE PRIJS VAN HET BEWIJS: VAN EENZIJDIG OPGELEGD NAAR ONDERHANDEL(EN)D STRAFRECHT	610
HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE : Eenzijdig opgelegd strafrecht.....	611

§1.Voorhistorie : van accusatoire geschillenbeslechting naar inquisitoire strafprocedures.....	611
§2.Reactie : begrenzing en versterking van het machtsapparaat	617
§3.Sterke overheid.....	619
§4.Zwakke (rechts)positie van verdachten en derden	624
§5.Besluit.....	627
HOOFDSTUK 2 : CRISIS: Beweerde tekortkomingen bij de aanpak van van georganiseerde criminaliteit.....	628
§1.Evolutie strafbaarstellingen	628
§2.Evolutie opsporingsmethoden.....	630
§3.Overvraagde en zwakke overheid.....	632
§4.Versterking rechtspositie verdachte en belanghebbende derden	636
§5.Besluit.....	637
HOOFDSTUK 3. IMPULSEN TOT VERANDERING.....	638
§1.Verenigde Staten	639
1.1.Vervolgingsmonopolie en opportuniteitsbeginsel.....	639
1.2.Plea-bargaining en Guilty Plea	639
1.3.Spijtoptanten	642
1.4.Bewijsrecht en bescherming.....	648
1.5.Besluit	649
§2.Andere Europese landen	650
2.1.Italië	650
2.1.1.Context	650
2.1.2.Actief berouw in de strafwet.....	653
2.1.3.Procedureel « berouw » beloond	654
2.1.4.Waarborgen.....	661
2.1.5.Kritiek	662
2.2.Verenigd Koninkrijk en Spanje.....	669
2.3.Duitsland	671
2.4.Nederland	674
2.5.Besluit	678
§3. »Stimulerend » Europa	678
3.1.Aanbeveling Raad van Europa.....	678
3.2.Resoluties Raad van Ministers Justitie en Binnenlandse Zaken Europese Unie	680
3.3.Corpus Iuris.....	681
3.4.Handhaving van de mededinging	684

3.5.Besluit	685
§4. »Storend » Straatsburg.....	685
4.1.Inleiding.....	685
4.2.Kostovski en Lüdi	686
4.3.Doorson: erkenning rechten getuigen.....	688
4.4.Van Mechelen en Kok	689
4.5.Besluit	690
§5.De aanloop in het intern recht.....	691
5.1.Drugswet.....	691
5.2.Witwaswet.....	693
5.3.Hormonenwet.....	693
5.4.Bende van Nijvel	693
5.5.Besluit	694
HOOFDSTUK 4: DE BELGISCHE KEUZE	694
§1.Inleiding	694
§2.Spijtoptanten : koppeling « onderhandelingen » eigen zaak aan « hulp in» andere zaak.....	696
2.1.Basiskeuze.....	696
2.2.Toezegging verval van de strafvordering (toekenning immuniteit)	697
2.3.De toezegging tot strafuitsluiting of strafvermindering	699
2.4.De toezegging in het kader van de strafuitvoering	701
2.5.Besluit	701
§3.Overheid « onderhandelt » met getuigen	702
§4.Flankerende maatregelen	704
§5.Besluit.....	705
HOOFDSTUK 5: PERSOONLIJKE BEOORDELING.....	706
§1.Grond voor de wetgeving.....	706
1.1.Inleiding.....	706
1.2.Tekortschieten van bestaande wetgeving voor beschermen van getuigen door anonimiteit.....	707
1.3.Het tekortschieten van de bestaande rechtsregels voor akkoorden met spijtoptanten.....	707
1.3.1.Systeem al flexibel.....	707
1.3.2.Keuzevrijheid Openbaar Ministerie	708
1.3.3.Keuzevrijheid rechter	709
1.3.4.Keuzevrijheid strafuitvoering	713
1.3.5.Besluit.....	714

1.4.De strijd tegen georganiseerde criminaliteit als voorwendsel.....	715
1.5.Besluit	715
§2.Nieuwe regels in het spijtoptantenontwerp.....	716
2.1.Inleiding.....	716
2.2.Wie geniet van de voordelen als spijtoptant?.....	716
2.2.1.Begrip	716
2.2.2."Verschoond" misdrijf	717
2.2.3."Verschonend" misdrijf en verband ermee	718
2.2.4.Verhouding tussen beide misdrijven	719
2.2.5.Besluit.....	723
2.3.Uitzonderlijke overdracht "rechterlijke macht" aan Openbaar Ministerie ?	724
2.3.1.Vermoedelijke grond	724
2.3.2. Openbaar Ministerie beslist.....	725
2.3.3.Onderhandelingsproces	727
2.3.4.Andere bedenkingen.....	729
2.4.Alternatief?	731
2.5.Besluit	735
§3.Getuigenbescherming en bronbescherming: is Straatsburg een goede souffleur?.....	736
3.1.Inleiding.....	736
3.2.Is Straatsburg een goede souffleur? Kritische beoordeling van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	737
3.2.1.Bestaan bedreiging	737
3.2.2.Aparte beoordeling politiemensen.....	737
3.2.3.Absolute noodzakelijkheid.....	738
3.2.4.Niet beslissend (décisive/déterminant).....	740
3.2.5.Compenserende procedures.....	741
3.3.Te "punctueel": ten onrechte afgezonderd, geen volledige hervorming van verouderde regels inzake getuigenbewijs.....	743
3.4.Eigen rechten getuige voldoende uit de verf?.....	744
3.5.Besluit	744
§4.Procedure van de toekomst? Gekozen onderhandelend strafrecht in het licht van de klassieke beginselen.	745
§5.Besluit: niet zo anders, beetje beter	746
DEEL V.VAN VRIJHEIDSSTRAF NAAR VERMOGENSAANPAK	749
HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE: de vrijheidsstraf als modelstraf.....	749

§ 1. Voorgeschiedenis: een niet te onderschatten preklassiek vermogensstrafrecht	750
1.1. “Vermogensaanpak” is ouder dan het strafrecht zelf	750
1.2. Neutraliserend bijgeloof: goederen en dieren als “schuldige” of “kwaad” bestempeld	752
1.3. Vermogenssancties als alternatief voor lichamelijke wraak	752
1.4. Van schadevergoeding tot zuivere ‘straf’	754
1.5. Wanpraktijken	755
§ 2. De vrijheidsstraf als modelstraf in het “klassiek strafrecht”	757
2.1. Inleiding	757
2.2. Beginselen van strafrechtspleging waarop de aanpak beweert te berusten	759
2.3. Vrijheidsstraf centraal	762
2.4. Strafonderzoek is onderzoek naar dader(s) of bewijs van het misdrijf	766
2.5. Samenvatting	766
§ 3. Vermogensstraffen als bijkomstig	767
3.1. Vermogensstraf in het Sw.	767
3.2. De geldboete	767
3.3. De verbeurdverklaring	770
3.4. Geen vermogensstraf: of toch een beetje?	774
3.5. Geldboete en verbeurdverklaring zijn straffen: gevolgen	780
§ 4. Heling als afgeleid misdrijf	783
4.1. Verzelfstandiging	783
4.2. Objectief misdrijfbestanddeel	784
4.3. Schuldvorm	787
4.4. Rechtvaardiging, verschoning en strafmaat	789
4.5. Samenvatting	789
§ 5. Besluit	790
HOOFDSTUK 2. CRISIS: het klassiek systeem schiet tekort	791
§ 1. Algemene crisis, maar georganiseerde criminaliteit is verschillend	791
1.1. Veranderende visie op het strafrecht	791
1.2. Verandering van de criminaliteit en verbodskeling (differentiëring) van het beleid	796
1.3. Meer rechten voor verdachten en veroordeelden	801
1.4. Twijfels over de gevangenisstraf	803
1.5. Georganiseerde criminaliteit is anders	806

§ 2. Beweerde tekortkomingen van de vrijheidsstraf bij georganiseerde criminaliteit	808
2.1. De criminele organisatie vervangt gevangengezette elementen en blijft voortdraaien	808
2.2. Criminele organisatie controleert gevangenis en zet activiteiten voort vanuit gevangenis.....	809
2.3. Criminele organisatie belet ontmanteling ondanks gevangenisstraffen en belet resocialisatie.....	811
2.4. Geldstromen als bewijs tegen echte leiders en investeerders	815
2.5. "Crimineel geld" perverteert de legale economie	815
§3. Beweerde tekortkomingen van geldboete en verbeurdverklaring bij de vermogensaanpak van georganiseerde criminaliteit	817
3.1. Geen slachtoffer als "afromer" van de criminele opbrengsten.....	817
3.2. Probleem van "daderloze" misdrijven	818
3.3. Grenzen van de rechtsgoederenbeschadiging	819
3.3.1. Evenredigheid met de schuld als probleem bij de geldboete.....	819
3.3.2. Eigendomsvereiste bij verbeurdverklaring voorwerp en instrumenten misdrijf	822
3.3.3. Strikte interpretatie van voor verbeurdverklaring vatbare "producten" van het misdrijf	822
3.4. Georganiseerde criminaliteit, georganiseerd onvermogen.....	823
3.5. Besluit	826
§4 . De bestaande misdrijfomschrijving van heling voldoet niet.....	827
4.1. Verwerking van de "buit" na de eerste omzetting.....	827
4.2. Te beperkt voorwerp heling	828
4.3. Nadelen van de omschrijving	828
4.4. Gat in de toepassing naar persoon en plaats	830
4.5. Samenvatting	831
§.5. Besluit.....	831
HOOFDSTUK 3: IMPULSEN TOT VERANDERING.....	832
§ 1. Verenigde Staten	833
1.1. Dominant mensbeeld en visie achter de aanpak	833
1.2. De " <i>civil forfeiture</i> ": van prehistorisch fossiel tot moderne monstersanctie, het succesverhaal van een juridische fictie	836
1.2.1. Begrip en oorsprong	836
1.2.2. Kenmerken	840

1.2.3. De explosieve toename van de vervallenverklaringsmaatregel door de war on drugs.....	844
1.2.4. De rechtshandhaving als begunstigde	847
1.2.5. Juridische pijnpunten	848
1.3. RICO en CCE: invoering van de strafrechtelijke verbeurdverklaring en punitieve schadevergoeding.....	854
1.4. Witwassen en meldplicht voor financiële instellingen als onderscheiden nieuwigheden.....	856
1.5. Evaluatie leidt tot hervorming	857
1.5.4. Verandering stuit op weerstand uit wereld rechtshandhaving.....	859
§ 2. Andere Europese landen	860
2.1. Inleiding.....	860
2.2. Italië : een maatschappijbeschermende maatregel voor veroordeling.....	860
2.3. Nederland: een herstelmaatregel na veroordeling	864
2.3.1. Weloverwogen ?	864
2.3.2. Vermogensstraffen	866
2.3.3. Vermogensaanpak via maatregelen.....	868
2.3.4. Flankerende wetgeving en beleid.....	874
2.3.5. Besluit.....	876
§ 3. Stimulerende V.N., stimulerend Europa	877
§ 4. Storend Europa.....	879
§ 5. Discrete aanloop in het interne recht.....	880
HOOFDSTUK 4. DE BELGISCHE KEUZE: vertaling van de vermogensaanpak in het strafrecht	883
§ 1. Ontstaansgeschiedenis en gronden van de wetgeving	883
1.1. Geen voorstudie.....	883
1.2. Drie axioma's	885
1.3. Witwassen nodig om verbeurdverklaring mogelijk te maken.....	886
1.4. Nieuwe wetgeving nodig ter correctie.....	886
1.5. Geldboete in de schaduw en in de lift.....	887
§ 2. Uitbreiding van de verbeurdverklaring tot vermogensvoordelen	889
2.1. Niet geraakt aan bestaande verbeurdverklaringen	889
2.2. Toevoeging van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen.....	889
2.2. Invoering « verruimde heling »	892
2.3. Verbeurdverklaring zonder eigendom.....	894
2.4. Voordelen.....	895
2.5. Samenvatting	897

§3. Witwassen als abstract gevaarzettingsmisdrijf	897
3.1. Verruimde heling was niet genoeg (1990-1995)	897
3.2. »Echte » witwasmisdrijven (1995)	899
3.3. »Onechte» witwasmisdrijven.....	901
3.4. Voordelen.....	903
3.5. Samenvatting	903
§4. Procedure	903
4.1. Inleiding.....	903
4.2. Opsporing	904
4.3. Hervreiding van de bewijslast.....	906
4.4. De tenuitvoerlegging van uitgesproken verbeurdverklaringen	907
§5. Besluit.....	908
HOOFDSTUK 5. PERSOONLIJKE BEOORDELING.....	908
§1. Grond voor de wetgeving.....	909
1.1. Inleiding: het blootleggen van de ondergrond.....	909
1.2. Ontneming nodig omdat criminaliteit niet mag lonen	911
1.3. Effectiviteit van de vermogensaanpak tegen (georganiseerde) vermogenscriminaliteit.....	912
1.4. Zaakgericht	915
1.5. Volstrekt respect voor de klassieke regels van het strafrecht	917
§2. De vernieuwde vermogensaanpak.....	918
2.1. De nieuwe bijkomende straf verbeurdverklaring van vermogensvoordelen.....	918
2.1.1. Inleiding	918
2.1.2. Straf	918
2.1.3. Begrip verbeurdverklaring	919
2.1.4. Begrip vermogensvoordeel	920
2.1.5. Samenvatting.....	924
2.2. De grote innerlijke tegenstrijdigheden.....	925
2.2.1. Het sparen van kool en geit	925
2.2.2. Persoonlijk en toch in rem.....	925
2.2.3. In rem en toch waardeconfiscatie.....	931
2.2.4. Straf en toch schadevergoeding	932
2.2.5. Besluit.....	933
2.4. Straf gericht tegen organisatie treft individu: nadelen van vermogensstraffen, ook bij georganiseerde criminaliteit	934
2.5. Witwassen van functioneel tot zelfstandig misdrijf	935
2.5.1. Inleiding	935

2.5.2. Formulering	936
2.5.3. Kettingreactie in bodemloos vat?	936
2.5.4. Veronderstellingen	937
2.5.5. Besluit	937
§3. Bestrafing van de toekomst? De nieuwe vermogensaanpak als illustratie van de grote tendenzen	938
3.1. Lessen over het wetgevend proces in België	938
3.2. Brede aanpak	939
3.3. Proactief en bijzonder	940
3.4. Beloonde medewerking	941
3.5. Besluit	942
§ 4. Alternatieven	942
4.1. Doel bestrafing bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit	942
4.3. Hercodificeren en standaardiseren : in geld vertaalbare tijdstraffen	944
4.3.1. Beperkt aantal beschadigbare rechtsgoederen	944
4.3.2. Straffen zijn tijdstraffen	945
4.3.3. Afromen niet verboden	947
4.3.4. Schaf de verbeurdverklaring af	948
4.3.5. Besluit	950
4.4. Scherper witwasmisdrijf	951
4.5. Samenvatting	952
§5. Besluit	952
DEEL VI. ALGEMEEN BESLUIT	955
BIBLIOGRAFIE	965

WOORD VOORAF

*« Si ce discours semble trop long pour être lu en une fois,
on le pourra distinguer en six parties »*

(R. Descartes, Le discours de la méthode)

Volgens een aloude Duitse wijsheid is een professor "iemand die een andere mening toegedaan is". Tegendraadsheid mag geen doel op zich zijn, maar een kritische houding ten opzichte van beweerde waarheden, zekerheden en onvermijdelijkheden behoort tot het wezen van de academische roeping.

De bestrijding van georganiseerde criminaliteit heeft in de voorbije jaren talloze zekerheden en schijnbare zekerheden in de manier waarop rechtsgeleerden naar het strafrecht keken aan het wankelen gebracht. Nieuwe zekerheden en schijnbare zekerheden kwamen in de plaats. Als "nieuwe" uitdaging rechtvaardigt georganiseerde criminaliteitsbestrijding uitzonderingen op klassieke regels, zoveel uitzonderingen dat men zich moet afvragen wat er nog van de oorspronkelijke regels overblijft.

In dit proefschrift nemen wij deze evolutie onder de loep. Wij doen dat niet met een uitputtende, objectieve beschrijving van alle regels, met alle nuances in de relevante rechtspraak en rechtsleer gevolgd door een plukje persoonlijk commentaar. Veeleer trachten wij van de platgetreden paden af te wijken met een eigennuttige, persoonlijke benadering. Het is ons om de grote lijnen te doen en dat vogelperspectief dwingt ons soms details en nuances weg te gommen. Vanwege de omvang van de thematiek zullen wij in dit proefschrift in onze race naar besluiten soms te snel door bocht gaan, soms misschien te lang in cirkeltjes ronddraaien vooraleer er aan te komen. Wij vragen de lezer bij deze vergiffenis.

De gekozen analysemethode vergt van die lezer immers veel concentratie. Niettemin biedt ze gelegenheid om de veranderingen te duiden binnen een ruimer kader, verbanden en tegenstrijdigheden aan te geven. Ze kan ontmaskerend werken, al moet daarvoor soms geduldig de uiterst ingewikkelde knoop waarmee het masker is bevestigd, worden ontward (of doorgehakt). Sommige stellingen die wij daarbij innemen, zullen de lezer misschien op de kast jagen. Dat is ook de

bedoeling: vanop die kast zie je de dagdagelijkse werkelijkheid eens vanuit een heel ander standpunt en dat kan verfrissende ideeën opleveren. Als het proefschrift met zijn polemische stellingnames erin slaagt de lezer te doen twifelen aan zijn zekerheden en hem intellectueel kan prikkelen, is het belangrijkste opzet al geslaagd.

Het proefschrift begint met een uitgebreid inleidend Deel I. Dit gedeelte is eerder criminologisch van inslag, wat ook logisch is, daar de term "georganiseerde criminaliteit" pas zeer recent in strikt juridische context is opgedoken. Wij gaan na in welke omstandigheden dat gebeurde. Vervolgens trachten wij aan te tonen hoe vluchtig "georganiseerde criminaliteit" als onderwerp van de verdere analyse eigenlijk is en wij doen een poging het enigszins vast te pinnen. Waar komt het begrip vandaan, hoe heeft het zijn huidige prominentie verworven? Wij zullen ons toespitsen op de omschrijving van wat nu eigenlijk georganiseerde criminaliteit is en aangeven hoe groot de weerslag daarvan is op de verdere benadering. Vervolgens lichten wij toe hoe wij de problematiek bekijken, namelijk vanuit de strafrechtsdogmatiek. Omdat de rest van het proefschrift gezien wordt vanuit dit perspectief, staan wij even stil bij wat volgens ons de taak is van de dogmaticus. Wij kaarten enkele grote tendenzen aan, grote verschuivingen die wij in het strafrecht waarnemen. Concrete veranderingen in de wetgeving of op stapel staande voorstellen trachten wij dan in het licht van die grote verschuivingen te evalueren.

In Deel II kijken wij vooral naar de misdrijfschrijving en de toerekening. De "klassieke", *individualistische* aanpak zou tekort schieten tegen georganiseerde criminaliteit en plaats maken voor een op collectieven, op *organisaties* gerichte aanpak.

Op deze analyse van wat de wetgever strafbaar stelt, volgt in Deel III de veranderende de wijze waarop de overheid misdrijven opspoor en onderzoekt. De reactieve aanpak met "gewone" methoden, zou falen voor de aanpak van georganiseerde criminaliteit. Een nieuwe aanpak, die "*bijzondere opsporingsmethoden*" combineert met een *proactieve* benadering, moet soelaas bieden. In Deel III trachten wij de dogmatische uitdagingen aan te geven, die de politieke keuze voor een alternatieve aanpak stelt.

Die verschuiving hangt nauw samen met de opsporings- en bewijsproblemen bij georganiseerde criminaliteit. Vandaar dat wij aansluitend, in Deel IV vaststellen

welke prijs de overheid bereid is te betalen voor een belangrijke vorm van bewijs: de getuigenis. Voor de verdediging afgeschermden getuigen en getuigen die zelf boter op het hoofd hebben (*spijtoptanten*) krijgen voor hun getuigenis een bijzondere, een gunstige behandeling door de overheid in ruil. Vaak gaat het om een akkoord tussen het Openbaar Ministerie en de getuige, dat het resultaat vormt van een lang onderhandelingsproces. De tendens betekent in zekere zin een breuk met de aloude idee dat de overheid in het strafrecht slechts van haar eigen sterkte mocht uitgaan en er over strafrechtelijke aansprakelijkheid of de bereidheid eraan mee te werken geen "akkoordjes" mogelijk waren. Het klassieke, compromisloze en eenzijdig door de overheid opgelegde regime, moet dan wijken voor een meer "onderhandel(en)d strafrecht".

Tenslotte zal in Deel V de laatste verschuiving, namelijk in de straffen, van vrijheidsstraffen naar een vermogensaanpak, de vaststellingen van de vorige vier Delen illustreren, zodat het Algemeen Besluit in Deel VI erbij kan aansluiten.

DEEL I: ZORGT GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT VOOR EEN OMWENTELING IN HET STRAFRECHTSBESTEL?

HOOFDSTUK 1. BRUSSEL, WIJ HEBBEN EEN PROBLEEM: de huidige piek in een lang bewustwordingsproces

« Hegel remarks somewhere that all great world-historic facts and personages appear, so to speak, twice. He forgot to add : the first time as tragedy, the second time as fame »
(K.Marx)

§1.Hoofdrol van bendes aan het begin van onze strafrechtelijke tijdsrekening

1.1. Roversbendes : Jan de Lichte en andere zware jongens

ANGSTKLIMAAT- De achttiende eeuw bracht de Westerse wereld de industriële revolutie en de Verlichting. De bevolking van het Vlaamse platteland bekommerde zich evenwel niet echt om de intellectuele, artistieke of wetenschappelijke lente in de adellijke salons en academies. De oogst en de prijs van landbouwproducten domineerden haar leven. En met het zuurverdiende geld verschanste zij zich in hoeves en huizen, waar zij bang het vallen van het duister afwachtte. Want roversbendes regeerden de nacht...¹ Het viel moeilijk te voorspellen waar of wanneer zij zouden toeslaan. Men zei dat hun goed verborgen en bewaakt hoofdkwartier op een onherbergzame plek in het bos of op de heide lag². Doch anderen beweerden dat de bendeleden mekaar troffen in een aantal « afspanningen » met slechte faam³. Onder mekaar spraken zij bargoens, een jargon waarmee zij luistervinkende buitenstaanders verschalkten. Verkleed als

¹ De drossaard van Brabant verzoekt in 1759 de vorst om meer effectieven omdat vooral in het Hageland en de Kempen de boeren zozeer geterroriseerd zijn dat zij niet meer alleen durven overnachten in hun hoeven. VANHEMELRYCK, F., "Het banditisme in het Ancien Régime", in: VRANCKEN, P.(ed.), *Privilegium Tabellionatus*, Genk, 1997, 404-405.

² In het Zoniënwood huisden verschillende beruchte bendes, net zoals in het Vrijbos in West-Vlaanderen of op de Kempense heide.

handelsreizigers en dagloners trokken zij doorheen het land⁴. Bendeleden lieten zich als knecht aanwerven door boeren, molenaars of bakkers. Zo wist de bende wanneer de eigenaars thuis waren en over hoeveel geld ze beschikten. Soms hielp het bendelid zijn kompanen binnen, maar meestal zorgde hij er gewoon voor afwezig te zijn op het moment van de overval. Dat viel minder op. Indien de slachtoffers niet goedschiks vertelden waar ze hun kostbare bezittingen hadden verstopt en de bende het niet van omgekochte meiden of knechten had vernomen, aarzelde zij niet om zwaar geweld te gebruiken. Zelfs de sterksten bezweken dra onder de foltering (slaan, steken, voetbranden, enz.)⁵.

STRUCTUUR- Ging het om sterk hiërarchische « legers », waar het leiderschap met geweld afgedwongen werd? Daar leek het soms op⁶ en een aantal bendes noemde men ook naar de vermoedelijke leider, zoals Jan de Lichte (+1748), Franciscus Salembrien (+1798) of Lode Baekelandt (+1803). Toch bleek dat in de praktijk vaak verschillende kleinere groepen in wisselende coalities stapten⁷, dat lokale boeven in de slag gingen met zigeunerbendes (« Egyptenaars ») of met deserteurs uit de vele grote legers die Europa doorkruisten⁸. Waar alleszins niemand aan twijfelde, was dat rondom de harde kern een hele resem personen zwermde die de « zware jongens » allerhande hand- en spandiensten verstrekten⁹. Zo hadden herbergiers

³ Afgelegen herbergen aan de rand van het bos vormden vaak het hoofdkwartier. (VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 408; voor een geromantiseerde vertelling: LAROY, P., *De roversbendes van Vlaanderen*, Eeklo, Taptoe, 1997, 77.)

⁴ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 403.

⁵ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 404 en *De criminaliteit in de ammanie van Brussel van de late middeleeuwen tot het einde van het Ancien Régime (1404-1789)*, Brussel, 1981, 208.

⁶ DE FEYTER, S., *De bende van Jan de Lichte*, s.n. Leuven, Diss.Lic.Geschiedenis, s.d. (1979), 148 p. (K.U. Leuven BIBC THL19597) wijst erop dat de bende van Jan de Lichte allesbehalve een marginaal verschijnsel was in Zuid- en Oost-Vlaanderen in de jaren na 1740. Haar harde kern omvatte een veertigtal leden. Zo ook VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 410.

⁷ Tijdens de jaren 1743-1748 opereerde de naar Jan de Lichte genoemde bende in vier vrij vaste groepen: één in het gebied tussen Tielt, Deinze en Kortrijk, één op de lijn Gent, Sint-Niklaas, Antwerpen, één in de streek van St.-Maria-Oudenhove en één in de buurt van Geraardsbergen. Vaak schakelde men beroepscriminelen in voor één slag, die mekaar noch de bendeleden echt leerden kennen (VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 406).

⁸ Over de criminogene invloed van oorlog: VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 396-398; DRIESSEN, R., "Landloopers, bedelaars en ander onnut volck...: rondtrekkende lieden en de justitie in de achttiende eeuw", in VRANCKEN, P.(ed.), *op.cit.*, 414 aanvaardt dat de oorlog invloed heeft, maar nuanceert en wijst erop dat in de achttiende eeuw met de meer gedisciplineerde, staande legers en formalisering van de opeisingen de situatie beter is dan in de zeventiende, maar het platteland toch in de ban van de criminaliteit blijft.

⁹ Rondom de ongeveer veertig kernlieden van Jan de Lichte's bende, hangen tot een tweehonderdtal trawanten (VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 410), zodat Fijnaut erop wijst dat "bendes als die van Jan de Lichte als het ware criminele knooppunten vormden in uitgebreide netwerken van alle mogelijke marginalen en verschoppelingen" (FIJNAUT, C., *Een*

een kwalijke reputatie : ze zouden de bendes onderdak en vergaderruimte verschaft hebben of als « postbus » gediend hebben voor onderlinge berichten van de zich voortdurend verplaatsende bendeleden voor mekaar. Rovers hadden er alle belang bij dat iemand in de herberg de oren goed open hield. Mensen vierden er erfenissen, goede oogsten of zakentransacties , ze vertelden er roddels en spoelden er de afgunst door. Zoekende reizigers klopten aan en de geestrijke drank maakte de tongen van deze mogelijke prooien los. Vandaar dat herbergiers een waardevolle informatiebron vormden voor de plunderende bendes¹⁰. Doch ook rondreizende marktkramers begroette de lokale bevolking met achterdocht : zij heelden niet alleen de gestolen goederen, met hen trokken ook vermomde bendeleden mee¹¹. Of de populaire liedjeszanger die op de kermissen en jaarmarkten de toehoorders fascineerde met de griezilverhalen over de onvatbare schurken en de falende overheid eigenlijk ook voor de bende werkte, kwamen zijn toehoorders zelden of nooit te weten. Samen met de zangers zorgde een informeel geruchtencircuit ervoor dat feit en legende vergroeyden¹², waarbij de bendes zich niet zelden een imago van verzetsbeweging tegen de onderdrukkende overheid aangemeten hebben¹³. Ondanks hun stevige reputatie bleken de bendes ook vaak te knoeien, vooral wanneer de slachtoffers fel van zich af beten. Regelmatig mislukten overvallen of was de buit uitermate mager. Niet zelden zorgde het opruimen van echte of vermeende verklikkers voor onenigheid en afscheuringen.

VARIËTEIT- Zelfs een vluchtig onderzoek maakt duidelijk dat het fenomeen geenszins typisch was voor onze streken¹⁴. Omdat er meer historisch onderzoek gebeurde¹⁵, beschikken we over behoorlijk wat informatie over roversbendes in

historische inleiding tot de Algemene Criminologie, Leuven, Instituut voor Strafrecht, 1998, 76-77)

¹⁰ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 405.

¹¹ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 406

¹² TERNEST, E., *Jan de Lichte en zijne bende*, Gent, 1873, TOP, S., *De bende Van Baekelandt in de geschiedenis, de literatuur, het volkslied en het volksverhaal*, Handzame, Familia et patria, 1983, 307 p ; VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 393, 402 en 411; LAROY, P., *op.cit.* , 8-111; DEROISY, A., *La répression du vagabondage, de la mendicité et de la prostitution dans les Pays-Bas Autrichiens durant la seconde moitié du XVIIIème siècle* , Brussel, 1966.

¹³ Cfr. *infra* 1.2.

¹⁴ In Frankrijk verwierven bendeleider Cartouche en de zijnen (inter)nationale bekendheid: X, *Wonderbaar leven van Cartouche, hoofdkapitein van eene groote bende beurzensnijders, gauwdieven en moordenaars*, Gent, s.d., Snoeck-Ducaju, 96 p.; X, *Historie van Cartouche, opperhoofd van eene bende moordenaars en gauwdieven*, 's Hertogenbosch, Van Gulpen, 1841, 18 p. Gelijkaardige figuren doken op in andere landen. Voor een boek dat de verbanden met de hedendaagse georganiseerde criminaliteit ontleedt: BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *De maffia van Turkije*, Amsterdam, Meulenhoff-Kritak, 1998, 91-164.

¹⁵ FIJNAUT, C., *Een historische inleiding ...*, *op.cit.*, 77.

Nederland¹⁶ en Duitsland, toen nog een lappendeken van vorstendommen¹⁷. Zo treft Küther in zijn studie van het bendewezen op de as München-Stuttgart-Koblenz gewelddadige roversbendes aan die groeiden uit de ontwortelden van de plaatselijke bevolking en zwerversgroepen. Zijn nauwgezet onderzoek toont daarenboven aan dat het om veel complexere organisaties ging dan men gewoonlijk denkt. Hij beschrijft « veelomvattende tegenorganisaties », die er alles aan deden om het georganiseerd verband te camoufleren, zeker in streken met een actieve politiemacht. In het dagelijks leven vielen de bendeleden niet te onderscheiden van de « gewone » mensen, waartussen zij leefden¹⁸. Alleen bij acties traden zij als een herkenbare groep naar buiten. Daarenboven richtten zij de bende zo in dat verraad voorkomen werd of zijn effecten alleszins geminimaliseerd¹⁹. Slechts weinig leden kwamen ooit te weten wat de juiste samenstelling was van de bende, waar wapens of buit verstopt zaten of waar en wanneer de volgende slag gepland werd. Het valt op dat niet alleen de onderste klassen de bendes actief of passief steunden, maar ook een aantal mensen uit « hogere kringen » die om een of andere reden de afkeer voor het bestaande regime deelden²⁰. Ook de Nederlandse Egmond toont aan dat het achttiende-eeuwse bendewezen gesofisticeerder is dan historici doorgaans aannemen. Zo beschrijft zij een aantal heuse internationale bendes²¹. In latere studies heeft zij het beeld vervolledigd met een analyse van de talrijke verschillen die er tussen bendes bestonden : in de samenstelling (christelijke, joodse, zigeuners, gemengde...) en structuur, in de deskundigheid van de leden of in hun mobiliteit. Ook wijst zij op de aanzienlijke verschillen tussen plattelandsbendes en de stedelijke onderwereld²².

¹⁶ Cfr. bijvoorbeeld EGMOND, F., *Banditisme in de Franse Tijd; profiel van de Grote Nederlandse Bende, 1790-1799*, Zutphen, De Bataafsche Leeuw, 1986; *Op het verkeerde pad, georganiseerde misdaad in de Noordelijke Nederlanden*, Amsterdam, Bert Bakker, 1994, 317 p.

¹⁷ KÜTHER, C., *Räuber und Gauner in Deutschland: das organisierte Bandenwesen im 18. Und frühen 19. Jahrhundert*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1987, 197 p.

¹⁸ Fijnaut zegt dat de organisaties, omdat ze illegaal waren, zich als "niet-organisaties" moeten voordoen. (FIJNAUT, C., *Een historische inleiding ...*, op.cit., 78) De beruchte Bokkerijders, die Limburg onveilig maken, zijn gevestigde leden van de "gewone" bevolking die 's nachts op rooftocht gaan. (MOMMAERTS, P., *De Bokkerijders. Berugte bende van nagtdieven en knevelaers (1730-1799)*, Leuven, onuitgegeven licentiaatsverhandeling, 1986.) (cfr. *infra*)

¹⁹ Uit een ordonnantie blijkt "dat bendeleiders geheimzinnige personages waren die hun identiteit verborgen hielden voor de overige bendeleden en verkleed en gemaskerd in hun midden verschenen" (VANHEMELRYCK, F., op.cit., 400)

²⁰ FIJNAUT, C., *Een historische inleiding ...*, op.cit., 78.

²¹ EGMOND, F., *Banditisme in de Franse Tijd*, op.cit., 196 p.

²² EGMOND, F., "De boeven van Coornhert", in: FIJNAUT, C. en SPIERENBURG, P. (eds.), *Scherp Toezicht, van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 99-112.

REACTIE OVERHEID- Dergelijke socio-culturele nuances waren echter niet aan de achttiende of negentiende-eeuwse overheid besteed. Die zag vooral de eenheid : het ging over « rabauwen », het tegendeel van de brave burgers en een groot gevaar voor de maatschappij. Zij moesten dan ook met alle middelen voorgoed uit de gemeenschap uitgesloten worden. In de strijd tegen deze bendes, als openbare-orde-probleem van de eerste rang, zette de overheid de grove middelen in : wrede doodstraffen, brandmerken of verbanningen. Meestal duurde het wel een tijdje voordat zulke initiatieven van de grond kwamen. Het bestuur zat immers vaak meer verwickeld in andere zaken, zoals oorlogen of grote openbare werken en hun financiering. Daarenboven bestond er in het grensgebied dat de verbrokkelde Oostenrijkse Nederlanden waren (hoofdstad Wenen !) en ook in de woelige eerste jaren na de aanhechting door Frankrijk bleven, geen sterk centraal gezag. De bendes toonden zich vaak mobiel, stoorden zich weinig aan administratieve grenzen, maakten er zelfs gebruik van²³. Eens de repressie op gang kwam, toonden de vertegenwoordigers van de staat zich nochtans even meedogenloos als de bendes.

VOORKOMING- Omdat de gevestigde bevolking en de overheid vermoedden dat onder de massa vagebonden er veel zware misdadigers zaten, vaardigden de (boven)lokale overheden algemene bevelen uit om het land te verlaten op straffe van geseling, verbanning of zelfs ophanging^{24 25}. Zij deden een beroep op de gevestigde bevolking, die voor elke gevatte zwerver of rover een premie kon opstrijken²⁶. Regelmatig trokken schuttersgilden op klopjacht²⁷. De bevolking was ook verplicht de klokken te luiden zodra ergens mogelijke bendes opdoken²⁸. Op een bepaald moment kregen alle eigenaars van bosjes van twee bunders groot, langs de wegen

²³ Dat was bijvoorbeeld het geval voor de Bokkenrijders die in Zuid-Limburg handig de bestuurlijke verdeeldheid tussen de Oostenrijkse Nederlanden en de Nederlandse Republiek uitbuiten. (BLOK, A., *De bokkerijders: roversbenden en geheime genootschappen in de landen van Overmaas (1730-1774)*, Amsterdam, Prometheus, 1991, 457 p.; VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 398) doch ook voor anderen (VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 405) DRIESSEN, R., *op.cit.*, 418 illustreert aan de hand van stukken uit het rijksarchief in Maastricht hoe het internationale fenomeen echter ook tot bescheiden internationale gerechtelijke samenwerking leidde. Signalementen uit Pruisen, Hannover en Münster duiken in Limburg op, de namen van bendeleden, helers en logementhouders die gefolterde verdachten noemden, speelde men door aan collega's in andere rechtsgebieden.

²⁴ Bij recidive, herkenbaar aan het brandmerk.(DRIESSEN, R., *op.cit.*, 417)

²⁵ Terwijl de plaatselijke schepen er zoveel mogelijk wil aanhouden, maar dan dikwijls wel milder zijn met de strafmaat bij "sukkelaars", staat de drossaard (de vertegenwoordiger van de vorst) op zo streng mogelijke straffen. (DRIESSEN, R., *op.cit.*, 421.)

²⁶ DRIESSEN, R., *op.cit.*, 420; VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 398.

²⁷ DRIESSEN, R., *op.cit.*, 417 en 420-421.

²⁸ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 406.

van Brussel naar Bergen, Gent of Leuven het bevel deze te kappen, opdat rovers en vagebonden zich er niet zouden kunnen verstoppen²⁹.

Als (kandidaat-)helers werden zilversmeden en oudkleerkopers aan specifieke, zeer strenge wetten onderworpen. Zij moesten personen die mogelijk gestolen materiaal (vooral dat uit kerken) aanboden, aangeven bij de overheid. De overheid verbood hen kleren en huisraad te kopen, te ruilen of in pand te nemen vóór zonsopgang of ná zonsondergang. Op de aankoop of ruil van kerkelijke voorwerpen rustte een totaal verbod. Herbergiers mochten van onbekende gasten geen klederen, juwelen of meubelen in betaling nemen. Brabantse kerkdieven (of hun vrouwen) trokken daarom zelfs naar het verre Amsterdam om de buit veilig van de hand te doen³⁰. Bendeleden die hun maats verklikten tenslotte, konden gratie krijgen³¹.

RESULTAAT- Telkens blijkt dat zodra de overheid besliste haar greep op de situatie te herstellen, de bendes vrij vlug uitgeteld in de touwen hingen. Het verhaal van de legendarische bendeleiders eindigt, al dan niet na een tussenstop in de folterkamer, steevast op het schavot : op een rad, in een strop of – later - onder de (Verlichte) guillotine. Driessen benadrukt dat de Bokkenrijders, « *die stevige of tenminste herkenbare lokale « roots » hebben* », een procedure krijgen die tenminste « formeel » nog in orde is. Een autochtoon die in de greep van het gerecht geraakt, vergroot immers « *door zijn bekentenissen de olievlek der verdachten* ». Uiteindelijk straft men hem wel zwaarder wegens zijn « schijnheiligheid »³². Met « *landloopers, bedelaars en ander onnut volck* » springt men « *van in den beginne minder zachtzinnig en formeel* » om³³. Voor gerechtelijke achterstand heeft men nog geen tijd : Jan de Lichte wordt op 28 september 1748 gearresteerd en tussen 7 oktober en 14 december spreekt een Franse³⁴ militaire rechtbank (Franse officieren en lokale notabelen) 207 straffen uit tegen 101 personen³⁵.

²⁹ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.* , 403 verwijzend naar de Placcaten van Brabant, dl.V, p.691 en 692, 24 jan 1708.

³⁰ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.* ,408-409.

³¹ VANHEMELRYCK, F., *op.cit.* ,400; BECCARIA, C., *Over misdaden en straffen*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, (1764) 1971, 362-363.

³² DRIESSEN, R., *op.cit.* , 416.

³³ DRIESSEN, R., *op.cit.* , 416; EGMOND, F., "De boeven van Coornhert", *op.cit.*, 104-108. *Infra*, Deel III, Hoofdstuk 1. Cfr. LUCASSEN, L., "'Harmful Tramps', Police professionalisation and gypsies in Germany 1700-1945", *Crime, History & Societies*, 1997, 29-50.

³⁴ Franse troepen zijn de Oostenrijkse Nederlanden binnengevallen in 1744 en controleerden tegen eind 1746 zowat het gehele grondgebied. (VANHEMELRYCK, F., *op.cit.* , 409.)

³⁵ Vijfenvijftig bendeleden, vooral vrouwen werden verbannen, van drie jaar tot levenslang, tien personen kwamen aan de schandpaal, veertien belandden gebrandmerkt op de galeien, achttien werden opgehangen en de vijf belangrijkste, waaronder Jan de Lichte, werden levend geradbraakt. (VANHEMELRYCK, F., *op.cit.*, 400.)

1.2. Sociale rebellie, contrarevolutie en nationalisme

BOEREN-BANDIETEN- Küther onderscheidt de 'klassieke roversbendes' van ontwortelden, zwervers en deserteurs van zogenaamde « boeren-bandieten » die zich met hand en tand verzetten tegen de als uitbuiters ervaren grootgrondbezitters en overheden. Opstanden van boeren en handwerkers waren een constante in de geschiedenis³⁶, zolang de landbouw de belangrijkste sector van het maatschappelijk leven uitmaakte. Niet zelden smeulde ook na de eerste hevige opflakking of militaire nederlaag de revolte door in bendes van rebellen. Zij deelden de afkeer van de roversbendes voor een gevestigde orde die hen maatschappelijk buitenspel had gezet. Daarom vormden ook voor hen de symbolen van die gevestigde orde, zoals adel, rijke families, overheidsfunctionarissen of priesters, favoriete doelwitten.

Sommigen huisden, zoals de archetypische middeleeuwer Robin Hood, in een onherbergzaam gebied, waar zij de weg kenden, zich snel bewogen en een zekere steun genoten van bepaalde delen van de bevolking. Dat verlieten zij slechts voor korte, snelle verrassingsaanvallen, *raids*. Nooit zouden zij opgewassen geweest zijn tegen een open confrontatie met een geregeld leger. Met deze tactiek maakten lokale verzetsgroepen in Spanje aan het begin van de negentiende eeuw de Franse legers het leven zuur. Hij kreeg er de naam « kleine oorlog », *guerrilla*³⁷.

CONTRAREVOLUTIONAIRES- Dit verschijnsel deed zich vanzelfsprekend niet enkel voor bij mislukte opstanden. Bij geslaagde revoluties (zoals de Franse, maar ook andere liberale revoluties) had men net zo goed het probleem van de conservatieve contrarevolutionairen, die als bendes –vooral op het platteland en in de kleine steden- de nieuwe orde bleven bestrijden. Typevoorbeelden zijn de royalistische Chouans in West-Frankrijk³⁸ of onze eigen Boerenkrijg. Het nieuwe Franse regime bestempelde de « strijders voor Outer en Heerd » als « brigands ». « Brigandage » betekende in die tijd gewoonweg in groep de orde verstoren. Het woord is echter door het beeld dat Taine, een conservatieve historicus van de Franse Revolutie, van de opstanden opgehangen heeft, een eigen leven gaan leiden. Brigand kreeg in de latere literatuur over de opstanden de betekenis van

³⁶ De drie typische aanleidingen zijn hongersnood (mislukte oogst), nieuwe of onhoudbare belastingen en verplichte inlijving in legers.

³⁷ PIMLOTT, J. e.a., *Guerrilla Warfare*, Londen, Bison Books, 1985, 11.

³⁸ SUTHERLAND, D., *Revolutie en contrarevolutie. Frankrijk, 1789-1815*, Amsterdam, Bakker 1989, 273-276.

« struikrover », « galeiboef », dat wil zeggen kleine beroepskrimineel, gemeen volk³⁹. De antirevolutionaire geschiedschrijving trachtte de « slechtheid » van het revolutionaire regime en zijn onbegrip voor de situatie dus te illustreren aan de hand van het « feit » dat het de nobele strijders voor volk en religie degradeerde tot « ordinaire struikrovers »⁴⁰.

NATIONALISTEN- In de eerste helft van de negentiende eeuw botste het burgerlijk-universele gedachtengoed dat de eerste golf Franse revolutionairen bewoog, op een sterk door het romantisch gedachtengoed geïnspireerd nationalisme⁴¹. Dat bleek vooral succesvol waar het erin slaagde zich te verzoenen met het liberale denken van door het bestaande (vaak gerestaureerde) regime « ondergewaardeerde» elites⁴². Soms overviel dat succes de opstandelingen (België), soms was een korte bittere strijd voldoende (Spanje⁴³), soms duurde de strijd tientallen jaren, met wisselende krijgskansen (Italië, Polen, Bulgarije, Griekenland). Soms faalde de strijd, althans met het oog op zijn korte termijnobjectieven (het Oosten van Oostenrijk-Hongarije, Ierland, Balkan,...). Enkel bij een succesvolle straatrevolte, zoals de Belgische, ontsnapte het land aan een gewapende « onafhankelijkheidsstrijd » waarin « bendes » de wapens opnamen tegen het regime. Zij beschouwden zichzelf evenwel niet als bendes, maar als legers of

³⁹ DENECKERE, G., "De Boerenkrijg in een internationaal perspectief, een verkenning van collectieve actie op het platteland in de Franse Tijd", in: FRANÇOIS, L.(ed.), *De Boerenkrijg, twee eeuwen feit en fictie*, Leuven, Davidsfonds, 1998, 23.

⁴⁰ Het ontkennen van het politiek karakter van inbreuken op de "vigerende" wetgeving ervaart zij als een zware belediging. Politiek gemotiveerde rebellen zullen zich steeds verzetten tegen een gelijkstelling met "gemeenrechtelijke criminelen".

⁴¹ Over de periode 1815-1871: cfr.SCHULZE, H., *States, Nations and Nationalism from the Middle Ages to the Present*, Oxford, Blackwell, 1998, 197-230.

⁴² In de vroege negentiende eeuw steunden de liberalen de strijd voor de bevrijding van "onderdrukte volkeren" van buitenlandse heerschappij, waarin zij een verlengstuk zagen van de rechten van het individu. Later in de negentiende eeuw zou de romantisch-mythologische stroming in veel nationalistische bewegingen (bijvoorbeeld in Duitsland) het overwicht behalen op het rationeel-liberale. Het gevolg was een verheerlijking van natie (die staat moet worden), van het collectief dat voorrang moet krijgen op het individu. De breuk met het liberale ideaal is dan onvermijdelijk. (PERRY, M. e.a., *Western Civilization, Ideas, Politics & Society*, Boston, Houghton Mifflin, 1989, 546 e.v.) Voor een analyse van de overgang van de traditionele, particularistische conceptie van vrijheid naar een nieuwe, meer universalistische en de samengaan-groei van de publieke sfeer in de negentiende eeuw, cfr.WOLOCH, I., *Revolution and the Meanings of Freedom in the Nineteenth Century*, Stanford, Stanford University Press, 1996, vi+447 p. *Infra* §2.

⁴³ In 1812 verdreven de Spanjaarden met Britse steun de Fransen en kondigden een liberale grondwet af. Twee jaar later herriep de koning die, maar in 1820 dwong een revolutie van misnoegde en onderbetaalde militairen die terugkwamen uit de oorlog in Latijns-Amerika hem ze opnieuw in te stellen. Metternich en de Tsaar zagen dat als een gevaarlijk precedent en stonden Frankrijk toe om de liberale revolutie neer te slaan en het conservatieve regime te herstellen. In de loop van de negentiende eeuw kende het land nog verschillende burgeroorlogen.

milities. Willem Tell en de zijnen vormden het inspirerend archetypisch model, Simon Bolivar en Garibaldi de negentiende-eeuwse incarnaties. Wanneer het « bezettende » regime stevig in zijn schoenen stond of wanneer men er niet in slaagde hulp te krijgen van buitenaf⁴⁴, kregen de onafhankelijkheidsstrijders het meestal hard te verduren.

1.3. Het verzet ondergronds gedreven

GEHEIME GENOOTSCHAPPEN- De druk van de overheid dwong vele rebellen dan ook tot aanpassing. Vaak evolueerden zij naar (of vergroerden zij met) geheime genootschappen, die zich met geheimzinnige rituelen en symbolen afschermden. Italië bijvoorbeeld had een lange traditie van dergelijke stiekeme loges en organisaties, die ook in de eenmakingsbeweging (Risorgimento) een hoofdrol opeisten. De bekendste, de Carbonari, domineerde de scène in de periode 1815-1832. Haar pogingen om de Oostenrijkers uit Noord-Italië te verdrijven sloegen echter niet over op de massa en faalden, net zoals opstanden in de Pauselijke Staten en Zuid-Italië⁴⁵. Ook in Ierland doken, vooral na de grote hongersnood in 1847-48, geheime genootschappen op⁴⁶, onder meer de Fenians⁴⁷ die voorlopers waren van –naar keuze– het terrorisme of de guerrilla met het Iers Republikeins Leger (IRA) in een hoofdrol⁴⁸. Vreemd genoeg stelt geschiedkundige Blok een enigszins vergelijkbare

⁴⁴ De Zuid-Amerikaanse vrijheidsstrijd dankte natuurlijk veel aan Spanjes vijanden, de Engelsen en de pas onafhankelijk geworden Amerikanen. Die hielpen het uiteenvallen van het failliete imperium graag versnellen omdat ze op de handel met het gebied aasden. De rol van Pruisen was dan weer cruciaal in de Duitse eenmaking, net zoals die van Piëmont voor de Italiaanse. België kon in 1830 waarschijnlijk nooit de onafhankelijkheid van Nederland afdwingen tegen de wil van Londen en Parijs. Een gelukkig toeval was dat de Poolse opstand de Russische tsaar doet afzien van zijn plan om het op het Congres van Wenen afgesproken machtsevenwicht te herstellen. Rusland steunde overigens zelf actief de Slavische rebellen tegen Oostenrijk-Hongarije en vooral Turkije.

⁴⁵ De eerste voorbeelden daarvan waren het initiatief van de Giovane Italia beweging van de uit de Carbonari afkomstige, idealistische Mazzini, die rekende op een revolutie vanaf de basis. (PERRY, M. e.a., *op.cit.*, 548-549)

⁴⁶ De Young Ireland beweging, geïnspireerd door Mazzini's Giovane Italia, ijverde voor een radicalere politiek dan die van de gematigde leider O'Connell die enkel niet-gewapende acties wilde. (VAN CAENEGHEM, R., *De geschiedenis van Engeland*, Leuven, Davidsfonds, 1997, 241)

⁴⁷ De in 1858 opgerichte de Fenian Brotherhood koos voor terreuraanslagen op burgerdoelwitten in Ierland en Engeland. Vooral vanaf 1865 vond zij meer steun. De beweging haalde haar middelen uit de V.S. en Ierse veteranen uit de Amerikaanse burgeroorlog speelden een belangrijke rol. De pogingen tot opstand sloegen echter niet aan bij de massa en de machtige Kerk verzette zich ertegen. De Engelsen hadden de beweging tegen 1867 onderdrukt. (VAN CAENEGHEM, R., *De geschiedenis van Engeland*, *op.cit.*, 241) De naam Fianna (van een legendarische Ierse krijgsmacht) leeft trouwens door in die van de twee dominante partijen in de huidige democratische Ierse republiek: Fianna Fail en Sinn Féin. Hun revolutionaire oorsprong spelen zij dus als politieke marketingtroef uit.

⁴⁸ COOGAN, T., *The IRA, a history*, Niwot, Roberts Rhinehart, 1993, 5.

evolutie vast bij de Limburgse Bokkenrijders, enkele decennia eerder. Ook die ontwikkelden zich tot goed gestructureerde geheime genootschappen, met allerlei rituelen, symbolen en codes. Het is niet duidelijk wat precies hun doeleinden waren. Het loutere winstbejag lijkt minder belangrijk dan de onvrede met het bestaande regime. De bendeleiders beschouwden hun « troepen » als een soort vrijkorpsen in oprichting. De overvallen op notabelen en overheidsfiguren leverden weinig op in verhouding tot het gebruikte geweld. Ze dienden daarom, aldus Fijnaut, meer als middel dan als doel: voor de recrutering en training van leden, om aan geld te komen voor de « vrijkorpsen »⁴⁹.

REACTIE OVERHEID- De overheid die zich bedreigd voelde, stelde vaak de ondergrondse rebellie gelijk met de bovengrondse. Dat had als vreemd gevolg dat ze boeren-bandieten in hetzelfde hokje indeelde als vrijmetselaars. Het verborgen karakter van de organisaties gaf de strijd evenwel een heel andere dimensie, namelijk die van een strijd tegen een « geheime samenzwering ». Hoewel daar dus wel een feitelijke basis voor bestond, loerde het gevaar van paranoïde excessen om de hoek. Daarenboven kon de strijd makkelijk misbruikt worden als dekmantel voor door andere motieven geïnspireerde repressie. (*infra*: *moral panic*)

1.4. Plaatselijk of internationaal probleem ?

PLAATSELIJK- Er bestonden onmiskenbaar gelijkenissen, parallellen en zelfs contacten tussen allerlei vormen van bendes in allerlei uithoeken van Europa. Toch ging het steeds over lokale verschijnselen, met een heel eigen context. Veralgemeningen zijn gevaarlijk. Daarom kon men, hoewel men overal in Europa met bendes geconfronteerd werd, niet echt spreken van een « Europees » fenomeen dat meteen internationale aanpak zou hebben behoeft⁵⁰. Integendeel: meestal draaide het meer om een overheid die moeite had haar soevereiniteitsaanspraken op (delen van) haar eigen grondgebied waar te maken.

SMOKKEL- Een « transnationaal probleem » bestond er echter wel in de grenszones en havens. Naast de roversbendes, die zich op weinig subtiele wijze de bezittingen van anderen toeëigenden, tierde ook de smokkel er welig. Wie door de gaten in de talloze tolmuren kon glippen, wie de vele ambachtelijke voorrechten,

⁴⁹ FIJNAUT, C., *Een historische inleiding...*, *op.cit.*, 78.

⁵⁰ Waar het kon, werkte men overigens informeel samen. Cfr. *supra* voetnoot 23. Over een "top" tussen de vertegenwoordigers van (Oostenrijks) Brussel, Den Haag en het Prinsbisdom

staatsmonopolies of later Napoleons « continentale blokkade » kon omzeilen, verdiende daarmee een aardige stuiver. De overheid bekeek terecht zowat de hele bevolking van deze streken met achterdocht. Die betaalde de belastingen immers niet uit gedeeld geloof in een « sociaal contract »: zij moesten worden afgedwongen, zo nodig met de harde hand. Smokkel voorzag in de levensbehoeften van een belangrijk gedeelte van de bevolking. Zelfs mensen die niet rechtstreeks in de smokkel betrokken waren, verheugden zich erover vrijgevige smokkelaars onder hun cliënteel te tellen of bij hen goedkope producten te vinden. Alle betrokkenen trachtten de overheid als ongewenste buitenstaander zoveel mogelijk in de luren te leggen. Daar belastingen de zuurstof van die overheid zijn, greep die naar « soepele » regels en sancties om haar rechten en belangen te vrijwaren.

RESULTAAT- Terwijl de roversbendes alleen bij de allerlaagste sociale klasse en enkele « elitaire bondgenoten » op steun en sympathie konden rekenen⁵¹, hebben enkel de allerhoogste sociale klassen baat bij een even harde aanpak van smokkelaars, sluikstokers of stropers. Daarenboven verloopt de aanpak ook veel moeilijker omdat de banden tussen verschillende schakels in de ketting meestal niet bijzonder hecht zijn. Tenslotte levert smokkel die monopolies en andere handelsbeperkingen van een land doorbreekt, dikwijls belangrijke economische voordelen op voor andere landen. Dat betekent dat smokkelaars niet zelden op actieve of passieve steun van buitenlandse overheden kunnen rekenen. Een echt internationale aanpak is dan ook onhaalbaar. Dat heeft tot gevolg dat de overheid zwaar in de strijd tegen smokkel investeerde, maar veel minder resultaat behaalde dan tegen bendes. Dat leverde geen maatschappelijke noodtoestand op, omdat de bevolking zich geen slachtoffer voelde van de smokkelaars en moeilijker in het geweer te brengen viel tegen « belastingontduikers » dan tegen roverbendes.

UITBUITING- Nationaal en privaat eigenbelang, eerder dan recht of moraal, beheersen tenslotte ook de internationale handel, waar het « ethisch gehalte » van de gebruikte methodes geen punt is. Zo dankt de Nederlandse Verenigde Oost-Indische Compagnie haar groei tot economisch succesverhaal van wereldformaat in de zeventiende eeuw vooral aan een nog grotere brutaliteit dan die van de

Luik ter coördinatie van de strijd tegen landlopers, bedelaars en andere “suspecte personen”, DRIESSEN, R., *op.cit.*, 421-422.

⁵¹ *Supra*, 1.1. Hoe meer de rovers hun Robin-Hoodimago echt waarmaakten door daadwerkelijke steun aan armen, hoe meer sympathie zij bij die groep konden verwerven.

rechtstreekse concurrentie⁵². Ook in de achttiende en de negentiende eeuw zet de bloedige uitbuiting van (nieuwe) kolonies zich volop door. Nochtans zullen de buiten-Europese baldadigheden van privélegers, de slavernij, onregelmatigheden op beurzen, corruptie in de handel of de neergang in schandalen van grote kapitalistische projecten niet zozeer in de « criminele sfeer », maar eerder in de elitaire politiek-economische sfeer behandeld worden. Niemand denkt er dan ook aan de zakenwereld te vergelijken met de oproerige bendes die de eigen burgers ‘terroriseren’ en dus de « openbare orde » bedreigen. Wel zal naarmate de negentiende eeuw vordert de Britse dominantie van de wereldzeeën ervoor zorgen dat de campagne van deze industrie- en handelsnatie tegen slavenhandel⁵³ en de maritieme evenknie van bendes, de piraterij⁵⁴, uitgroeien tot één van de eerste « internationale misdrijven ».

1.5. De maffia : een bijzonder geval ?

PROTOTYPE- Midden in de negentiende eeuw zou in Sicilië de maffia zijn ontstaan⁵⁵. Wij staan er even langer bij stil omdat die vandaag de dag is uitgegroeid tot een prototype, een voorbeeld van een bijzondere vorm van criminaliteit die een bijzondere aanpak vereist. Waarin verschilt deze Italiaanse variant van de bende van de Noord-Europese : wat is er zo bijzonder aan ?

⁵² X, “A Taste of Adventure, the history of spices is the history of trade”, *The Economist*, 19 december 1998, 81-83 verklaart “*The secret of this success was simple. The Dutch had no scruples whatsoever*”. De zaken van de gemeenste onder de mercantiele roversbaronnen raakten in de loop van de achttiende eeuw wel in het slop en liepen in 1799 uit op een faillissement.

⁵³ Die was vooral van belang voor economieën gebaseerd op grootschalige arbeidsintensieve landbouw (plantages) zoals die van het Zuiden van de -door de Britten verspeelde- V.S. of de Spaanse en Portugese kolonies.

⁵⁴ Waar in de zeventiende eeuw “kapers” die schepen van concurrerende naties inpalmden voor koningin Elisabeth nationale helden waren, verfoeide men hen later als ordinaire “zeerovers”. Vanaf de achttiende eeuw had Engeland immers zelf een imperium, zodat het alle belang had bij een ongestoorde zeevaart.

Sommige auteurs bestempelen piraterij in Noord-Amerika’s koloniale tijd zonder aarzelen als “georganiseerde criminaliteit”: BROWNING, F. en GERASSI, J., “Pirates and Profiteers” in: MAHAN, S.(ed.), *Beyond the Mafia, organized crime in the Americas*, Thousand Oaks, Sage, 1998, 217-236.

⁵⁵ Aldus de meeste onderzoekers, al wijzen anderen op wortels veel vroeger in de geschiedenis: GAMBETTA, D., *The Sicilian Mafia, the business of private protection*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993, 76.

BENAMING- Een van de vele mythes legt de oorsprong van het woord « *mafia* »⁵⁶ in een dertiende-eeuws letterwoord, de strijdkreet tijdens de Siciliaanse Vespers, een mediterrane voorloper van de Brugse Metten waarbij de Franse bezetter een vergelijkbaar lot beschoren was⁵⁷. Anderen wijzen op Arabische invloeden, onder meer de benaming van grotten waarin rebellenbendes zich schuilhielden in West-Sicilië. Minder twijfel bestaat er over het gebruik in het Siciliaans⁵⁸ van 'mafiusu' als bijvoeglijk naamwoord, dat « knap » betekende, maar dan bij mannen eerder slaat op een houding die dezer dagen allicht « cool » zou heten. Het gaat om een « echte man », die een soort natuurlijk ontzag afdwingt, een natuurlijke dominantie uitstraalt. Hij is dapper en laat niet over zich lopen, maar hoeft weinig te zeggen, laat staan zich op te winden of te snoeven. Geweld gebruikt hij nooit willekeurig of instinctmatig, maar enkel als het moet, waardoor van hem altijd wel een onuitgesproken dreiging uitgaat. Het Siciliaanse dialectwoord belandde in de Italiaanse taal (*mafioso*) nadat de Palermitaanse toneelschrijver Rizzuto het gebruikte voor een stuk over dappere messenvechters in de gevangenis, dat in heel Italië een kaskraker werd⁵⁹. Van dan af dook het op voor de Siciliaanse variant van het bendewezen⁶⁰.

AFWEZIGE OVERHEID- Sicilië heeft door zijn strategische ligging in de Middellandse Zee de ene veroveraar na de andere gekend en ook in het (Spaanse) Bourbon Koninkrijk van de Twee Siciliën (dat van 1738 tot 1860 Sicilië en Zuid-Italië verenigde) kon de overheid nauwelijks aanspraak maken op gezag. Haar

⁵⁶ Voor achttien mogelijke etymologische verklaringen voor de oorsprong van het woord "*mafia*": GAMBETTA, D., *op.cit.*, 259-261, waarvan een hele reeks zeker verkeerd is, doch wel de sfeer en culturele achtergrond typeert. Hij wijst op het "extravagante" verhaal dat Mazzini de oprichter van de Maffia zou zijn. Mazzini autorizza Furti Incendi Avvelenamenti (Mazzini laat diefstallen, brandstichtingen en vergiftigingen toe), afgekort M.A.F.I.A.. Gambetta (p.261) oppert dat de geheimzinnige inwijdingsrituelen van Carbonari (*supra*) en maffia mogelijk tot de verwarring hebben geleid. Cfr. LO MONACO, C., "A proposito della etimologia di Mafia e Mafioso", *Lingua Nostra*, 1990, 51(1), 1-8.

⁵⁷ Voor deze legende, *cfr.* VEGTER, D., "De Mafia, geheime organisatie of geestesgesteldheid", *Tijdschrift voor de Politie*, juni 1995, 3 of, in een lichtjes gewijzigde versie, met de redenen waarom het zeker niet waar is: SHORT, M., *Crime Inc., the story of organised crime, updated*, Londen, Thames Mandarin, 1996, 15 of GAMBETTA, D., *op.cit.*, 261.

⁵⁸ Alhoewel het eerste woordenboek dat het opnam (1868) de oorsprong ervan legt in het Toscaans dat door Garibaldi en zijn Piemontezen zou overgebracht zijn naar Sicilië, omdat het goed bij een onder de plaatselijke bevolking vastgestelde houding paste. (SCIASCIA, L., "Preface" van CALVI, F., *La vie quotidienne de la mafia, de 1950 à nos jours*, Parijs, Hachette, 9.) De gelijkenis met arabische woorden maakt de omgekeerde invloed waarschijnlijker.

⁵⁹ SCIASCIA, L., *op.cit.*, 10-11.

aanwezigheid in de Siciliaanse maatschappij beperkte zich grotendeels tot repressie door politie en leger. Grootgrondbezitters bezaten zowat al het land, dat zij lieten bewerken door een proletariaat dat opeengepakt in dichtbevolkte landbouwdorpen en –steden woonde. De lokale bendes boden dan ook aan velen een alternatieve sociale zekerheid. Wanneer in 1860 die andere bendeleider, de revolutionair en vrijmetselaar Garibaldi, aan het hoofd van duizend ‘Roodhemden’ landde in Sicilië, sloten talrijke plaatselijke bandieten en briganten zich aan. Het door het Koninkrijk Piemonte uitgetekende en gesteunde offensief zou uiteindelijk tot de eenmaking van Italië leiden. Op Sicilië hielpen de bandieten de « bezetter » te verjagen en maakten daarna van de anarchie gebruik om zich volop op diefstal, afpersing en ontvoering te storten. Eigenlijk bestond er nauwelijks verschil met hun vroegere activiteiten, alleen kon het liberale Italië zich de blinde repressie en willekeurige executies uit het Bourbonstijdperk niet permitteren. De bendes beseften al vlug dat ze de nieuwe rechters en jury’s konden omkopen en afdreigen. Lokaal verkozen leiders vielen veel gemakkelijker te intimideren dan een despoot in een ver paleis⁶¹. In de woelige periode na de eenmaking escaleerde het geweld en kwam de nieuwe rechtsstaat op Sicilië niet echt van de grond.

‘ALTERNATIEVE’ OVERHEID- In de verschillende streken van het eiland bestonden verschillende verenigingen, met gelijkaardige codes, die eigenlijk weinig afweken van die van bendes elders in Europa⁶². Hooguit zat de collectieve wraakgedachte (*vendetta*), als beschermingsmechanisme voor geschonden eer (*onore*) net iets dieper in de lokale cultuur ingebakken dan in die van minder gesloten maatschappijen. De criminele methodes die de bendes gebruikten, waren eeuwenoud, maar in Sicilië slaagden zij erin hen te bestendigen in een systeem dat continu geld bleef opbrengen en een private geschillenbeslechting aanbood of oplegde. In de loop der jaren vermeerderden de contacten tussen de verschillende bendes, die met mekaar gingen samenwerken in een ondergronds netwerk. Bendes uit naburige provincies smolten zelfs samen. Hoewel concrete leden wel regelmatig moesten onderduiken na ophefmakende misdrijven, leefden de anderen gewoon

⁶⁰ De discussie of “*mafia*” eerder een houding, een geestesgesteldheid dan wel een geheim genootschap is, heeft niettemin talloze waarnemers van de Siciliaanse maatschappij bezig gehouden. (VEGTER, D., *op.cit.*, nr.6, 3-5 en nr.7-8, 13-16, SCIASCIA, L., *op.cit.*, 9-12)

⁶¹ SHORT, M., *op.cit.*, 17.

⁶² De leden moeten mekaar bijstaan en absolute trouw zweren aan de leider. Zij beschermen arme leden en hun families tegen rijken en een belediging van een van de leden, is een belediging van de hele vereniging en wordt gewroken. Niemand mag ooit een beroep doen op de staat voor de afhandeling van geschillen of iets over het genootschap vertellen aan buitenstaanders.

geïntegreerd in de maatschappij en niet als vogelvrijen in de bergen. Zoals bij bendes in het Noorden kon men ook handwerkers, mijnwerkers en zelfs priesters onder hun leden aantreffen. Het verdwijnen van de laatste overblijfsels van de feodaliteit in de negentiende eeuw had voor een verbrokkeling van het grondbezit gezorgd. Vele auteurs beschrijven hoe de landeigenaars, die leefden in paleizen in de grote steden of op het schiereiland, in deze periode gebruik begonnen te maken van de gedisciplineerde maffiosi om het woelige werkvolk onder controle te houden. Door het wegvallen van de « gemene » rechten waren herders en landarbeiders immers nog meer verarmd. Gambetta wijst op de zwakheden in de argumentatie van de -vooral « socialistisch » geïnspireerde- onderzoekers, die de in deze periode ontstaande plattelandsmiddenklasse van landbouwbeheerders en nieuwe eigenaars met de mafia vereenzelvigen. Zij schilderen hen aanvankelijk af als « sociale rebellen », na WO II integendeel als onderdrukkingsagenten van de grootgrondbezitters. Zo trokken maffiosi een rol naar zich toe van bemiddelaar tussen de afwezige eigenaar en zijn plaatselijk werkvolk, een sleutelpositie in de rurale Siciliaanse maatschappij. Gambetta heeft wel raakpunten met de mafia gevonden en twijfelt er niet aan dat een aantal maffiosi inderdaad dergelijke functies uitoefenden. Desondanks wijst hij de gelijkstelling van « gewelddadig of onheus optredende ondernemer » met « maffioso » resoluut af⁶³. Hij beroept zich onder meer op studies die zowel de oorsprong als de groei van maffiagroepen eerder in de kleine bedrijven en de grote steden situeren⁶⁴. Daar boden zij zich in toenemende mate aan als een alternatief voor de Italiaanse overheid⁶⁵. Die kon in Sicilië de beloften van kort na de eenmaking niet waarmaken en werd door de maffiosi afgeschilderd als de laatste in de reeks van vreemde bezetters, voor wie Sicilië een verwaarloosbare uithoek was⁶⁶.

⁶³ “*The world is full of violent entrepreneurs. Mafiosi are different. If we confuse them with entrepreneurs, no matter how vicious, engaged in manipulating the market to their own advantage, then the mafia evaporates and we are left with nothing to define it except cultural, ethnographic, racial, or other nebulous distinctions. Thus, when certain unscrupulous acts are performed by Sicilians or Calabresi, these are automatically perceived as cases of mafia activity, whereas if a Piedmontese or an Englishman acts in the same way, it is simply an example of unfair dealing.*”, GAMBETTA, D., *op.cit.*, 85. Het verschil legt hij in de zelfstandigheid van de mafia.

⁶⁴ ARLACCHI, P., *Mafia, peasants, and great estates*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

⁶⁵ GAMBETTA, D., *op.cit.*, 335 analyseert op overtuigende wijze de mafia als een “beschermingsindustrie”, waarbij geweld het middel, niet het doel is. Een efficiënte mafia zorgt voor stabiliteit, jaagt mee op dieven en verkrachters, garandeert later de kwaliteit van drugs en krijgt daardoor een zeker gezag, zowel bij de bevolking als bij een aantal “collega’s” bij de wettelijke overheid.(GAMBETTA, D., *op.cit.*, 3-4) *Infra* Hoofdstuk 2.

⁶⁶ VEGTER, D., *op.cit.*, 4.

CAMORRA- Ook elders in Zuid-Italië bloeiden uit de edele geheime genootschappen (*supra* 1.3.) afstammende bendes van criminelen. Zo controleerde de Napolitaanse Camorra de lokale woeker en de markten, omdat zij vissers en handelaars bescherming tegen diefstallen en teruggave van gestolen goederen bood, waar de politie van de Bourbons faalde. Laatstgenoemden gingen zelfs over tot het uitbesteden van de belastingsinning aan de Camorra. De samenwerking eindigde wanneer bleek dat de Camorra spioneerde voor de « eenmakers » van Italië, zodat een groot aantal Camorristi in de gevangenis belandden. Bij de bevrijding van Napels kwamen ze vrij en hebben zij zich bloedig gewroken: zij hebben alle vroegere ordehandhavers die ze in handen kregen, vermoord. Daarna zetten zij de bevolking aan tot rellen en plunderingen. De nieuwe regering kon niets anders doen dan opnieuw een beroep te doen op de Camorra voor de belastingsinning. Na enkele jaren bleek die evenwel te veel voor zich te houden, zodat het nieuwe koninklijke leger Napels is binnengemarcheerd en er een grootscheepse zuivering heeft gehouden. Tot een stuk in de twintigste eeuw zou de Camorra nauwelijks meer zijn dan een kleine plaatselijke bende afpersers in een wereldstad. In het meer gesloten en landelijke Sicilië daarentegen slaagde een corrupte overheid er niet in de maffia uit te roeien⁶⁷.

BIJZONDER- Wat is er zo uitzonderlijk aan deze variant van bendes, dat zij wereldfaam genieten en als het ware van een merknaam tot een soortnaam uitgegroeid zijn? Oorspronkelijk onderscheidde weinig hen van vergelijkbare misdadigers in andere streken van Europa. Zij hebben zich evenwel wonderwel aangepast aan het Italiaanse systeem. Geografische, culturele en politieke factoren boden hen de gelegenheid een aantal « overheidstaken » in te palmen en zich in de maatschappij te handhaven. Ze hebben het systeem van rechtshandhaving, dat hen in het defensief had moeten dringen, misbruikt. Zodoende kunnen zij zichzelf een aura van ongenaakbaarheid aanmeten en hun misprijzen voor de overheid⁶⁸ tentoonspreiden. Terwijl de « banditi » naar de bergen trekken en er onderduiken voor de politie, worden de « maffiosi » vrijgesproken bij gebrek aan bewijs⁶⁹. Een

⁶⁷ SHORT, M., *op.cit.*, 20.

⁶⁸ Niet voor de overheid als dusdanig, maar voor een overheid die zich niet aan de taakverdeling houdt en de rol van de maffia in de maatschappij niet respecteert, de ongeschreven verstandhouding verbreekt en op de maffioso gaat jagen zoals op « criminelen ».

⁶⁹ Een inleider van een Amerikaanse Rapport over georganiseerde criminaliteit begint met een citaat uit een musical uit de vroege jaren vijftig: « *Well, I used to be bad when I was a kid, but ever since then I have gone straight as I can prove by my record, thirty-three arrests and no convictions* » (BYRNE, B., « Foreword », in: NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON

dergelijke vrijspraak, en zeker de eerste, vormt een belangrijke stap in de maffiose carrière : hij dient als graadmeter voor het vermogen tot intimidatie of corruptieve beïnvloeding waarover de verdachte beschikt⁷⁰. Getuigen moeten daarom zwijgen of verdwijnen, rechters of jury's bang gemaakt of omgekocht worden, invloedrijke 'vrienden' moeten ervoor zorgen dat onkreukbare lastposten overgeplaatst of op een andere manier het werk bemoeilijkt worden. Het respect dat de maffioso afdwingt, staat in verhouding tot dat beïnvloedingsvermogen. Eenvoudig gesteld, gaat het om een van de meest primitieve (maar tegelijkertijd meest hardnekkige samenlevingsprincipes): respect gebaseerd op macht. De groepssolidariteit verzacht sommige harde kantjes, doch vooral omdat zij tegelijkertijd een belangrijke steunpilaar is voor die macht. Daarom vervullen rituelen, mythes, cultivering van gemeenschappelijke vijanden en andere manieren om een band binnen een groep te scheppen of versterken, een belangrijke rol. Als je wint, heb je vrienden. Maar om te blijven winnen, heb je vrienden nodig.

BESLUIT- De strijd tegen bendes en smokkelaars vormde dus een prominent thema in de achttiende eeuw en in de eerste helft van de negentiende eeuw, de periode waarin onze wetboeken van strafrecht en strafprocesrecht het licht zien. Hedendaagse strafrechtsgeleerden lijken daar weinig bij stil te staan. Misschien ligt een verklaring in de manier waarop de overheid de strijd aanpakt. Vooral leger en marine, douane, lokale ordehandhavers (drossaards, schouts enz.) en de paramilitaire rijkswacht speelden de hoofdrol. Het strafrechtelijk apparaat, met zijn procureurs, rechters of jury's deed, zeker in de achttiende eeuw, weinig meer dan het juridisch bezegelen van de (para)militaire overwinning. De combinatie van foltering en de bekentenis zorgden voor weinig bewijsproblemen. Zelfs na het verdwijnen van foltering als officieel onderzoeksmiddel in de negentiende eeuw, legden de rechten van de verdediging nog niet veel gewicht in de schaal⁷¹. De strafprocedure had dan ook een ceremonieel karakter, als uitdrukking van de oppermacht van de staat. In de achttiende eeuw waren de straffen gruwelijk en zwaar, in de negentiende eeuw lijken dergelijke draconische maatregelen overbodig, waar – zoals in België - het nationaal gezag van de nationale staten voldoende stevig gevestigd was⁷². Zelden werd een bendeleider vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs. De maffia in Zuid-Italië vormt een bijzonder geval omdat die er wel in slaagt de inspanningen van de

CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS, *Organized Crime, report of the Task Force on Organized Crime*, Washington D.C., 1976, geen paginanummer.

⁷⁰ VEGTER, D., *op.cit.*, nr.7-8, 13.

⁷¹ *Infra*.

rechtshandhaving te neutraliseren en zich lokaal als een alternatief voor de staat op te werpen. Wel valt het te onderstrepen dat tegen smokkelaars de overheid minder opvallende successen boekt, omdat de bevolking minder afkerig staat ten aanzien van de daders en minder geneigd is de overheid bij te springen. De ethisch verwerpelijke handelingen van grote ondernemingen en zakenkringen beschouwen weinigen als « crimineel ».

§2. Een probleem van Europese dimensie : van vakbonden tot anarchisme op het einde van de vorige eeuw

2.1. Nieuwe groepen die de gevestigde orde aanvallen

SOCIALISTEN- Nationalisten zijn nog volop bezig met hun strijd terwijl een andere golf van oproer over heel Europa rolt. Met de industriële revolutie zijn verstedelijking en industrialisatie in een stroomversnelling geraakt. Over heel Europa ontstaat een « stadsproletariaat », waarvan een belangrijk deel langzaam maar zeker in de ban geraakt van een « socialistisch » gedachtegoed. Dat predikt de omverwerping van het bestaande (al dan niet liberale) kapitalisme. Het individualisme waarop dat gebaseerd is, heeft geen zin wanneer dat enkel de ongelijkheid van de uitgangspunten – en dus de ellende van de armen en zwakken - bestendigt of versterkt. Het moet plaats maken voor meer egalitaire en collectivistische maatschappijvormen⁷³. Omwille van de onmiskenbare getalsterkte van de lagere klassen weten de linkse revolutionairen dat zij samen sterk staan. De overheid weet dat ook en richt wetgeving en de handhavingsmaatregelen dan ook op het verbieden, ontmoedigen of discrediteren van die collectieve acties (grootscheepse betogingen of stakingen, die vaak uitmonden op groepsgeweld en rellen). Het uitgesproken internationalisme is één van de fundamentele verschillen met eerdere vormen van sociaal oproer⁷⁴. In de loop der jaren zijn communicatie en mobiliteit natuurlijk ook aanzienlijk toegenomen.

2.2. Breuk tussen gematigden en radicalen

COMPROMIS- Binnen de socialistische beweging (Internationale) groeit onenigheid tussen de verschillende groepen, over de doelstellingen en de wegen om die te

⁷² DRIESSEN, R., *op.cit.*, 423.

⁷³ Cfr. WOLOCH, I, *op.cit.*

⁷⁴ Op het einde van de negentiende en in het begin van de twintigste eeuw zal dat internationalisme trouwens bezwijken, onder meer onder invloed van meer nationalistisch getinte emancipatiebewegingen uit het Oostenrijks-Hongaarse rijk.

bereiken. Sommigen geloven dat de economische rol van de arbeidersklasse en haar numerieke meerderheid haar in staat zal stellen om via stakingen en via de instellingen de macht te veroveren. De verovering van het algemeen (enkelvoudig) stemrecht is daarvoor het middel. Ondertussen moeten de vakbonden maatregelen afdwingen die onmiddellijk het leven van de arbeidersklasse verbeteren (hogere lonen, kortere werktijden, veiligere werkomstandigheden, verzekeringen). De arbeiders moeten ook onderlinge hulp en solidariteit organiseren, zodat zij minder afhankelijk blijven van de « heersende klasse ». De prijs van regelrechte confrontatie vinden zij te hoog : de militaire overmacht van de burgerlijke regimes zou tot een slachting onder de arbeiders leiden. Het mislukte avontuur van de Parijse Commune, dat uitloopt op een bloedbad, lijkt op dat vlak een scharniermoment. De aanvaarding van de democratie maakt van de socialisten in een aantal Noord-West-Europese landen (Duitsland⁷⁵, Frankrijk⁷⁶, Verenigd Koninkrijk⁷⁷, België, Nederland, Scandinavië) sociaal-democraten. Daarmee wordt ook inzet van « ondemocratische » bestrijdingsmiddelen in naam van het handhaven van de openbare orde een probleem. De politie neemt meer en meer de rol van het leger in de ordehandhaving over, het gebruik van provocateurs en infiltranten krijgt steeds meer tegenwind, de vrijheid van vereniging, vergadering en meningsuiting kunnen niet langer het voorrecht van de rijken en machtigen blijven. Er ontstaat wel een breuklijn in Europa, want in vele andere staten slaagt het gevestigde regime er niet in de socialisten tot deelname aan het bestaande politieke bestel te verleiden. Soms maakt het autoritair karakter van het regime dat gewoonweg onmogelijk, zoals in Rusland, Oostenrijk-Hongarije of het Ottomaanse rijk.

2.3. Afscheuring van radicale anarchisten

OPENLIJKE REVOLTE- De scheuren in de socialistische Internationale werden barsten en breuken. De communisten en de anarchisten zagen de kortetermijncompromissen en de mars door de instellingen niet zitten. Doch ook

⁷⁵ Daar volgde de meerderheid van de arbeidersklasse niet Marx of diens volgelingen Bebel en Liebknecht, maar de gematigde Lasalle die voor het compromis met het regime koos. De latere pogingen van Bismarck op het socialisme alsnog hardhandig de kop in te drukken mislukten.

⁷⁶ Na het falen van de Commune bleef de Franse arbeidersklasse een tiental jaar apolitiek, met de leiders dood, gevangen of uitgeweken. Vanaf 1880 begonnen socialistische vakbonden en partijen met initiatieven om sociale hervormingen door te drukken via de democratische instellingen. Nochtans bleef een belangrijke groep van radicalen en anarchisten in een apolitieke "economische oorlog" met het systeem gewikkeld.

⁷⁷ Het continentaal socialisme en zeker het marxisme sloegen over het Kanaal nooit echt aan. De arbeidersbeweging trachtte haar eisen aanvankelijk te realiseren via een vleugel van de Liberal Party, in 1893 creëerde ze haar eigen Labour Party.

tussen beide radicale bewegingen groeide de onenigheid. Eerstgenoemden kozen voor openlijke acties van de massa, al duldde het gevestigde regime dat niet goedschiks en dwong het de leiders dan ook tot ballingschap of clandestiniteit.

PROVOCEREND GEWELD GEHEIME VOORHOEDE- Een gewelddadige stroming binnen het anarchisme, met onder meer de Rus Bakunin als geestelijke leider, vreesde dat bij een dergelijke revolutie de socialistische elite gewoon de burgerlijke zou vervangen, zonder de door hen gedroomde maatschappij waar te maken. Hun strategie was helemaal anders. Voor hen moesten kleine geheime genootschappen en cellen met bloedige aanslagen op symbolen van het bestaande regime repressie van de overheid uitlokken⁷⁸. Die zou dan weer op zijn beurt de revolutie ontketenen⁷⁹, waarna er een egalitaire samenleving moest komen. Het was niet zozeer de collectieve sterkte van de groeperingen die de overheid dwarszat. Anarchisten gruwen immers van strak hiërarchisch geleide homogene groeperingen. De overheid had wel moeite met het geheime, onvoorspelbare en uitermate bloeddorstige karakter van de non-organisatie.

2.4. Een Europees probleem

GOLF VAN AANSLAGEN- In heel Europa bestaan er aan het eind van de negentiende eeuw talloze anarchistische cellen waarvan de ene persoon de andere niet kende, waar individuen met losse contacten wederzijdse hulp boden in naam van het grote, weliswaar vage doel. Niet zelden konden zij daarbij rekenen op de passieve of actieve medewerking van staten die in perfide machtsspelletjes hun rivalen de duivel wilden aandoen. De tol van het anarchistisch terrorisme was hoog. Het aantal magnicides, dat wil zeggen moorden op vooraanstaande figuren, was ronduit indrukwekkend en hun internationaal karakter valt al evenzeer op. Een geheime terroristische organisatie vermoordde, na veel mislukte pogingen, de Russische Tsaar Alexander II in 1881. Ook de Italiaanse koning Umberto I kwam om in een aanslag. Een Italiaan stak in 1894 de Franse president Carnot dood. Een andere deed enkele jaren later hetzelfde met keizerin Sissi van Oostenrijk-Hongarije. Een in Frankrijk gevestigd Italiaans anarchist vermoordde de Spaanse eerste

⁷⁸ Lenin's kritiek op de anarchistische tactiek van het gooien van bommen naar ministers, berustte niet op morele bezwaren, maar omdat zij niet efficiënt zou zijn. Hij opteerde voor het creëren van een elite die zelf de macht moet grijpen. (GEARTY, C., *Terror*, Londen, Faber and Faber, 1991, 28-29.)

⁷⁹ Ook nationalistische groepen kozen voor deze strategie van het met geweld uitlokken van grootschalig overheidsgeweld. Die "collectivisering van het leed" zou dan de massa tot omverwerping van het bestel te bewegen. Cfr. *supra* 1.3.

minister Canovas in 1897. De zoon van Oost-Europese immigranten schiet de president van de Verenigde Staten dood⁸⁰. Een Bosniër en zes medestanders voerden een door een Serviër beraamde aanslag uit, die Oostenrijks troonopvolger Frans-Ferdinand en zijn vrouw het leven kostte (en de aanleiding vormde voor de Eerste Wereldoorlog). Daarnaast mislukten talloze aanslagen op gekroonde hoofden en andere vooraanstaande figuren op het nippertje. Dat zorgde voor talrijke doden en gewonden bij lijfwachten, militairen en vooral bij toevallige voorbijgangers⁸¹. Waarschijnlijk kunnen we voor het eerst spreken van een crimineel probleem op Europese schaal.

NUANCERING- Dat in een niet zo lange periode zoveel staatshoofden en regeringsleiders vermoord werden, valt nu nog nauwelijks voor te stellen. Toch moeten we ook niet overdrijven. Men spreekt en schrijft zoveel over de anarchisten dat de lezer geneigd is hun succes of impact te overschatten. Niets wijst erop dat er onder de bevolking een gevoel van « terreur » heerst en de repressie na elke aanslag komt vooral de « terroristen » duur te staan⁸².

2.5. Een Europese reactie ?

REGERINGS- EN POLITIENIVEAU- Wanneer arbeidersoproer en anarchistische aanslagen tot een Europees probleem uitgegroeid zijn, kan men zich ook afvragen of dat geen Europese reactie heeft uitgelokt. Bij de Europese regeringen en de hoge ambtenaren, die zelf letterlijk in de vuurlijn lagen, zat de schrik er natuurlijk wel in. Zij bouwden hun eigen geheime diensten uit en begonnen met internationale (geheime) politiesamenwerking⁸³. Autoritaire regimes gingen op dit vlak verder dan democratieën die het rechtsstatelijk karakter van de maatschappij hoog in het vaandel droegen en die erin geslaagd waren sociale conflicten via de instellingen te kanaliseren. Vandaar dat in laatstgenoemde landen de vrees voor de politiestaat een prominente plaats krijgt in elke discussie. Toch zullen ook verscheidene

⁸⁰ De anarchist Leon Czolgosz schoot president McKinley op 6 september 1901 dood toen die de Panamerikaanse Tentoonstelling te Buffalo bezocht.

⁸¹ Zo vielen er bijvoorbeeld vierenvijftig doden en gewonden bij een bomaanslag tegen de residentie van de Russische premier Stolypin. MICKOLUS, E., *Transnational terrorism, a chronicle of events 1968-1979*, London, Aldwyel Press, 1980, 5.

⁸² GEARTY, C., *op.cit.*, 23-25.

⁸³ JENSEN, R., "The International Anti-anarchist Conference of 1898 and the Origins of Interpol", *Journal of Contemporary History* 1981, 323-347 cfr. WAGNER, J., *Politischer Terrorismus und Strafrecht im Deutschen Kaiserreich von 1871*, Heidelberg-Hamburg, R.v. Decker's Verlag, 1981, 402.

democratieën hun tegen de roversbenden en rebellen gerichte strafbepalingen aanpassen om er ook de socialisten en anarchisten mee te kunnen aanpakken⁸⁴.

⁸⁴ WAGNER, J., *op.cit.* , 355 e.v.

§3.Probleem, ik doop u georganiseerde criminaliteit : van kopzorg Nieuwe Wereld tot nieuw probleem hele wereld

3.1. Niet zo georganiseerde plattelandsgangsters met nationale faam

GANGSTERS- Ook na Wereldoorlog I zorgden het machtsvacuum, de schaarste en de massale aanwezigheid van veteranen in landen als België voor een korte, maar hevige opflakking van het bendewezen en de smokkel⁸⁵. In de geslagen en verslagen landen kwam er ook revolutionair oproer, de Russische revolutie kent navolgers in heel het Oosten van Europa. Ook in de V.S. breekt na de oorlog een zware economische crisis uit, met talloze, vaak gewelddadige sociale conflicten . De vrees groeide dat bolsjevieken ook in de eerste industrielanden van de wereld een revolutie aan het voorbereiden waren. Na een – waarschijnlijk anarchistische - bommencampagne onttaarde de situatie helemaal. In 1919 en 1920 kent het land een heksenjacht die later de *Red Scare* genoemd zou worden. De grondrechten zijn *de facto* opgeschort, politiestaat-tactieken⁸⁶ worden getolereerd, burgerwachten controleren de straten, jury's spreken de daders van geweld tegen vermeende communisten systematisch vrij,...⁸⁷ Nadat in 1920 de hysterie weggeëbd is, zou niet de ideologische rebellie, maar de gemeenrechtelijke criminaliteit uitgroeien tot een belangrijk thema⁸⁸. Een aantal gangsters (dat is Engels voor bendeleden) raasde over het platteland, waar zij overvallen pleegden zonder al te veel respect voor mensenlevens. Net als zeventiende-eeuwse rovers in Europa (Jan de Lichte, Baekelandt of Cartouche) of de outlaws uit het negentiende-eeuwse « Wilde Westen » (zoals Jesse James of Billy the Kid) zijn zij uitgegroeid tot moderne mythes. Behalve hun meedogenloos vuurwapengebruik en hun radeloze hardnekkigheid hadden Bonnie & Clyde, Ma Barker en familie of Dillinger en soortgenoten nochtans weinig troeven in hun hand. Als opgejaagd wild dwaalden zij door het Amerikaanse « heartland » om één na één tegen een kogel aan te lopen of

⁸⁵ DERUYVER, B., "De actualiteit van het verleden", *Politeia* 1994, nr.4, 5.

⁸⁶ Massale en willekeurige aanhoudingen, vrijheidsberoving zonder proces, grootschalige afliuisterpraktijken, infiltratie, provocatie, mishandeling van verdachten, massale ficheringen door de contraspionage (FBI) ,...

⁸⁷ KIRBY MARTIN, J. e.a., *America and its People*, s.l., Harpers Collins, 1989, 731-732.

⁸⁸ Dat (georganiseerde) criminaliteit in de negentiende eeuw in de V.S. geen thema was, betekent niet dat er geen probleem zou zijn: SHORT, M., *op.cit.*, 132 zegt cynisch: "*In America's big cities politics in the nineteenth century was more than bound up by organised crime: it was organised crime.*" Niemand betwist overigens dat de economische succesverhalen, de Amerikaanse multinationals, dikwijls begonnen met industriële "rover-

ingerekend te worden. In een gewiekste propagandacampagne blies het FBI echter hun belang op. Daardoor profileerde die opkomende federale dienst zich niet alleen tegenover de lokale politie, hij kon ook het grote publiek overtuigen van zijn eigen verdienste bij het uitschakelen van telkens weer een nieuwe « Public Enemy Nr 1 »⁸⁹.

3.2 .Beter georganiseerde criminaliteit in de grootsteden als lokaal probleem

STADSBENDES- Met de massale immigratiegolven, vooral vanuit Europa, kwamen vanzelfsprekend ook een aantal leden van Europese bendes naar de Nieuwe Wereld. Vooral in de snelgroeiende grote steden zoals New York, Boston, Philadelphia, Chicago of New Orleans vond men aanvankelijk vooral Ierse en daarna Joodse bendes, die zich bezighielden met afpersing, diefstal en smokkel in havens en op markten. Deze etnische groepen zijn er evenwel vrij vlug in geslaagd zich in de door de blanke Angelsaksische protestanten (WASP's) gedomineerde « legale » maatschappij te integreren⁹⁰, waarna groepen van Italiaanse oorsprong hun criminele activiteiten gingen inpalmen⁹¹. Afpersing-bescherming van talloze vormen van economische activiteit maakte naast diefstallen de hoofdactiviteit uit van deze stedelijke variant van het bendewezen, zoals die ook in Europese grootsteden zoals Napels, Marseille, Barcelona, Londen of Istanbul bestond. Verscheidene auteurs wijten de omvang van dit fenomeen in de V.S. aan de gewelddadige antagonistische relaties tussen werkgevers en werknemers⁹². Sociaal overleg, zoals dat in Noord-West-Europa schoorvoetend van grond kwam, bestond er niet. Werkgevers bleven

barons", die zich in hun winst oogmerk aan God noch gebod stoorden (Cfr. JOSEPHSON, M., *The Robber Barons: the great American capitalists*, Londen, Eyre, 1962, 474 p.)

⁸⁹ FBI-baas-voor-het-leven J.E. Hoover, PR-genie en bureaucratisch schaakgrootmeester, was zelf de architect en het boegbeeld van deze campagne. Ook autodiefstallen en ontvoeringen zal het FBI naar zich toe trekken. Cfr. VERBRUGGEN, F., "Eurocops, just say may be, European lessons from the 1993 reshuffle of US drug enforcement", *Eur.J.Cr.Cr.L.Cr.J.* 1994, 2, 161-163.

⁹⁰ Over deze "etnische-opvolgingsstelling", cfr. BOVENKERK, F., "De etnische achtergronden van de georganiseerde misdaad in Chicago" in zijn boekje *Hedendaags Kwaad, criminologische opstellen* Amsterdam, Meulenhoff, 1992, 32-45; LUPSHA, P., "Individual choice, material culture and organized crime", *Criminology* 1981, 3-24, bestrijdt deze stelling, met het argument dat de persoonlijke keuze van individuen, eerder dan sociale of culturele factoren doorslaggevend zijn. Het belang van het gekozen "mensbeeld" zal in dit proefschrift nog verder aan bod komen (*infra*). LUPSHA stelt vast dat positie van de Italianen niet bijzonder marginaal was en dat de Italianen in de georganiseerde criminaliteit blijven, zij het meer op een management-niveau, ook wanneer Puertoricanen, Cubanen, zwarten of Aziaten "de straat" overnemen.

⁹¹ De bloedige repressie waarmee Mussolini en zijn vertegenwoordigers in Zuid-Italië de criminaliteit aanpakten, dreef een aantal kopstukken en talloze loopjongens naar de Nieuwe Wereld.

⁹² BLOCK, A. en CHAMBLISS, W., "Miners, Tailors and Teamsters: Business Racketeering and Trade Unionism", *Crime and Social Justice* 1979, 15.

stakingen breken met knokploegen⁹³, werknemers reageerden met tegengeweld. Het gevolg was dat in de V.S. zich tussen het « afdwingen van sociale eisen » en « criminele afpersing », een tussenvorm van « maffiose vakbondswerking » ontwikkelde⁹⁴. Dat dergelijke groepen soms heimelijk troebele relaties onderhielden met een aantal politieke bonzen was niet zo uniek. De bendeleiders moesten wel onthouden dat er « sociale grenzen » waren tussen boven- en onderwereld : echte maatschappelijke respectabiliteit en openlijke aanvaarding door de elites konden ze niet kopen.

DROOGLEGGING- Na de Eerste Wereldoorlog (1920) voerden puriteinse WASPs de Drooglegging in, het federale absolute alcoholverbod⁹⁵. Zij zagen daarin een oplossing voor sociale wantoestanden die zij vooral met katholieke en orthodoxe immigranten (Ieren, Italianen, Latijns-Amerikanen, Grieken, Russen,...) associëerden. Even viel het aanbod tegen betaalbare prijzen weg en leek de Drooglegging succesvol. Doch al vlug stapten « ondernemers » in het gat in de markt en werden de negatieve gevolgen van de keuze duidelijk. Sluikstokers en smokkelaars beletten dat het aanbod voldoende zou krimpen. Rijken geraakten nog aan smokkelwijn of –champagne, maar de meesten moesten het met derderangsproducten doen. Vanwege de hoge productiekosten moesten bier en wijn de plaats ruimen voor sterkere dranken. De slechte producten van sluikstokers vergiftigden talloze drinkers. Daarenboven bleek het verbod een goudader voor elke groep die groot, georganiseerd en roekeloos genoeg was om internationale smokkeloperaties of grootschalige illegale afzet te controleren⁹⁶. Vooral een jonge generatie, die in 1930-31 de oude bendeleiders in een bloedige onderwereldoorlog opruimde, verbeterde de organisatie en efficiëntie van de criminele groepen⁹⁷. De meeste traditionele waarnemers situeren hier de geboorte van moderne georganiseerde criminaliteit. Hopelijk heeft het voorafgaande aangetoond dat die keuze betwistbaar is en misschien met een zeker Amerikaans egocentrisme te

⁹³ De bloemende (bloeiende of boomende)industrie van privé-detectives maakte van haar bijdrage aan het breken van stakingen een uithangbord.(JEFFREYS-JONES, G., "Plug-Uglies in the Progressive Era", in: FLEMING, D. en BAYLIN, B. (eds.), *Perspectives in American History*, Charles Warren Center for Studies in American History, 1974, 524.) geciteerd door BLOCK, A. en CHAMBLISS, W., *op.cit.*, 348.

⁹⁴Cfr. *supra* de rol van de Siciliaanse maffia als bemiddelaar tussen landeigenaars en werkvolk.

⁹⁵ Cfr. KOBLER, J., *Ardent Spirits, The Rise and Fall of Prohibition*, New York, Da Capo Press, 1993, 368 p. (origineel: New York, Putnam Press 1973).

⁹⁶ Dit wil zeggen zelf verzorgen, bewaken of afpersen.

maken heeft. De verklaring ligt in de gelijkstelling van georganiseerde criminaliteit met « Italianen », die de Amerikaanse discussie decennialang heeft geplaagd⁹⁸. Aandacht voor andere etnische groepen, voor wat in het buitenland gebeurt en voor historische precedënten heeft dat misverstand inmiddels uit de wereld, alleszins uit de wetenschappelijke wereld, geholpen.

RESULTAAT- Net zoals in Zuid-Italië beperkten de Amerikaanse maffiagroepen zich dus niet tot roven, maar leverden ze ook illegale goederen en diensten. Zij sloegen ook niet op de vlucht voor de overheid, maar trachtten – relatieve - straffeloosheid af te dwingen met een strategische cocktail van intimidatie en omkoping. Door het verbod op veelgevraagde producten konden zij buitensporig grote winst maken. Corruptie tierde in het begin van de eeuw hoe dan ook welig bij de politie en de lokale overheid, zodat de confrontatie met hen meestal nogal meeviel. Het bestuur zag zich vooral gedwongen op te treden wanneer de zaken de spuigaten uitliepen, bijvoorbeeld wanneer onderlinge afrekeningen tussen rivaliserende groepen teveel doden eisten. Zeker als daarbij vrouwen of kinderen sneuvelden, vroeg de publieke opinie om actie. Soms mislukte de gerechtelijke aanval en keken de bendeleiders misprijzend neer op de rechtshandhaving. De meest notoire leiders van de zogenaamde « mob »⁹⁹ eindigden evenwel achter de tralies¹⁰⁰. De Drooglegging op zich bleef niettemin een flop. Zelf aan het Witte Huis zag men de « bootlegger » van president Harding in volle dag leveren. Al in 1923 had de staat New York zijn handhavingswet herroepen, waardoor het verbod bijna symbolisch werd, en tegen 1930 hadden 6 andere staten hetzelfde gedaan. Nadat een presidentiële commissie de federale Drooglegging « niet handhaafbaar » had bevonden, herriep het Congress haar uiteindelijk (eind 1933)¹⁰¹. De maffiose groepen legden zich opnieuw toe op de afpersing, op de groeiende gokwereld, op de zwarte markt (WO II) en later op die andere verboden vrucht : de roesmiddelen die illegaal zijn gebleven (heroïne, morfine, cocaïne enz.). Ondanks het spectaculair karakter van de grote criminaliteit in de jaren twintig en dertig beschouwden weinigen, alleszins in de politiek, dit als

⁹⁷ NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS, *Organized Crime, report of the Task Force on Organized Crime*, Washington D.C., 1976, 15.

⁹⁸ SMITH, D., "Some things that may be more important to understand about organized crime than Cosa Nostra", *University of Florida Law Review* 1971, 1-30.

⁹⁹ De benaming "mob" komt uit Engeland waar hij op de stedelijke onderwereld sloeg, wat men in Nederland "de penose", in Duitsland de "Ganoven" en bij ons onder Franse invloed "het (crimineel) milieu" noemt.

¹⁰⁰ Wat niet noodzakelijk het einde van de criminaliteit betekent: *infra*.

¹⁰¹ KIRBY MARTIN, J. e.a., *op.cit.*, 754.

een « nationaal » probleem voor de V.S. als federatie¹⁰². Het gaat om lokale wantoestanden die een lokale oplossing behoeven. Strafrecht blijft in de eerste plaats een zaak van de staten. Op een aantal kleinere spelers na, kwam de – bescheiden - federale rechtshandhaving nauwelijks in het stuk voor. Het federale Droogleggingsbureau begon in de jaren '20 met 1520 agenten en tegen 1930 zijn er voor de hele V.S. nog altijd maar 2836 agenten¹⁰³. Het FBI was wel op de Red Scare gesprongen en had zich in enkele corruptiezaken in de kijker gewerkt. Tijdens de Drooglegging bleef het echter een figurant en ook in de jaren dertig ging het liever in de clinch met wanhopige bankrovers, autodieven of ontvoerders, dan met georganiseerde criminaliteit.

3.3. Een nationaal probleem, « organized crime » genoemd

INTERNE VIJANDEN- De eerste jaren na de Tweede Wereldoorlog beleefde de V.S., zoals na de Eerste, een campagne tegen het Rode Gevaar. Een aantal belangrijke politici waarschuwden voor een dreigende omverwerping van het Amerikaans systeem door in de eigen maatschappij geïnfiltreerde communisten, zodat zuiveringen nodig waren¹⁰⁴. Doch ook een ander gevaar bedreigt Amerika van binnenuit¹⁰⁵. Lokale overheden beklagen zich in Washington over de greep die criminele groepen krijgen over hun gemeenschappen, vooral dan via de gokindustrie. De regering houdt eerst de boot af, omdat een onderzoek wel eens vervelende banden tussen criminelen en de democratische politici van de grootsteden zou kunnen blootleggen. Een spectaculaire moordzaak, met de lijken van twee gangsters die opduiken in hun eigen politieke club in Kansas, deed de Democraten in het Congres het roer omgooien. De Senaat hield in 1950 en 1951 hoorzittingen waarvan er een aantal rechtstreeks uitgezonden op de nationale televisie. Onder meer door de schrandere regie kregen deze hoorzittingen van de zogenaamde Kevaufer-commissie het hele land in de ban¹⁰⁶. Hoewel er weinig wetgeving of verbetering van de rechtshandhaving uit is gevolgd, betekende het wel het begin van

¹⁰² President Hoover belaste wel de zogenaamde Wickersham-Commissie met een onderzoek naar de escalerende criminaliteit, doch in een door de Grote Depressie en daarna door de Tweede Wereldoorlog geplaagd Amerika was ze niet meer dan een voetnoot en bleef haar oproep in 1931 tot een “allesomvattende en wetenschappelijke, de hele natie omspannende” benadering in de jaren dertig en veertig dode letter. (NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS, *op.cit.*, 15)

¹⁰³ KIRBY MARTIN, J.e.a., *op.cit.*, 754.

¹⁰⁴ In de jaren zestig luwde de binnenlandse kruistocht, al ging de strijd voor het indijken van de communistische expansie in de rest van de wereld natuurlijk wel door.

¹⁰⁵ KENNEDY, R., *The Enemy Within, The McClellan Committee's Crusade Against Jimmy Hoffa and Corrupt Labor Unions*, New York, Da Capo Press, 1960, 338 p. Cfr. *infra* voetnoot 109.

allerlei onderzoeken naar georganiseerde criminaliteit. In 1957 flakkerde de publieke aandacht op. Eerst legde een comité o.l.v. Senator McClellan bloot dat georganiseerde criminaliteit nog steeds vakbonden en bedrijven in zijn greep had¹⁰⁷. Even later stuitte de politie in een plattelandsdorp toevallig op een vergadering van meer dan 70 vermoedelijke bazen van misdaadbendes uit alle hoeken van de V.S. Verder onderzoek zou een aantal van hen in de gevangenis doen belanden.

CENTRALE ETNISCHE SAMENZWERING- In 1963 besloot een maffia-overloper, Valachi geheten, uit de biecht te klappen¹⁰⁸. Dat er contacten bestonden tussen de families uit verschillende delen van het land, wist men al. Valachi beweerde echter dat het niet om een losse confederatie ging: hij gewaagde van een nationale samenzwering van de Italiaanse maffiagroepen, een strak geleide pyramide met een koepel aan het hoofd die functioneerde als een geheime schaduwregering. Opnieuw hield McClellan hoorzittingen. Latere studies hebben veel twijfel doen rijzen over Valachi's verklaringen, doch op dat moment geloofden velen hem. De informatie die hij gaf, gold als nuttig en zorgde voor een nieuwe impuls voor het antimaffia-offensief dat de Kennedy's, en vooral Minister van Justitie Robert Kennedy, in het zog van McClellan begonnen zijn. De institutionele armworsteling met de transportvakbond (de Teamsters) en haar maffiose baas Hoffa bereikte epische proporties¹⁰⁹. De federale overheid haalde haar slag thuis en Hoffa verdween achter de tralies. Later verdween hij letterlijk, hoogstwaarschijnlijk het slachtoffer van een afrekening.

FEDERALE WETGEVING- De vrees dat maffiagroepen de economie in hun greep zouden krijgen, bleef gedurende de jaren zestig en vroege jaren zeventig echter groeien. Een aantal grote corruptieschandalen wakkerden die vrees nog aan. Een onderdeel van een presidentiële commissie¹¹⁰ ging aan de slag en deed suggesties voor wetgeving, die het federale parlement (het Congres) uiteindelijk aangenomen

¹⁰⁶ KIRBY MARTIN, J.e.a., *op.cit.*, 872-873.

¹⁰⁷ Over racketeering: BLOCK, A. en CHAMBLISS, W., *op.cit.*, 14-27.

¹⁰⁸ Cfr. MAAS, P., *The Valachi Papers*, New York, Putnam's, 1968, 290 p.

¹⁰⁹ Cfr. MOLDEA, D., *The Hoffa Wars, Teamsters, Rebels, Politicians and the Mob*, New York/Londen, Paddington Press, 1978, 450; SLOANE, A., *Hoffa*, Cambridge (MA)/Londen, The MIT Press, 1991, 430 p. Voor Hoffa over zichzelf: CLAY, J., *Hoffa! Ten angels swearing*, Beaverdam (VI), 1965, 182 p. Over een andere maffieuze "erfvijand" van de Kennedys: DAVIS, J., *Mafia Kingfish, Carlos Marcello and the assassination of John F. Kennedy*, New York, McGraw-Hill, 1988, 580 p.

¹¹⁰ THE PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE, *Task Force Report: Organized Crime*, Washington D.C., Government Printing Office, 1967.

heeft in de periode 1968-1970¹¹¹. In deze periode drong de benaming « *organized crime* » zich naar de eerste rij en dook hij ook in de naam van wetten op. Toch bleven begrippen als « maffia », « *syndicated crime* » of « *mob* » vlot circuleren. De consacratie van georganiseerde criminaliteit als « nationaal probleem » gebeurde in 1969 met het wetenschappelijk boek van Cressey, « *Theft of the Nation* »¹¹² en zijn tweeëige tweelingbroer in de fictieliteratuur, Mario Puzo's « *The Godfather* ». Achteraf krijgt Cressey's boek veel kritiek omdat het Valachi's beweringen over een militaire, strikt hiërarchische Italiaanse samenzwering op onvoldoende kritische wijze heeft overgenomen. Empirisch onderzoek heeft het aldus geschetste beeld al vrij vlug onderuit gehaald¹¹³.

3.4. De echte tegenaanval : een diesel komt op toeren

WAR ON DRUGS- In de jaren vijftig en zestig waren drugs als nieuwe « bedreiging » van de Amerikaanse maatschappij geleidelijk opgeklommen op de strafrechtelijke prioriteitenlijst. In 1970 verklaarde president Nixon de « oorlog aan de drugs », waarschijnlijk ook wel een beetje om de aandacht van de andere oorlog in Vietnam af te leiden. Gedurende heel die periode bleef de belangrijkste federale politiedienst, het FBI, evenwel uitermate terughoudend, zowel in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit als tegen drugshandel. Pas vanaf de late jaren zeventig kwam daar echt verandering in. Daarenboven beschouwden praktijkmensen de specifieke wetgeving tegen georganiseerde criminaliteit als te ingewikkeld en twijfelden buitenstaanders aan haar grondwettigheid. Een stoomcursus voor een aantal geselecteerde leden van politie en Openbaar Ministerie bracht daar echter verandering in¹¹⁴. Vooral in de jaren tachtig ging het bestuur, vaak in het kader van de samenwerking tussen lokale en federale overheid, met veel machtsvertoon in de tegenaanval. De grote Italiaanse groepen, die zichzelf La Cosa Nostra zouden noemen, kregen de hardste klappen. Niet dat zij uitgeroeid zijn, maar hun vleugels zijn toch serieus geknipt¹¹⁵. De stereotiepe gelijkstelling van georganiseerde criminaliteit met Italianen is inmiddels

¹¹¹ Weliswaar bestaan er al specifieke federale wetten die tegen bepaalde activiteiten van criminele groepen gericht zijn, zoals vrouwenhandel of racketeering (afpersing door controle van een markt- of bedrijfssegment –*infra* Hoofdstuk 2-).

¹¹² CRESSEY, D., *Theft of the Nation: the Structure and Operations of Organized Crime in America*, New York, Harper, 1969, 367 p.

¹¹³ BOVENKERK, F., *La Bella Bettien*, Amsterdam, Meulenhoff, 1995, 33.

¹¹⁴ BRENNER, S., "RICO, CCE, and other Complex Crimes: the Transformation of American Criminal Law?", *William and Mary Bill of Rights Journal*, 1993, 240

¹¹⁵ JACOBS, J.; PANARELLA, C. en WORTHINGTON, J. , *Busting the Mob: United States v. Cosa Nostra*, New York, N.Y.U.Press, 1994, 276 p.

losgelaten, zodat talloze andere groepen in beeld komen¹¹⁶: motorbendes¹¹⁷, criminele organisaties van Aziatische oorsprong¹¹⁸, jeugdbendes die in de drughandel gestapt zijn en – de nieuwe grote boemannen - Zuid-Amerikaanse drughandelaars¹¹⁹. Niettemin lijkt, wat de greep van georganiseerde criminaliteit op de Amerikaanse economie betreft, het indijken (*containment*) of verstoren (*disrupting*) geslaagd.

3.5. Van « typisch Amerikaans » tot wereldprobleem

STANDAARD- Wanneer een gezaghebbend auteur als Lupsha beweert dat « *organized crime is as American as McDonald's* »¹²⁰, lijkt dat een typisch cultuurimperialistisch standpunt van iemand die onvoldoende gereisd heeft. Wie méér leest dan het citaat, ontdekt al vlug dat men Lupsha daarmee onrecht aandoet. Met collega-onderzoekers in de V.S. benadrukte hij in de jaren zeventig of tachtig de « Amerikaansheid » van het fenomeen, omdat hij vocht tegen het beeld van een « samenzwering van buitenlanders », van « niet-geïntegreerde etnische minderheden ». De vergelijking met McDonald's is wel handig. De Amerikanen hebben het vlees, de groenten, de broodjes of de frieten niet uitgevonden. Zij hebben er wel een « product » van gemaakt, er een herkenbaar imago aan gekoppeld en een gestandaardiseerde verkoopsmethode die wereldwijd wordt nagebootst. Met georganiseerde criminaliteit doen zij iets vergelijkbaar, zij vinden de verpakking en marketing uit die een soort standaard is gaan vormen in de rest van de wereld.

UITWIJKERS- Niet zelden hebben criminelen die ergens in de V.S. al te veel onder druk kwamen, de wijk genomen, naar andere staten of naar het buitenland. Zo keerden na WOII enkele Italo-Amerikaanse boegbeelden terug naar het moederland en besloten anderen Cuba, het *de facto* door Amerikanen gerunde paradijseiland voor de kust van Florida, als basis te kiezen voor hun gok- en smokkelimperium. De Amerikanen beseften dat hun aanpak van internationale criminele netwerken, in een

¹¹⁶ Cfr. MAHAN, S.(ed.), *Beyond the Mafia, Organized Crime in the America's*, Thousand Oaks, Sage, 1998, 257 p.

¹¹⁷ WOLF, D., *The Rebels: A Brotherhood of Outlaw Bikers*, Toronto, University of Toronto Press, 1991. (Canadees)

¹¹⁸ KELLY, R.; CHIN, K.-L. en FAGAN, J., "The dragon breathes fire: Chinese organized crime in New York City", *Crime, Law and Social Change* 1993, 245-269 geven in voetnoot 18 een lange lijst van publicaties waarin alarm geslagen wordt over Aziatische georganiseerde criminaliteit; MYERS, W., "The emerging threat of transnational organized crime from the East", *Crime, Law & Social Change* 1996, 181-222.

¹¹⁹ LEE, R., "Colombia's cocaine syndicates", *Crime, Law and Social Change* 1991, 3-39.

¹²⁰ LUPSHA, P., *op.cit.* , 124.

wereld waar de internationale contacten steeds meer toenamen, tot falen gedoemd was zonder de steun van andere landen. Die behoefte groeide naarmate mensen, goederen en geld internationaal beweeglijker werden en telecommunicatie tegen de snelheid van het licht ging verlopen. Het bestuur van andere landen, dat vaak wel andere zorgen aan zijn hoofd had, moest er daarom van overtuigd worden dat het probleem van de V.S. ook hun probleem was. Daarvoor moesten de Amerikanen niet enkel op de hoogste beleidsniveaus inpraten, doch ook op specialisten: politiemensen, magistraten, academici, inlichtingendiensten. Het zijn immers vaak deze mensen die de prioriteiten van regeringen helpen vastleggen.

EVOLUTIE- Aanvankelijk ging de aandacht vooral naar de strijd tegen illegale drugs, met een V.N.-conferentie in 1961 en het daar gesloten Enkelvoudig Verdrag als eerste blikvangers¹²¹. Na een tijdje kwam daar terrorisme bij, zeker dat waarvan Amerikanen het doelwit vormden¹²². Georganiseerde criminaliteit als ruimer begrip dook pas echt op vanaf de instorting van het Oostblok, waarbij de uitverkoop van Russische wapens, vooral de nucleaire, biologische en chemische, nachtmerriescenario's opleverde. Ook de gebeurtenissen in een aantal partnerlanden (Italië, Hong Kong, Mexico, Turkije, Nigeria) en hun mogelijke weerslag voor de V.S. verontrusten de Amerikanen. Zij gebruiken dan ook alle mogelijke fora om buitenlandse regeringen mee te krijgen: bilaterale samenwerking, de groep van de 7 grote industrielanden plus Rusland (G7+1)¹²³, de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en, omdat het niet anders kan, de Verenigde Naties.

Het terrorisme van de jaren zeventig leidde tot verdragen tegen vliegtuigkapingen en aanslagen tegen de burgerluchtvaart¹²⁴ en voor de bescherming van staatshoofden

¹²¹ Single Convention on Narcotic Drugs 1961, <http://www.incb.org/e/conv/1961>
Later kwam er ook een Convention on Psychotropic Substances 1971, <http://www.incb.org/e/conv/1971>.

¹²² Dat leidde onder meer tot een reeks multilaterale verdragen over de kaping van vliegtuigen (Den Haag, 1970), sabotage van vliegtuigen (Montreal, 1971), aanslagen tegen diplomaten, staatshoofden en regeringsleiders (New York, 1973), gijzeling (1979, New York). Cfr. CASSESE, A., "The International Community's "Legal" Response to Terrorism", *International and Comparative Law Quarterly* 1989, 592.

¹²³ WRENCH, P., "The G8 and Transnational Organised Crime", in CULLEN, P. en GILMORE, W. (eds.), *Crime sans frontières: International and European Legal Approaches*, Edinburgh University Press, 1998, 39: "I do not think I will cause any surprise or give away any secrets if I say that throughout it has been the U.S.A. (supported by Canada) which has been the keenest to push work in this forum..."; Cfr. GILMORE, W., "The G-7 and Transnational Drug Trafficking: the Task Force Experience", *Ibidem*, 30-38.

¹²⁴ Respectievelijk het verdrag van Den Haag uit 1970 (U.K.T.S., 39 (1972) en Montreal uit 1971 (U.K.T.S., 10 (1974)).

en diplomatiek personeel¹²⁵. De oorlog tegen drugs bereikte zijn hoogtepunt met het V.N.-Verdrag van Wenen uit 1988¹²⁶. De V.S. stond op dat moment internationaal op haar sterkst, zodat zij van haar prioriteiten ook die van de internationale gemeenschap kon maken. In Zuid-Europa en Latijns-Amerika waren de door de V.S. gesteunde dictaturen verdwenen, in de rest van Europa begon de ontspanning en de islamitische en de communistische werelden zaten –althans formeel- qua drugbestrijding op dezelfde lijn als de V.S.. Voor de U.S.S.R. heeft de Afghaanse oorlog vergelijkbare effecten als Vietnam voor de V.S.: financiële strop, ontmoediging, massale verslaving bij soldaten en veteranen en grootschalige aanvoer vanuit het oorlogsgebied, onder meer door (ex-)soldaten of (gewezen) lokale bondgenoten¹²⁷. De verbintenissen die de V.N. in het Verdrag van Wenen vragen, komen net zoals de eisen die de V.S. aan bilaterale hulp pleegt te koppelen, bijna steeds neer op het overnemen van de in de V.S. beproefde recepten (*infra*). Het opleiden en steunen van politiediensten in oude en nieuwe democratieën maakt een deel uit van die strategie¹²⁸. Daar hebben de partnerlanden het immers niet zo moeilijk mee als met de militaire antwoorden van de V.S. op georganiseerde criminaliteit (bijvoorbeeld in de strijd tegen Zuid-Amerikaanse drughandel) en – vooral op terrorisme. Toch past enige nuance: het gaat niet om een Amerikaans "dictaat". Het is best mogelijk dat evoluties in recht en handhaving zich ook zonder Amerikaanse tussenkomst zouden hebben voorgedaan, alleen wat later¹²⁹.

INTERNATIONALISERING AANPAK- In de campagne om de strijd tegen georganiseerde criminaliteit te *internationaliseren*, lijken de Amerikanen (die sterk genoeg zijn om bilateraal de nodige armen om te wringen) zelfs iets minder de vragende partij dan een aantal Europese landen. Zowel West-Europeanen als de nieuwe democratieën in Centraal en Oost-Europa voeren de forcing. In de late jaren tachtig en de vroege jaren negentig zijn zij tot vergelijkbare vaststellingen gekomen als de Amerikanen in de jaren vijftig, zestig en zeventig. Bovendien zien kleine landen, bijvoorbeeld in de Caraïben, in dat zij niet opgewassen tegen de

¹²⁵ Verdrag van New York uit 1973 (U.K.T.S. 3 (1980))

¹²⁶ United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 19 december 1988, <http://www.incb.org/e/conv/1988>.

¹²⁷ Net zoals in de tijd van Jan de Lichte wierpen door de oorlog geharde uitzichtlozen zich op in de zware criminaliteit.

¹²⁸ NADELMAN, E., *Cops Across Borders, The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*, University Park (PE), The Pennsylvania State University Press, 1993, 11-13 en 189-249.

¹²⁹ VERBRUGGEN, F., "Eurocops...", *op.cit.*, 187; NADELMAN, E., *op.cit.*, 196.

kapitaalkracht van « criminele multinationals », net zo min als zij vroeger tegen de « legitieme » multinationals opkonden. Liever dan de politiek niet-verkoopbare uitbesteding van hun hele rechtshandhaving aan de V.S. of de vroegere koloniale machten, trachten zij aan te sturen op internationalisering van de aanpak, onder meer onder de vleugels van de V.N. De V.N.-conferentie in Napels in 1994¹³⁰ vormde een eerste hoogtepunt van het wereldwijde luiden van de alarmklokken inzake de dreiging die van de georganiseerde criminaliteit uitgaat. De geluidsgolven deinen nog steeds uit. De conferentie van Napels leverde weinig op. Nadat er nog zes jaar was voortgewerkt, kwam er in Palermo in 2000 een nieuw hoogtepunt. Een verdrag over georganiseerde criminaliteit werd er plechtig ondertekend¹³¹ en gespecialiseerde V.N.-instellingen verdiepen zich in de materie.

§4. »Nieuwe» bedreiging voor het Oude Continent

4.1. Amerikanisering van Europa

BLIJVENDE AANWEZIGHEID- De West-Europeanen voelden zich in 1994 allesbehalve « overvallen » door de Amerikaanse aanpak. Het ging slechts om een piek in een proces waarin zij al jaren geleden meegestapt waren. Met de vaststelling dat de rol van de Verenigde Staten in West-Europa na de Tweede Wereldoorlog groot blijft, trappen we een open deur in. De militaire alliantie zorgde voor een blijvende massale aanwezigheid van « Yankees » en het Marshallplan blies de West-Europese economieën nieuw leven in. Vanaf de late jaren vijftig bereikten de Amerikaanse t.v.-programma's onze Europese beeldschermen, legde een netwerk van satellieten een brug voor de rechtstreekse communicatie, maakten de lange transatlantische overvaarten plaats voor een vliegtuigreis van enkele uren, schoten nieuwe vestigingen van Amerikaanse multinationals als paddenstoelen uit de grond.

¹³⁰ UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Problems and Dangers Posed by Organized Transnational Crime in the Various Regions of the World*, 18 August 1994, no. E/Conf. 88/2 (World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime, Napels, 21-23 November 1994); cfr. ook: X, "Overview Legal Strategies", *Trends in Organized Crime* Fall 1995, 50-60; DERIDDER, H., "Wathelet vraagt speciale wapens tegen mafiaclans, wereldtop over Grensoverschrijdende Georganiseerde Misdaad van start in Napels", *De Standaard*, 22 november 1994, 9

¹³¹ http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/index.htm ; Omdat dit proefschrift eigenlijk al helemaal geschreven was toen het verdrag aangenomen werd, wordt het niet betrokken in de analyse. Toch zullen vele van de in dit proefschrift gedane vaststellingen enkel bevestigd of geïllustreerd worden door dit verdrag. Cfr. Ook NUNZI, A., *The Elaboration of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Paper presented at the XVIth International Congress of Penal Law, The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Boedapest, 5-11

Het economisch, politiek en maatschappijmodel van de Verenigde Staten domineert en inspireert de zogenaamde 'Westere' wereld.

CRIMINALITEIT- Na de positieve aspecten volgen, zoals gewoonlijk met een lichte vertraging, de schaduwzijden. Vandaar dat ook de verschijningsvormen van de criminaliteit, de beschouwingen erover en de aanpak ervan door de overheden, als in de straalstroom de Atlantische Oceaan overwaaien en in Europa beginnen te druppelen.

De militaire alliantie zorgde ervoor dat de inlichtingendiensten zeer nauw gingen samenwerken met de Amerikanen. Daarenboven vielen de vele Amerikaanse troepen in het buitenland onder de eigen militaire jurisdictie, zodat voor het onderzoek naar misdrijven die zij pleegden buiten de basissen en schepen er samenwerking nodig was met plaatselijke politiediensten. Voor het doordeweeks cafégevecht leverde dat zelden problemen op. Doch de verschillen in politiecultuur sprongen meer in het oog bij onderzoeken naar spionage, corruptie of illegale handel in drugs, wapens of taksvrije goederen.

4.2. Amerikaanse missionarissen en hun roepingen in West-Europa

VOORUIT VERDEDIGEN- Vooral drugs, als de uiting van een tegencultuur die de gevestigde orde bedreigt, klommen vanaf de jaren zestig in de Verenigde Staten snel op de prioriteitenlijstjes van de overheid. Toen het besef doordrong hoeveel geld de illegale handel kon opleveren, richtten allerlei overheden allerlei gespecialiseerde politiediensten of werkgroepen op. Het ging, zeker voor de zogenaamde hard-drugs, om wereldhandel. Al vlug zagen de Amerikaanse drugsbestrijders in dat het weinig zin had te dweilen in de V.S. met de kraan in het buitenland open. Vandaar dat zij besloten « vooruit te verdedigen » en de toevloed trachten te stoppen in de landen van productie of transit. Vooral de internationale handelaars namen zij in het vizier. Die zorgden er immers voor dat het goedge in de V.S. belandde, zonder dat zij daarvoor noodzakelijk zelf het risico moesten nemen het Amerikaans grondgebied te betreden. Amerikaanse drugbestrijders gingen dan ook wereldwijd achter trafficanten aan. Vooral de *Drug Enforcement Agency* zond op dat vlak zijn zonen (agenten) uit, « zendelingen » van de Amerikaanse kruistocht tegen de drugs. Waar het kon, gebeurde dat met medewerking van de lokale overheid en van collega's-rivalen in eigen land (CIA, FBI, Douane,...), waar het moest zonder. In West-Europa,

september 1999, Siracusa, International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, 1999, 20 p.

dat – anders dan voor andere roesmiddelen zoals tabak of alcohol - eerder afzetmarkt is dan productiecentrum¹³², geraakten politiek en publieke opinie zonder al te veel problemen overtuigd van de zin van een absoluut droogleggingsbeleid. Zij stuurden graag politiemensen naar de V.S. waar die Amerikaanse opvattingen en methoden leerden kennen. Het is dan ook vooral in de sfeer van de strijd tegen de georganiseerde handel in roesmiddelen dat het begrip georganiseerde criminaliteit zijn voorzichtige intrede deed in West-Europa.

4.3. Terrorisme als hoogste prioriteit in de jaren 1968-89

NOODTOESTAND- Als bekommernis van de hoogste beleidsniveaus zijn drugs evenwel lang in de schaduw gebleven van het terrorisme dat vooral in de jaren zeventig en tachtig verschillende landen van West-Europa in zijn greep had¹³³. Europa vormde een slagveld waar « niet-Europese » conflicten een verlengde kregen, vaak omdat de militair zwakste partij de strijd (verder) wilde internationaliseren¹³⁴. Als toevluchtsoord voor politieke bannelingen was West-Europa ook het toneel van de gewelddadige uitschakeling van buiten-Europese diplomaten of opposanten in ballingschap. Dit terrorisme verontrustte echter minder dan het « eigen » terrorisme. In sommige landen motiveren vooral klassieke (links-rechts) ideologieën de « rebellen » (West-Duitsland, Italië, Frankrijk, België, Griekenland, Latijns-Amerika...)¹³⁵, in andere hebben nationalistische motieven de boventoon (Spanje, Verenigd Koninkrijk en Ierland) of bestaan beide naast mekaar¹³⁶. Vaak gaat het om mengvormen met zeer ideologisch gekleurd nationalisme¹³⁷. Verscheidene democratische landen vinden dat zij zich in een

¹³² Later zullen zij voor hasj en chemische of psychotrope drugs (LSD, amfetamines, XTC, e.d.) wel productielanden worden.

¹³³ In het Schengenakkoord van 1985 stond drugs bijvoorbeeld wel voorop, omdat het thema niet zo gevoelig is als terrorisme en dus iets meer openheid over de aanpak mogelijk was. Het gaat immers om de afschaffing van grenscontroles op personen en goederen. Vooral dit laatste maakt drugs een onvermijdelijk thema.

¹³⁴ Het Israelisch-Arabisch conflict is daar vanzelfsprekend het meest uitgesproken voorbeeld van.

¹³⁵ De meeste waarnemers geloven dat de ontgoocheling over het mislukken van de openlijke revolte in 1968 daarbij doorslaggevend is. Cfr. voor één van de ideologische grondleggers van het terrorisme in de tweede helft van de twintigste eeuw, de Braziliaan Carlos Marighela: GEARTY, C., *op.cit.*, 39.

¹³⁶ Naast de nationalistische ETA, zit Spanje ook geplaagd met "ideologisch" terrorisme van groepen als de extreem-linkse GRAPO.

¹³⁷ Wanneer het gevestigde bestel verschillende bevolkingsgroepen discrimineert, vergroot de kans op een alliantie of integratie. (BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *op.cit.*, geven aan hoe zowel de Koerdische "opstandelingen van de PKK als hun Turkse tegenstrevers hun strijd financieren met drugshandel). Zo heeft het nationalisme vaak een sociaal-emancipatorische dimensie, zo hebben vrouwen in de derde wereld vaak de strijd tegen de kolonisator gezien als een deur naar ontvoogding en gelijke rechten.(SAID, E., *Cultuur en imperialisme*, Antwerpen, Atlas, 1994, 269 waarin hij o.a. verwijst naar JAYAWARDENA, K.,

maatschappelijke noodtoestand bevinden. Dat rechtvaardigt volgens hen een inperking of opschorting van een aantal grondrechten en een afwijking van de « klassieke » beschermingsbeginselen in strafrecht en strafprocedurerecht.

EVOLUTIE- Aanvankelijk gebruikte zowat niemand het etiket « georganiseerde criminaliteit », laat staan maffia, voor terroristen. Dat had immers weinig zin : « terrorisme » als term riep voldoende negatieve gevoelens op : niemand bestempelde zichzelf als « terrorist ». Als benaming voor criminelen of rebellen was ze in de jaren zestig en zeventig recent en nog niet door inflatie of gewenning uitgehold. Voordien sloeg zij vooral op overheidspraktijken zoals die van de nazi's. Nu gebruiken overheid en pers de term dus voor de « stadsguerilla », vooral die in het Westen zelf¹³⁸. De problemen voor de overheid bij de bestrijding van dit terrorisme lopen op een aantal punten gelijk met die van de georganiseerde criminaliteit (*infra*). Vandaar dat overheden voor de aanpak naar dezelfde methoden en instrumenten grijpt. De « noodtoestand » waarin de maatschappij zich bevindt, rechtvaardigt zware ingrepen, vooral in de sfeer van het strafrecht.

4.4. Raad van Europa

INTERNATIONALISERING REACTIE- Omdat bleek dat terroristen volop gebruik maakten van hun bewegingsvrijheid, « internationaliseerde » ook de reactie. De Raad van Europa, politiek totaal voorbijgestreefd door de Europese Gemeenschappen, heeft op het vlak van juridische harmonisering en samenwerking buiten de economische sfeer (personen- en familierecht, strafrecht,...) wel veel studiewerk laten verrichten. Na een veelbelovend eerste decennium kalfde het enthousiasme voor de initiatieven van de Raad¹³⁹ echter af en een groot deel van haar productie (ontwerpverdragen, aanbevelingen, studies e.d.) ligt stof te verzamelen in een of andere lade. Alleen enkele zeer spectaculaire misdrijven slaagden erin voor het nodige politieke momentum te zorgen en brachten concrete resultaten. Zo heeft de Raad een Verdrag dat de uitlevering bij terrorisme

Feminism, Nationalism in the Third World, Londen, Zed, 1986, 43-56, 73-108, 137-154; MACDONALD, E., *Schiet de vrouwen eerst neer*, Weert, M en P, 1992, 252 p. beschrijft vrouwelijke terroristen die hun activiteit als een vorm van emancipatie verdedigen.

¹³⁸ Ook de rechtse "terreurregimes" in Zuid-Amerika gebruikten de benaming "terrorisme" tegen de (gewapende) oppositie, net zoals de autoritaire regimes in Spanje of Griekenland of het blank minderheidsregime in Zuid-Afrika. Recentere campagnes van de bijvoorbeeld de Servische en Russische overheid tegen respectievelijke Kosovaarse en Tsjetjeense "terroristen", hebben aangetoond dat eenstemmigheid over wie als "terrorist" beschouwd moet worden, geenszins voor de hand ligt.

¹³⁹ Met uitzondering van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat een eigen leven is gaan leiden.

vergemakkelijkt, aangenomen na een debat van amper één dag. Dat gebeurde uren na een spectaculaire moord, terwijl de schok nog door Europa ging¹⁴⁰.

HEROPLEVING- De Raad van Europa is herleefd na de val van het IJzeren Gordijn, toen ook de landen van Centraal en Oost-Europa het Westers model van rechtsstaat en democratie omarmden. Dat was gemakkelijker gezegd dan gedaan. Opnieuw blijkt dat revolutionaire tijden, grote veranderingen en machtsvacua ook grote kansen bieden aan wie daarvan misbruik wil maken. Vandaar dat de Raad van Europa luidkeels alarm heeft geslagen. Als vaandeldrager van de verdediging van de democratische waarden en mensenrechten roept zij, net als de V.N., dat corruptie en georganiseerde criminaliteit deze nu bedreigen¹⁴¹ en dat er dus iets gedaan moet worden¹⁴². Vooral het toenemend gebruik van het algemeen begrip « georganiseerde criminaliteit » valt op, te meer daar er op dat vlak toch aanzienlijke verschillen bestaan tussen bijvoorbeeld Luxemburg en Litouwen of tussen het Verenigd Koninkrijk en Hongarije.

4.5. De Europese Unie

DRIE PIJLERS- De Europese Gemeenschappen hebben, lessen trekkend uit de mislukking van de Europese Defensiegemeenschap in de jaren vijftig, hun politieke agenda steeds achter de economische verscholen. De economische en monetaire unie moest het nieuwe bezielende project worden, na de voltooiing van binnenmarkt in 1993. Het Verdrag van Maastricht luidde echter een crisis in, omdat tijdens het ratificatieproces bleek dat de nieuwe Unie haar eigen onderdanen niet bezielde¹⁴³. Nochtans was de monetaire unie niet het enige belangrijke nieuwe luik in het Europees project. De nieuwe Unie berust op drie pijlers. De Eerste, dikke, supranationale Pijler omvat de vroegere Economische Gemeenschappen. Daarnaast gaan de Lidstaten onder de koepel van de Unie trachten tot een gezamenlijk buitenlands en veiligheidsbeleid te komen, volgens de regels vervat in de zogenaamde Tweede Pijler van het Unieverdrag. Tenslotte drong ook binnenlandse veiligheid van de Lidstaten door tot het Europese forum. De Derde Pijler waarop het Uniedak rust, regelde immers de samenwerking tussen de

¹⁴⁰ Die op de door de Rote Armee Fraktion ontvoerde voorzitter van de Duitse ondernemers, Hans-Martin Schleyer.

¹⁴¹ De V.N., waar volwaardige democratieën een minderheid uitmaken, hanteert dit argument natuurlijk met minder gezag dan de Raad van Europa. (cfr. *infra* Hoofdstuk 3).

¹⁴² CSONKA, P., "Organised and Economic Crime (an Overview of the Relevant Council of Europe activities)", in: CULLEN, P. en GILMORE, W., *op.cit.*, 93-99.

¹⁴³ Vroeger was dat waarschijnlijk ook niet het geval, maar toen was dat nog geen punt.

Lidstaten op het vlak van Binnenlandse Zaken en Justitie¹⁴⁴. Op Duits initiatief sloop ook een passage over georganiseerde criminaliteit in het Verdrag. Hij stond in het verdragsartikel over Europol, een Europese politiedienst die daaraan zijn aandacht moest wijden.¹⁴⁵ Hoewel de volgende Intergouvernementele Conferentie de nodige hervormingen van de instellingen van de Unie voor zich heeft uitgeschoven, was het Verdrag van Amsterdam (1997) helemaal geen maat voor niets. Na de « koude economische logica » van Maastricht acht de Unie een « *retour du coeur* » nodig, zodat veel aandacht werd geschonken aan de twee thema's die de bevolking van de meeste Lidstaten het belangrijkste lijken te vinden: werkgelegenheid en veiligheid.

GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT- Onder die binnenlandse veiligheid zit ook de strijd tegen georganiseerde criminaliteit. In vele Lidstaten groeide uit een meer Amerikaanse benadering van de criminaliteit het besef dat er een misschien wel een bijzonder probleem bestaat. Politici hielden het aanvankelijk bij waarschuwingen, maar zetten wel een groep van « experts », hoge ambtenaren, aan het werk. Die kwamen al vlug met een actieplan tegen de georganiseerde criminaliteit, een hele lijst van wat er moest gebeuren en tegen wanneer¹⁴⁶. De suggesties liggen grotendeels in het verlengde van de Amerikaanse aanpak, al komen daar vanzelfsprekend vragen bij tot het opruimen van typisch Europese «hindernissen». De Raad van de Unie (of die van Justitie en Binnenlandse Zaken) schaarde zich volledig achter dit plan, zodat de regeringen van de Lidstaten een politieke verbintenis hebben opgenomen. Juridisch blijft het laatste woord immers bij de nationale parlementen. Het Verdrag van Amsterdam heeft een aantal materies (burgerlijke zaken, asiel- en visabeleid,...) uit de weinig soepele Derde Pijler overgeheveld naar de « supranationale » Eerste Pijler. In de Derde blijft enkel de gerechtelijke samenwerking in strafzaken en politiesamenwerking over. Europol is inmiddels aan het werk gegaan en houdt zich specifiek met georganiseerde criminaliteit bezig. Hij stimuleert natuurlijk de belangstelling voor het onderwerp in de EU-Lidstaten.

FRAUDE- In de Eerste Pijler (de Europese Gemeenschappen) is de rol van supranationale instellingen zoals de Europese Commissie, het Europees Parlement

¹⁴⁴ Over het verloop van onderhandelingen in de Derde Pijler: VERMEULEN, G., *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulpruimte voor de Lid-Staten?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 632 p.

¹⁴⁵ <http://www.europol.nl>

¹⁴⁶ Het actieplan werd goedgekeurd door de Europese Raad te Amsterdam in juni 1997, *Publ.*, C 251, 15 augustus 1997, 1.

en het Europees Hof voor Justitie, groter en het gewicht van de individuele Lidstaten kleiner. Ook daar duikt de uitdrukking « georganiseerde criminaliteit » meer en meer op. Vooral wie -en dat zijn er gelukkig velen- bezorgd is over het misbruik van gemeenschapsgelden, laat niet na aan te stippen dat sommige vormen van fraude « georganiseerde criminaliteit » uitmaken, dat « ook de georganiseerde criminaliteit de Gemeenschappen geld ontfoetselt » of dat er « banden » bestaan tussen fraudeurs en de georganiseerde criminaliteit. En daarom zijn er radicale maatregelen nodig. De hardere aanpak van fraude berust op twee grote argumenten. Enerzijds tasten de misbruiken de financiële basis en dus de mogelijkheden van de Unie aan. Anderzijds brengen zij schade toe aan de geloofwaardigheid van de Europese instellingen in de ogen van haar bevolking. Talloze initiatieven zijn van de grond gekomen om de situatie te verbeteren. Rechtspraak van het Hof van Justitie, Verordeningen, een Conventie met een reeks aanvullende protocols en een reeks bijzondere diensten: er is een heel « complex » gegroeid om fraude te bemoeilijken, controles en opsporing te vergemakkelijken en de bestraffing van misbruiken te verzekeren¹⁴⁷. De Unie bouwt haar eigen speurcapaciteit uit¹⁴⁸ omdat ze eraan twijfelt of de Lidstaten voldoende belang hebben bij de consequente aanpak van het probleem¹⁴⁹. Ze heeft ook een groep deskundigen de opdracht gegeven om een reeks gemeenschappelijke basisregels van strafrecht en strafvordering uit te werken. Dit zogenaamde *Corpus Juris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*¹⁵⁰ moet de doelmatigheid van het strafrecht verhogen zonder afbreuk te doen aan wezenlijke rechtsbeschermingsbeginsels.

§5. Via andere Europese landen België binnen

5.1. Italië

PROTOTYPE- Voor velen geldt Italië nog steeds als het « land van oorsprong » van georganiseerde criminaliteit. Dat komt omdat Cosa Nostra en vergelijkbare groepen

¹⁴⁷ WHITE, S., *The protection of the Financial Interests of the European Communities: the Fight against Fraud*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 244 p.

¹⁴⁸ DE HERT, P., "De Europese Commissie doet aan supranationale politie", *Vigiles* 1995, 20-28.

¹⁴⁹ Voor een stand van zaken: VERVAELE, J.(ed.), *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en het Corpus Iuris*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, 252 p.

¹⁵⁰ DELMAS-MARTY, M. e.a.(eds.), *Corpus Juris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, originele Franse tekst met Nederlandse vertaling door dr. Bart De Smet en dr. Guy Stessens, Antwerpen, Intersentia, 1998, 189 p.

(maffia) aan de basis liggen van veel beeld- en begripsvorming terzake, van de eerste studies en van een groot deel van de bijzondere wetgeving. Bloedige repressie onder Mussolini's stalen prefect Mori had de Siciliaanse maffia in de touwen gekregen : vele leden waren dood, gevangen of opgejaagd, vaak naar het buitenland¹⁵¹. Hun terugkeer, zo beklemtonen talloze commentatoren, dankten de maffiagroepen aan de hulp die zij, door bemiddeling van Italo-Amerikaanse bazen, de geallieerden hadden geboden bij de invasie van Sicilië en Zuid-Italië¹⁵². Met sleutelfiguren op overheidsposities hervatten zij makkelijk de gewelddadige afpersing van percentjes op alle economische activiteiten in een bepaald territorium (*pizzo*), die naast woeker de belangrijkste bron van inkomsten en machtsbasis vormde. Zoals de maatschappij verstedelijkte ook de maffia en gooide hij zich ook op « stedelijke » markten¹⁵³. Bij de heropbouw van de zwaar beschadigde streken slaagden maffiagroepen er via hun greep op de politiek in hun eigen bedrijven een enorme financiële injectie van staatsgelden toe te dienen¹⁵⁴. Ondanks het bestaan van bovenlokale coördinatiestructuren –vooral in Sicilië -, vervielen de verschillende groepen (*cosche*) regelmatig in bloederige oorlogen om macht of territorium¹⁵⁵. In Campanië, de streek rond Napels waar benden zich in de Camorra verenigden, vielen kartels en allianties meestal vrij vlug uiteen en hernam de bloedige concurrentie¹⁵⁶. Rechtstreekse aanvallen op vertegenwoordigers van de Italiaanse staat waren eerder zeldzaam. Het geweld richtte zich vooral op rivalen en hun dierbaren en andere potentiële getuigen.

DRUGHANDEL- De groei van de internationale handel in hard drugs, waar een aantal van de grote Zuid-Italiaanse groepen instappen, heeft een nieuwe fase ingeluid. Verschillende troeven hebben ertoe geleid dat zij al vlug een sleutelpositie op de ontluikende wereldmarkt veroverden. Er was de strategische ligging van Zuid-Italië op de routes vanuit Azië naar Europa en Noord-Amerika (het Oostblok was ontoegankelijk). Daarnaast beschikten de groepen over de voor grootschalige

¹⁵¹ Cfr.hierover: DUGGAN, C., *Fascism and the Mafia*, New Haven, Yale University Press, 1989. Over de mogelijkheden van autoritaire regimes om de georganiseerde criminaliteit te onderdrukken: BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *op.cit.*, 121-122.

¹⁵² DE PAUW, F., *De firma mafia*, Leuven, Davidsfonds, 1993, 14.

¹⁵³ Wij hebben er in 1.5. op gewezen dat dit allesbehalve een revolutie is en dat de "stedelijke" dimensie van de maffia in de geschiedschrijving lang onderbelicht is gebleven.

¹⁵⁴ DE PAUW, F., *De firma mafia*, *op.cit.*, 13-15.

¹⁵⁵ Over de eeuwige twisten inzake de hiërarchische structuur van Cosa Nostra, het langdurig bestaan en het gezag van een Koepel of van een Baas aller Bazens cfr. bijvoorbeeld FABER, E., "Pino Arlacchi onder vuur: van Mafia Business naar Addio Cosa Nostra", *Tijdschrift voor Criminologie* 1995, 193-198.

¹⁵⁶ PALMIERI, L., "Organized Crime in Italy", *ICPR* maart-april 1992, 34.

operaties nodige organisationele sterkte, gebaseerd op interne discipline en gewelddadigheid naar buiten uit. Tenslotte konden zij terugvallen op een wereldwijd netwerk van contacten met gemeenschappen van uitgeweken Italianen, zowel in landen van productie (in Latijns-Amerika) als in die van afzet (Noord-Amerika, Europa, Australië).

UITZAAIING- Vanaf het einde van de jaren zestig en vooral in de jaren zeventig en tachtig hadden vooral de Siciliaanse Cosa Nostragroepen en Camorraleden zich over heel Italië verspreid¹⁵⁷. Net als zovele anderen uit het onderontwikkelde Zuiden (de *Mezzogiorno*) trokken leden naar de handels- en industrie centra van Noord- en Centraal-Italië¹⁵⁸. De enorme winsten van onder meer de drughandel investeerden zij in immobiliën, casino's e.d. Hun kapitaal bracht hen in contact met hogere maatschappelijke kringen : advocaten, bankiers, bedrijfsleiders en ... politici¹⁵⁹. De relatie tussen de Italiaanse politiek en maffia geraakte in een spiraal. Zowel de fascistische erfenis als het naoorlogs compromis tussen de christendemocraten en de belangrijke politieke linkervleugel hebben geleid tot een zeer grote openbare sector. De prominentie van de staat in de economie vergrootte het belang van de juiste politieke contacten voor criminele groepen die geld wilden inpalmen. Toen de groepen aantoonden « blokken van kiezers » te controleren, ontstonden « duivelspacten » tussen een aantal mensen in het staatsapparaat en in maffiamensen. Staatshulp had Zuid-Italië uit de klauwen van de maffiosi moeten helpen, doch bleek integendeel de maffiagroepen te versterken. Met hun greep op een aantal politici konden die dan weer nog meer steun afdwingen, zodat het Zuiden in een spiraal van criminaliteit en onderontwikkeling geraakte. Het ging nochtans om een sluiks proces, waarover in de drie decennia na de oorlog niemand al te luid durft te spreken en waarvan de omvang pas veel later zou blijken.

¹⁵⁷ De Calabrische N'drangheta zou langer wachten vooraleer operaties op te zetten ver weg van zijn thuisbasis.(PAOLI, L., "An Underestimated Criminal Phenomenon: The Calabrian 'Ndrangheta" , *Eur.J.Cr.Cr.L.Cr.J.* 1994, 212-238.)

¹⁵⁸ Sommige auteurs wijzen erop dat het beleid van de overheid om maffialeiders uit hun streek van oorsprong te "verbannen" (*infra*, Deel V, Hoofdstuk 3) het "uitzaaien" van de Zuid-Italiaanse georganiseerde criminaliteit in de hand gewerkt heeft. (DE PAUW, F., *De firma mafia, op.cit.* , 74) Als voorbeeld van contraproductief beleid heeft het zijn charmes. Toch lijkt het slechts een bijkomstig element in complexe verschijnsel van migratiestromen in Italië.

¹⁵⁹ PAOLI, L., "The Banco Ambrosiano case: An investigation into the underestimation of the relations between organized and economic crime", *Crime, Law & Social Change* 1995, 345-365.

ESCALATIE TERRORISME- Veel meer aandacht ging naar het politiek geweld¹⁶⁰. Met de grote aanhang waarop linkse partijen konden rekenen en een stevig overblijfsel van een weinig democratische rechtervleugel, beleefde ook Italië in 1968 woelige dagen. Het klimaat verslechterde nog wanneer geheime rechtse groeperingen, al dan niet met steun van geheime diensten of losgeslagen elementen daaruit, bloedige bomaanslagen pleegden. De bedoeling was dat die in de schoenen van linkse terroristen zouden geschoven worden. Deze strategie moest instabiliteit veroorzaken, de politieke spanningen doen oplopen en zo de weg bereiden voor een staatsgreep door rechtse militairen, politiemensen en politici¹⁶¹. In verschillende Latijns-Amerikaanse landen had zich een vergelijkbaar scenario afgespeeld. De betrokkenheid van de geheime loge Propaganda 2, waarin allerlei “invloedrijke personen” uit het Italiaanse leger, de politie, de politiek, de magistratuur en de economie verenigd waren, in dit plan werd nooit helemaal uitgeklaard. Zij zal altijd wel het voorwerp van speculatie en controversen blijven. Aanslagen op linkse terroristen schuiven was natuurlijk niet zo moeilijk. In Italië organiseerden, zoals in zovele andere landen, linkse extremisten met een post-68-kater inderdaad een escalerende stadsguerilla. Die terroristische ondergrondse trachtte, zoals de anarchisten vroeger, met ontvoeringen en overvallen, daarna met moorden op symbolische overheidsfiguren, de ‘revolutie’ te ontketenen. De Italianen duiden de periode waarin het land in deze geweldsspiraal verzeilde (1977-1982) aan met «*gli anni di piombo*»: de jaren van het lood¹⁶². De regering liet het parlement noodwetten aannemen om het terrorisme de kop in te drukken. Of het aan deze wetten te danken is, wordt tot op de dag van vandaag zwaar betwist¹⁶³, doch alleszins luwt het terrorisme in de loop van de jaren tachtig.

ESCALATIE MAFFIAGEWELD- Het succes van de overheid in de strijd tegen de Rode Brigades (hoofdzakelijk in het Noorden en Centrum van het land¹⁶⁴) stond in schril contrast met haar falende aanpak van georganiseerde criminaliteit in Zuid-Italië. Vooral in Sicilië, waar maffiagroepen steeds driester tewerk gingen, leek de

¹⁶⁰ Cfr. DELLA PORTA, D., “Institutional Responses to Terrorism: The Italian Case”, *Terrorism and Political Violence* 1992, 151-170.

¹⁶¹ Velen vermoedden dat haar duistere grootmeester Gelli achter de strategie van de spanning zat. (DELLA PORTA, D., *op.cit.*, 153, 160-162). Het leidde in Italië tot een in Europa bijzondere wetgeving over “geheime organisaties”: GALISSAI PILO, M., *Le associazioni segrete, profili penali*, Padua, Cedam, 1990, 96 p.

¹⁶² “Buitenlandse” aanslagen, zoals die van Palestijnen op wachtenden in de Romeinse luchthaven of de (latere) kaping van het Italiaanse cruiseschip Achille Lauro kwamen daar nog bovenop.

¹⁶³ DELLA PORTA, D., *op.cit.*, 168.

¹⁶⁴ Al bestonden er ook cellen en colonnes in zuidelijke steden zoals Napels.

staat tot machteloze toeschouwer gedegradeerd. De plaatselijke magistratuur en politie kon of wilde blijkbaar niets doen. Na de moord op een vooraanstaand antimaffiapoliticus stuurde de regering daarom succesvolle terrorismebestrijders naar Sicilië. Het boegbeeld van het overheidsoffensief, de autoritaire maar onkreukbare rijkswachgeneraal Dalla Chiesa, overleefde slechts drie maanden in Palermo. De maffiagroepen zetten resoluut de tegenaanval in op al wie hun positie kon bedreigen en spaarden de overheid niet langer: rechters, politiemensen of politici liepen nu evenveel gevaar als wedijverende of afvallige maffiosi en hun familie. Naarmate de «excellente kadavers» zich ophoopten, brokkelde de weerstand tegen de toepassing van de voor terroristen ontworpen wetten op de georganiseerde criminaliteit af. De opschudding die een aantal spectaculaire misdrijven veroorzaakten, gaven maffiabestrijders de nodige publieke en politieke ruggensteun voor een offensief. Vooral de moordcampagne tegen politici en beroemde antimaffiarechters in 1992 betekende een keerpunt. Langzaam maar zeker ontmantelde de rechtshandhaving de meest beruchte groepen. Een vreemd gevolg van het verdwijnen van de hiërarchische maffiagroepen die de onderwereld op hun territorium domineerden, is dat ook hun « geweldmonopolie » verdwijnt. In steden als Napels en Milaan leidt het terugdringen van de georganiseerde criminaliteit tot een escalatie van de niet-maffiose moorden¹⁶⁵. Er heerst immers anarchie en een zware wedijver tussen de mindere goden, de straatdealers, pooiers en kleine overvallers. De strijd tegen de georganiseerde criminaliteit gaat echter onverminderd door en Italië speelt ongetwijfeld een voortrekkersrol op internationale fora, waarbij het de eigen « instrumenten » onverbloemd aanprijst bij buitenlandse partners¹⁶⁶. Hoewel de gebeurtenissen in Italië in België vrij veel weerklank kregen, zorgen taal- en cultuurverschillen ervoor dat de Italiaanse *juridische* discussie¹⁶⁷ slechts

¹⁶⁵ ENDEAN, C. en COMAN, J., "Chat-up line leads to a dance of death", *The European* 24-30 juli 1997, 14-15: "Fragmentation and the collapse of a clear authority structure have created a culture of random and unpredictable violence".

¹⁶⁶ (ITALIAN) MINISTRY OF THE INTERIOR, *Organized Crime in Italy, Evolution and Law Enforcement Action*, U.N. World Ministerial Conference on Organised Transnational Crime, Napels 21-23 November 1994, 109 p.; AGI (Italian Giornalist (sic!) Agency, *Contro against drugtrafficking, secret arms dealing, money relaundering (sic!), gambling-dens, illegal immigration...*, U.N. World Ministerial Conference on Organised Transnational Crime, Napels 21-23 November 1994, 82 p.

¹⁶⁷ Er bestaat vanzelfsprekend een schat aan juridische bronnenmateriaal terzake, doch weinig ervan is vertaald. Het blijft soms ook wel net iets teveel een Italiaans-Italiaanse discussie.

onrechtstreeks –via Frankrijk, Nederland of de Angelsaksische wereld- en vaak erg vereenvoudigd of fragmentair tot bij ons doordringt¹⁶⁸.

5.2. Duitsland, Frankrijk, Nederland¹⁶⁹

BUURLANDEN- Ondanks een aantal banden tussen mensen in België en Italiaanse groepen zag ons land zichzelf niet onmiddellijk in “Amerikaanse” of “Italiaanse toestanden” verwickeld. Doch ook in onze onmiddellijke buurlanden Duitsland, Frankrijk en Nederland bestaat er beroering.

DUITSLAND¹⁷⁰- West-Duitsland kende in de jaren zeventig en tachtig een probleem van extreem-links terrorisme dat qua oorsprong en methoden gelijkenissen vertoonde met dat in Italië. Sporadisch waren er ook “buitenlandse” aanslagen (van het IRA op Britten, van Arabische groepen op Amerikanen), maar van extreem-rechts terrorisme bleef het destijds echter gespaard. De maatregelen van de overheid vertonen onmiskenbare gelijkenis met die in Italië. Omdat ze een politiestructuur heeft die enorm verschilt van de Italiaanse, koos de Bondsrepubliek wel sneller voor de uitbouw van haar federale politiediensten, de *Bundesgrenzschutz* en het *Bundeskriminalamt* (BKA). Na de neergang van het terrorisme heeft die dienst een belangrijke rol gespeeld in de bewustwording inzake georganiseerde criminaliteit en de analyse van de problemen. De Duitse politie wees op de contacten die Italiaanse groepen hadden in grote en kleine Duitse steden. Journalisten en onderzoekers vertelden eveneens alarmerende verhalen. De Bondskanselier maakte er op het einde van de jaren tachtig dan ook een politieke prioriteit van¹⁷¹. Als immigratieland en aantrekkingspool voor Oost-Europeanen vreesde de Bondsrepubliek de overrompeling door mensensmokkelaars, illegale handel in wapens, drugs en nucleaire materialen¹⁷². Een onrustwekkende toename van autodiefstallen, een bende-oorlog tussen Vietnamese handelaars in “zwarte” tabak en massale

¹⁶⁸ Italië vertoont historisch-politiek enige gelijkenissen met België, maar de afgang van de vorige politieke generatie daar maakt dat hun collega's bij ons er alle belang bij hebben te wijzen op de - ook niet te onderschatten - verschillen met Italië.

¹⁶⁹ FIJNAUT, C., “Georganiseerde misdaad in West-Europa”, *Onze Alma Mater, Leuvense perspectieven*, 1995/3, 305-328.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 320-323.

¹⁷¹ KUBE, E., “Situationsbericht für Deutschland”, in: MAYERHOFER, C. en JEHLE, J.-M., *Organisierte Kriminalität, Lagebilder und Erscheinungsformen, Bekämpfung und rechtliche Bewältigung*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1996, 17.

¹⁷² FLORY, D., “Crime organisé transnational: le trafic illicite de matières nucléaires”, in: LECLERC, M.(ed.), *La criminalité organisée*, Paris, La Documentation française, 1996, 85-89 en 94-97.

moordpartij in het Russisch prostitutieomgeving¹⁷³, toenemend geweld in de “Duitse” scène: allerlei gebeurtenissen deden de politieke onrust over de georganiseerde criminaliteit toenemen. De Duitse wetgever heeft dan ook het voortouw genomen in de Europese strijd¹⁷⁴ en de Duitse regering is de motor achter vele initiatieven tot internationale samenwerking. Het land staat ook vrij ver in het criminologisch onderzoek. Naar Italiaans voorbeeld heeft het ook veel wettelijke “instrumenten” uit de terrorismebestrijding “overgeplant” naar de aanpak van georganiseerde criminaliteit. Niet zonder juridische of politieke discussies evenwel. De taalkloof belet een te groot impact op het Belgische debat, maar onrechtstreeks sijpelen elementen toch door tot bij ons.

FRANKRIJK- Frankrijk ligt om historische en culturele redenen natuurlijk veel meer voor de hand als inspiratiebron. Het land betaalt een prijs voor zijn ambitie een “grote speler” in de internationale politiek te blijven en krijgt voortdurend met vlagen van terrorisme af te rekenen. Dat heeft het strafrecht, strafprocesrecht en de organisatie van de opsporing niet onaangeroerd gelaten. Georganiseerde criminaliteit beroert de gemoederen veel minder. Nochtans bestaat er, zeker in de Midi (het Zuiden), een traditionele maffiose onderwereld. Na een aantal schandalen, ophefmakende moorden en verhalen over de aanwezigheid van de Italiaanse groepen in Frankrijk komt er weliswaar een parlementair onderzoek, dat tot bij ons weerklank vindt¹⁷⁵. Net zoals de Amerikanen in de jaren vijftig en zestig zoeken de Fransen echter vooral naar “Italianen die Frankrijk bedreigen”, een samenzwering van buitenlanders. Daarmee doen de Fransen hun “eigen” mensen en groepen onvoldoende eer aan. De moord op parlementslid Yann Piat, die louche praktijken met onroerend goed op het spoor was, heeft wel vele mensen wakker geschud. Als huisbaas van Interpol en pleitbezorger van de strijd tegen de drugshandel stapt Frankrijk wel mee in de Europese campagne tegen georganiseerde criminaliteit¹⁷⁶. De strafrechtelijke wereld heeft evenwel zijn energie vooral geïnvesteerd in een nieuw Strafwetboek en een constant getouwtrek om de herinrichting van de strafprocedure. Juridisch Frankrijk heeft zich steeds erg terughoudend opgesteld ten

¹⁷³ DE PAUW, F., *De Russische maffija*, Leuven, Davidsfonds, 1996, 91.

¹⁷⁴ GROPP, W., “Initiatieven des deutschen Strafgesetzgebers zur rechtlichen Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität”, in: MAYERHOFER, C. en JEHLE, J.-M., *op.cit.*, 241-257.

¹⁷⁵ *Rapport de la commission d'enquête sur les moyens de lutter contre les tentatives de pénétration de la mafia en France*, 27 januari 1993, Assemblée nationale, n°3251, 128 p.

¹⁷⁶ Frankrijk stelde zich wel erg moeilijk op bij de onderhandelingen over de Europol-Convention of de toepassing van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst met “compenserende maatregelen” voor het wegvallen van de grenscontroles.

aanzien van buitenlandse bronnen of ideeën. Hoewel de huidige intellectuele generatie veel minder in dat bedje ziek is, blijven de meeste Franse gedragswetenschappers koele minnaars van empirisch onderzoek, zeker in “staatszaken”. Qua wetenschappelijk onderzoek naar criminele groepen is het land dan ook geen trendsetter. Ook de voor buitenstaanders vrij ontoegankelijke en onderling wedijverende politiediensten dragen daartoe bij.

NEDERLAND- Nederlanders hebben wel altijd de blik naar buiten gericht: vele Amerikaanse, Duitse of Italiaanse ideeën of constructies zijn dan ook via onze Noorderburen ons taalgebied binnengekomen. Hoewel er politiek en cultureel vanzelfsprekend in het oog springende verschillen zijn, gaat het om een transitland dat qua omvang, open economie, immigratie en juridische traditie dicht bij het onze ligt. Vooral in de zich emanciperende Vlaamse rechtswereld is Nederland ondertussen een belangrijker inspiratiebron dan Frankrijk. In Nederland kwam, vooral vanaf de vroege jaren tachtig, eerst de politie, daarna de politiek en de overheid in de ban van de strijd tegen de georganiseerde (drugs)criminaliteit. Politiemensen voelden zich door de politiek zo zeer aangemoedigd dat zij steeds weer grenzen begonnen te verleggen. Dat leidde tot een breuk binnen de politiewereld: een Interregionaal Rechercheteam (IRT) werd ontbonden nadat groeiende spanningen tussen de deelnemende diensten en hun respectievelijke chefs tot een uitbarsting waren gekomen. De ene politiechef verweet de andere dat hij totaal ongehoorde methodes toeliet, de andere insinueerde dat corruptie bij de partnerdienst de ware oorzaak vormde voor het opdoeken van het “bedreigende” IRT. Een geheimzinnige discussie met lekken uit geheime onderzoeken dwong twee ministers tot aftreden. Het parlement stelde vast dat de samenleving totaal uit het oog verloren had welke methodes de politie in haar naam gebruikt bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit. Het besloot een diepgaand onderzoek te voeren. Eerst en vooral belastte het een werkgroep van criminologen met het geven van een beeld van de aard, omvang en ernst van de georganiseerde criminaliteit in Nederland. Dat kon haar dan helpen bij het beoordelen van de organisatie van de aanpak ervan en de methodes die de overheid daarbij kan en mag gebruiken. Deze Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, naar haar voorzitter Van Traa genoemd, publiceert in 1995 een uitgebreid rapport¹⁷⁷, dat ook bij ons veel weerklank kreeg¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake Opsporing*, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1995-1996, 24072; Den Haag, SdU, 1996. Voor een beknopt overzicht: VAN TRAA, M., “The Findings of the Parliamentary Inquiry Viewed from an International

De Commissie besloot dat Nederland niet in de greep van de georganiseerde criminaliteit zat, maar dat er wel een aantal onrustwekkende trends bestonden. De opsporingsinstellingen zaten wel in een crisis, door gebrekkige controle van de verantwoordelijke overheden en het ontbreken van het noodzakelijke wettelijk kader voor een aantal omstreden opsporingsmethoden. De regering en de wetgever gingen dan ook aan de slag om die leegte op te vullen.

5.3. Recent thema in België

DRUGS- In België is georganiseerde criminaliteit al bij al slechts in het laatste decennium van de twintigste eeuw als thema op de voorgrond getreden¹⁷⁹. Uit het voorgaande is hopelijk gebleken dat zoiets geenszins betekent dat er geen georganiseerde criminaliteit zou hebben bestaan of dat criminele organisaties tot dan ongemoeid werden gelaten. Politie, gerecht en pers behielpen zich vooral met de termen als « bendes » en « ernstige of zware criminaliteit ». Georganiseerde criminaliteit associeerden zij met maffiagroepen in de V.S. en in een meer folkloristische vorm in Zuid-Italië. Tot in de jaren zestig de TV de huiskamer binnendrong en het luchtverkeer langzamerhand democratiseerde, waren dat verre landen. Gewelddadige bankovervallen golden in die tijd als de belangrijkste uitdaging voor het gerechtelijk politiewerk. Op het einde van de jaren zestig en de vroege jaren zeventig ontstaat er een eerste stroomversnelling onder meer onder Amerikaanse impuls (*supra*). De Belgische politiediensten vatten, in koor met de toenmalige Justitieminister Vranckx en met zijn actieve steun, naar Amerikaans voorbeeld een kruistocht aan tegen « de plaag van illegale drugs »¹⁸⁰. De aanpassingen in 1975 aan de Drugwet uit 1921 zijn de eerste uitdrukking in de wetgeving van een tendens die zou uitgroeien tot een specifieke aanpak van « de georganiseerde criminaliteit ». Het toen gezaaide « Amerikaanse » zaad (aanpak van

Perspective”, in: DEN BOER, M., *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Maastricht, EIPA, 1997, 15-24.

¹⁷⁸ BRUGGEMAN, W., “Van Traa, Crisis in de opsporing of een nieuwe start?”, *Politeia* Jg.6, nr.3, 1996, 14-16; BERKMOES, H., “Het eindverslag van de (enquête)commissie Van Traa: ‘Cut and Paste’ of ‘Read Only’?”, *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht* 1996, 36-43.

¹⁷⁹ VAN CAMP, R., “Georganiseerde criminaliteit, te veel rechtsstaat of te veel Fouché?”, *R.W.* 1996-97, 665.

¹⁸⁰ FIJNAUT, C., *De zaak François: beschouwingen naar aanleiding van het vonnis*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 192 p.; FIJNAUT, C. en VERBRUGGEN, F., “Proactive Investigation: a Belgian Perspective”, in: FIELD, S. en PELSER, C.(eds.), *Invading the Private, State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Dartmouth, Aldershot, 113-114; VAN OUIRIVE, L. en CAPELLE, J., “Twenty Years of Undercover Policing in Belgium”, in : FIJNAUT, C. en MARX, G., *Undercover, Police Surveillance in Comparative Perspective*, Den Haag- Londen- Boston, Kluwer, 1995, 144-146; VAN CAMP, R., *op.cit.*, 666.

organisaties, spijtoptanten, vermogensaanpak) heeft inmiddels stevig wortel geschoten.

SCHANDALEN- De bijzondere eenheden die zich in België op de aanpak van de internationale drugshandel stortten¹⁸¹, waren echter onvoldoende – of verkeerd¹⁸² - voorbereid en omringd. Hun operaties vonden plaats in een juridisch niemandsland en een politiek vacuum. De leden waren erop gebrand zich te bewijzen, zowel tegenover de initiatiefnemers die veel van hen verwachtten tegenover de vele sceptici. De resultaten waren rampzalig. De eenheden boekten slechts weinig gerechtelijke successen en gleden al vlug weg in twijfelachtige tot ronduit corrupte praktijken¹⁸³. Uiteindelijk werden zij, het NBD al vlug, het BCI, na quasi-comateus bestaan van nog enkele jaren, opgedoekt. Het impact van de schandalen valt moeilijk in te schatten, doch ze bleven nazinderen tot op het einde van de jaren tachtig. Dat uitte zich zowel in interne vetes binnen de politiediensten en tussen de politiediensten als in een groeiend wantrouwen bij politiek en publiek ten aanzien van de politie en gerecht.

JAREN '90- De aandacht voor « georganiseerde criminaliteit » als dusdanig¹⁸⁴ kwam er vooral in de jaren negentig, onmiskenbaar onder invloed van het buitenland. Vooral de spectaculaire escalatie van het maffiageweld in Italië¹⁸⁵, de omvang van het fenomeen daar en de vaststelling dat groepen uit het schiereiland en Sicilië

¹⁸¹ Het ging om een “criminele inlichtingendienst” van de Minister van Justitie, het Bureau voor Criminele Informatie (BCI of BIC) en een gespecialiseerde centrale eenheid binnen de rijkswacht, het Nationaal Bureau voor Drugs (NBD of BND). De Commandant van het NBD, François, zou zijn naam geven aan het schandaal.

¹⁸² Een generatie jonge politiemensen leerde in de V.S. een aantal methoden die zij ook hier wilden toepassen. Misschien hebben zij de verschillen in context, procedure en rechtscultuur onderschat. Meer waarschijnlijk hebben zij getracht, op grond van een rotsvaste overtuiging van de kracht van deze methodes, het systeem te veranderen van binnenuit: door de magistratuur en politiek het nut van deze methodes te doen inzien, door tegen de grenzen aan te duwen en bewust rechtspraak uit te lokken. (*Infra*, Deel III)

¹⁸³ *Cfr.* voor een ontleding van de context van het ontstaan van deze eenheden, van wat fout ging en voor een aantal – niet allemaal gedateerde - suggesties voor de toekomst: FIJNAUT, C., *De zaak François, op.cit.*, 125-158.

¹⁸⁴ VAN CAMP, R., *op.cit.*, 666.

¹⁸⁵ Zoals gezegd (5.1.) zorgden de bloedige bomaanslagen waarin de twee bekendste boegbeelden van de strijd tegen *Cosa Nostra* (de rechters Falcone en Borsellino) en hun lijfwachten het leven lieten voor een zware psychologische schok in heel het schiereiland. Het bleek vooral politiek een zweepslag voor de maffiabestrijding die in de volgende jaren een aantal opgemerkte successen boekte. Sommige maffiagroepen begonnen een dodelijke bommencampagne tegen kroonjuwelen van Italië's cultuurpatrimonium, waaronder de Romeinse Basiliek van St-Jan in Lateranen en de Uffizigalerij in Florence.

banden hebben met Italiaanse gemeenschappen in de rest van Europa¹⁸⁶, zorgen voor een koortsoopstoot. De maffia zou als niemand anders profiteren van het wegvallen van de Europese grenzen na 1992¹⁸⁷. Daarenboven zou door het offensief van Italiaanse politie en gerecht de Zuid-Italiaanse grond te heet worden onder de voeten van een aantal maffiosi, die dan elders in Europa konden opduiken. Gelijktijdig groeide de vrees dat de veranderingen in Centraal en Oost-Europa een doos van Pandora zouden blijken, vooral omdat een aantal exponenten van maffiagroepen uit de invloedssfeer van de voormalige U.S.S.R. ook in onze grote steden opdoken¹⁸⁸. Een aantal andere onrustwekkende gebeurtenissen in het binnenland droegen daar echter eveneens toe bij¹⁸⁹: de moord op journalist Steinier die de koppelbazerij in de streek van Charleroi onderzocht¹⁹⁰, sommige verhalen rondom de moorden van de bende van Nijvel¹⁹¹, het journalistiek onderzoek naar de

¹⁸⁶ BOTTAMEDI, C., "Mannen van eer, de mafia in België: inplanting en mogelijkheden tot aanpak", *Politeia*, jg.8, nr.6, 1998, 19-20 en *La mafia en Belgique, lutter contre le crime organisé*, Ottignies LLN, Quorum, 1997, 254 p.; ILEGEMS, D. en SAUVILLIER, R., *Bloedsporen, een reis naar de mafia*, Antwerpen, Atlas, 1995, 9-23 en 173-242; BERKMOES, H., "De georganiseerde misdaad", in *Jaarboek Mensenrechten* 1993, Antwerpen, Maklu, 1994, 26-27; FIJNAUT, C., "De Italiaanse mafia in België: een analyse van de zaak Bongiorno-Steinier", in: *L.A.J.D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 148-152.

¹⁸⁷ CALVI, F., *Het Europa van de Peetvaders, de maffia veroverd een continent*, Leuven, Kritak-Balans, 1993, 343 p.; FREEMANTLE, B., *The Octopus, Europe in the grip of organised crime*, Londen, Orion, 1995, 436 p.; ROTH, J. en FREY, M., *Het verenigd Europa van de Mafia*, met actuele gegevens over Nederland en België van Cyrille Fijnaut, hoogleraar criminologie in Leuven en Rotterdam, Amsterdam/Leuven, Van Gennepe/Kritak, 1994, 414 p.; FIJNAUT, C., "Georganiseerde misdaad in West-Europa", *op.cit.*, 310-314.

¹⁸⁸ LALLEMAND, A., *De Organizatsya*, Berchem, EPO, 1996, 308 p.; RENCKENS, K., *De Russische maffia*, Licentiaatsthesis criminologie K.U.Leuven, 1998-99, niet gepublic., 142 p.; DE PAUW, F., *De Russische maffija*, *op.cit.*, 99-106; "Russen in België", *De Standaard*, 21 augustus 1997, 5; TIMMERMAN, G., "'Russische maffioso voelen -sic!- zich thuis in Antwerpen'", *De Morgen*, 9 november 1996, 75; X, "Interpol Tries to Curb Spread of Russian Mafia in Europe", *CJ Europe*, Vol.6, Nr.3, 1996, 5.

¹⁸⁹ Het spectaculair karakter van geweld (en seks) lijkt nodig opdat de media- en dus de politiek aandacht zouden besteden aan een al bij al abstract idee als "georganiseerde criminaliteit". Enige ontgoocheling klinkt door in de commentaren van leden van de POC-GC op hun eigen werk en de geringe weerklank ervan in de media. Wat bij oprichting een spectaculair thema leek, bleek bij nader onderzoek moeilijk, technisch en voor de buitenwacht wat saai. "Ik meen dat het globaal beeld dat onze commissie wil schetsen, meer diepgang zal kennen [dan dat van de Commissie Dutroux], maar natuurlijk minder emotioneel aanspreken. Het is niet zo gemediatiseerd, niet zo spectaculair(...)", zei POC-GC-voorzitter in een interview (DE STOOP, C., "Het kaliber is te groot", *Knack Magazine* 27 augustus 1997, 17-18.)

¹⁹⁰ FIJNAUT, C., "De Italiaanse mafia in België...", *op.cit.*, 147-163; BOTTAMEDI, C., *Le mafia en Belgique*, *op.cit.*, 67-68

¹⁹¹ FIJNAUT, C. en VERSTRAETEN, R., *Het strafrechtelijk onderzoek inzake de 'bende van Nijvel'*, Leuven, Universitaire Pers, 1997, 105-146.

manier waarop een Belgische bende vrouwenhandel kon bedrijven¹⁹², de huurmoord op minister André Cools¹⁹³ en later de moord op veearts-keurder Van Noppen¹⁹⁴.

BEROERING VERBERGT ONDERSTROOM- De onloochenbare aandacht die het thema in België dezer dagen geniet, ontspruit volgens ons aan twee verschillende bronnen. De zopas genoemde zaken hebben beroering veroorzaakt in de publieke opinie, vooral omdat ze zich voegen bij andere schokkende of spectaculaire gebeurtenissen en verhalen die het « systeem » op de « beklagdenbank » brachten. Het – bij wijlen behoorlijk opgeklopte - klimaat in « het land van de duizend schandalen »¹⁹⁵ zorgt ervoor dat allerlei incidenten of maatschappelijke problemen vechten voor de aandacht van de nieuwsconsument. Die krijgt het moeilijk de zaken nog uit mekaar te houden : de omkopingszaak Augusta-Dassault, de Roze Balletten, de Zaak Dutroux, de X'en, Rwanda, de scheepskredieten van Boel, de miljarden van K.S., de aankoop van obussen... Te pas, maar ook vaak te onpas nemen mensen naar aanleiding van dergelijke zaken het begrip « georganiseerde criminaliteit » in de mond¹⁹⁶. Ze vragen en krijgen meestal een antwoord van de politieke verantwoordelijken, die maatregelen nemen, veranderingen doorvoeren. De spectaculaire mediatieke golven verbergen echter de onderstroom achter die veranderingen, die komt vanuit de wereld van de rechtshandhaving zelf¹⁹⁷. Daarmee bedoelen we politiemensen, magistraten en ambtenaren die in de praktijk met moeilijkheden kampen en zelf voorstellen doen om die « hindernissen » weg te

¹⁹² DE STOOP, C., *Ze zijn zo lief, meneer: over vrouwenhandel, meisjesballetten en de bende van de miljardair*, Leuven, Kritak, 1992, 284 p.

¹⁹³ WILLEMS, J., *De Luikse rattenkoning: de moord op André Cools en andere stichtende verhalen*, Antwerpen, 1996, 184 p.; CARROZO, S.; DEGHAYE, M.-P. en ROGGE, G., *L'affaire Cools*, Brussel, Pire, 1996, 192 p. Cfr. de beweerdelijke brief van onderzoeksrechter Connerotte aan de koning over een "[maffioos crimineel] verschijnsel" dat met zijn macht over bepaalde "politieke, financiële, politionele en journalistieke circuits en verenigingen" gebruikt voor de sabotage van gerechtelijke onderzoeken (onder meer in de zaak Cools), de bijlage bij: ROGGE, A., *Het riool van België, de waarheid achter de affaires*, Antwerpen- Amsterdam, Kritak-Arena, 1996, 250.

¹⁹⁴ DE MOOR, F., "De veearts wist teveel", Knack Magazine 5 juni 1996, 12-16. Voor de situatie vóór en na deze ophefmakende moord in februari 1995: VANDEMEULEBROUCKE, J., *De Hormonenmaffia*, Antwerpen, Hadewych, 1993, 173 p. en VANDEMEULEBROUCKE, J. en STAES, B., *Het vlees is zwak*, Antwerpen, Hadewijch, 1996, 247p.

¹⁹⁵ BARREZ, D., *Het land van de duizend schandalen: encyclopedie van een kwarteeuw Belgische affaires*, Groot Bijgaarden, Globe, 1997, 384 p.

¹⁹⁶ Het Hof van Cassatie geeft als motief voor de strafverzwaring in de Augusta-zaak: "Dat de feiten des te erger zijn nu, naar het voorbeeld van de georganiseerde misdaad (à l'instar des pratiques de la criminalité organisée), de fraude grensoverschrijdend werd en gebruik maakte van de meest uitgewerkte technieken van geheime doorstroming van fondsen dankzij in het buitenland opgetrokken schermen." (Cass. 23 december 1998 (Augusta-Dassault), onze onderstreping, A.J.T. 1998-99, 565).

¹⁹⁷ Mensen uit de rechtshandhaving vormen voor ook voor journalisten natuurlijk een belangrijke bron van informatie.

werken. Deze tweede bron is volgens ons belangrijker, al valt de oorsprong van veranderingen niet altijd precies vast te stellen. Nochtans hebben wij de indruk dat de interferentie tussen beide bronnen voor verwarring zorgt en tot gevolg heeft dat de argumenten in de discussie vaak misplaatst zijn.

5.4. De onderstroom

5.4.1. Politie

SAMENWERKING- Politie mensen, en later ook magistraten, zijn meer en meer internationaal gaan samenwerken, gewoonweg omdat de evolutie van samenleving en criminaliteit hen daartoe verplichten. Ze zien zich met buitenlandse wetten en gebruiken geconfronteerd en wonen meer en meer internationale bijeenkomsten en opleidingen bij. Wie wil samenwerken, zeker in de wereld van opsporing en vervolging, heeft er belang bij dat het buitenland zijn systeem overneemt¹⁹⁸ of dat iedereen voor het systeem kiest dat voor de rechtshandhaving het meeste mogelijkheden biedt. Vandaar dat mensen uit de politiewereld¹⁹⁹ in de loop der jaren tachtig en negentig een aantal buitenlandse voorbeelden, vooral Amerikaanse methodes en Italiaanse wetten, aanboren als inspiratiebron voor onze beleidsmakers.

ANALYSE- Een van de methodes die ter verbetering van de rechtshandhaving in de jaren negentig ook in België in voege geraakte, is het gebruik van gestandaardiseerde analyse-technieken. De aanzet daartoe kwam uit Noord-Amerika (US, Canada) en zou eerst in landen als Groot-Brittannië en Nederland, later ook in Duitsland en Italië ingang vinden. Bij ons zag de rijkswacht als eerste het nut van bijzonder opgeleide analisten in. Aanvankelijk legden die zich toe op concrete misdrijven, later gaan zij ook trachten verbanden te leggen tussen misdrijven, mensen en groepen²⁰⁰. Het lijkt ons geen toeval dat « georganiseerde criminaliteit » vooral in literatuur en discours is opgedoken na het opdrijven van de

¹⁹⁸ Dat heeft te maken met wederzijds begrip en gemakkelijke communicatie, maar vooral met de vereiste van dubbele strafbaarheid die als fundament van samenwerking in strafzaken geldt: *cfr.* hierover *infra* Deel II.

¹⁹⁹ CENTRALE DIENST VOOR DE BESTRIJDING VAN DE GEORGANISEERDE ECONOMISCHE EN FINANCIËLE DELINQUENTIE, *Activiteitenverslag 1994*, Brussel, APSD, 1995, III/111: “*zelfs al is het zo dat de Europese rechtstraditie anders is dan de Amerikaanse, dan moet men steeds voor ogen hebben dat de georganiseerde misdaad geen grenzen kent. De strijd tegen dit te vrezen fenomeen vereist een verhoging van de internationale mobilisatie waarbij elk nieuw initiatief terzake moet aangemoedigd worden*” (over asset sharing: *infra* Deel V).

analysecapaciteit en nadat een proces van harmonisering en centralisering van de informatie-inzameling door de politiediensten op gang is geschoten²⁰¹.

RECHTSZEKERHEID- Daarnaast heeft de na de drugsschandalen gekozen en door de rechtspraak gelegitimeerde struisvogelpolitiek ten aanzien van de zogenaamde bijzondere opsporingsmethoden (vooral infiltratie, gecontroleerde leveringen of observatie van telecommunicatie) zijn houdbaarheidsdatum overschreden²⁰². Nieuwe Europese rechtspraak verbiedt het gebruik van dergelijke methoden zonder duidelijke wetgeving en een aantal buurlanden heeft inderdaad regelend opgetreden. Dat en een aantal nieuwe schandalen²⁰³ zetten – vooral - de mensen uit de politiepraktijk ertoe aan de kwestie opnieuw openlijk op de agenda te plaatsen om meer rechtszekerheid te eisen²⁰⁴. De koppeling aan georganiseerde criminaliteit ligt voor de hand. Voorstanders van de methoden verwijzen naar dergelijke criminaliteit om op hun noodzaak te wijzen, sceptici zien in de koppeling een drempel, een rem op ongebreideld gebruik.

5.4.2. Rechterlijke macht

LAATKOMERS- De rechterlijke macht holde, zoals in de jaren tachtig bij wel meer beleidsmateries, om uiteenlopende redenen een beetje achter de feiten aan²⁰⁵. De

²⁰⁰ GEORGES, P., "Misdaadanalyse, op zoek naar de logica achter de criminaliteit", *Politeia* 1996, nr.1, 18-24.

²⁰¹ FIJNAUT, C., "Georganiseerde misdaad en de bestrijding ervan in de Lage Landen vanuit Europees perspectief", nawoord bij ROTH, J. en FREY, M., *op.cit.*, 352-353 wees op de gebreken in de politieorganisatie als een van de redenen waarom er toen nog geen nationaal beeld bestond. Een aantal rijkswachters van het Centraal Bureau voor Opsporingen pikte daarop in met een eerste poging tot analyse: BERKMOES, H.; BOLLAERTS, R. en FRANS, B., "Georganiseerde misdaad in België: no science, no fiction"; *Politeia* 1995, nr.4, 24-26. Het initiatief vormde de voorloper van de jaarrapporten georganiseerde criminaliteit in België.

²⁰² Cfr. hierover uitgebreid: Deel III.

²⁰³ De meest bekende werden als "de zaak Reyniers" gebundeld en eindigden in de strafrechtbanken: Brussel, 15^{de} kamer, 9 november 1995, nr.729; Corr.Brussel, Kamer 46bis, 25 januari 1995; KEMPENEER, F., "Commissaris Reyniers vrijgesproken van corruptie", *De Standaard* 14 juni 1996, 2; DECORTE, T. en VAN LAETHEM, W., *Grijze politie, verklaringen voor problematische publiek-private interacties in de zaak Reyniers*, Brussel, Politeia, 1997, 225 p.; DECORTE, T.; VAN LAETHEM, W. en VAN OTRIVE, L., "La police grise en Belgique: résultats d'une recherche", *Déviance et Société* 1997 365-382. Voor Reyniers' verdediging: COECK, P., *Reyniers, superflik*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 376 p.

²⁰⁴ VAN PARYS en LAURENT, Parlementair onderzoek naar de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en het terrorisme georganiseerd wordt, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, 59/8-1988, 369-370.

²⁰⁵ De rechterlijke macht heeft (net als de advocatuur trouwens) het moeilijk om bij te dragen aan het beleid. Ze is uitermate verbrokkeld en kampt met gebrekkige communicatielijnen. De meeste magistraten zijn opgeslorpt door hun dagelijks werk en de korpscultuur is defensief (een egestelling tegen kritiek van buitenuit). Van een « korpsgeest » is geen sprake, men werkt integendeel zeer individualistisch. Omdat magistraten geen politiek wijgevoel kennen, komen zij moeilijk naar buiten, hebben zij geen spreekbuizen en zijn zij afhankelijk van de persoonlijke inspanningen van enkelingen met visie. In de voorbije jaren

politie begon daarom autonomer op te treden, wat de spanning met de magistratuur alleen nog deed oplopen. Met de invoering van de nationale magistraten²⁰⁶ zette de regering een eerste stap om die kloof te overbruggen, later volgden er andere. Dat een nationaal magistraat als eerste parketmagistraat een mercuriale over de georganiseerde criminaliteit hield²⁰⁷, is allesbehalve toevallig. Die coördinerende magistraten hadden immers een ruimer perspectief omdat zij veel minder aan concrete dossiers gebonden waren, zij een rechtstreekse lijn naar centrale of overkoepelende politie-eenheden hadden en de draaischijf van de samenwerking met het buitenland vormden. Inmiddels hebben ook de Parketten-Generaal²⁰⁸ zich met het vuur van de bekeerling in de strijd geworpen, althans als we mogen voortgaan op hun retoriek, waar de uitdrukking « georganiseerde criminaliteit » de laatste jaren nog nauwelijks uit weg te branden valt²⁰⁹.

5.2.3.Regering

ACTIEPLAN- De regering, die vanzelfsprekend goede communicatiekanalen heeft ten aanzien van de mensen uit de rechtshandhaving²¹⁰, bleef niet doof voor hun vragen. De regeringsverklaring van Dehaene II had in 1995 de grote lijnen al uitgezet, die de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken dan uitwerkten in een ambitieus Actieplan tegen de georganiseerde criminaliteit²¹¹. Wie dat actieplan als

lijkt er een voorzichtige kentering te komen. Cfr. ook VAN DAELE, D., "Het Openbaar Ministerie en de aanpak van georganiseerde criminaliteit", in FIJNAUT, C., VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F.(eds.), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België, het antwoord van de overheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 269-270.

²⁰⁶ Wet van 4 maart 1997 tot instelling van het college van procureurs-generaal en tot instelling van het ambt van nationaal magistraat, B.S. 30 april 1997, 10392-10395.

²⁰⁷ VAN DOREN, A., "De bestrijding van de georganiseerde misdaad, achterhoedegevechten of frontale aanpak", rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Brussel op 2 september 1996, de tekst verschilt nauwelijks van die uitgesproken bij de opening van het academiejaar aan de rijkswachtschool een jaar eerder: "De bestrijding van de georganiseerde misdaad, een uitdaging voor het einde van deze eeuw", *Revue van de Rijkswacht* december 1995, 30-34.

²⁰⁸ VAN CAMP, R., *op.cit.*, 665-675; 697-708.

²⁰⁹ TIMPERMAN, M., "Over de bestrijding van hormonencriminaliteit: een stand van zaken (of hoe Assepoester het glazen muiltje paste maar toch blootvoets liep) (Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 1 september 1998), *R.W.* 1998-99, 897-916.

²¹⁰ De politie beschikte natuurlijk over veel minder bochtige kanalen (de rijkswacht nog meer dan gerechtelijke of gemeentepolitie) dan het gerecht. Vandaar dat voor de magistratuur de invoering van het College van Procureurs-Generaal en Nationaal Magistraten zo belangrijk was: daarmee beschikt de Minister over een gesprekspartner. De lagere rangen kunnen natuurlijk twijfels hebben over de geschiktheid van de Procureur Generaal als enige aanspreekpartner, vandaar de aan het zogeheten Octopus-overleg ontsproten Raad van Procureurs des Konings. Een aanspreekpunt voor de zittende magistratuur lijkt de volgende stap.

²¹¹ VANDELANOTTE, J. en DE CLERCK, S., Actieplan van de regering tegen de georganiseerde criminaliteit, *Parl.St., Senaat*, 1995-96, 1-326/5, 28-29.

een verlanglijstje van politie en Openbaar Ministerie beschrijft, overdrijft nauwelijks. Naast het stimuleren van het wetenschappelijk onderzoek kondigde de regering daarin een hele resem wetgevende initiatieven aan²¹². Daarnaast besteedde Minister van Justitie nog belangrijk « beleidsvoorbereidend onderzoek » uit aan Commissies en universitaire equipes, vooral dan voorstudies voor wetgevend werk in gevoelige of complexe materies²¹³. Een hele reeks in het Actieplan beloofde wetsontwerpen bereikten inderdaad al vlug het parlement²¹⁴.

5.5. Het Parlement onderzoekt,...ontdekt (het warm water) en slaat alarm

ONDERZOEKSCOMMISSIES- Het parlement staat in een andere verhouding tot de rechtshandhaving: het stelt zich doorgaans afstandelijker, kritischer op²¹⁵. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat « campagnes » van misnoegde slachtoffers (met inbegrip van echte en vermeende klokkenluiders²¹⁶) en buitenstaanders (journalisten, academici en andere « opiniemakers ») vooral daar gehoor vinden. In de Onderzoekscommissies ontdekt het parlement een manier om zijn geloofwaardigheid op te krikken, een kans om het parlement te 'herwaarderen'²¹⁷. Parlementsleden leren al vlug dat ze er op korte tijd nationale bekendheid mee kunnen verwerven, zich ermee profileren ten aanzien van publiek, partij of regering. Dat heeft in de voorbije jaren tot een soort « inflatie » van het parlementair onderzoek geleid²¹⁸, waarbij vooral de eerste Bendecommissie en de Commissie Dutroux de overige onderzoekscommissies de mediawind uit de zeilen hebben genomen. Of deze

²¹² Cfr. DE CLERCK, S., *Het bos en de bomen, Justitie hervormen*, Tielt, Lannoo, 1997, 121-138. De regering Verhofstadt zal in haar Veiligheidsplan trouwens de gekozen lijn volledig voortzetten: http://194.7.188.126/html_nl/i01n-1.htm ; punt 6.2.projecten 19 tot 34.

²¹³ Onderzoeksoopdrachten gingen naar professoren van de Universiteiten van Gent (Traest: spijtoptanten, anonieme getuigen en omkering bewijslast inzake vermogensvoordelen), Antwerpen (Van den Wyngaert: uitlevering), Louvain-la-Neuve (Bosly: bijzondere opsporingsmethoden en proactieve recherche). Prof. Dupont van Leuven werkte aan een Proeve van een voorontwerp van een beginselenwet strafuitvoering en een Commissie o.l.v. de Luikse professor Franchimont was bezig met een algemene modernisering van de strafprocedure.

²¹⁴ NOUWYNCK, L., "La politique du législateur belge en matière de criminalité organisée", *J.T.* 1998, 721-725.

²¹⁵ Dat dit leidt tot spanningen, is onvermijdelijk, vooral wanneer de methodologie onduidelijk is, het onderzoek onzorgvuldig gebeurt of de beweringen (en insinuaties) niet door feiten gestaafd zijn. Cfr. daarom de aanbevelingen van FIJNAUT, C.; HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R., "Epiloog: en de toekomst", *Parlementaire onderzoekscommissies, mogelijkheden, grenzen en risico's*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 173-184.

²¹⁶ Over klokkenluiders, *infra* Deel IV.

²¹⁷ DESCHOUWER, K., "Onderzoekscommissies en de politiek", in FIJNAUT, C., HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 31.

commissies de schokken die door het strafrechtelijk bestel gaan enkel registreren dan wel versterken, blijft stof voor discussie. Dat hun activiteiten doorslaggevend waren voor fundamentele veranderingen in het strafrechtsbestel aan de vooravond van het jaar 2000 niet.

ONTEVREDENEN- Elke onderzoekscommissie heeft zijn eigen methodologie, waarbij zowat altijd het oproepen van getuigen op hoorzittingen de ruggengraat vormt. Wanneer het niet over concrete feiten of gebeurtenissen gaat (zoals in de Tweede Bende-commissie of de Dioxinecommissie), zal de commissie vaak een podium geven aan allerlei ontevredenen. Er lijkt een gelijkenis te bestaan met het einde van de achttiende eeuw. De Franse koning riep toen de Staten-Generaal bijeen. Deze verzameling van ontevredenen bundelden hun grieven in de zogenaamde *livres de doléances*²¹⁹. De rapporten van een aantal recente parlementaire onderzoekscommissies vervullen een gelijkaardige functie. Onbegrepen of afgewimpelde burgers, misnoegde ambtenaren, overwerkte magistraten, gefrustreerde politiemensen, politici van het meest diverse pluimage, academici met een « groot plan » : ze krijgen allemaal een – weliswaar niet altijd dankbaar - forum voor verklaringen, aanklachten en suggesties. Dikwijls gaat het om oprechte bekommernis, soms om louter opportunistische manoeuvres uit vermomd eigenbelang.

REVOLUTIE ?- De verzameling van laat-achttiende-eeuwse misnoegden luidde een revolutie in, die ook het strafrecht blijvend zou veranderen. Dupont toont in een studie²²⁰ aan dat de doorgevoerde veranderingen niet zomaar uit de lucht kwamen gevallen, integendeel. Alleen kregen de ideeën van – vaak allesbehalve revolutionaire - intellectuele wegbereiders plots een politiek momentum waar behoudsgezinden niet tegen op konden. Zijn de veranderingen die wij nu zien even revolutionair? Zullen de onder druk van de omstandigheden geschapen « monsters » ook aan de intellectuele en juridische controle van hun geestelijke vaders ontsnappen ? Dupont heeft geïllustreerd hoe de praktische uitwerking van de veranderingen die op grond van of in naam van de ideeën van de achttiende-eeuwse

²¹⁸ Tussen 1880 en 1980 zijn er zes onderzoekscommissies geweest, tussen 1987 en 1998 tien.(HUYSE, L., "Inleiding", in: FIJNAUT, C., HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R.(eds.), *op.cit.*, 8.)

²¹⁹ DUPONT, L., *Beginnselen van behoorlijke strafrechtsbedeling : bijdrage tot de grondslagen van de Belgische strafrechtsbedeling*, s.l. (Leuven), s.n. (K.U.Leuven Afdeling strafrecht, strafvordering en criminologie) , 1977, 169.(RBIB KUL 2A PEN 1/DUPO 1977).

²²⁰ DUPONT, L., *Beginnselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, *op.cit.*, 344 p.

« denkers » doorgevoerd werden, vaak een « verraad » blijkt, een verdraaiing van de basisideeën.

ONDERZOEKSCOMISSIE SENAAT (POC-GC)- Eén van de vele onderzoekscommissies is natuurlijk van bijzonder belang: de parlementaire onderzoekscommissie in de Senaat die op zoek is gegaan naar de georganiseerde criminaliteit in België²²¹. Het succes van de Nederlandse parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden (de Commissie Van Traa, *supra*), inspireerde Belgische senatoren in 1996 tot de oprichting van een vergelijkbare onderzoekscommissie²²². De aanleiding lag niet in een concrete zaak zoals de IRT-affaire, maar in een opeenvolging van kleine en grote incidenten in uiteenlopende zaken. Het opzet om een parlementaire onderzoekscommissie te belasten met « een analyse van het fenomeen van de georganiseerde criminaliteit in België », is « ingegeven door de spijtige vaststelling dat criminele organisaties niet langer een genoegen nemen met een hoofdrol op het witte doek, maar erop uit zijn hun greep op onze samenleving te vergroten ». Waarop de senatoren die vaststelling op dat moment baseren, is niet duidelijk. De onderzoekscommissie zal evenwel « politiediensten en parketten²²³ in staat [stellen] deze organisaties op afdoende wijze (« efficacemente ») te bestrijden. » Hoe ? Door een dubbel spoor te volgen. In de eerste plaats zou « ten behoeve van de publieke opinie een beeld worden geschetst van de aard, de omvang en de ernst van de georganiseerde criminaliteit in België. Het in kaart brengen van deze misdaadvorm moet verhinderen dat de discussie over deze problematiek in fraseologie vervalt (...) Ten tweede zal vanuit de vaststelling dat de klassieke opsporings- en vervolgingsmethodes niet langer volstaan om dit misdaadfenomeen in te dijken, worden nagegaan op welke wijze misdaadorganisaties op een effectieve en rechtmatige wijze kunnen worden

²²¹ Voorstel tot instelling van een parlementaire commissie van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in België, verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heren Erdman en Coveliers, *Parl.St., Senaat*, 1995-96, 1-326/5, 41p ; PARLEMENTAIRE COMMISSIE VAN ONDERZOEK NAAR DE GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT IN BELGIË, "Eerste tussentijds verslag over het begrip georganiseerde criminaliteit" uitgebracht door de heer Coveliers en mevrouw Milquet, *Parl.St., Senaat* 1997-98, 3 december 1997, 64 p.; Tweede tussentijds verslag (politiehervorming en bijzondere opsporingsmethoden.); "Eindverslag" uitgebracht door de heren Coveliers en Desmedt , *Parl.St. Senaat* 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 584 p.

²²² DE STOOP, C., "Het kaliber...", *op.cit.*, 18.

²²³ Bij de oprichting dacht men dus vooral aan politie en Openbaar Ministerie. In het eindrapport daarentegen wilde de onderzoekscommissie een algemene mobilisatie van alle sectoren van de maatschappij. Ze vraagt van alle administraties en ook van het bedrijfsleven een inspanning (*Parl.St. , Senaat* 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 531 e.v.).

bestreden. »²²⁴. Van bij de oprichting stond dus al vast dat de klassieke opsporings- en vervolgingsmethodes (die de indieners van het oprichtingsvoorstel op dat moment niet toelichten) niet volstaan.

BEDOELING- Incidenten in bepaalde strafonderzoeken dienden dus als aanleiding. « *Iedere rel kreeg steevast een verlengstuk in het Parlement, maar blijkbaar was dat niet voldoende om het roer om te gooien. Men bleef trouw (sic) aan een casuïstische aanpak van het (sic) probleem* ». « *Deze incidentele, fragmentaire benadering van de georganiseerde misdaad garandeert op lange termijn echter geen succes. Indien men over een accuraat beeld van de georganiseerde criminaliteit beschikt, zullen de opsporingsmethodes van de politiediensten beter op hun efficiëntie en rechtmatigheid kunnen worden getoetst.* ». Het lijkt als twee druppels water op de argumentatie van Van Traa.

METHODE- De wenselijkheid van een wetgevend optreden inzake de « bijzondere opsporingsmethoden », lijkt trouwens de hoofdbekommernis te hebben uitgemaakt van de senatoren. Het opzet was dus ambitieus, vergelijkbaar met wat Van Traa hen had voorgedaan. Al vlug zou blijken dat die vergelijking niet opging²²⁵. Terwijl Van Traa eerst een uitgebreide voorstudie maakte om dan op hoorzittingen heel concrete vragen te stellen, gingen de Belgische senatoren oppervlakkig tewerk en sprongen ze van het ene thema op het andere²²⁶. De leden van de commissie Van Traa hielden zich zo goed als voltijds met het onderzoek bezig en konden rekenen op een uitgelezen staf van een zestigtal mensen, waaronder administratief personeel, ervaren wetenschappers en praktijkmensen. De Belgische senatoren combineerden het onderzoek met talloze andere parlementaire en extraparlamentaire bezigheden,

²²⁴ Oprichtingsvoorstel POC-GC, *op.cit.*, 2; POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat* 1997-98, 3 december 1997, 27.

²²⁵ GOETHALS, J., "De sektencommissie, het verhaal van een expert", in: FIJNAUT, C.; HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R.(eds.), *op.cit.*, 141-157 legt met duidelijke voorbeelden uit waarom een parlementaire onderzoekscommissie niet het geëigend instrument is voor het in kaart brengen van een maatschappelijk probleem. Onenigheid over de omschrijving van het probleem, over belangrijke begrippen, over de vraagstelling, de onderzoeksmethode, de evaluatie van resultaten e.d. plaagden ook de onderzoekscommissie (in de federale Kamer van Volksvertegenwoordigers) naar sekten.

²²⁶ Een cynische ex-minister Tobback illustreert het volgens hem typische gebrek aan ernst in de werkwijze van commissies in het parlement: "Kijk naar de wijze waarop de Kamer heeft gewerkt met zijn show-onderzoekscommissie waarvan de voorzitter (Marc Verwilghen, nvdr) als grootste bekommernis had hoeveel keer hij rechtstreeks in beeld kwam en hoeveel keer hij een melodrama kon opvoeren. In de commissie Binnenlandse Zaken van de Senaat kreeg ik vragen van de voorzitter (Joëlle Milquet van de PSC, nvdr), die met haar gsm belde als ik antwoordde. Er zat daar nog iemand die constant met haar gsm bezig was (Anne-Marie Lizin

midden in een van de drukste periodes in 's lands wetgevende geschiedenis. Ze hadden een handvol, vaak jonge en deeltijdse medewerkers en geen bijzondere administratieve ondersteuning. Van Traa werkte met een duidelijk draaiboek en ging uit van een duidelijke vraagstelling en begripsomschrijving. Zijn Belgische « volgelingen » leefden van week tot week, vaak improviserend. Daardoor konden de gehoorde vaak het onderwerp van de hoorzitting bepalen. Terwijl Van Traa zeer strikte regels over geheimhouding, toegang tot stukken en openbaarheid ten aanzien van de pers had vastgelegd, lekten talloze verklaringen die in de POC-GC achter gesloten deuren werden afgelegd uit naar de dagbladpers.

VOORBIJGESNELD- Om de zaak nog erger te maken voor de bezadigde senatoren, werden zij voorbijgesneld door de gebeurtenissen (de heropflakkerende beroering omtrent het bende-onderzoek eerst en de zaak Dutroux daarna), door de regering (die haar Actieplan al begon uit te voeren) en door de collega's-concurrenten in de Kamer (die al voor geïntegreerde politie en federaal parket kozen). De Commissie Dutroux besloot in haar rapport over « de bescherming » dat in de sector van de illegale autohandel in de streek van Charleroi er sprake was van georganiseerde criminaliteit waarop de overheid geen vat had (*infra*). Daarenboven renden sommige senatoren zichzelf voorbij. Zo kwam POC-GC-verslaggever Milquet nog voor het onderzoek goed en wel bezig was, met een ander rapport naar buiten, ditmaal in haar hoedanigheid van voorzitter van de Commissie Binnenlandse zaken. Dat rapport bevatte voorstellen voor een politievorming, die behoorlijk verschilden van de standpunten die de POC-GC later in haar rapporten zou innemen. Eén van de co-voorzitters van de POC-GC, senator Vandenberghe, trok nog vóór het onderzoek goed en wel begonnen was in een weekbladinterview al een aantal besluiten²²⁷. Hij beweerde dat de gehoorde rijkswachters het parlementair onderzoek tegenwerkten en informatie achterhielden²²⁸. In de verdere rapporten van de POC-GC valt daar niets van terug te vinden, integendeel en achteraf lijkt Vandenberghe terug te krabbelen²²⁹. Toen de Onderzoekscommissie haar besluiten publiceerde, waren een aantal belangrijke beleidskeuzes in strafrecht en strafprocesrecht al elders

van de PS, nvdv).”(VANPETEGHEM, B., “Verkiezingen zullen weinig veranderen”, *De Standaard* 9 januari 1999, 2.)

²²⁷ Bijvoorbeeld dat het proactieve onderzoek in elk geval tot de georganiseerde misdaad beperkt moet blijven en dat de wetgever moet aanduiden welke politiediensten dat kunnen aanwenden. (DE STOOOP, C., “Het kaliber...”, *op.cit.*, 19).

²²⁸ DE STOOOP, C., “Het kaliber...”, *op.cit.*, 17.

²²⁹ “*In het begin dacht ik dat magistraten en politiemensen informatie over de georganiseerde misdaad voor ons achterhielden. Maar toen kwam de ontzuivering: ze konden niets*

gemaakt²³⁰. De personele unie die evenwel bestond tussen deze Onderzoekscommissie, de Commissie Justitie van de Senaat en het Octopus-overleg, zorgde er evenwel voor dat de bezigheden van de onderzoekscommissie ondergronds doorsijpelden naar initiatieven die vóór haar eindrapport het licht zagen.

MEERWAARDE- Toch bood de Onderzoekscommissie op enkele punten een meerwaarde. Zij hoorde mensen over een aantal « probleemsectoren » van de legitieme economie. Van Traa kwam tot de conclusie dat criminele groepen noch de Nederlandse overheid in hun greep hebben, noch branches van de economie controleren. Hij waarschuwde wel voor een aantal zorgwekkende trends, die waakzaamheid nodig maakten. De persberichten over de conclusies van de Belgische Senaatscommissie daarentegen klonken, voor drie van de vier sectoren die zij had bekeken, ronduit alarmerend. Het Eindverslag zelf spreekt weliswaar over de onrustwekkende omvang van de criminaliteit in bijvoorbeeld de petroleumsector en de weinig indrukwekkende reactie van de overheid. De onderzoekscommissie durfde echter bij gebrek aan een degelijk beeld of onderzoek geenszins uitspraken doen over de « greep van de criminelen op de sectoren ». Hoe dan ook sloot de Commissie zich wel zonder veel argumenten aan bij een reeks wensen vanuit de wereld van politie en gerecht en doet zij een opmerkelijke oproep tot een algemene mobilisatie van alle geledingen van het maatschappelijk leven tegen de (sic) georganiseerde criminaliteit, onder meer aan de hand van een gewapend bestuursrecht²³¹. De eerste reacties op het eindrapport waren eerder instemmend. Vergelijkbare donkere voorspellingen waren eerder al gemaakt door politiemensen en magistraten²³², maar toch vooral door journalisten²³³ en politici.

achterhouden, ze wisten niets”.(VAN EYLEN, L. en VERHOEST, F., “Misdad is kanker die alles kan aantasten”, *De Standaard* 15 december 1998, 2)

²³⁰ POC-GC-voorzitter Vandenberghe stak zijn ongenoegen over de vedettenstatus van de Commissie Dutroux niet onder stoelen of banken: “*Het is duidelijk dat de regering niet wenste te wachten op de besluitvorming van de onderzoekscommissie van de Senaat, terwijl ze wél gewacht heeft op de Commissie-Dutroux, want anders zou ze van heiligschennis beschuldigd zijn. Voor de Senaat is er minder respect: wij worden zonder meer onvriendelijk bejegend.*” “*In de Dutroux-commissie heeft men allerlei problemen op kunstmatige wijze binnengebracht.*” “*Het mag niet zijn dat er naast de opvattingen van de Dutroux- commissie geen andere mogen bestaan.*”

²³¹ POC-GC, *Eindverslag*, , *Parl.St.* , Senaat 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 531.

²³² VAN DOREN, A., *op.cit.*, 34 besluit onder de titel ‘*Een sombere toekomst*’: “*Wanneer men de evolutie van de criminaliteit in ons land en in Europa analyseert, is het een feit dat de georganiseerde criminaliteit alleen maar toeneemt en zich als een kanker over de hele wereld uitzaait.*”

BESLUIT- Hoewel dat vaak wordt beweerd²³⁴, is georganiseerde criminaliteit helemaal niet nieuw. Als maatschappelijk verschijnsel heeft het altijd bestaan, alleen is de terminologie nieuw en zien we vandaag een piek in het bewustzijn terzake. Zowel voor, tijdens als na de totstandkoming van onze wetboeken vormden bendes een probleem van eerste orde. De overheid kampte soms met moeilijkheden, doch liet nooit lang betijen. De aard, samenstelling en methodes van de benden varieerden, doch de meedogenloze aanpak van de overheid niet. Vaak dwong zij zo de « rebellen » ondergronds, wat dan leidde tot banden met, versmelting met of overgang naar geheime genootschappen. De aanpak van groepsriminaliteit die de gevestigde orde als bedreigend ervoer, heeft dan ook altijd een belangrijke politieke en ideologische dimensie gehad. Naast nationalistische organisaties, zullen ook door « sociaal-revolutionaire ideologie » bewogen groepen zich tegen de gevestigde orde kanten. Waar de overheid en de revolutionairen tot compromissen komen, werd de situatie op lange termijn minder explosief dan in landen waar de confrontatie op de spits gedreven werd. De aanslagen van anarchisten op het einde van de negentiende eeuw vormden waarschijnlijk het eerste crimineel « verschijnsel » van Europese dimensie. Toch beroerde het de elites veel meer dan de rest van de bevolking. Het was in de V.S. dat « georganiseerde criminaliteit » in de loop van deze eeuw tot maatschappelijk én beleidsprobleem van eerste orde werd uitgeroepen. Daar werd dan ook een specifiek strafrechtelijk instrumentarium uitgewerkt. Vanaf de jaren zestig en zeventig moedigde de V.S. andere landen aan mee te strijden tegen de internationale drugshandel. Ze deed dat zowel bilateraal als via multilaterale fora. In de late jaren tachtig en de jaren negentig vond het ruimere begrip « georganiseerde criminaliteit » meer en meer ingang. Europa bleek erg ontvankelijkheid voor impulsen uit de V.S. en de invloed van mondiale fora was groot omwille van een aantal « typisch Europese » redenen. Naast de evolutie van de maffiagroepen in Italië of de motorbendes in Scandinavië baarden vooral de eenmaking van de Europese markten en het wegvallen van het IJzeren Gordijn zorgen. Bijgevolg piekt in het laatste decennium van de twintigste eeuw de *bewustwording* inzake georganiseerde criminaliteit. In navolging van onze buurlanden heeft ook België nu alle hens aan dek geroepen. Politie, magistraten,

²³³ Volgens DE PAUW, F., *De maffia in België*, Leuven, Davidsfonds, 1998, 9: is het “5 voor 12. Nog tijd genoeg dus, maar wel hoog tijd. Politici, magistraten, politiemensen die deze alarmkreten negeerden, zijn minstens schuldig aan ernstig verzuim...”

²³⁴ TRAEST, P., “De rol van politiediensten bij de opsporing en de bewijslevering in strafzaken: vandaag en morgen”, *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht* 1997, 9 heeft het over georganiseerde criminaliteit als “*nieuwe [uitdaging] waarvoor de justitie zich geplaatst ziet.*”

wetenschappers en vooral politici roepen dat georganiseerde criminaliteit een groot probleem vormt voor onze maatschappij(en).

HOOFDSTUK 2. WELK PROBLEEM ? Georganiseerde criminaliteit als vraagstuk : van beschrijving naar omschrijving

« A man cannot be too careful
in the choice of his enemies »
(O.Wilde)

§1. Inleiding: vraagstuk of waagstuk

ANTWOORD ZOEKEN- Georganiseerde criminaliteit bestaat dus al eeuwenlang, maar de benaming is vrij nieuw en de belangstelling ervoor beleeft nu overal pieken²³⁵. Op enkele dwarsliggers na lijkt iedereen overtuigd dat er inderdaad een probleem bestaat. Nu ligt de sleutel tot het antwoord op een vraagstuk vaak in de juiste formulering van het probleem. En dat blijkt bij georganiseerde criminaliteit allesbehalve vanzelfsprekend²³⁶. Nuchter als ze zijn, zullen beleidsmensen of terreinonderzoekers zich ver weg houden van filosofische debatten over concepten. Voor hen is het duidelijk: in de maatschappij bestaat er - dat voelen zij intuïtief aan - zoiets als "criminele organisaties"²³⁷ en de overheid moet daar iets aan doen. Er bestaat een probleem, een vraagstuk, waarvoor de overheid een *antwoord* moet zoeken. Op basis van de waarneming beschikt die over een aantal elementen, een aantal zekerheden enerzijds en een aantal onbekenden anderzijds. Haar taak

²³⁵ Men heeft, zoals Bovenkerk terecht schrijft, het probleem "ontdekt". (BOVENKERK, F., "De ontdekking van de georganiseerde misdaad in Nederland", in: *Hedendaags Kwaad*, *op.cit.*, 11)

²³⁶ Het enige waar zowat iedereen het over eens is, is dat het om een moeilijk te omschrijven materie gaat en dat er nogal wat verwarring bestaat. Cfr. VAN CAMP, R., *op.cit.*, 668-670 ; VANDOREN, A., *op.cit.*, 30-31 ; FRANS, B., *op.cit.*, 19-21 ; POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 14 e.v. en *Eindverslag, Parl.St. , Senaat 1998-1999*, 8 december 1998, 1-326/9, 28 e.v. ; BOVENKERK, F., « De ontdekking... », *op.cit.*, 13 ; KUBE, E., *op.cit.*, 17-18 ; MALTZ, M., « On defining « Organized Crime », the Development of a Definition and a Typology », *Crime & Delinquency* 1976, 338-346 ; SMITH, D., *op.cit.*, 27 e.v. ; BEARE, M., « Corruption and Organized crime : Lessons from History », *Crime, Law and Social Change* , 156 ; VAN DUYN, P., « Definitie en kompaswerking », in : BOVENKERK, F.(ed.), *De georganiseerde criminaliteit in Nederland. Het criminologisch onderzoek voor de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden in discussie*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 47-60 ; BYNUM, T., « Controversies in the Study of Organised Crime », in : BYNUM, T.(ed.), *Organized Crime in America : Concepts and Controversies*, Monsey (N.Y.), Willow Tree, 1987, 3-11.

bestaat dan uit het invullen van de onbekenden na denkwerk op basis van de beschikbare gegevens. Het probleem (georganiseerde criminaliteit) *omschrijven*, gebeurt dan ook door aspecten ervan (samenstelling groep, methode, doelstellingen, houding,...) te *beschrijven*.

INFORMATIETEKORT- De moeilijkste vraagstukken bevatten helaas te veel onbekenden om een allesomvattende oplossing te vinden. Daarvoor is meer, betere of meer gerichte waarneming nodig: meer begininformatie. Wie over een minimum aan gezond verstand beschikt, beseft nochtans dadelijk dat er een aantal verwickelingen opduiken bij het "vraagstuk georganiseerde criminaliteit". Zelfs nu er meer en meer politieel en wetenschappelijk onderzoek gebeurt, met een duidelijke methodologie en gebaseerd op een toenemend aantal gegevens²³⁸, blijft het geven van een "exact beeld" van de georganiseerde criminaliteit onmogelijk. Zoals de verantwoordelijke voor de jaarlijkse analyses in België schrijft: "*het dark number is zeer groot en het bekomen criminaliteitsbeeld zal, ongeacht de bronnen die men aanboort, steeds partieel zijn.*"²³⁹

INVALSHOEKEN- Een aantal verschillende invalshoeken, verschillende reacties bij wie zich met het vraagstuk geconfronteerd ziet, komen hierna aan bod. Na een blik op het ontwijkgedrag, dat wil zeggen de weigering het probleem georganiseerde criminaliteit te omschrijven (§2), volgen omschrijvingen die inzoomen op de methode van criminelen (§3). Een omschrijving gebaseerd op de functie die georganiseerde criminaliteit vervult in een maatschappij (§4) kan dat beeld aanvullen. Tenslotte kan de omschrijving draaien rond de houding van de leden van een groep ten aanzien van mekaar en de buitenwereld (§5). Dat die verschillende omschrijvingen van het probleem ook hun weerslag zullen hebben op het antwoord, ligt voor de hand.

²³⁷ Meestal bedoelen zij daarmee vormen van ernstige criminaliteit waarmee zij om een of andere reden moeilijkheden hebben om hen het hoofd te bieden en waarvoor zij extra aandacht of ruggensteun vragen van de beleidsverantwoordelijken.

²³⁸ Bijvoorbeeld: X, *Jaarverslag 1999, Georganiseerde criminaliteit 1998*, onuitgeg., 160 p., X, *Jaarverslag 1998, Georganiseerde criminaliteit 1997*, onuitgeg., (1998), 181+8 p.; KLEEMANS, E.; VAN DEN BERG, E. en VAN DE BUNT, H., *Georganiseerde criminaliteit in Nederland, op.cit.*, 177 p.; THE AUSTRIAN PRESIDENCY OF THE EU AND EUROPOL, *1997 EU Situation Report on Organised Crime, Report to the European Parliament*, File Nr.2530-34r1 67 p.; cfr.ook het jaarlijkse *Lagebild Organisierte Kriminalität Bundesrepublik Deutschland* dat het BKA in Wiesbaden publiceert.

²³⁹ FRANS, B., *op.cit.*, 41. Het "dark number" is het aantal misdrijven dat nooit vastgesteld wordt door de onderzoeker, het aantal dat nooit de overheid bereikt. De vaststelling is vanzelfsprekend niet nieuw: cfr. CRESSEY, D., "Methodological Problems in the Study of

VRAAG ZOEKEN- Vandaar dat het volgend hoofdstuk bekijkt of niet eerder dan een vraagstuk waarvoor een antwoord gezocht moet worden, er een waagstuk bestaat. Dat is het zoeken van een passende vraag bij een antwoord dat al min of meer vast ligt (*infra* Hoofdstuk 3). Een antwoord is immers altijd goed: het hangt alleen af van welke vraag men stelt....

§2. Ontwijkingsgedrag: “Ducking the issue of definition”

2.1. Praktijkmensen en hun eendentheorie

TE MOEILIK- Vanwege de moeilijkheid een omschrijving te vinden waarachter iedereen zich kan scharen, pleiten velen voor pragmatisme. De meeste praktijkmensen voelen geen behoefte aan een sluitende omschrijving van “het fenomeen georganiseerde criminaliteit”. Zij weten immers dat het om zeer verschillende situaties in verschillende contexten gaat: zowel Hell’s Angels of gevangenisbenden als internationale bankiers, zowel Limburgse koppelbazen of Kempische veekwekers als corrupte Nigeriaanse militairen of Russische afpersers. Veel mensen uit de sector van de rechtshandhaving zijn daarom als de dood voor een al te strikte definitie. De rijkswacht bijvoorbeeld “staat een ruime²⁴⁰, dwingend toepasbare maar flexibele definitie voor”²⁴¹. Ook de administrateur-generaal van de Veiligheid van de Staat “wijst op het risico dat een te gedetailleerde definitie van de georganiseerde criminaliteit ertoe kan leiden dat bepaalde vormen van criminaliteit buiten schot blijven. De definitie mag niet al te restrictief worden opgevat om te voorkomen dat ze moet worden aangepast telkens wanneer nieuwe vormen van criminaliteit moeten worden bestraft”²⁴².

Organized Crime as a Social Problem”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1967, 101-112.

²⁴⁰ De analisten moeten de ruime begrippen dan maar “operationaliseren”. Daarmee probeert men de algemene begrippen om te zetten in waarneembare, telbare elementen. Zo zou bijvoorbeeld “aanzienlijk opbrengsten” vertaald kunnen worden als “meer dan x miljoen per jaar”, waarbij men x jaarlijks kan aanpassen wanneer dat nodig zou blijken. Het probleem daarbij is natuurlijk ook dat elke aanpassing van de parameters problemen oplevert voor de vergelijkbaarheid met vorige jaren of met andere landen. Indien geen harde maatstaven mogelijk zijn (bijvoorbeeld wanneer de definitie “ernstige gevolgen” vereist), gebruiken de analisten een reeks indicatoren FRANS, B., *op.cit.*, 21-22.

²⁴¹ RIJKSWACHT, *Georganiseerde criminaliteit in België. Rapport opgesteld naar aanleiding van de hoorzitting van de commandant van de rijkswacht door de Onderzoekscmissie betreffende de georganiseerde criminaliteit*, 6 december 1996, blz.4.; POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 7.

²⁴² POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 8.

EENDENTHEORIE- Zolang de omschrijving ruim genoeg is, beschikt men over de nodige autonomie bij de invulling ervan en dus bij het verantwoorden van zijn eigen optreden. Daarenboven vermijdt men dat een te nauwe definitie zou zorgen voor een kink in de kabels van de internationale samenwerking met landen die andere omschrijvingen hanteren. Daarom zagen jarenlang weinigen het nut in van het “zich vastpinnen” op een omschrijving. Sommige fundamentele vragen kunnen hoe dan ook nooit op een afdoende manier beantwoord worden. Men ontwijkt dan de vraag naar een welomlijnde definitie. In het Engels noemt men een dergelijke ontwijkende houding “ducking the issue”. Om zo’n “ducking” te verantwoorden vinden wij niets meer geschikt dan de in politiemiddens populaire “eendentheorie”. Daarin wordt gesteld dat men moeilijk precies kan omschrijven wat een eend *is*. Maar als iets waggelt ‘als een eend’ en kwaakt ‘als een eend’, dan zal het wel een eend zijn. Voor de overgrote meerderheid van zaken werkt dat ook wel, doch het zijn natuurlijk de randgevallen en de misbruiken die voor problemen zorgen²⁴³.

2.2. Onhoudbaarheid

GEVAAR- Vanzelfsprekend zit aan die eendentheorie een grote schaduwzijde. Wanneer het jachtseizoen voor eenden begint, maar niet voor andere dieren, dreigen vele kippen te sneuvelen omdat de jager ze voor eenden aanzag. Daarenboven kent iedereen de jagersmentaliteit genoeg om te beseffen dat er steeds zullen zijn die van een kuiken een eend maken, om hun prestige te bewaren en de gebruikte munitie te verantwoorden. En van een dode kip kan men niet meer nagaan of zij kwaakte... Wanneer verschillende landen verschillende eendenrassen en jachtseizoenen hebben, terwijl vogels en jagers zich weinig van grenzen aantrekken, verergeren de problemen alleen maar²⁴⁴.

KOPPELING RECHT OF BELEID- De situatie verandert met andere woorden zodra er rechtsgevolgen of belangrijke beleidsbeslissingen gekoppeld worden aan het begrip georganiseerde criminaliteit, wat dezer dagen zeker het geval is. De mensen uit de rechtshandhaving beseffen dan ook dat zij onmogelijk de strijd tegen de

²⁴³ BOVENKERK verwerpt dergelijke houding: “*Georganiseerde misdaad is een veelkoppig monster en een eenvoudig onderscheidend criterium is moeilijk te geven. We kunnen ons er niet van afmaken zoals de rechter die zegt dat hij geen definitie van pornografie hoeft te geven om toch verdomd goed te weten wanneer hij daarmee wordt geconfronteerd*” (BOVENKERK, F., “De ontdekking van de georganiseerde misdaad in Nederland”, *op.cit.*, 14.)

²⁴⁴ VERBRUGGEN, F., “Van verenigde criminelen en criminele verenigingen, is een criminele organisatie meer dan zomaar een moderne bende?”, in: VRANCKEN, P. (red.), *op.cit.*, 464-465.

georganiseerde criminaliteit konden opvoeren om meer middelen of bevoegdheden te eisen of om het bestaande gebruik van bevoegdheden of middelen te rechtvaardigen, zonder op de vraag te stoten wat zij nu eigenlijk bedoelen met “georganiseerde criminaliteit”(infra Hoofdstuk 3). De POC-GC stelde vast dat voor vele van de door haar gehoorde getuigen “*het probleem een paradox [bevatte]*”. Zij illustreerde dat met een citaat van kolonel Bruggeman, assistent-coördinator bij Europol: “*Op dit vlak ben ik een beetje tegenstrijdig. Enerzijds hou ik niet zo van definities omdat je als politieman niet graag, zodra je de grens van de georganiseerde criminaliteit bereikt, bepaalde criminele groeperingen laat schieten. Anderzijds geef ik grif toe dat we de definitie juridisch gezien nodig hebben om praktijken zoals de proactieve recherche enkel voor de top van de criminaliteit toe te staan*”²⁴⁵. De dubbelzinnigheid die hij daarbij verwoordde, leeft blijkbaar ook bij de magistratuur²⁴⁶. Dus zelfs al bestaat er geen perfecte omschrijving, er moet op zijn minst een poging gedaan worden. Zo niet kan men geen beleid voeren.

2.3. Agnostische pers

GEEN OMSCHRIJVING- Ook journalisten weten dat de meeste lezers afknappen op een droge theoretische uiteenzetting over het “begrip” georganiseerde criminaliteit. Vandaar dat ook zij, die toch een belangrijke rol spelen in de toenemende bekommernis over georganiseerde criminaliteit, meestal geen behoefte voelen om uit te leggen wat zij precies bedoelen met dat etiket. Dat maakt hun analyses al te vaak anekdotisch-veralgemenend. Omdat fictie soms beter leest dan feit, spannen zij zich vaak onvoldoende in om de vermenging van beide te voorkomen. Soms beschikken zij natuurlijk ook gewoon niet over de middelen om dat te doen.

2.4. Agnostische wetenschappers

ONWETENSCHAPPELIJK- Ook talloze wetenschappers blijven, vaak met ijzersterke argumenten, zich vragen stellen over de zin, over het nut van een begrip als “georganiseerde criminaliteit”. Wat mensen als georganiseerde criminaliteit beschouwen, varieert enorm volgens de gehanteerde omschrijving (*infra*). In de natuurwetenschappen ligt de genialiteit van begrippen en wetten als die van Newton in hun eenvoud en hun universeel karakter. Met één formule legt men zowel de relatie tussen appel en grond als de baan van planeten uit, een veelheid van verschillende verschijnselen verbonden door een onzichtbare wet die de

²⁴⁵ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 11.

wetenschapper ontcijferd heeft. Menswetenschappers staan normalerwijze sceptisch ten aanzien van pogingen om in hun onderzoeksdomein universele wetten te ontcijferen. Zij wijzen op het gebrek aan eenstemmigheid over de grootheden en dus het gebrek aan meetbaarheid, aan de objectiviteit die de graadmeter is van wetenschappelijkheid. Omwille van de ethische en ideologische beladenheid en de onduidelijke grenzen huiveren wetenschappers voor het gebruik van “onzuivere” begrippen als “georganiseerde criminaliteit”.

VERGELIJKING- Brodeur vat deze gevoelens goed samen in een vergelijking: *“Quoique la médecine lutte contre la maladie, on a peine à concevoir que la profession médicale se mette à chercher un remède contre la maladie considérée en elle-même (toutes les maladies regroupées sous une même étiquette). La migraine, l’hépatite, l’arthrite, la sclérose en plaque et la pyorrhée sont toutes des maladies. Aucun médecin ne penserait à s’attaquer à toutes en même temps et à l’aide d’un traitement identique (hospitaliser tous les malades). D’une façon analogue, il est illusoire de penser conjurer le pari clandestin, les incendies criminels, le trafic de stupéfiants et les faillits frauduleuses à l’aide d’une seule et même mesure (incarcérer tous les coupables). Toutes ces formes de criminalité organisée ont en commun de violer la loi, de même que toutes les maladies conduisent de façon ultime à la mort, surtout quand elles ne sont pas traitées. Cependant, le partage d’un trait commun à un haut niveau d’abstraction ne justifie pas la quête d’un même remède pour tous les problèmes de santé et d’une même solution pour tous les problèmes de criminalité. En exceptant des mesures générales de prévention, les seules stratégies de réaction efficaces contre les dysfonctionnements, autant dans le domaine de la santé que dans celui de la sécurité, sont celles qui s’alignent de façon précise sur le problème à résoudre, lorsqu’une solution est effectivement disponible. En d’autres termes, il faut définir une stratégie d’intervention en fonction de sa cible particulière et différencier les modes d’action. Si c’est une erreur de jeter le bébé avec l’eau du bain, il n’est pas moins vain de baigner son enfant dans une eau si profonde qu’on finisse par l’y noyer.”²⁴⁷*

²⁴⁶ Cfr. de magistraten vermeld in POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 1, voetnoot (1).

²⁴⁷ BRODEUR, J.-P., “Le crime organisé hors de lui-même: tendances récentes de la recherche”, *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 1998, 217.

2.5. Besluit

BADWATER- Deze terechte waarschuwing verzwijgt niettemin medicijnen en medische technieken die tegen zeer uiteenlopende ziektes of hun symptomen kunnen gebruikt worden, van pijnstillers en koortsremmers tot hormonenkuren of lasertechnologie. Zoals Brodeur verfoeien vele wetenschappers het “onbruikbare” begrip georganiseerde criminaliteit²⁴⁸, als “te diep badwater waarin het kind verdrinkt”. Ze besluiten dan vaak tot het bouwen van een eigen –zuiverder-begrippenkader: een douche als het ware. Helaas zitten zij daardoor vaak geïsoleerd, zij slagen er niet in om aan te sluiten op de algemene waterleiding, zeg maar²⁴⁹. Omdat het kind hoe dan ook schreeuwt om dringend gewassen te worden, past het niet te veel water in het bad te laten lopen, dat wil zeggen op zoek te gaan naar een *voldoende scherpe omschrijving*. Niettemin blijft de vraag *waarom* het bad nodig is: als wekelijkse schrobbeurt, als religieuze doop, als ontspanning,... Vandaar dus dat wij verderop bij de redenen waarom men over georganiseerde criminaliteit spreekt, de achterliggende bedoelingen ook zullen bekijken (*infra* Hoofdstuk 3).

§3.Hoe doen ze het? De methode als passer voor de omschrijving

3.1. Van Duyne en de “bedrijfsmatige” criminaliteit

GEEN OMSCHRIJVING- Halfweg de jaren tachtig namen Nederlandse politieke verantwoordelijken de door een aantal politiemensen geuite waarschuwingen over in hun retoriek. Ze waardeerden de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit langzamerhand op tot een beleidsthema van eerste orde. De politie pikte daarop in, maar de eerste pogingen tot beeldvorming inzake georganiseerde criminaliteit waren geen onverdeeld succes. Het ging dan vooral over pogingen van de politie om op grond van een kenmerkenlijstje tot analyse over te gaan²⁵⁰. Uiteindelijk zou blijken dat ze eerder het tegenovergestelde effect hadden: de begripsverwarring werd alleen maar groter. In dezelfde periode vatten ook onderzoekers van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie een

²⁴⁸ Op die lijn zit ook VAN DUYNÉ, P., “Definitie en kompaswerking”, *op.cit.*, 56-59.

²⁴⁹ Cfr. Van Duynes begrippen “misdaadondernemer” en “bedrijfsmatige misdaad” in §3 of Brodeurs beschrijving van “organizerende criminaliteit” (BRODEUR, J.-P., *op.cit.*, 213-214). Met Sieber, *infra* voetnoot 254, moeten we ons erbij neerleggen dat het begrip nu eenmaal ingeburgerd is.

eigen empirisch onderzoek aan. Onder leiding van Petrus Van Duyne lichtten zij 40 gevallen door, opgedeeld in twee categorieën: verdovende-middelen-zaken enerzijds en bedrijfsmatige misdaad anderzijds²⁵¹. Opvallend, maar in het licht van het voorgaande niet verrassend, is dat de onderzoekers weigeren een definitie te geven van georganiseerde misdaad. Zij zoeken enkel naar een antwoord op de vraag “hoe gaan ondernemende misdadigers op de voor hen winstgevende markten te werk?”.

BEDRIJFSMATIG- Volgens de Onderzoeksgroep Fijnaut²⁵² zit daar impliciet evenwel toch een definitie in, die neerkomt op een gelijkstelling van georganiseerde met “bedrijfsmatige” misdaad. Het doet er met andere woorden niet toe of het gaat om reguliere bedrijven die systematisch een aantal strafwetten (milieureglementering, rij- en rusttijden, belastingsregels...) met de voeten treden, dan wel om klassieke onderwereldfiguren voor wie de strafbare gedragingen het grootste deel van hun dag-of nachttaak betekenen. Integendeel, met hun nadruk op de “bedrijfsmatige” methode van de crimineel, dat wil zeggen het *rationele beslissen vanuit een winst oogmerk en het rekening houden met de mogelijkheden die de markt biedt en grenzen die zij oplegt*, zetten ze de vele gelijkenissen tussen de legitieme en de illegale ondernemers in de verf. Zij vechten dus tegen een Dickensiaans beeld van een duistere onderwereld die tegenover een kleurrijke bovenwereld zou staan: legale en illegale activiteiten zijn zozeer verweven dat het onderscheid hen in de praktijk zinloos lijkt. Zij vrezen dat onderzoekers en beleidsmakers die witteboordencriminelen niet als georganiseerde criminaliteit beschouwen, hen sparen omdat zij zo « op hen lijken ». Voor Van Duyne en de zijnen dreigt de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit zodoende ten onrechte de bovenwereld als een slachtoffer af te schilderen, dat bescherming verdient tegen « infiltratie » door de booswichten van buitenuit. Terwijl volgens hen de « deftige » werkgever die bewust gebruik maakt van de diensten van een louche koppelbaas of een afvalzwendelaar en er financieel goed bij boert, net zo goed –misschien zelfs meer- een crimineel is als die koppelbaas of afvalzwendelaar zelf²⁵³.

²⁵⁰ VAN DER HEYDEN, A., “Analyse van de georganiseerde misdaad”, in: VAN DER HEYDEN, A. (ed.), *Criminele Inlichtingen. De rol van de Criminele Inlichtingendiensten bij de aanpak van de georganiseerde misdaad*, 's Gravenhage, VUGA, 1993, 105-117.

²⁵¹ VAN DUYN, P.; KOUWENBERG, R. en ROMEIJN, G., *Misdaadondernemingen: Ondernemende misdadigers in Nederland*, WODC, Den Haag/Arnhem, Ministerie van Justitie-Gouda Quint, 1990, 159 p.

²⁵² Dit is de groep van professoren die in opdracht van de parlementaire Enquêtecommissie Van Traa een criminologisch onderzoek voerde naar de georganiseerde criminaliteit in Nederland (*supra*).

VOORDELEN- Deze keuze heeft natuurlijk een aantal voordelen. Zij verwerpt terecht een karikaturaal onderscheid tussen “daders-criminelen” in de onderwereld en “slachtoffers-criminelen” in de bovenwereld. Daarenboven kan het model van het bedrijfsleven, dat de basis vormde voor de wetgeving tegen de georganiseerde criminaliteit in de Verenigde Staten (*infra*), ook zowat overal in de rest van de wereld op veel bijval rekenen²⁵⁴. Men kan er ook op een overzichtelijke wijze de problemen en zwakheden van de “criminele ondernemer” aangeven, zodat men de aanpak daarop kan richten. In vergelijking met de legale ondernemer zit hij met handicaps, bijvoorbeeld dat hij niet zomaar reclame kan maken²⁵⁵, dat hij steeds op zijn hoede moet zijn, zowel met zijn handelspartners als met zijn personeel, dat hij steeds met cash moet werken, dat het bijhouden van geschriften hem zuur kan opbreken²⁵⁶. Tenslotte heeft de nadruk op de “bedrijfsmatige” methode het voordeel dat men zich niet beperkt tot de “klassieke” vormen van criminaliteit, maar integendeel de meest uiteenlopende inbreuken op de strafwet kan aanpakken²⁵⁷. Men vermijdt dat door inertie steeds hetzelfde type van misdrijven, steeds hetzelfde milieu dat de politie steeds beter leert kennen (drugs, prostitutie,...), alle aandacht en energie zou opeisen²⁵⁸.

²⁵³ VAN DUYNÉ, P., “Definitie en kompaswerking”, *op.cit.*, 50-53 en 56-59

²⁵⁴ BRODEUR, J.-P., *op.cit.*, 214-216 en de daar vermelde bronnen; ARLACCHI, P., *Mafia Business: The mafia Ethic and the Spirit of Capitalism*, Londen, Verso, 1986, 239 p.; SIEBER, U., “Logistikstrukturen und neue Bekämpfungsansätze im Bereich der Organisierten Kriminalität”, in MAYERHOFER, C. en JEHLE, J.-M., *op.cit.*, 191.

²⁵⁵ Cfr. echter GAMBETTA, D., *op.cit.*, 47-52 waar hij de “advertising” van de Siciliaanse maffia als beschermingsindustrie beschrijft.

²⁵⁶ VAN DUYNÉ, P., “Strategiën ter bestrijding van georganiseerde misdaad”, *Tijdschrift voor de Politie* 1992, 451-458, wijst op het personeelsknelpunt en het informatieknelpunt, waaraan hij suggesties voor een op die zwakke punten in de bedrijfsvoering gerichte aanpak koppelt.

²⁵⁷ BERKMOES, H., “De georganiseerde misdaad”, *op.cit.*, 25.

²⁵⁸ De bezorgdheid dat witteboordencriminaliteit, doordat zij niet onder het etiket “georganiseerde criminaliteit” zou vallen, de dans zou ontspringen leeft bij velen, vooral bij degenen die zogenaamde financiële en economische criminaliteit bekampen. Daarom hanteren een aantal mensen in de Belgische handhavingswereld een omschrijving die verwant is aan de “bedrijfsmatige”. Daarbij gaat het vooral om specialisten in de opsporing en vervolging van financiële misdrijven. Vooral de ideologische linkerzijde placht “witteboordencriminaliteit” als misbruiken van de sociale elites aan de kaak te stellen. Nochtans heeft criminologisch onderzoek uitgewezen dat wat betreft witteboordencriminaliteit, eerder dan de elites (die over meer legale troeven beschikken om hun ambities te realiseren: als het illegaal is, veranderen we de wet) het de middenklasse is die zich het meest aan witteboordencriminaliteit bezondigt. (WEISBURD, D.; WHEELER, S., WARING, E. en BODE, N., *Crime of the Middle Classes, White-Collar Offenders in the Federal Courts*, New Haven, Yale University Press, 1991, 211 p.) Dat er merkelijke raakpunten zijn en dat de grenzen niet altijd even duidelijk te trekken vallen, is door talloze auteurs al vastgesteld. Er bestaat inderdaad een doorsnede tussen de “verzamelingen” witteboordencriminaliteit en georganiseerde criminaliteit, met andere woorden georganiseerde witteboordencriminaliteit. Die doorsnede is evenwel niet zo groot als men georganiseerde criminaliteit vrij strikt omschrijft (*infra*).

Daarnaast delen de bestrijders van internationale (en in de toekomst zal er weinig andere overblijven) witteboordencriminaliteit met de bestrijders van georganiseerde criminaliteit een zelfde gevoel van machteloosheid, de indruk dat men de tegenstrever met ongelijke wapens moet bestrijden. Vandaar dat zij hun eisen vaak bundelen (*infra* Hoofdstuk 3).

NADELEN- Doch de nadelen van deze aanpak liggen net zo goed voor de hand: zij is zo ruim dat zowat alleen amateuristische of passionele criminaliteit er niet onder valt²⁵⁹. Zodoende kan een dergelijke definitie weinig hulp bieden bij het stellen van prioriteiten of het controleren of maatregelen wel nodig zijn en, zo ja, in verhouding staan tot het probleem²⁶⁰. Een definitie die alleen inzoomt op de methode heeft dus *onvoldoende onderscheidend vermogen*: de bedrijfsmatige werkwijze, die zonder al te veel twijfel als een kenmerk van de georganiseerde criminaliteit kan worden weerhouden, komt ook bij talloze “andere” vormen van criminaliteit voor. Het gaat met andere woorden over een noodzakelijke, maar geenszins een voldoende voorwaarde om van georganiseerde criminaliteit te spreken. We kunnen Van Duyne echter onmogelijk verwijten dat hij het begrip georganiseerde criminaliteit zou banaliseren, aangezien hij uitdrukkelijk verkoos niet met dat etiket te werken en de zaken vanuit een andere invalshoek te bekijken. Tegenover de retoriek inzake georganiseerde criminaliteit neemt hij eigenlijk een agnostische uitgangspositie aan. Hij blaast echter tegen een stormwind in. Het begrip georganiseerde criminaliteit – zelfs al kan men twijfels hebben over zijn menswetenschappelijk bruikbaarheid – heeft nu eenmaal wortel geschoten in het maatschappelijk discours²⁶¹.

3.2.BKA-omschrijving

DUIITS- Van Duyne zag dit blijkbaar zelf ook in en, anders dan in het eerste rapport (Misdadondernemingen), waar hij de definitiediscussie uit de weg ging, zal hij in zijn verdere onderzoek wel een omschrijving kiezen. Het gaat om een Nederlandse versie van de Duitse BKA-definitie²⁶². Als federale politiedienst heeft BKA naast een

²⁵⁹ In Brodeurs woorden (*supra*, 2.3.) kunnen we spreken van “te diep badwater waarin het kind verdrinkt”.

²⁶⁰ VAN DEN BUNT, H., “De definitie van georganiseerde criminaliteit”, in: BOVENKERK, F., *De georganiseerde criminaliteit in Nederland...*, *op.cit.*, 35.

²⁶¹ SIEBER, U., *op.cit.*, 191, vn 2 wijst erop dat “Organisiertes Verbrechen” of “Organisierte Straftatbegehung” beter de dadergerichtheid van zijn benadering zou weergeven, maar dat “Organisierten Kriminalität” nu eenmaal ingeburgerd is.

²⁶² “Georganiseerde misdaad is het

**op winst of op macht gericht*

aantal eigen operationele opdrachten ook vooral coördinatie en steun van de lokale politiediensten als taak. Dat doet zij met Duitse grondigheid, zodat zij op het vlak van wetenschappelijk politiewerk en analyse een voortrekkersrol speelt in Europa²⁶³. Daar Duitsers meesters zijn in het ontwerpen van en discussiëren over concepten en definities, had men op het BKA al vlug door hoe moeilijk het zoeken naar een definitie zou verlopen.

EMPIRISCH- Dat deze politiedienst-criminologen zouden vertrekken van empirische waarnemingen uit onderzoeken tegen wat terreinmensen als georganiseerde criminaliteit “aanvoelen”, is niet meer dan logisch. Hun om-schrijving komt volgens ons dan ook neer op een amalgaam van de be-schrijvingen van kenmerken van “lastige” groepen, zoals zij die tegenkwamen in onderzoeken of in de Amerikaanse en Italiaanse literatuur²⁶⁴. Eigenlijk vinden we de onvermijdelijke eendentheorie terug. Bij gebrek aan sluitende definitie zeg je dat als iets waggelt “als een eend” en kwaakt “als een eend”, het wel een eend zal zijn. Men beschrijft dus een aantal aspecten (waggelen, kwaken) maar altijd met een vooraf bestaand beeld, een vooroordeel van de eend al in het hoofd.

**stelselmatig plegen van strafbare feiten die ieder voor zich of tezamen van aanmerkelijke betekenis zijn*

**wanneer meer dan twee deelnemers samenwerken gedurende langere tijd of een onbepaalde tijd met verdeling van arbeid*

**door gebruik te maken van:*

-bedrijfsmatige of daarop gelijkende structuren of

-geweld of andere voor intimidatie geschikte middelen of

-beïnvloeding van de politiek of van de media of van het openbaar bestuur of van justitie of van het bedrijfsleven.” De onderzoeksgroep Fijnaut, die nogal kritisch staat t.a.v. deze keuze, vindt geen andere verklaring ervoor dan dat zij de feiten en verschijnsels dekt die eerder al door Van Duyne onderzocht werden, te weten zowel drughandel als fraude of gewone criminaliteit van “zware jongens”.(ONDERZOEKSGROEP FIJNAUT, op.cit., 21)

²⁶³ Italië heeft (pas) in de jaren negentig een bijzondere dienst opgericht die mensen en maatregelen van de 4 rivaliserende politiediensten moet op een lijn krijgen in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit: de Divisione Investigativa Antimafia (DIA)(cfr. IANNELLI, F. en ROCHEGANI, F., *La Divisione Investigativa Antimafia*, Milaan, Giuffrè, 1995, 628 p) Ook die dienst heeft een vrij nauwkeurig beeld van de plaatselijke situatie. (BOTTAMEDI, C., *La mafia en Belgique*, op.cit., 145-151)

²⁶⁴ Vooral inzake de machtsaspiraties van bepaalde maffieuze groepen, hun greep op delen van het electoraat en het gebruik van beïnvloeding als belangrijke methode lijken indrukken over onder meer de Italiaanse situatie doorgewerkt te hebben. Misschien heeft men daardoor ook later ook een oog gekregen voor vergelijkbare verschijnsels in Oost-Europa, Turkije (BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., op.cit., 212-256), Afrika of de Caraïben.

3.3. Kenmerkenlijst als verkapte focus op methode?

ACTIVITEITEN- In de eerste plaats kijkt het BKA naar wat de georganiseerde criminelen doen, naar hun activiteiten. Ze plegen misdrijven, dat spreekt haast vanzelf²⁶⁵. Men zou denken dat het om ernstige misdrijven moet gaan. Vaak evenwel zijn de misdrijven op zich niet uitzonderlijk ernstig, maar brengen zij door hun systematisch karakter toch grote sociale schade toe. De typische voorbeelden zijn de (auto)diefstal, een oplichting of BTW-misdrijf. Wanneer zij een eenmalig, losstaand feit vormen met een buit van een paar duizend euro's, verdienen zij niet als ernstig geboekstaafd te worden. Doordat eenzelfde groep deze kleine, niet erg in het oog springende misdrijven systematisch begaat, kunnen zijn leden evenwel massale opbrengsten vergaren, die samen een groot verlies betekenen voor de maatschappij als geheel (*infra*). Dat heeft tot gevolg dat de ernst van een afzonderlijk misdrijf eigenlijk op geen manier een maatstaf is bij de beoordeling of het al dan niet om georganiseerde criminaliteit gaat.

MOTIEF- Vervolgens kijkt het BKA naar het motief, naar wat de crimineel motiveert. "Winstoogmerk," denkt iedereen spontaan. "Ja, maar ook een zucht naar macht," zegt het BKA. Sommige criminele groepen trachten immers beleidsmensen in hun greep te krijgen, de politieke aspiraties van Italiaanse of Columbiaanse maffiagroepen zijn bekend²⁶⁶. Daarnaast gelooft het BKA²⁶⁷ dat ook politiek gemotiveerde criminelen onder de rubriek georganiseerde criminaliteit thuishoren. Door zowel winst als macht als motieven te erkennen, vallen zowat alleen passionele misdrijven²⁶⁸, vandalisme of lustmisdrijven uit de boot. Criminologisch onderzoek heeft overigens uitgewezen dat – voor zover die twee zielerorselen uiteen getrokken kunnen worden - minder lust, dan wel macht verkrachters motiveert. Wij mogen aannemen dat het BKA dat evenwel niet bedoelt. Dat heeft tot gevolg dat het motief van de misdrijven als kenmerk eigenlijk al evenmin veel zaken wegfiltert.

²⁶⁵ Toch zal blijken (*infra*, Deel II) dat de Belgische regering ook 'georganiseerde criminelen' aanpakt die geen misdrijven plegen.

²⁶⁶ Cfr. echter verderop onze visie dat het politiek optreden hetzij in functie van het winstoogmerk, hetzij niet langer als activiteit van de organisatie te catalogeren valt.

²⁶⁷ Het BKA speelde een belangrijke rol in de strijd van de Duitse overheid tegen de revolutionaire terroristen van de Rote Armee Fraction in de jaren zeventig en tachtig (*supra*).

²⁶⁸ Leden van criminele organisaties kunnen natuurlijk gebruik maken van de structuur, het personeel of de logistiek voor privé-afrekeningen. Cfr. de zaak Steinier (FIJNAUT, C., "De Italiaanse mafia in België...", *op.cit.*, 156-157) Ook mafiosi zullen vaak gekrenkte "eer" wreken met "*weinig instrumenteel*" geweld. (BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *op.cit.*, 123.)

AANTAL- Georganiseerde criminaliteit lijkt steeds op het gezamenlijk handelen van meerdere personen te slaan. Doch hoe groot moet een groep zijn? Daar vindt men moeilijk overeenstemming over, vooral omdat de vaststelling van het aantal groepsleden meestal niet van een leien dakje loopt. Dus kiest het BKA voor de makkelijkste oplossing: er moeten twee of meer personen samen handelen. Dat heeft tot gevolg dat ook dit criterium nauwelijks enige selectie maakt en dat aan het nut ervan getwijfeld kan worden, aangezien het in de volgende voorwaarden al ingebakken zit (samenwerken kan enkel met andere personen).

DUUR- Wat maakt dan dat meerdere personen als georganiseerde criminelen door het leven gaan? Eenmalige of toevallige samenwerking volstaat niet. Zij moeten dat doen gedurende een vrij lange periode. Dat is natuurlijk een rekbaar begrip. Daarenboven laat, zoals we verderop nog zullen illustreren, het strafrecht in vele landen een repressief ingrijpen tegen groepen toe nog voor zij enig misdrijf pleegden. Vandaar dat het BKA ook groepen die nog niet lang bestaan, maar voor “onbepaalde tijd” zijn opgericht aan de omschrijving toevoegt. Daarnaast vereist het een taakverdeling. Die is o.i. bijna altijd aanwezig wanneer twee of meer mensen samen handelen. Ook het vereiste samenwerkingsverband heeft dus nauwelijks enige selectieve waarde.

METHODE- Al het voorgaande leidt er dan ook toe dat het beslissende, dat wat georganiseerde criminaliteit zo zorgwekkend maakt, moet liggen in het laatste criterium. Dat komt opnieuw neer op een focus op de methode: op het *hoe en waarmee* van de criminelen. Het gaat om georganiseerde criminaliteit wanneer:

“a) gebruik wordt gemaakt van commerciële structuren

en/of

b)toevlucht wordt genomen tot geweld of andere intimidatietechnieken;

en/of

c)waarbij invloed wordt uitgeoefend op het politieke leven, [of] de media, [of] het openbaar bestuur, [of] de justitie of het bedrijfsleven”

Het gaat om een reeks van handelswijzen bij het plegen van misdrijven. Van elk ervan kan men zonder al te veel risico zeggen dat mensen uit wereld van de georganiseerde criminaliteit ze reeds vaak gebruikt hebben. Doch dat geldt natuurlijk ook voor het gebruik van auto's, valse stukken of computers. Geen van die middelen zou iemand als “typisch” voor georganiseerde criminaliteit durven waarmerken. Ze komen immers ook bij vele andere vormen van criminaliteit voor.

BIJZONDER?- Wie deze definitie hanteert, kan onmogelijk naast de vaststelling dat het probleem van georganiseerde criminaliteit in Europa, maar ook in België, inderdaad gigantische proporties heeft aangenomen²⁶⁹. Doch het is veel minder duidelijk waarom precies deze criminaliteit zo bedreigend is voor onze maatschappij dat ze een soort “uitzonderingsregime” of het opgeven van het bestaande systeem zou rechtvaardigen. Er zijn immers altijd oplichters en overvallers geweest, zodat het enige verschil in de nieuwe “verpakking” zit.

De eenvoudigste manier om van georganiseerde criminaliteit iets bijzonders te maken, bestaat erin de “en/of” te vervangen door “en”. Dat wil zeggen dat de omschrijving het gebruik van die technieken niet alternatief, maar cumulatief opsomt. Zelfs dan blijft het “invloed uitoefenen” op de media of op het bedrijfsleven een zo vaag criterium, dat men zich vragen kan stellen bij de zin ervan. Net zoals men zich kan afvragen wat er zo bijzonder is aan het gebruik van commerciële structuren? Bij “*op winst gerichte activiteiten*” zijn die toch “normaal”: de regel eerder dan de uitzondering? (*Infra* Deel II)

De keuze voor “en” in plaats van “of” heeft het BKA niet willen maken, omdat het dezelfde bekommernissen heeft als Van Duyne. Wegens de schade die zij de maatschappij (kunnen) toebrengen, mogen corruptie en andere vormen van witteboordencriminaliteit of de smokkel van nucleair materiaal zonder enig geweldgebruik niet ‘overboord’ vallen. Wij zullen in de volgende paragraaf uitleggen dat de functie van het begrip georganiseerde criminaliteit daar voor iets tussen zit.

KRITIEK- Reeds vroeg verzette Fijnaut zich tegen het zich veralgemenend gebruik van de BKA-omschrijving van georganiseerde criminaliteit. Hij wees erop dat daarmee talloze vormen van criminaliteit die noch in de Verenigde Staten, noch in West-Europa ooit in verband waren gebracht met georganiseerde criminaliteit, nu ineens wel onder die noemer ressorteren²⁷⁰. Vandaar dat de door hem geleide onderzoeksgroep van vier hoogleraren, die voor de Enquêtecommissie van de Nederlandse Tweede Kamer een beeld trachten te schetsen van de aard en ernst van de georganiseerde criminaliteit in Nederland, de lat bewust hoger legden. (*infra*4.)

²⁶⁹ VAN DE BUNT, H., *op.cit.*, 28.

²⁷⁰ ONDERZOEKSGROEP FIJNAUT, *op.cit.*, 21-22; FRANS, B., *op.cit.*, 20.

3.4. Europese Unie

Toch zou ook de EU kiezen voor een BKA-variant²⁷¹. Om te bepalen of “een misdaad of een criminele groepering tot de georganiseerde criminaliteit gerekend” moet worden, moeten de onderzoekers een lijstje met elf kenmerken overlopen. Drie (of vier, daarover bestaat enige onduidelijkheid²⁷²) daarvan moeten zeker aanwezig zijn, voor de overige drie (of twee) kan men kiezen op de rest van het lijstje. Noodzakelijk zijn een *samenwerkingsverband van twee of meer personen die verdacht worden van ernstige misdaden met als oogmerk winst of macht*. Daarnaast moeten er nog drie elementen uit het volgende lijstje aanwezig zijn:

taakverdeling,

samenwerking voor langere of onbepaalde tijd,

met een vorm van discipline of controle,

internationale activiteiten hebben,

geweld of andere intimidatiemiddelen gebruiken,

het gebruik van commerciële of zakelijke structuren,

betrokkenheid bij witwassen,

invloed op politiek, media, overheid, de rechterlijke macht of de economie.

Naargelang de elementen die men op het lijstje aankruist, krijgt men dan ook zeer uiteenlopende vormen van georganiseerde criminaliteit. Natuurlijk omvat ze het maffiose syndicaat, dat wijken controleert, er “belastingen” heft op alle economische activiteit en er met geweld ‘controlerend en regulerend’ optreedt. Ook vele vormen van “klassieke”, “professionele” criminaliteit (inbrekerscoalities, professionele oplichtersbendes e.d.) zullen zonder veel moeilijkheden de vereiste kruisjes kunnen vergaren. Zelfs gevallen als dat van het zogenaamde duivelskoppel, dat ervan wordt verdacht samen de respectievelijke echtgenoten omgebracht te hebben om de verzekeringspremies op te strijken en er samen vandoor te gaan, valt er mits flexibele interpretatie van de criteria onder. Dat geldt ook de echt paar dat gezamenlijk jarenlang percentjes wegsloofde van de rekeningen van de Crédit Lyonnais bank waar een van hen werkte, evenals de lokale knokploeg van vakbondsman d’Orazio. Fijnauts kritiek valt dan ook te begrijpen.

²⁷¹ Oorspronkelijk ging het om een Werkgroep die deze omschrijving hanteerde, later zou ook het Actieplan (*supra*, voetnoot 146) tegen de georganiseerde criminaliteit haar overnemen.

²⁷² POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 16-17.

3.5. België

COLLEGE- In 1992 scharen de Belgische regering en het college van procureurs-generaal zich achter de BKA-definitie²⁷³. Zij vormt ook de basis voor de in het Actieplan voorgestelde maatregelen. Het gaat evenwel nog niet om een definitieve keuze²⁷⁴. Aangezien het parlement besloten heeft de zaak grondig uit te spitten, laat de regering het natuurlijk de mogelijkheid om een betere omschrijving te suggereren.

ONDERZOEKSCOMMISSIE- De POC-GC besteedt een vrij uitgebreid tussenrapport aan de definitiekwestie. De rechtsvergelijking had weliswaar de diepgang van een soepbord, de cruciale keuzes in de definitiestrijd kwamen wel volop aan bod. Zo stelt ze de BKA-omschrijving tegenover de striktere keuze van Van Traa. De wegen van dergelijke onderzoekscommissies zijn evenwel ondoorgrondelijk, want zonder daarvoor enig zinnig argument te geven, kiest de POC-GC ervoor niet te kiezen. Dat verandert zelfs niet in het eindrapport, dat het tussentijds rapport letterlijk overneemt. De Commissie heeft nochtans zelf het belang aangegeven dat die keuze voor de beeldvorming en de afwegingen bij de bestrijding zal hebben. En toch maakt ze een analyse van het toekomstig wettelijk kader van de opsporingsmethoden, van de structuur van de rechtshandhaving zonder eerst aan te geven wat zij nu uiteindelijk als georganiseerde criminaliteit beschouwt. Wij vinden daarvoor geen enkele andere verklaring dan gebrek aan doortastendheid, leiderschap en politieke moed. Omdat kiezen verliezen is, hebben de senatoren blijkbaar gekozen om alle deuren open te houden²⁷⁵. Voor de zogenaamde analyse van de georganiseerde criminaliteit in een

²⁷³ Met instemming van een ruime kring van geconsulteerden.

²⁷⁴ Volgens de destijds verantwoordelijke procureur-generaal Van Camp was het *“niet de bedoeling een juridische definitie te hanteren, want zover waren wij toen nog niet”*. Het ging om een instrument met het oog op Europese *politie Samenwerking*.

²⁷⁵ Zo stelde de onderzoekscommissie in haar eerste tussentijds verslag, dat helemaal aan het begrip georganiseerde criminaliteit gewijd was: *“In dat verband herinnerden [verschillende leden] aan het adagium van Javolenus: “Omnis definitio in iure (civile) periculosa est; raram enim est non subversi potest”*. Zoals bij dokters in een stuk van Molière lijkt het gebruik van het Latijn hier eerder te dienen om rook te spuiten en geleerd te doen, dan om duidelijkheid te scheppen. Het gaat hier immers niet om burgerlijk recht, het gaat om strafrecht en strafvordering. Natuurlijk is elke definitie vatbaar voor misbruiken. Doch in strafrecht vormt de eis van strikte omschrijvingen nu net de waarborg tegen misbruiken. Zonder al te veel vrees voor tegenstrijdigheid benadrukt de onderzoekscommissie dat zelf door in de volgende passage te wijden aan het *lex certa*-beginsel, dat een voldoende preciese wet vereist. Door niet te kiezen kunnen zij blijk geven van hun bezorgheid over wat politie en gerecht allemaal op grond van een dergelijke definitie zouden durven doen. Zij kunnen met spitse bemerkingen de mensen die echt het beleid uitwerken (zoals partijgenoten in regering of in andere beleidsposities) weliswaar prikkelen, zonder hen evenwel voor voldongen feiten plaatsen. Daarnaast lenen technische kwesties als definities zich nauwelijks tot mediabelangstelling, terwijl voor de fotosynthese van meeste politici het licht van de camera's toch uitermate belangrijk is.

aantal economische sectoren, kan “een ruime criminologische definitie zoals deze gehanteerd door het Duitse Bundeskriminalamt en onze minister van Justitie, waardoor ook de organisatiecriminaliteit in beeld wordt gebracht, (...) daarbij van bijzonder groot nut zijn. Op die manier worden immers niet alleen de traditionale “zware criminaliteit” maar ook de zogenaamde “misdaadondernemingen” bij het onderzoek betrokken”²⁷⁶. Dat haar besluiten veel alarmistischer zijn dan die van Van Traa is dus niet meer dan logisch.

EVOLUTIE- Hoewel officieel België dus nog steeds met de BKA-kloon werkt, bestaan er toch indicaties van een evolutie in de richting van de strakkere omschrijving Fijnaut-Van Traa. Die zullen wij verderop bekijken (*infra* §5), doch eerst belichten we nog een ander alternatief.

§4. Voor wie doen zij het? De maatschappelijke functie als invalspunt voor de omschrijving

4.1. Criminelen als “oplossers” van een marktprobleem

BOVENKERK- De Utrechtse professor Bovenkerk tracht naast het zuiver wetenschappelijk werk (in de criminologie) ook de brug tracht te slaan naar een breder lezerspubliek²⁷⁷. Hij onderstreept dat een focus op criminelen en organisaties op lange termijn geen perspectief op een oplossing biedt. Daarom pleit hij in 1992, in navolging van verschillende onderzoekers in het buitenland, voor een studie van de politieke en economische functies van georganiseerde criminaliteit²⁷⁸. Hij wijst erop dat een aantal taken nu eenmaal moeten worden vervuld (zo nodig op illegale wijze) om economie en samenleving draaiende te houden. Daarbij onderscheidt hij twee functies: de voorziening in de maatschappelijke behoefte aan illegale goederen en diensten enerzijds en in een voorlopige oplossing van door de politiek niet goed geregelde of verwaarloosde problemen anderzijds. Voorbeelden van het eerste vinden we in sectoren die traditioneel met het begrip georganiseerde criminaliteit geassocieerd werden: drugs(handel), (uitbuiting van) prostitutie of verboden gokspelen. Bij het tweede denkt Bovenkerk bijvoorbeeld aan bescherming tegen

²⁷⁶ POC-GC, *Eindverslag, Parl.St.*, Senaat 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 209-210.

²⁷⁷ Bijvoorbeeld BOVENKERK, F., *La Bella Bettien, op.cit.*, 232 p., waarin hij het levensverhaal van een Nederlandse spijtoptante vermengt met beschouwingen over georganiseerde criminaliteit en de bestrijding ervan.

afpersing in de horeca en aan koppelbazerij in de tuinbouw of de (illegale) textielnijverheid.

VERSTOORDE MARKT- Wij zouden deze twee functies eigenlijk samensmeden tot één: het wetgevend, regelend en repressief optreden van de overheid verstoort (meestal bewust) evenwichten tussen vraag en aanbod naar goederen en diensten²⁷⁹. Zo was bijvoorbeeld de markt van roesmiddelen in sommige plaatsen of tijdsperioden heel vrij en in andere zeer strikt geregeld. Een toenemende inmenging in die markt kan in het beste geval tot een nieuw evenwicht leiden, bijvoorbeeld door de verkoop ervan te medicaliseren, wanneer zowat alle partijen op de markt dat aanvaarden of alleszins onvoldoende gewicht hebben om dat evenwicht te verstoren. Een absoluut verbod zal daarom vaak tot problemen leiden, indien een grote vraag naar het (nu illegale) product blijft bestaan. Het antwoord zal een illegaal aanbod zijn. De illegaliteit als “extra kost” drijft de prijzen de hoogte in en de wanverhouding tussen de grote vraag en het beperkte aanbod doet hetzelfde met de winsten. Natuurlijk kunnen er op de markt ook allerlei andere verschuivingen optreden: vervanging van het illegaal geworden roesmiddel door een ander, smokkel van het gevraagde goed vanuit landen waar het makkelijker verkrijgbaar is enz.

VOORBEELDEN- De overheid kan haar beleid ten aanzien van allerlei markten niet louter op economische elementen stoelen. Zij heeft talloze andere, onder meer politieke en morele bekommernissen die haar keuzes beïnvloeden. Het verschil tussen de eerste (voorzien illegale markt) en de tweede (voorlopige oplossing scheve situatie op legale markt) door Bovenkerk onderscheiden functies is o.i. niet zo groot: de overheidsreglementering slaat steeds een “gat in de markt”. Zodra dat groot genoeg is, stappen mensen daarin die zich niet laten afschrikken door het crimineel karakter van hun optreden²⁸⁰. De voorbeelden liggen voor het rapen. Zo zal een wapenembargo tegen landen waar een oorlog woedt, met de bedoeling de oorlog te beëindigen of te bemoeilijken, meestal leiden tot wapensmokkel²⁸¹. Ook wanneer de

²⁷⁸ BOVENKERK, F., “De ontdekking ...”, *op.cit.*, 14-15 + 24-31. Cfr. bijvoorbeeld voor iemand die, zoals Van Duyne, kiest voor “illegal enterprise”: HALLER, M., “Illegal enterprise: a Theoretical and Historical Interpretation”, *Criminology* 1990, 207- 253.

²⁷⁹ De markt kan natuurlijk ook verstoord zijn door uitwendige factoren, zoals natuurrampen, een buitenlandse crisis of een economische “schok”. Pas wanneer de overheid zich ermee moeit, zal het gebruik maken van de situatie “crimineel” zijn.

²⁸⁰ Historisch gezien eisten veel groepen de functie van “bemiddelaars” tussen de grondeigenaars en pachters, tussen werkgevers en werknemers of tussen overheid en bevolking op (*supra*, Hoofdstuk 1).

²⁸¹ RUGGIERO, V., “War Markets: Corporate and Organized Criminals in Europe” , *Social & Legal Studies* 1996, 5-20.

belastingen op veelgevraagde verbruiksgoederen het verschil met de “reële” prijs te groot maken, neemt het risico op een parallelle illegale handel in “onbelaste” goederen toe. Sommige belastingsregimes, sommige goederen of sommige sectoren lenen zich daar natuurlijk meer toe dan andere. Voor de hand liggende voorbeelden zijn tabak, brandstoffen²⁸² of diamanten²⁸³, drie sectoren die vaak in de literatuur over de georganiseerde criminaliteit verschijnen. Niet al die criminaliteit is meteen ook georganiseerde criminaliteit. Doch het aanzuigeffect op de meer meedogenloze groepen groeit evenredig met de omvang van de te behalen winsten, het belang van een stevige organisatie in de mededinging en de “kwetsbaarheid” van de markt²⁸⁴.

4.2. Kwetsbaarheid bedrijven en sectoren

CONCURRENTIESLAG- Eén van de paradoxen van de vrije markt is dat vrije mededinging, zeker in kapitaalintensieve sectoren, niet zelden leidt tot concentratie. Omwille van de hoge instapkosten voor nieuwelingen dreigen misbruik van dominante positie of kartelvorming precies tot een vermindering van de concurrentie te leiden. Vandaar dat zowel in de V.S. als in Europa het garanderen van ‘fair play’ op de markten tot één van de belangrijkste overheidstaken uitgroeide. Wanneer de overheid evenwel in haar concurrentiebeleid ‘consolidaties’ aanmoedigt, om ‘haar’ bedrijven sterk genoeg te maken voor concurrentie op de wereldmarkt, betekent dat moordende concurrentie voor kleine, familiale bedrijven. Voor grote bedrijven is het goedkoper de ‘natuurlijke selectie’ af te wachten: bij een faillissement ligt de overnameprijs doorgaans lager en kan men kieskeuriger zijn. Resultaat: kleine ondernemingen in bijvoorbeeld de transportsector, de horeca of distributie werken constant met het water tot aan de lippen²⁸⁵.

INVESTERING- Van die zwakte van bedrijven kan ook de georganiseerde criminaliteit dan gebruik maken. Door hun uitbuiting van de scheve situatie in andere markten hebben zij wel geld genoeg. Bedrijven kunnen voor hen op verschillende wijze van nut zijn. Ofwel stoppen zij gewoon geld in het bedrijfje als *investering*. Soms geven zij daarmee het bedrijfje de “jumpstart” die het nodig heeft om daarna op compleet legitieme manier uit te groeien tot een succes. Een andere mogelijkheid

²⁸² POC-GC, *Eindverslag*, , *Parl.St.* , *Senaat* 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 266-293.

²⁸³ POC-GC, *Eindverslag*, , *Parl.St.* , *Senaat* 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 235-296.

²⁸⁴ In zijn recent werk stipt Bovenkerk zelf aan dat de rationaliteit van de georganiseerde criminaliteit niet overdreven mag worden en hoe zij er precies belang bij heeft het “gat tussen vraag en aanbod” te bestendigen. (BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *op.cit.* , 28).

²⁸⁵ BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *op.cit.* , 85.

is dat zij het bedrijfje gebruiken om er de inkomsten van hun illegale activiteiten mee wit te wassen²⁸⁶. In dat geval mag het bedrijfje niet al te succesvol zijn in zijn legitieme activiteiten, want dan blijft er te weinig ruimte om het illegale geld te verantwoorden.

OVERNAME- Erg verontrustend zijn de gevallen waarin de aanvankelijk 'steun' van de criminelen slechts het breekijzer is waarmee zij in het bedrijf binnendringen. Vervolgens gaan zij langzamerhand hun greep verstrakken. Soms kan dat zover gaan dat ze de oorspronkelijke eigenaar hetzij tot een 'marionet' degraderen, hetzij hem uit zijn eigen bedrijf wegwerken en vervangen door een stroman. Wanneer zij bij die onderhandelingen met voldoende geloofwaardigheid kunnen dreigen met geweld of sabotage, moet de eigenaar kiezen tussen de pokken en de pest. Want dan doen de criminelen hun ondertussen legendarisch "offer that you can't refuse"²⁸⁷.

BESCHERMING- Een vergelijkbaar mechanisme gebruiken zij wanneer zij geen financiële steun aanbieden, maar bescherming (tegen criminelen of herrieschoppers) of goedkoop personeel. Soms blijft het bij die verplichting tot betaling van een vaste som of een percentage op de omzet, *afpersing* dus²⁸⁸. Het binnengebracht personeel kan dan als een spion (infiltrant) die omzet controleren²⁸⁹. Doch ook in dit soort gevallen kan het uiteindelijk uitdraaien op een uitermate vijandig "overnamebod".

DEKMANTEL- Wanneer de criminele groep controle heeft verworven, kan hij het bedrijf gebruiken voor haar criminele activiteiten: niet alleen voor het witwassen maar bijvoorbeeld ook als *dekmantel* voor de groothandel in of distributie van illegale goederen. Zo kan een taxibedrijf bijvoorbeeld tegelijk als lokale koerierdienst functioneren: de vele korte ritten met wisselende passagiers zijn normaal, net zoals het ophalen van mensen met pakjes aan luchthavens of stations. Daarenboven kunnen de chauffeurs als verdekte observanten werken, in permanente radioverbinding met mekaar, zonder dat zoiets veel argwaan zou wekken. Meestal betalen de passagiers cash en hun aantal valt niet altijd even gemakkelijk te

²⁸⁶ Cfr. *infra* II, Hoofdstuk 3 en Deel V.

²⁸⁷ Wij zullen verderop zien dat hier het verschil ligt met de suikeroom die met zijn zwart geld een handje toesteeekt.

²⁸⁸ BOURGEOIS, P., "Racketeering, het fenomeen en de achtergronden", *Politeia* 1998, nr.9, 9-12.

²⁸⁹ De situatie is vergelijkbaar met die van de bendelieden die zich door boeren of molenaars lieten aanwerven als knecht of meid (*supra*, Hoofdstuk 1, §1).

controleren: ook voor het witwassen kan het bedrijf dienstig zijn. Een horecazaak kan dienen voor de afzet van drugs, voor gedwongen prostitutie, illegale gokactiviteiten of de heling van gestolen goederen. Een transportbedrijf vormt vanzelfsprekend de ideale dekmantel voor allerlei smokkeloperaties.

MONOPOLIE- Veel meer dan haar optreden op de klassieke illegale markten (drugs, prostitutie, gokken,...), bezorgt dit “infiltreren” van criminele groepen in de legitieme economie de overheid kopbrekens. Helemaal de koude rillingen krijgt ze bij het idee dat criminele groepen een dominante positie zouden innemen in bepaalde sectoren van de economie²⁹⁰. Autorijders weten dat het (ont)breken van een kleinigheid in de motor de grootste tontonner kan platleggen. In het raderwerk dat een moderne economie is, volstaat het net zo goed enkele cruciale radertjes te controleren om de hele boel te blokkeren. Het uitschakelen van enkele seinhuizen ontregelt zowat heel het spoorwegverkeer in het land, het bezetten van de sluizen de hele haven van Antwerpen of een staking van een tiental verkeersleiders het luchtverkeer in België en omstreken. Door de onderlinge afhankelijkheid van bedrijven, de lopende band en het ‘just-in-time’ beginsel, waarbij zo weinig mogelijk voorraden worden opgeslagen, legt het stokken van de aanvoer van één element de hele productie stil. Buitenlandse voorbeelden²⁹¹ hebben aangetoond dat sommige criminele groepen hun overnames in de “legale economie” concentreren op de kwetsbare plekken van een productieproces. Wanneer ze daar, zo nodig met intimidatie en geweld, een monopolie kunnen verwerven, hebben ze enorme hefboom bij het onderhandelen over prijs en kwaliteit. Wie de electriciens of de betonmolens controleert, kan de hele bouwwerf stilleggen. Wie de koelinstallateurs controleert, kan de hele sector van het versgoed (zuivel, fruit, vis, vlees,...) naar zijn pijpen laten dansen. Wie de computers kan saboteren, kan bedrijven ruïneren. Is er dan noodzakelijk sprake van georganiseerde criminaliteit? Neen. Telkens moet men ook in staat zijn de klant de toegang tot alternatieve oplossingen te ontzeggen²⁹². Vandaar dat Amerikaanse maffiagroepen vakbonden overnamen en gebruikten, zodat de criminele afpersing onder de dekmantel van sociale actie gebeurde. Daarnaast zal men stakingbrekers

²⁹⁰ POC-GC, *Eindverslag*, , *Parl.St.* , *Senaat* 1998-1999, 8 december 1998, 1-326/9, 209.

²⁹¹ *Supra* Hoofdstuk 1, §2.5 en §3.

²⁹² Vooral bij “computerchantage” lijkt het het tijdsgebrek te zijn dat het beroep op de overheid of op een legitieme “ontmijner” lijkt in de weg te staan, zodat toch losgeld betaald wordt. Doch dit geldt doorgaans slechts voor de eerste “aanval”. Daarna kan men beroep doen op “bona fide-bedrijven” om een oplossing te zoeken. Vandaar dat wij ook deze vorm van criminaliteit slechts als georganiseerde criminaliteit bestempelen wanneer aan de verderop vermelde vereisten is voldaan.

of concurrenten die toch het werk van het maffiabedrijf zouden willen overnemen, hardhandig uitrangeren²⁹³.

4.3. Beleid overheid

KEURSLIJF- De overheid moet dus goed in de gaten houden welke weerslag haar beleid heeft op de markt. Omdat men bij de kosten-batenanalyse ongelijke grootheden moet afwegen, gaat het steeds om een uiterst hachelijke oefening. Wanneer de negatieve effecten de overhand (dreigen te) nemen, moet de overheid haar beleid bijstellen. Meestal tracht zij met een harder repressief optreden de vraag en/of het aanbod terug te dringen. Die kunnen evenwel erg groot of weinig soepel zijn en daarenboven zit aan het verbiedend-repressief optreden ook een rekening vast. De geschikte mensen en middelen zijn doorgaans schaars en dus duur. Veralgemeend repressief optreden brengt hoe dan ook steeds een heleboel negatieve neveneffecten teweeg. De overheid dreigt marginale bevolkingsgroepen te creëren of hun positie aan de zelfkant van de maatschappij te bestendigen. Een uitgebreid controlesysteem remt de economische activiteit. Normgeving die te ver staat van de dagdagelijkse beleving en het normgevoel van de bestemming van de norm erodeert het normbesef. Vaak besluit het beleid daarom om de koord wat te lossen en het verbod af te zwakken. Men kan bijvoorbeeld het overheidsmonopolie in de arbeidsbemiddeling opgeven, de arbeidsreglementering flexibeler maken en de kost van laaggeschoolde arbeid drukken, zodat kandidaat-werkgevers een minder riskant alternatief kunnen kiezen voor de koppelbazen. Of men kan het gebruik van natuurlijke hormonen als groeiversnellers in veeteelt toelaten, opdat daarmee het illegaal gebruik van kunstmatige hormonen zou verminderen. Wij zullen aangeven dat de overheid meestal tracht zowel wortel als stok te hanteren.

VOORBEELDEN- Ruggiero²⁹⁴ illustreert in een stuk over de wapenhandel hoe de grote zaken van de georganiseerde criminelen in handen van “legitieme” ondernemingen belanden. Die zullen weliswaar wel gebruik willen maken van “commissies”, embargo’s omzeilen e.d. Hij beschrijft hoe een grijze markt ontstaat en georganiseerde criminaliteit verwatert tot organisatiecriminaliteit. Op een vergelijkbare wijze zijn de porno- en gokindustrieën in de USA tot “gewone”

²⁹³ *Supra* Hoofdstuk 1, §3.

²⁹⁴ RUGGIERO, V., “War Markets...” , *op.cit.*, 5-20. Hij suggereert georganiseerde criminaliteit en “corporate crime” samen te behandelen, maar het door hem gekozen verzamelbegrip “dirty economics” is niet bepaald verhelderend: RUGGIERO, V., “Criminals and service providers: Cross-national dirty economies”, *Crime, Law & Social Change* 1997 , 27-38.

zakenwereld gaan behoren. Doch in vele sectoren beschikt de overheid slechts over een hele kleine beleidsmarge. De grote welvaartsverschillen en de toegenomen transportmogelijkheden maken dat de strijd tegen de “mensenhandel” bijvoorbeeld niet te “winnen” valt²⁹⁵. De grote meerderheid van tegenstanders van een open-deurenbeleid vreest dat het destabilisatie van onze maatschappelijke orde zou teweegbrengen²⁹⁶. Vandaar de pijnlijke pogingen van West-Europa, de Verenigde Staten of Canada om tegelijk een ontmoedigingsbeleid te voeren en vluchtelingen toch menselijk te behandelen. Wanneer, om een ander voorbeeld te geven, de medische mogelijkheden tot orgaantransplantatie toenemen en het aantal geschikte donoren afneemt omdat bijvoorbeeld de bevolking vergriest en het aantal dodelijke verkeersongevallen daalt, verhoogt het risico op illegale organenhandel of omkoping van de beslissers. Vele mensen zijn immers bereid om het even wat te betalen als zij of hun naasten daardoor kunnen overleven. De overheid kan evenwel weinig meer doen dan scherp toezien, waken over de onkreukbaarheid van de medische wereld en het stimuleren van onderzoek naar alternatieven (substituten voor het aanbod).

BELEIDSIMPACT- De overheid slaat in veel gevallen de bal mis, waarmee wij bedoelen dat het resultaat van de interventie dikwijls afwijkt van het vooropgestelde. De meeste mensen zien het beleid als een soort biljart, waarop iemand die wat onderlegd is vrij goed kan richten waar hij de bal naartoe wil laten gaan en, zij het wat minder, wat daarvan het resultaat zal zijn. In de praktijk lijkt het beleid eerder op een flipperkast. De speler beslist wel wanneer de bal te lanceren, maar daarna is die overgeleverd aan allerlei krachten die hem alle richtingen uit kunnen duwen. Een hoge graad van onvoorspelbaarheid kenmerkt het spel. Een flipperkastspeler krijgt slechts op heel concrete momenten de kans om een slag te geven en dan nog zijn de mogelijkheden om de bal te sturen vaak beperkt. Slaat hij even te vroeg of te laat toe, dan is hij gezien, soms is er hoe dan ook niets aan te doen omdat de bal buiten het bereik van zijn “flippers” blijft. Moet hij daarom moedeloos worden? Neen, want het is onmiskenbaar dat sommige mensen gewoonweg veel hogere scores halen dan andere: het toeval is verspreid over alle spelers, zodat het talent, de behendigheid, nog veel kan goedmaken. Wanneer de speler echter als een razende Roeland tegen de flipperkast gaat schoppen, slaat die “tilt” en is verlies onvermijdelijk.

²⁹⁵ Volksverhuizingen zijn trouwens van alle tijden.

²⁹⁶ *Parl. St. kamer* 1993-94, 973/7, 101 p en 673/8, 371 p.

4.4.Voordelen

NUCHTER- De verdienste van de benadering van prof. Bovenkerk ligt in haar *nuchter*, niet zo moraliserend karakter. Net als bij Van Duyne kan hij wijzen op de gelijkenissen tussen de criminele en de legitieme ondernemers.

BEROEPSCRIMINALITEIT- De onderzoeksmethode is ook geschikt om het *onderscheid* te maken tussen *beroepscriminaliteit* en georganiseerde criminaliteit. Onder eerstgenoemde horen dan (bank)overvallers, ontvoerders, professionele dievenbenden of oplichters thuis. De criminaliteit vervult daar slechts hun persoonlijke behoeften, terwijl georganiseerde criminaliteit daarentegen tegelijkertijd aan een maatschappelijke behoefte voorziet. Vandaar dat zij moeilijker uit te roeien is: het uitschakelen van een groep creëert immers een vacuum dat een nieuwe of een andere groep zal opvullen. Voor een werkelijke *oplossing* (of alleszins het binnen de perken houden van het probleem) zal de maatschappij ervoor moeten zorgen dat de achterliggende behoeften verdwijnen, teruggedrongen worden of op een alternatieve wijze voldaan²⁹⁷. Wij zijn het met Bovenkerk eens dat (goedbedoeld) overheidsbeleid soms (willens nillens) bijdraagt tot de groei van georganiseerde criminaliteit.

CONSENSUALITEIT- Het bestuderen van de “criminele” markt geeft mensen als Bovenkerk eveneens de gelegenheid te illustreren dat een groot deel van de criminaliteit *consensueel*, transactioneel, slachtofferloos is. Met deze termen geeft men aan dat het misdrijf eigenlijk bestaat bij wederzijdse toestemming: het gaat om een overeenkomst tussen de partijen, een ruil van goederen of diensten, een *quid pro quo*. Dat zal natuurlijk gevolgen hebben voor de manier waarop de overheid met dergelijke misdrijven moet omgaan, voor de ontdekking, de opsporing en de vervolging ervan. Daarenboven heeft deze benadering, net zoals die van Van Duyne, het voordeel te wijzen op de frequente relaties tussen de criminelen en mensen of instellingen uit de “*bovenwereld*”. Die relaties blijken, dat zagen we al bij Jan de Lichte en de zijnen, niet zelden wederzijds genoeg te verlenen.

²⁹⁷ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrapport onderzoeksgroep Fijnaut, 21.

4.5. Nadelen

SCHIJNOPLOSSINGEN- Critici²⁹⁸ werpen echter op dat in de visie van Bovenkerk een aantal blinde vlekken zitten. Zo overdrijft²⁹⁹ hij de functionaliteit van georganiseerde criminaliteit. De kortetermijnoplossingen zijn vaak schijnoplossingen, de voorziening in illegale behoeften laat vaak te wensen over. Het illegaal lozen of dumpen van “afvaloverschotten” mag dan wel het probleem voor de eigenaar “oplossen”, voor de maatschappij kan er van “oplossing” geen sprake zijn. De functionaliteit van sommige illegale markten laat ook wel te wensen over: in welke mate kunnen we ‘seks voor drugs’ beschouwen als een echte ‘consensuele transactie? De illegale kredietverlening blijkt meestal een eufemisme voor woeker, wurgleningen of afpersing. Bovenkerks benadering³⁰⁰ laat dus de andere kant, de sociale schade van georganiseerde criminaliteit, onderbelicht. Zo belet het feit dat criminelen op illegale wijze voldoen aan een niet-voldane vraag de ontwikkeling van rendabele legitieme ondernemingen: het vervalst de concurrentie. Bedrijven die zich wel aan de wet houden, zijn de dupe.

SCHIJNCONSENSUALITEIT- Daarenboven zijn veel vormen van georganiseerde criminaliteit, zoals gezegd niet of slechts gedeeltelijk “consensueel”. Wat begint als een symbiotische relatie kalft niet zelden af tot een parasitaire. Het consensueel “krediet” of de “consensuele” betaling van beschermingsgeld door ondernemers vormen vaak slechts een dun laagje vernis op wat eigenlijk zuivere afpersing is. Subtiele afpersing soms, dat wel. Van een echte overeenkomst, een wederzijdse toestemming blijkt evenwel geen sprake. Burgerrechtelijk zou men zeggen dat er een wilsgebrek bestaat, dat de toestemming niet geldig is omdat ze door dwang of bedreiging verkregen is. Het gaat dus vaak om verkapte “predatoire” criminaliteit (roof), waarbij de dreiging die van de criminele organisatie uitgaat als een breekijzer dient voor het afdwingen van de “consensus”. De aanwending van een sterke(re) onderhandelingspositie onderscheiden van chantage, het uithouden van organisatie van en uitbuiting van prostitutie, het inschatten door een buitenstaander van de juiste prijs van ‘eigenaardige’ transacties: het is moeilijker dan het lijkt. Zoals wij verderop in dit proefschrift zullen illustreren, heeft het te maken met het door buitenstaanders normatief inkleuren van begrippen als “wilsvrijheid” en zijn

²⁹⁸ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrapport onderzoeksgroep Fijnaut, 23.

²⁹⁹ Helemaal onbestaand is die niet: GAMBETTA, D., *op.cit.*, wijst erop dat vele groepen inderdaad bescherming bieden.

spiegelbeeld, overmacht en – vooral - “onrechtmatige” dwang. Het gaat precies om één van die elementen die elk debat over georganiseerde criminaliteit zo moeilijk maken: meestal bestaat er geen duidelijke lijn tussen slachtoffer (sympathiek) en dader (antipathiek). Vele daders beschouwen zichzelf niet zonder enige grond als slachtoffers: de kleine koerier van de grote handelaar in illegale goederen, de ambtenaar die informatie doorspeelt omdat hij tot over zijn oren in de speelschulden zit, de werkgever die zijn bedrijf tracht te redden door “verdachte” investeerders te aanvaarden, al wie bezwijkt voor de druk van de criminelen...³⁰¹.

MACROPERSPECTIEF- Professor Bovenkerk maakte ook deel uit van de Onderzoeksgroep Fijnaut die werkte aan de beeldvorming van georganiseerde criminaliteit voor de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden. Omdat de doelstelling van dat onderzoek precies het afstemmen van de opsporingsorganisatie en de praktijken van de opsporingsinstanties was, moest hij zich aansluiten bij haar omschrijving (zo dadelijk: §5). Zij richten het onderzoek op “organisaties” en wat hen zo gevaarlijk maakt³⁰². De onderzoekers stippen aan dat eerder dan tegenstrijdig, de twee benaderingen mekaar aanvullen. Bovenkerk benadert het crimineel ondernemen vanuit macro-economisch standpunt, hij kijkt naar de markt. De Onderzoeksgroep Fijnaut spitst zich meer toe op de criminele organisaties, dat wil zeggen de ondernemingen, het micro-economisch perspectief. Dit laatste kan natuurlijk slechts mits een macro-economische basiskennis.

§5. Wat doen zij voor mekaar en waarom? De organisatie en de houding als sleutels tot de omschrijving

5.1. Een strakkere omschrijving

KRITIEK OP BKA-TYPE- De Onderzoeksgroep Fijnaut bekritiseerde zoals gezegd de nogal ruime omschrijvingen van het BKA-type. *“Een dergelijke definitie die zo veel verscheidenheid aan criminaliteit met zulke uiteenlopende maatschappelijk impact omspannt, is naar onze mening onbruikbaar voor zowel wetenschappelijke analyse van georganiseerde criminaliteit als voor de juridische normering van*

³⁰⁰ Dat wil zeggen zijn eerste uiteenzetting, later heeft hij de kritiek zoals gezegd verwerkt tot een meer genuanceerd beeld: *supra* voetnoot 284.

³⁰¹ De repercussies hiervan voor strafbaarstelling en afhandeling van de strafzaak komen verder in dit proefschrift nog aan bod.

³⁰² ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrapport onderzoeksgroep Fijnaut, 32-33.

opsporingsmethoden in de strijd tegen deze criminaliteit.” Vandaar dat zij op zoek gingen naar een definitie die “meer onderscheidend vermogen heeft”, zonder dat zij zich zou beperken tot een stereotype beschrijving waaraan alleen de Italiaanse maffiagroepen zouden voldoen. Zij besluiten de daders centraal te stellen³⁰³, niet de maatschappelijke functie van de door hen gepleegde criminaliteit, noch de aard van die criminaliteit. Ze weigeren elke vorm van drugshandel zonder meer tot de georganiseerde criminaliteit te rekenen, net zo min als alle mensensmokkelaars, alle fraudeurs of alle pooiers.

OMSCHRIJVING- Waarin onderscheidt die georganiseerde criminaliteit zich van andere? Volgens de Onderzoeksgroep Fijnaut vormt de opstelling van de plegers de sleutel. *“Zij zijn in een aantal opzichten bereid en in staat “verder” te gaan dan andere misdrijfplegers. Dit onderscheid zal in onze definitie tot uitdrukking worden gebracht”*³⁰⁴. *“Er is sprake van georganiseerde criminaliteit indien groepen die primair gericht zijn op illegaal gewin systematisch misdaden plegen met ernstige gevolgen voor de samenleving, en in staat zijn deze misdaden op betrekkelijk effectieve wijze af te schermen, in het bijzonder door de bereidheid te tonen fysiek geweld te gebruiken of personen door middel van corruptie uit te schakelen.”*

5.2. Groepen, primair gericht op illegaal gewin

GROEPEN- Het moet dus gaan op groepen die in de eerste plaats, hoofdzakelijk gericht zijn op illegaal gewin. Voor die groepen is men niet echt veeleisend: niet alleen die met een uitgebalanceerde taakverdeling en hiërarchische structuur, ook *“knooppunten in sociale netwerken waartussen rudimentaire taakverdeling bestaat”*³⁰⁵. Verder in hun onderzoek noemen ze dergelijke groepen ook “cliques”, die dan deel kunnen uitmaken van grotere “netwerken”. Het bindmiddel, wat de groep aaneen houdt, kan louter zakelijk zijn, maar vaak is het meer. Dan is de cohesie het gevolg van familiebanden, etnische verwantschap of het behoren tot een gezamenlijke subcultuur zoals die bestaat bij straat- of motorbendes.

Individuele komen en gaan, doch de criminaliteit gaat door.

³⁰³ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrappport onderzoeksgroep Fijnaut , 24.

³⁰⁴ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrappport onderzoeksgroep Fijnaut , 24.

³⁰⁵ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrappport onderzoeksgroep Fijnaut , 25.

POLITIEKE CRIMINALITEIT- Selectiever is de vereiste dat de groepen “*primair op illegaal gewin gericht*” moeten zijn. Daarmee gooien zij twee “problematische” categoriën bewust overboord. Eerst en vooral sluiten zij politieke misdrijven en misdrijven die uitsluitend begaan worden om politieke macht te verwerven uit. Ze doen dat met een erg beknopte motivering :“*Dergelijke politieke misdrijven zijn van een volstrekt ander karakter en kaliber dan misdrijven die uit winststreven worden gepleegd. Deze constatering is op zichzelf al voldoende reden om beide typen misdrijven definitief te onderscheiden.*” De professoren beseffen maar al te goed dat wat zij als een vanzelfsprekendheid voorstellen, het voor heel veel mensen niet is. Zij hebben tegenpruttelaars op snelheid willen pakken, gewoon omdat ze de tijd niet hebben om alles van naadje tot draadje uit te leggen. Na Hoofdstuk 1 kan er nochtans geen twijfel over bestaan dat politieke opstanden en gemeenrechtelijke groepsriminaliteit mekaar vaak kruisen, ook omdat ze vergelijkbare reacties van de overheid uitlokken.

ORGANISATIECRIMINALITEIT- Bovendien drukt de gerichtheid van de groepen op illegaal gewin uit waar wij al eerder op wezen: de gelijkenis die georganiseerde criminaliteit vertoont met gewone commerciële organisaties. Opnieuw blijkt het model dat van de “criminele onderneming” te zijn. Niet elke onderneming die betrokken is bij misdrijven is een criminele onderneming. Dat is pas het geval wanneer zij primair op illegaal gewin³⁰⁶ gericht is, dat wil zeggen dat de criminaliteit haar hoofdactiviteit uitmaakt. Zo ontdoet de onderzoeksgroep zich van de – op het vlak van de omschrijving - uitermate problematische categorie van de zogenaamde organisatiecriminaliteit (en zelfs van de witteboordencriminaliteit). Daarmee bedoelt men legitieme ondernemingen of organisaties die systematisch misdrijven plegen. Misschien ligt het aan de meer sociaal-democratische inslag van Europa, doch de gelijkschakeling van grote witteboordencriminaliteit met georganiseerde criminaliteit lijkt typisch voor het oude continent³⁰⁷. Als antwoord op de vele collega's die gelijkenissen tussen het criminele en het legale bedrijfsleven hebben beklemtoond, concentreert de onderzoeksgroep Fijnaut zich op de verschillen³⁰⁸. Het illegaal

³⁰⁶ In Deel V zullen wij nog de gelegenheid hebben om het begrip “illegaal gewin” te problematiseren.

³⁰⁷ We zullen verderop wel aangeven dat dezelfde “instrumenten”, dezelfde wetgeving wel tegen beide categoriën gebruikt wordt in de V.S. Daar heeft men trouwens nooit het begrip Organised Crime in de wetgeving willen gebruiken (over RICO verderop, *infra* Deel II, Hoofdstuk 3).

³⁰⁸ Dat wil geenszins zeggen dat mensen als Van Duyne blind bleven voor de “moeilijkheden” die de illegaliteit de misdaadonderneming bezorgt. (VAN DUYNÉ, P., “Strategieën ter bestrijding van georganiseerde misdaad”, *op.cit.*, 452-456.)

karakter van de hoofdactiviteit heeft immers “grote doorwerking op de wijze waarop criminele samenwerkingsverbanden zijn ingericht. Vanwege het illegale karakter van het produkt, de dienst, en de bijbehorende activiteiten, is ook het bestaan van de groep als geheel illegaal. Alles is als het ware doordrongen van deze illegaliteit: niemand heeft een rechtspositie, er kan geen reclame worden gemaakt, conflicten kunnen niet via de rechter worden uitgevochten. Kortom: wat behoort tot de gewone facetten van het zakenleven is onbestaanbaar in het leven van criminele ondernemers. Dezen zullen bij het aangaan , uitvoeren en controleren van hun zakelijke transacties op een andere wijze te werk moeten gaan dan legale ondernemers. Zij zullen met de handicap van de illegaliteit moeten zien te overleven, en niet in de laatste plaats dienen te voorkomen in het vaarwater van politie en justitie verzeild te geraken”³⁰⁹

GRENSGEVALLEN- Dat bij het hanteren van een criterium als “primair gericht op illegaal gewin” er altijd moeilijke grensgevallen zullen bestaan, spreekt vanzelf. De vermenging met legitieme activiteiten maakt het vaak moeilijk uit te maken of de – uit hun aard verborgen - illegale operaties nu al dan niet de hoofdzaak zijn geworden. Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen het winstbejag dan wel de politieke oogmerken van een groep die misdrijven pleegt. Dat geldt zeker voor “bevrijdingsorganisaties” die hun dure strijd financieren met “afgeperste” steunbijdragen, die drugs ruilen voor wapens, enz. De professoren beseffen ook dat het op papier duidelijke onderscheid in de complexe werkelijkheid minder mee valt. Zij illustreren dat ook door grensgevallen te bestuderen.

5.3. Systematisch misdrijven plegen met ernstige gevolgen voor de samenleving

VAAK EN ERG- Ten tweede vereist de onderzoeksgroep dat deze groepen systematisch misdrijven plegen met ernstige gevolgen voor de samenleving. Daarmee elimineren zij ernstige misdrijven die niet zonder meer ernstige gevolgen hebben op de samenleving als geheel (een geïsoleerde moord of incidentele ontvoering) en systematisch begane kleinere misdrijven. Met dit laatste bedoelen zij de exploitatie van een kleine hashlijn of een reeks van systematische fietsdiefstallen, wat de onderzoeksgroep dus niet als georganiseerde criminaliteit beschouwt. De profesoren stippen zelf het arbitrair en subjectief karakter van een criterium als

³⁰⁹ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrapport onderzoeksgroep Fijnaut , 26.

“ernstige gevolgen voor de maatschappij”. Zij willen, een beetje als keerzijde van de eerdere analyse van Bovenkerk, aangeven dat georganiseerde criminaliteit niet alleen individuen tot slachtoffer maakt, maar ook de markten of samenleving als geheel. Waar Bovenkerk terecht aanstipte dat ook een aantal mensen baat hebben bij het optreden van georganiseerde criminaliteit, geeft de onderzoeksgroep de keerzijde aan: het ontwrichtend effect op de markt van grootschalige fraudes, het economisch probleem dat de buitensporige winsten in de drugssector kunnen veroorzaken in andere sectoren van de economie. Het vereisen van “ernstige gevolgen” vormt een probleem voor hen die de overheid preventief willen laten tussenkomen. In bepaalde gevallen zullen zij iets als een ernstig misdrijf beschouwen als de *mogelijke gevolgen* voor de samenleving ernstig zijn. Het onrechtmatig bezit van zwaar toxisch of radio-actief materiaal hoeft niet noodzakelijk schadelijke gevolgen te hebben, het blijft een *riskante* bezigheid.³¹⁰

SAMENLEVING- Hoe ernstig die gevolgen zijn hangt natuurlijk af van wat men als “de samenleving” beschouwt³¹¹. De problematiek vertoont gelijkenissen met de handhaving van het mededingingsrecht. Om na te gaan of bijvoorbeeld een onderneming een dominante positie inneemt op een markt, komt het er daar natuurlijk op aan te bepalen wat de markt is. Gaat het om de markt van handhaardrogers, van haardrogers of van kleine huishoudtoestellen? Is de markt van de Internet-bladerprogramma (browsers) te onderscheiden van die van de zogenaamde operating systems waar die browsers in zitten? Hetzelfde geldt voor de geografische afgrenzing van markten of segmenten: terwijl voor het ene product een straat of wijk al een relevant marktsegment kan zijn, geldt voor het ander een stad of streek als markt (bioscopen bijvoorbeeld), nog voor andere het land als relevant marktsegment. Tenslotte zijn er producten waarvoor de wereld werkelijk zowat de enige relevante markt lijkt: dat is bijvoorbeeld het geval voor grote vliegtuigen of satellieten, misschien ook wel voor diamanten. Hoewel het proces gejuridiseerd werd, zijn het eigenlijk economische (en politieke) factoren die de “relevante markt” bepalen. Wanneer we dus “ernstige gevolgen voor de samenleving bepalen”, moeten we een beetje een vergelijkbare oefening maken. Is “de samenleving” de

³¹⁰ *Infra* Deel II en Deel III.

³¹¹ De Onderzoeksgroep Fijnaut begon eigenlijk met de bedoeling om het probleem in kaart te brengen voor Nederland. Dra bleek nochtans dat, met de tijdslimiet die voor hun onderzoek bestond, dat onbegonnen werk was. Vandaar dat zij enkele grote en enkele minder grote steden uit de verschillende delen van het land onderzochten om zo tot een min of meer representatief “monster” te komen. Daarnaast lichtten zij enkele sectoren of beroepsgroepen

Brusselse probleemwijk, de stad Antwerpen, Vlaanderen, België of Europa? Zijn noodmaatregelen in heel Europa aangewezen wanneer de misdrijven van een aantal groepen zeer ernstige gevolgen hebben voor de samenleving in sommige delen van Europa?

5.4. In staat zich op betrekkelijk effectieve wijze af te scherm

VERSCHIL- De toevoeging van dit element zien wij als de grote verdienste van de onderzoeksgroep Fijnaut in de West-Europese discussie omtrent de omschrijving van georganiseerde criminaliteit. In medische termen zou men spreken van de “resistentie” van de groepen ten aanzien van de klassieke antibiotica, in biologisch-militaire van een pantser waarop aanvallen afketsen. De criminele organisaties komen weer, als onkruid, als de kat in het Zuid-Afrikaanse volksliedje.

ONMISBAARHEID- De afscherming kan aan verschillende elementen te danken zijn. Uit Bovenkerks benadering leerden we al welke maatschappelijke functionaliteit georganiseerde criminaliteit kan hebben. De onderzoeksgroep Fijnaut neemt Bovenkerks centrale stelling over, door aan te geven dat wanneer de criminele organisatie dat afschermen een tijdje volhoudt, ze zich kan consolideren in haar functie. Andere deelnemers aan de markt erkennen haar met andere woorden als een volwaardige en effectieve medespeler, die mee de zaken draaiend houdt en stabiliteit waarborgt³¹². Het gebruik van geweld of corruptie is in die fase niet langer nodig. Waarschijnlijk doelt het BKA op dergelijke situaties wanneer het “machtsaspiraties” of “het beïnvloeden van de bedrijfswereld” in zijn definitie van georganiseerde criminaliteit opneemt. Fijnaut c.s. geeft evenwel aan dat deze “marktvrede” slechts bestaat zolang de overheid haar tolerereert. Zodra de overheid of het “cleane” bedrijfsleven de verloren markt tracht te heroveren of te saneren, steekt de “regulator” opnieuw de klauwen uit.

GROEPSTROUW- Een ander element dat de afscherming mogelijk maakt, is de groepstrouw. De leden van criminele organisaties of derden die zich binnen hun machtssfeer bevinden, werken op geen enkele manier mee aan strafonderzoeken,

(branches) door die als kwetsbaar ten aanzien van of nuttig voor criminele organisaties beschouwd werden.

³¹² Andere overbekende voorbeelden van de tijdelijke politieke aanvaarding van de maffia als noodzakelijke partner zijn de samenwerking van de Amerikaanse regering met notoire mafiosi zoals Luciani voor de verovering van Sicilië tijdens WO II (*supra*, Hoofdstuk 1, 5.1.) of het beroep door de Italiaanse regering op tussenkomst van de Napolitaanse Camorra bij de

laat staan dat ze makkelijk bekentenissen zouden afleggen of anderen aangeven. Criminele organisaties slagen erin hun leden ervan te overtuigen het groepsbelang boven het eigenbelang te stellen. Meestal komt dat eigenlijk erop neer die twee te verzoenen, dat wil zeggen dat alle leden ervan overtuigd zijn dat het verdedigen van het groepsbelang ook in hun eigen belang is. Dat kan gebeuren door een aantal gemeenschapsbouwende (inwijdings)rituelen, uiterlijke tekens, een gezamenlijk jargon en een alternatieve ercodes. Naast die “sociologische mortel” bestaan er ook economische banden. De groep bezorgt zijn leden niet alleen werkgelegenheid, maar ook een alternatieve sociale zekerheid. Dat heeft zijn belang vanwege het grote risico op ‘arbeidsongevallen’ en ‘technische werkloosheid’, dat wil zeggen een verblijf in de gevangenis. De organisatie zorgt dan voor advocaten (en in het allerbeste geval voor magistraten of juryleden) en vangt de familie van de gevangene op. Alle leden weten evenwel ook dat verraad zwaar bestraft kan worden, hetzij door directe repressailles, hetzij onrechtstreeks door het aanpakken van wie hem “dierbaar” is.

TEGENAANVAL- Bij dit laatste ligt het kalf uiteindelijk gebonden: *“wanneer, met andere woorden, de positie van de groep van buitenaf of van binnenuit in gevaar wordt gebracht, manifesteert zich een eigenschap die altijd al latent aanwezig was, namelijk de bereidheid om geweld of corruptie te gebruiken om de eigen belangen te verdedigen. In de wetenschappelijke literatuur over georganiseerde criminaliteit worden deze eigenschappen dikwijls als typerend en onderscheidend gezien ten opzichte van andere vormen van criminaliteit”*³¹³ Het geweldgebruik om de interne discipline en groepstrouw te handhaven (wat in wel meer omschrijvingen opduikt) is volgens Fijnaut c.s. *“slechts een verschijningsvorm van een meer algemeen kenmerk van georganiseerde criminaliteit, namelijk de bereidheid en het vermogen om verregaande methoden toe te passen om illegale activiteiten af te schermen tegen de overheid”*. Ze noemen die methoden contra-strategiën, waarbij zij defensieve onderscheiden van offensieve. Eerstgenoemde komen bij zowat elke serieuze crimineel voor: het gaat om het trachten te voorkomen van detectie, het “verheimelijken” van het illegaal gedrag. Dat doet men door sporen te wissen, getuigen af te dreigen, van auto te wisselen om observanten af te schudden, valse papieren te gebruiken enz.

onderhandelingen over een door de Rode Brigades ontvoerde minister in de jaren zeventig (DELLA PORTA, D., *op.cit.*, 161).

³¹³ ENQUETECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, Bijlage VII Eindrapport onderzoeksgroep Fijnaut, 27.

OFFENSIEVE CONTRASTRATEGIEËN- Veel zorgwekkender en kenmerkend voor georganiseerde criminaliteit zijn volgens Fijnaut c.s. de offensieve contrastrategieën. De criminelen gaan met andere woorden in het tegenoffensief, zij gaan de overheid aanvallen. De onderzoeksgroep ontleedt die contrastrategieën in drie types. Eerst en vooral kan de groep het overheidsoptreden trachten te verlammen door de ambtenaren *om te kopen of bang te maken*. Daarnaast wijzen zij op het gebruik van “*invloedrijke derden (naast vrije-beroepsbeoefenaars kunnen dit bijvoorbeeld wetenschapsbeoefenaren, bestuurders, en dergelijke zijn)*” Zij geven het voorbeeld van een hoogleraar die gunstige informatie verstrekke over de hoofdverdachte in een witwaszaak. De derde en laatste manier om de *overheid* aan te vallen is haar, of haar mensen in *diskrediet* te brengen, waarbij de media - al dan niet bewust - als bondgenoot van de criminelen optreden³¹⁴. De gevoeligheid van dergelijke materie behoeft geen toelichting³¹⁵.

BESLISSEND ASPECT- Het weze duidelijk dat criminele organisaties dus geweld en corruptie gebruiken *tegen overheidsopgingen om hen te kortwieken*, als contrastrategie. Het volstaat dus niet dat zij geweld of corruptie zouden gebruiken bij het plegen van de misdrijven die de hoofdactiviteit van de groep uitmaken. Een bende overvallers gebruikt geweld, maar is daarom nog geen criminele organisatie. Een bedrijf dat jarenlang illegale commissies betaalt om overheidscontracten binnen te halen, pleegt wel corruptie maar is daarom nog geen criminele organisatie. Op dit beslissend punt verschillen de Nederlandse en de BKA-definitie het meest.

VOORDEEL- Deze omschrijving heeft als evidente sterke kant haar scherpste. Het aantal groepen dat echt dermate stevig in zijn criminele schoenen staat, is zeker in Noord-West-Europa, vrij beperkt. Dat maakt het mogelijk de inspanning bij voorrang op die groepen te concentreren, vanzelfsprekend onder het voorbehoud van wat we hierboven gezegd hebben over de scheefgetrokken marktsituaties. De bedreiging voor democratie en rechtsstaat, die de meeste politici³¹⁶ als rechtvaardiging gebruiken voor de offers die zij voor de aanpak van de georganiseerde criminaliteit vragen, ligt volgens de onderzoeksgroep Fijnaut in de mogelijkheid om het overheidsoptreden op onrechtmatige wijze te verlammen. Want daardoor verliest die

³¹⁴ Vergelijk met de kermiszangers in de tijd van Jan de Lichte (*supra* Hoofdstuk I, §1).

³¹⁵ VERDUYN, L., “ ‘Gewapend bestuursrecht’ “, *De Morgen* 12 december 1998, 2.

³¹⁶ En sommige politiemensen: BERKMOES, H., *op.cit.*, 28: waarbij die vooral op de concurrentievervalsing en chantage van de politiek wijst.

haar grip op de situatie, daardoor kan de criminele organisatie uitgroeien tot een staat in de staat. Met deze benadering komen veel minder groepen echt onder de noemer georganiseerde criminaliteit. Daardoor vermijdt ze een heksenjacht waarbij iedereen verdacht is, alle argumenten geldig zijn en alle oplossingen verantwoord. Ze verplicht de overheid eerst een "normale" controletaak uit te voeren, zodat niet onmiddellijk naar de extreme wapens "tegen de georganiseerde criminaliteit" gegrepen moet worden.

WAARSCHUWING- Fijnaut waarschuwde overigens voor de veel voorkomende misvatting dat het feit dat een bepaald gedrag niet als georganiseerde criminaliteit wordt beschouwd, niet betekent dat het niet ernstig zou zijn. Integendeel: grote witteboordencriminaliteit, zoals rampzalige milieumisdrijven, terrorisme, individuele moorden of ontvoeringen kunnen net zo goed uitermate belangrijk zijn. Ze verdienen alle aandacht van alle verantwoordelijken. Doch dat betekent nog niet dat het om "georganiseerde criminaliteit" gaat...³¹⁷

OVERHEID- Georganiseerde criminaliteit is in de conceptie van Fijnaut en de zijnen dus een functie van het overheidsoptreden. De Nederlandse overheid kan voorlopig nog steeds bogen op een sterk vertrouwen van de bevolking. Daardoor kan het beeld van "integere overheid" (sympathiek) die bedreigd wordt door criminelen van buitenuit (antipathiek) gehanteerd worden. Vertrouwen in de integriteit van de overheid vormt de sokkel van de hele constructie. Naarmate de verwevenheid tussen de overheid en de criminaliteit groter, of met andere woorden het vertrouwen in de integriteit van de overheid kleiner is, valt de omschrijving minder makkelijk te hanteren. Dat valt vooral op wanneer men moet samenwerken met landen uit Afrika, Centraal-en Oost-Europa of Centraal- en Zuid-Amerika. Het valt daarom te vrezen dat de omschrijving van de onderzoeksgroep Fijnaut dus enkel nuttig bruikbaar is in Westerse democratieën. Ze levert trouwens een paradox op: hoe minder overheidsoptreden en hoe lossere de greep van de overheid, des te minder georganiseerde criminaliteit... . Vandaar dat de wetenschappers herhaaldelijk gepleit hebben voor een gematigd optreden. Ze willen vermijden dat er een escalatie komt.

³¹⁷ Deze misvatting heeft te maken met het waarom van het gebruik van het "georganiseerde criminaliteit-argument". (*infra*)

5.5. Gebruik van de omschrijving in België

INVLOED- In Nederland lijkt, binnen de Enquêtecommissie en in haar zog, een vrij ruime consensus gegroeid rondom de definitie van de onderzoeksgroep Fijnaut³¹⁸. Vooral in Vlaanderen volgde men de commissie Van Traa op de voet, zodat ook de nadruk op een striktere omschrijving en op de offensieve contrastrategieën kwam overwaaien.

BELGISCH PARLEMENT- De POC-GC ging als een stierenvechter dapper de definitiestrijd aan, maar bleef in haar eerste rapport steken in het artistieke werk met het rode doek en verliet de arena zonder de stier af te maken³¹⁹. De Commissie Dutroux deed in haar tweede rapport de Senaatscommissie misschien iets teveel eer aan³²⁰ door te laten uitschijnen dat deze een duidelijke keuze zou gemaakt hebben in de definitiekwestie : « *Georganiseerde criminaliteit onderscheidt zich immers van andere vormen van criminaliteit door haar ondernemingskarakter en haar capaciteit om het overheidsoptreden tegen criminele organisaties te neutraliseren. Deze organisaties trekken zich steeds minder aan van de nationale grenzen en hebben dikwijls een uitgesproken internationaal karakter* »³²¹ Dat ruikt al heel sterk naar de Nederlandse omschrijving. Vervolgens illustreerde zij op overtuigende wijze hoe de autozwendel in de regio Charleroi zowel over dit ondernemingskarakter beschikte als over de capaciteit om het overheidsoptreden te neutraliseren.

ANALYSES- Ook in de eerste door de regering en de politiediensten gemaakte analyses, op basis van de « geoperationaliseerde » BKA-definitie, hanteerden de analisten voorlopig een definitie die organisatiecriminaliteit uitsluit³²². Dat « operationaliseren » gebeurt door de kenmerken op de lijst « te vertalen » in concrete, meetbare elementen. De regering heeft echter aangegeven dat uiteindelijk het parlement – en dan dacht ze vooral aan de POC-GC - moet uitmaken hoe ruim de omschrijving van georganiseerde criminaliteit moet of mag zijn. Daarom valt het

³¹⁸ Voor kritiek op de gehanteerde definitie, *cfr.*: VAN DUYNE, P., “Definitie en kompaswerking”, *op.cit.*, 47-60.

³¹⁹ Heel dit tussentijds rapport was aan de definitiekwestie gewijd, zonder echter een duidelijke keuze te maken tussen de verschillende mogelijkheden: POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 64 p.

³²⁰ Verwijzend naar: POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 61.

³²¹ Parlementair onderzoek naar de wijze waarop het onderzoek door politie en gerecht werd gevoerd in de zaak « Dutroux-Nihoul en consorten », aanvullend verslag namens de onderzoekscommissie uitgebracht door de heer Renaat Landuyt en mevr. Nathalie de T'Serclaes, *Parl.St., Kamer, 1997-98*, 7213/8, 103.

³²² FRANS, B., *op.cit.*, 21.

op dat luidens haar eindrapport, de zigzaggende POC-GC uiteindelijk, althans voor haar « sectoronderzoek », dan toch voor de brede BKA-definitie lijkt te hebben geopteerd³²³.

BESLUIT- Omtrent de omschrijving van georganiseerde criminaliteit bestaat er geen eensgezindheid. Meestal komt men tot een omschrijving die het gevolg is van een beschrijving van kenmerken. Helaas zijn de meeste dergelijke kenmerkencatalogen zo ruim dat de omschrijving onvoldoende onderscheidend vermogen heeft. De scherpste omschrijving werd uitgewerkt door de Nederlandse onderzoeksgroep Fijnaut en legt de nadruk op het gebruik van offensieve contrastrategieën waarmee tegen de overheid opgetreden wordt. In België bestaat er nog geen eenstemmigheid over de omschrijving en evenmin een ondubbelzinnige keuze van de beleidsinstanties, al lijkt een erg ruime omschrijving toch het meest te worden gehanteerd.

HOOFDSTUK 3. MEER WAAGSTUK DAN VRAAGSTUK? Het antwoord bepaalt het probleem georganiseerde criminaliteit

"Op dit ogenblik kregen zij dertig of veertig windmolens in zicht, die daar staan in de velden, en zodra Don Quichot ze zag, zeide hij tot zijn schildknaap: 'Het lot beschikt onze aangelegenheden boven al onze wensen; want zie vriend Sancho Panza, ginds doemen ons dertig geweldige reuzen op, of een paar meer - wat zou het ? - met dewelken ik slag denk te leveren en wien ik allen het leven zal ontnemen. Daarna zullen wij ons verrijken met den op hen gemaakten buit; want dit is goede en wettige oorlog en het is godgevallig werk zulk gemeen gespuis van het oppervlak der aarde weg te vagen."
(Cervantes, *Don Quichot*, vertaling J.W.F. Werumeus Buning en C.F.A. van Dam, Amsterdam 1941, 65.)

§1. Het antwoord werpt zijn schaduw vooruit op de vraag

OMGEKEERDE KWIS- Ook Vlaanderen kon in de voorbije jaren dagelijks genieten van een eigen versie van een programma dat sinds mensenheugenis op de Amerikaanse t.v. loopt. "Jeopardy" kreeg hier de naam "Waagstuk", maar het concept veranderde niet. Het gaat namelijk om een "omgekeerde kwis", dat wil zeggen dat de presentator het antwoord geeft en de kandidaat de bijhorende vraag

³²³ *Supra* 276.

moet zoeken. Telkens hoort de vraag thuis in een rubriek onder een algemene hint. Zo zal in de rubriek “Eerste keer” bij het antwoord “Neil Armstrong” de vraag “Wie was de eerste mens op de maan?” horen. Of bij “Die van Athene in 1896” de vraag “Welke waren de eerste moderne Olympische Spelen?”.

VOORGEGEVEN ANTWOORD- Ook bij de zoektocht naar wat georganiseerde criminaliteit is, wekt men de indruk op een vergelijkbare wijze tewerk te gaan³²⁴. Eerder dan te vertrekken vanuit een gegeven, een kantiaans “an sich” (vraagstuk), bepaalt het antwoord dat al min of meer vastligt de formulering van de vraag in grote mate (waagstuk). Vandaar dat wetenschappers als Brodeur of Van Duyne het zo moeilijk hebben wanneer zij trachten te komen tot een “objectieve” behandeling van het thema. Zij kunnen evenwel niet heen om de in Hoofdstuk 1 vastgestelde alomtegenwoordigheid van het begrip in de retoriek. Als het perspectief zo belangrijk is, loont het de moeite na te gaan waarom de persoon of dienst het over georganiseerde criminaliteit heeft. Ook de POC-GC geeft aan dat de definitie verschilt in functie van de gebruiker en *het doel waarvoor deze gebruiker ze aanwendt*³²⁵.

§2. Het scheppen van een prioriteit

LOBBY- Wie tracht de prioriteitenlijst voor de inzet van de beperkte mensen en middelen te beïnvloeden, zal niet zelden die vormen van criminaliteit als georganiseerd bestempelen die hij bij voorrang door de staat (of door partnerstaten) aangepakt wil zien. Vooral journalisten, drukkingsgroepen of bepaalde overheidsdiensten doen dat. Zo kunnen we lezen over de milieumaffia of de hormonenmaffia. Zo prediken sommigen tegen mensenhandel (in de sport) en wijzen erop dat het ook daar om georganiseerde criminaliteit gaat. Ook in de

³²⁴ “*Sociale problemen bestaan niet, althans niet in de meest letterlijke zin van het woord bestaan. Het zijn geen objectieve feiten maar maatschappelijke constructies die gewoonlijk het uiteindelijke resultaat vormen van acties, gevechten soms, om bepaalde toestanden en ontwikkelingen als problemen erkend te krijgen,*” schrijft Fijnaut in een stuk waarin hij aangeeft hoe de vrouwenhandel een politieke prioriteit werd, maar toch de “aanstokers van de kruistocht” met een katergevoel achterliet. (FIJNAUT, C., “Parlementair Onderzoek, de vrouwenhandel”, *Campuskrant* juni 1993.)

³²⁵ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 12 (een vaststelling die reeds door vele anderen was gemaakt: VERBRUGGEN, F., “Een te botte speerpunt, bedenkingen bij het wetsontwerp betreffende criminele organisaties”, *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht* 1997, 9.

discussie over belastingontduiking³²⁶ en witteboordencriminaliteit in het algemeen en EG-fraude in het bijzonder duikt de benaming meer en meer op (*supra*, Hoofdstuk 1, 4.5). Of men het nu graag heeft of niet, de beeldvorming omtrent georganiseerde criminaliteit heeft ervoor gezorgd dat het om een zwaar negatief beladen begrip gaat.

INFLATIE- Om de belastingen een neus te zetten hoeft men echt met niet veel te zijn, daar komt weinig geweld aan te pas. Mensen die hiervan een prioriteit willen maken, zullen dan ook de definitie van georganiseerde criminaliteit behoorlijk breed moeten houden. Dat levert onmiddellijk het probleem op dat vele anderen zullen vinden dat hun favoriete hoofdbreker ook aan die definitie voldoet. Dat resulteert in teveel prioriteiten, zodat opnieuw een rangschikking nodig is. Het gaat een beetje zoals met het drukken van geld: het is prachtig als jij alleen het doet, iedereen jouw monopolie aanvaardt en je de geldstroom in toom kan houden. Wanneer iedereen ongebreideld nullen kan bijdrukken op zijn briefjes als reactie op het bod van concurrenten, ontwaardt alles bliksemsnel en verliest het geld elk praktisch belang. Wij vrezen dat dat bij ons begrip aan het gebeuren is.

KRACHT- Het blijft niettemin opmerkelijk dat veel regeringen “terrorisme”, dat wil zeggen ideologisch gemotiveerd gebruik van intimiderend zwaar geweld, denigrerend als “maffia” bestempelen. “Terrorisme” is misschien te ideologisch beladen, sommige kringen hebben het als een soort geuzennaam, als synoniem voor guerrilla, opgenomen. De buitenwacht vindt het soms ook moeilijk de hele wereld rondom de personen die effectief geweld plegen, dat wil zeggen mensen die vlugschriften uitdelen of steunbetogingen organiseren, ook als terroristen te beschouwen. Het gebruik van “maffia” moet de ideologische motivatie minimaliseren, die dus willens nillens, nog steeds met enige sympathie wordt bekeken. Het is m.a.w. beledigend voor de “terrorist” om als een “ordinaire huurmoordenaar” of als een geldhongerige afperser te worden afgeschilderd. Landen die terrorisme als hoge prioriteit beschouwen, zullen vaak weigeren het buiten de definitie van georganiseerde criminaliteit te laten, uit vrees de indruk te geven dat het niet belangrijk genoeg zou zijn.

VIJAND- In de retoriek heeft men het vaak antropomorfisch over *de* georganiseerde criminaliteit of *de* criminele organisatie. Dat wil zeggen dat men erover spreekt alsof

³²⁶ Bijvoorbeeld VAN EYLEN, L. en LEFELON, P., “Ongelijke strijd tegen BTW-carroussels, BBI-topman voorstander van politiebevoegdheid voor zijn belastingtroepen”, *De Standaard* 23

men het heeft over een menselijk persoon, meer bepaald een vijand: de georganiseerde criminaliteit weet dit, doet dat, probeert züs of wil zo. Zoals in alle retoriek over vijanden en oorlogen, zijn vereenvoudiging en veralgemening nooit ver weg. Als men dreigt door een vijand onder de voet te worden gelopen, durven weinigen te zeuren over kosten of moeite³²⁷. Voor kostenbatens analyses is gewoonweg geen tijd³²⁸.

§3. Methoden en mislukkingen rechtvaardigen

VAN TRAA- In meeste gevallen lijkt het zoeken naar georganiseerde criminaliteit (en dus een omschrijving ervan) bewogen door de nood om de methoden en bevoegdheden die men heeft of wil krijgen te rechtvaardigen. De weinig omstreden vaststelling dat er opsporingsmethoden bestaan, die weliswaar een grote waarde kunnen hebben voor een strafrechtelijk onderzoek, doch ook onmiskenbare gevaren in zich dragen, vormt het vertrekpunt. Vandaar dat sommige mensen vinden dat zij enkel tegen georganiseerde criminaliteit kunnen worden ingezet. De vraag “wat is georganiseerde criminaliteit?” komt in dat geval neer op “tegen welke vormen van criminaliteit zijn dergelijke bijzondere opsporingsmethoden verantwoord?” Wij herkennen dit argument bij Van Traa en de onderzoeksgroep Fijnaut. Die benadrukken dat de omschrijving van georganiseerde criminaliteit niet te breed mag zijn, omdat ze anders “buitensporige beleidsontwikkelingen” teweeg kan brengen³²⁹. Daarbij denken zij toch in de eerste plaats aan te verregaande opsporingsbevoegdheden, dwangmiddelen of andere procedures waarbij individuele rechten en vrijheden aangetast zouden worden op grond van een soort collectieve noodtoestand-argument. Het was immers dit laatste dat de aanleiding vormde voor Van Traa's onderzoek. Georganiseerde criminaliteit moet door de overheid vooral met bijzondere methodes aangepakt worden omdat de gewone aanpak door de overheid niet werkt. Daarom legt de definitie van de Onderzoeksgroep Fijnaut de nadruk op elementen die de gewone opsporing belemmeren: de organisatie, de

en 24 januari 1999, 34.

³²⁷ Over het vijandbeeld en de moeilijkheden als gevolg van teveel oorlogsretoriek: SMITH, D., *op.cit.*, 2.

³²⁸ Nederland maakte eerst een analyse van het probleem, om vervolgens een wettelijke regeling voor opsporingsmethoden uit te werken die in verhouding stond tot dat probleem. In België gaf de POC-GC zoals gezegd (Hoofdstuk 1, § 5.5) aan dat zij ook van plan was een situatiebeeld te schetsen voor een dergelijke afweging, maar omdat dat een tijdje kon duren, mocht alvast begonnen worden met dat wettelijk kader.

³²⁹ VAN DEN BUNT, H., *op.cit.*, 27-36.

houding van haar leden en de contrastrategieën ten aanzien van het overheidsoptreden³³⁰.

BEELD- De POC-GC komt na talrijke overwegingen tot het besluit dat een zogenaamde criminologische definitie strikt moet onderscheiden worden van een zogenaamde strafrechtelijke. Die eerste dient om “*het maatschappelijk probleem van de criminaliteit in kaart te brengen en er de aard, de ernst en de omvang van vast te stellen*”³³¹. “*Het aldus verkregen beeld maakt het dan mogelijk beleidsmatig op een aangepaste wijze te reageren. Naargelang de verschijningsvormen kan deze reactie zeer verscheiden zijn en zich daardoor binnen of buiten het strafrecht situeren.*”³³² Volgens de POC-GC moet men met die eerste definitie tot een “juist” beeld komen van “een aantal fenomenen die als zeer ernstig worden bestempeld”. Het beeld moet de overheid toelaten de dreiging in te schatten en de juiste beleidsprioriteiten te leggen. En dan volgt een opmerkelijke zin: “*In het kader van deze criminologische benadering is het opportuun om een zo ruim en gediversifieerd mogelijk beeld te krijgen, waardoor het gebruik van een bredere definitie aangewezen kan zijn*”³³³.

KRITIEK- Het gaat om een onzinnige toevoeging. Het in kaart brengen van een “maatschappelijk verschijnsel” betekent natuurlijk een reductie van de werkelijkheid. Zoals een wegenkaart een ander beeld geeft dan een van de bevolkingsdichtheid, een van de waterwegen of een reliëfkaart, betekent het dat men parameters moet selecteren. Talloze kaarten, telkens in functie van andere parameters of op verschillende schalen naast mekaar geven natuurlijk een steeds scherper “beeld”.

³³⁰ Dat is trouwens niet nieuw. Robert Kennedy zorgde er voor dat de verklaringen van maffiaoverloper Valachi over het bestaan van een geheime maffiaregering een zeer wijde weerklank kregen. Nochtans volstonden een aantal eenvoudige onderzoeken om die verklaringen te toetsen en veel twijfel te zaaien over hun waarachtigheid. Kennedy stak niet onder stoelen of banken dat hij daarmee het publiek wilde wakker schudden en zo de nodige steun te krijgen in het parlement voor controversiële wetten over immuniteit voor getuigen en over af luisterbevoegdheid voor de politie. Ondanks veel verzet uit bezorgdheid over de mensenrechten kwamen die wetten er ook. Nochtans begon Valachi's getuigenis vlug water te maken en zou zij later als mythe ontmaskerd worden. Ook Kennedy's geloof dat de nieuwe wetten in vijf jaar hoorzittingen over de maffia overbodig zouden maken, is niets dan een wensdroom gebleken. Cfr. hierover: ALBANESE, J., “What Lockheed and La Cosa Nostra Have in Common, the Effect of Ideology on Criminal Justice Policy”, *Crime & Delinquency* 1982, 225-230.

³³¹ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag*, Parl.St., Senaat 1997-98, 3 december 1997, 12.

³³² *Ibidem*, 12.

³³³ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag*, Parl.St., Senaat 1997-98, 3 december 1997, 13. Cfr. *supra* Hoofdstuk 2.

Doch indien men ze allemaal tegelijk op eenzelfde kaart brengt, levert dat eerder meer verwarring dan inzicht op.

MAATREGELEN- Daarbij valt het op dat niemand wacht op een “beeld” van het probleem om al een aantal initiatieven en hervormingen te lanceren. De bekommernis om de bijzondere opsporingsmethoden van een wetgevend kader te voorzien, lag zonder twijfel aan de basis van het parlementair onderzoek (*supra* Hoofdstuk 1, *infra* Deel III). Doch de regering plande ook talloze andere initiatieven. Ze wil een specifiek “associatiemisdrijf” invoeren (*infra*, Deel II), het gebruik van spijtoptanten regelen (*infra*, Deel IV) of de bewijslast omkeren inzake vermogens waarvan wordt vermoed dat zij van criminele oorsprong zijn (*infra*, Deel V). Telkens koppelt zij de maatregel aan het begrip georganiseerde criminaliteit, zodat omschrijving zich opdringt. Daarom pleiten mensen uit de opsporingswereld voor een zo breed mogelijke definitie. Zo kunnen zij zelf uitmaken wat zij ermee aanvangen³³⁴. Een aantal groepen met leden die bang zijn in vizier te komen (zoals vakbonden of ziekenfondsen met rekeningen die niet kloppen), verzetten zich dan weer en zorgen ervoor dat zij uit de omschrijving gelicht worden (*infra*, Deel II).

RECHTVAARDIGING- Tenslotte kan georganiseerde criminaliteit ook functioneren als universele excuustruus. Falen of mislukken in de voorgenomen opdracht is minder het gevolg van eigen schuld maar van de sterkte van de tegenpartij. Het ophemelen van de “tegenstrever” kan nooit kwaad. Het levert steun op voor de *underdog*, verliezen is normaal, winst dubbel verdienstelijk.

§4. Instellingen rechtvaardigen

BIJZONDERE DIENSTEN- Meer en meer mensen geraken ervan overtuigd dat georganiseerde criminaliteit een bijzonder probleem oplevert voor de overheid. Dat heeft altijd tot gevolg dat die ofwel een bijzondere instelling opricht of een bijzondere

³³⁴ Het valt op dat de laatste tijd de politie vaak nuchterder en preciezer is dan de politiek. Zo is bijvoorbeeld het beeld van de toestand dat de Duitse politie schetst, veel minder alarmerend dan wat bijvoorbeeld de Minister van Binnenlandse Zaken met zijn roep om ingrepen had doen uitschijnen. Het rapport stelde vast dat in 1997 het aantal groepen terugliep en dat het aantal gevallen waarin een poging tot beïnvloeding van de “bovenwereld” werd vastgesteld vrij laag bleef. Ook het schrikbeeld van gesloten etnische groepen bleek “hete lucht”. Zelfs de veelgeciteerde Russen bleken nauwelijks georganiseerd. (X, “Locker verbonden”, *Der Spiegel* 1998/21, 56). Ook in België zijn politierapporten doorgaans veel genuanceerder dan de uitspraken of rapporten van politici.

bevoegdheid toekent aan een (deel van) een bestaande dienst of instelling³³⁵. Talrijke instellingen zullen door hun oprichters dan ook voorgesteld worden als “antwoord” op georganiseerde criminaliteit: van Europol tot onze Cel voor Financiële Informatieverwerking, van de Italiaanse *Divisione Investigativa Antimafia* tot ons Federaal Parket.

MOTIEVEN- Daar zal meestal wel iets van waar zijn, doch opnieuw past de vraag naar de achterliggende motieven. Zowel bij oprichters als bij personen die in een dergelijke dienst of instelling werken, kunnen “verborgen” agenda’s spelen. Dat zijn meestal geen slinkse machinaties, maar oprechte overtuigingen van hoe iets best wordt aangepakt. Zo is het Europoldossier uitgegroeid tot een symbooldossier, over de bekommernis van de Unie om interne veiligheid en de grenzen daaraan. Telkens een criminaliteitsprobleem in een of meerdere lidstaten voor veel opschudding zorgt (zoals de ontvoering van kinderen in België), wordt het toegevoegd aan de bevoegdheden van Europol³³⁶. Een ander voorbeeld treffen we aan in de discussie over de politiehervorming in België. Daarin benadrukte de rijkswacht steeds dat de aanpak van georganiseerde criminaliteit veel complexer is en meer behelst dan louter de opsporing en het bewijs van misdrijven. De rijkswacht wilde in de omschrijving het alomvattende en complexe van georganiseerde criminaliteit herkennen, de verbanden met andere maatschappelijke problemen. Zij beklemtoont immers vooral de complementariteit tussen de basispolitie en de gespecialiseerde diensten, tussen lokaal en centraal niveau, tussen administratief en gerechtelijk politiewerk. Het logische besluit was dat een “rijkswachtachtige” politiestructuur het voordeligst was. De gerechtelijke politie beklemtoonde daarentegen de nood aan specialisten, het belang van financieel speurwerk en juridische kennis. Zij hechtte er daarom meer belang aan dat begrippen als “vermogensvoordelen” of het “gebruik van commerciële structuren” in de omschrijving voorkwamen³³⁷. Officiële omschrijvingen moeten steeds met de voorkeuren van een hele reeks van dergelijke

³³⁵ FIJNAUT, C., *De zaak François, op.cit.*, 5 citeert BECKER: de uitkomst van een morele kruistocht is een politiemacht.

³³⁶Over deze tendens: KLIP, A., “Uniestrafrecht is op hol geslagen”, *N.J.B.* 1997, 663-671.

³³⁷ De Centrale Dienst voor de Bestrijding van Financiële en Economische Delinquentie illustreerde het probleem misschien nog het best. De Dienst moest steeds zijn eigen bestaan verantwoorden. Vandaar dat het hoofd van deze dienst wees op het internationaal, dringend en specialisatie vereisend karakter van de misdrijven waarvoor hij bevoegd was. Als bevoorrechte partner van de Cel voor Financiële Informatieverwerking en van buitenlandse financiële speurders, zou zijn dienst een soort “exclusieve verdeler” van een bepaalde financiële informatie worden. Hij zou zo wel zijn plaats binnen het politiebestedel versterken, tot ongenoegen van andere diensten.

partners rekening houden. De consensus komt dan ook vaak ten koste van duidelijkheid en scherpheid.

§5. Het gevaar van een “moral panic”

KARIKATURAAL BEELD- In het discours heeft georganiseerde criminaliteit dus een belangrijke rechtvaardigende functie: van prioriteiten, van methoden, van bevoegdheden, van mislukkingen of van instellingen. Vandaar dat uit alle hoeken waarschuwingen klinken. Zowel Van Traa als de Senaatscommissie wijzen erop dat de kans op misbruiken of buitensporigheden op basis van een karikaturaal beeld groot is. Italianen hebben het beeld van de onzichtbare Octopus die zijn tentakels uitstrekt over allerlei mensen en instellingen in heel Europa ingang doen vinden. Dergelijke georganiseerde criminaliteit is overal, maar zij is niet zichtbaar, niet tastbaar. Iedereen is verdacht, maar vooral minderheden. Wat men hen verwijt, is niet noodzakelijk tastbaar, het gaat immers om “samenzweringen”. Van een rechtstreeks slachtoffer hoeft geen sprake te zijn, er zijn geen getuigen of hun verklaringen zijn niet betrouwbaar. Daardoor krijgt de criminaliteit een soort onoverwinnelijkheid.

KENMERKEN- Aangezien het over een verborgen vijand gaat, kan men zelfs argumenten vinden in wat er niet is.... Georganiseerde criminelen zijn dan herkenbaar aan het feit dat zij zelf de handen *niet* vuil maken (organisatie, taakverdeling). Hun activiteiten zijn *niet* zichtbaar en laten *geen* materiële *sporen of bewijzen* na (afscherming, gebruik rechtspersonen). De verdachten zullen *niet* bekennen of meewerken aan het onderzoek. Getuigen zeggen niets (intimidatie, corruptie, geweld). De best georganiseerde criminaliteit slaagt erin vrij gesproken te worden bij *gebrek aan bewijs*. Sommige rechters en zelfs wetgevers of ministers werken voor hun rekening, zodat straffeloosheid gegarandeerd is (intimidatie, corruptie). Als ze toch veroordeeld worden, blijven zij vanuit de gevangenis gewoon voortdoen, omdat zij hun financiële machtsbasis behouden.

OVERREACTIE- Dat alles maakt hen gevaarlijk. De rechtsbescherming geldt dan als maatschappelijke naïviteit, als hindernis. De verleiding bestaat in dergelijke situaties te overreageren. Dat leidt zelfs in gevestigde rechtsstaten tot strafbaarstelling van niet-materieel-vaststelbare gedragingen, opsporing van niet-materiële bewijzen, omkering van de bewijslast, beloning van onbetrouwbare

getuigen of systemen waarin verdachten zichzelf alleen kunnen redden door bekentenis of aangifte van anderen. Daar komt de confiscatie van hun vermogen nog bovenop.

HEKSENJACHT- Dat zijn stuk voor stuk ingrediënten van een heksenjacht. “*Moral panic*” noemen sociologen dergelijke vlagen van collectieve achtervolgingswaan en de rechtsstatelijke zinsverbijstering die er het gevolg van is. Zij komt vooral voor in tijden en gebieden met een hoge mate van maatschappelijke onzekerheid, waarvoor een zondebok gezocht wordt. Al wie niet voor de strijd is, is tegen en dus zelf verdacht³³⁸. De Red Scare na de Eerste en Tweede Wereldoorlog in de V.S. vormen een bekend, maar geenszins uitzonderlijk voorbeeld. Het klimaat in België in de “Witte” crisis van 1997-98 vertoont ook talrijke kenmerken van een “*moral panic*”. De bevolking en de overheid traden tijdens het Ancien Régime tegen heksen op vergelijkbare wijze en zelfs vaak op grond van dezelfde regels op als tegen bendes en landlopers³³⁹. De absurde (show)processen en de afschuwelijke misbruiken hebben mee bijgedragen tot de ontwikkeling van het strafrecht van de Verlichting dat wij nu “klassiek” noemen³⁴⁰. En moeten blijvend als waarschuwing dienen.

HOOFDSTUK 4. OPZET VAN HET PROEFSCHRIFT: aanpak van de georganiseerde criminaliteit als aanleiding voor een bezinning over beginselen van het strafrecht

"For of course some general idea they must have if they were to do their work intelligently- though as little of one as possible, if they were to be good and happy members of society. For details, as everyone knows, lead to virtue and happiness; general ideas, though necessary for some purposes, are dangerous. A peaceful and efficient society is based on practical workers, not on thinkers."

(A. Huxley, Brave New World)

³³⁸ Cfr. het boek van GOODE, E. en BEN-YEHUDA, N., *Moral Panics, the social construction of deviance*, Oxford (UK) en Cambridge (USA), 1994, 265 p.

³³⁹ WIEËRS, A., “Bendevorming door heksen, het waanbeeld van bendevorming door heksen, hun vervolging en berechting”, in: VRANCKEN, P.(ed.), *op.cit.* , 435-452.

³⁴⁰ Opmerkelijk is dat één van de eerste “Verlichte” strafwetboeken, het Toscaanse uit 1786, wrede straffen en foltering en het bewijsstelsel herzielt, maar niet voor hekserij en misdrijven tegen de staatsveiligheid (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen* , Antwerpen, Maklu, 1998, 10.)

§1. Veranderingen, ook in het strafrecht, onder de vlag van de aanpak van georganiseerde criminaliteit

NIET BEHANDELD- Georganiseerde criminaliteit beroert heel veel mensen in een maatschappij. De benaderingswijze verschilt naarmate men er als veiligheidsagent, politieman, politicoloog, socioloog, journalist dan wel als politicus naar kijkt³⁴¹. Dit proefschrift bekijkt het « verschijnsel » door een strafrechtelijke bril. Een heleboel interessante aspecten komen dan ook niet of slechts zijdelings aan bod. Voor de aanpak van de (georganiseerde) criminaliteit in België zal bijvoorbeeld de hervorming van de handhavingsinstanties (politie, Openbaar Ministerie, rechtbanken, maar vooral ook het bestuur) veel meer verschil maken dan de goedkeuring van nieuwe of de aanpassing van oude (straf)wetten. Nog veel belangrijker dan structuren en schema's zijn de mensen en middelen die de maatschappij in de aanpak wil investeren, hun bekwaamheid, visie, omkadering en motivatie. Daarmee bedoelen we de hele wereld van de rechtshandhaving. De opsporings- en vervolgingsinstanties monopoliseren al te vaak de aandacht van de buitenwereld. In België hoort men in de discussie over georganiseerde criminaliteit bijvoorbeeld nauwelijks iets over de strafuitvoering.

STRAFRECHT- Politici (en zij zeker niet alleen) lijken echter geconditioneerd : als er een maatschappelijk probleem bestaat, « gooi er dan met een wet naar »³⁴². En een juridisch proefschrift moet noodzakelijk inzoomen op die normen en regels³⁴³. Het perspectief vernauwt nog verder door enkel te kijken naar het strafrecht, al komen naast het materieel strafrecht ook wel elementen van strafprocesrecht aan bod. Dikwijls zijn het immers verwickelingen in een concrete procedure die de aanleiding vormen voor verfijningen van het materieel strafrecht. De strafprocesrechtelijke gevolgen van veranderingen in het materieel strafrecht worden te vaak uit het oog verloren en omgekeerd.

³⁴¹ BOVENKERK, F. en YESILGÖZ, Y., *op.cit.*, 352 p. benaderen het fenomeen van de maffia van Turkije achtereenvolgens als economisch verschijnsel, als sociale geschiedenis, als organisatiestructuur, als object van de bestrijding door de politie, als politiek fenomeen en als sociologisch vraagstuk, om daarna af te ronden met het verhaal van iemand van binnenin.

³⁴² Cfr. VAN DE KERCHOVE, M., "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Reflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques", *J.T.* 1985, 329-334; JACOBS, J. en ARNECCHIARO, *The Pursuit of Absolute Integrity, How Corruption Control Makes Government Ineffective*, Chicago/Londen, The University of Chicago Press, s.d (1997), 13.

³⁴³ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Acco, Leuven, 51.

RUIME BELANGSTELLING- In de voorbije jaren heeft dat strafrecht in het algemeen en het onderwerp van dit proefschrift in het bijzonder, overvloedige belangstelling genoten van brede delen van de bevolking en niet in het minst van de politiek. De Franse oorlogspremier Clemenceau beweerde dat oorlog te belangrijk was om aan de militairen over te laten. Ook het strafrecht is te belangrijk om aan de penalisten over te laten. De belangstelling is dus verheugend, als men tenminste niet naar het andere uiterste doorslaat. De politiek moet, bij wijze van spreken, ook geen oorlog voeren met tot kanonnenvlees in de vuurlinie of tot een paleiswacht in operettekostuums gedegradeerde militairen. Hopelijk vindt de geplaagde en verwarde politieke wereld opnieuw het evenwicht tussen inspraak en vakkennis van mensen in het rechtsbestel - die uiteindelijk het werk moeten opknappen - en aanzetten tot veranderingen van buitenuit. Nu hebben insiders dikwijls de indruk dat de politici hen wel *horen* (op talloze hoorzittingen), maar niet naar hen *luisteren*.

MEER DAN STRAFRECHT- De mogelijkheden van de overheid om maatschappelijke processen te regelen zijn, zoals die van de speler aan de flipperkast (*supra*), beperkt. Fenomenen als georganiseerde criminaliteit leggen ook heel scherp de inherente begrenzings van het strafrecht als instrument voor maatschappelijk beleid ('social engineering') bloot. Dat betekent dat ook andere rechtstakken, vooral de talloze vertakkingen van het bestuursrecht³⁴⁴, maar ook het arbeidsrecht, het handels- en economisch recht (mededinging, handelspraktijken,...) of het telecommunicatierecht belangrijke bijdragen kunnen leveren aan een aanpak van criminele groeperingen. Dat besef sijpelt in ons land slechts langzaam door en hopelijk nemen mensen uit deze rechtstakken de handschoen op en leveren ze vanuit hun perspectief een bijdrage aan de discussie. Dit proefschrift laat die kelk echter aan zich voorbij gaan.

³⁴⁴ De POC-GC pleit, in haar eindrapport voor – een uit Nederland overgewaaid begrip - "gewapend bestuursrecht, dat wil zeggen "een bestuursomgeving [...] die moeilijk te infiltreren of te misbruiken is door de georganiseerde criminaliteit".(POC-GC, *Eindverslag, Parl.St. , Senaat 1998-1999*, 8 december 1998, 1-326/9, 531.) Cfr. voor het "heroveren" van de Amsterdamse binnenstad op de criminaliteit: SARUCCO, M., "De bestuurlijke aanpak van de (georganiseerde) criminaliteit in Amsterdam", in FIJNAUT, C.; VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F., *op.cit.*, 355-371;X, *De bestuurlijke aanpak van de (georganiseerde) criminaliteit in Amsterdam, de ontwikkeling van een effectief instrumentarium, werkplan zoals vastgesteld op 8 april 1998*, Amsterdam, Sander Pinkse, 1998, 22 p.

§2. Nut van een dogmatisch perspectief

2.1. Algemene regels en begrippen

DE REGELS ACHTER DE REGELS- In de Engelstalige versie van de avonturen van de dappere Galliër Asterix heet de hond van hoofdfiguur Obelix « Dogmatix ». Het gaat om een piepkleine keffer, die evenwel af en toe erg sterk uit de hoek kan komen. Wij kennen het dier onder zijn originele Franse naam « Idéfix ». De Engelse woordspeling is natuurlijk nog net iets leuker en het geniale is dat de twee eigenlijk dichterbij mekaar liggen dan de lezer op het eerste gezicht zou denken. Een dogma is immers een « idée fixe », een onveranderlijk concept dat door iemand geponeerd wordt. De strafrechtsdogmatiek tracht de verscheidenheid van het strafrechtsgebeuren te vatten in een algemeen kader van begrippen en regels. Dat gaat van het zoeken naar wat een misdrijf is, wat een straf, wanneer een materieel feit aan een fysiek persoon toegerekend kan worden en wanneer niet, enz. Als dusdanig gaat het om een normatieve discipline, die de wettelijke normen en de beslissingen van de beroepsmatige toepassers ervan als uitgangspunt neemt. Vervolgens zal zij, onder meer met pedagogische bedoelingen, die trachten te ordenen, verklaren en toetsen op hun logische samenhang³⁴⁵.

LOGISCHE SAMENHANG- Het komt er dus op aan de logica van het strafrecht als systeem van rechtsnormen bloot te leggen, waarbij rechtmatigheid vooral een functie zal zijn van overeenkomst met de regels van het systeem³⁴⁶. De strafrechtsdogmatiek moet reflecteren, na-denken. Dat betekent dat er iets aan moet voorafgaan : het bestaan van strafrechtelijke normen, de toepassing van normen en ermee verbonden leedtoevoeging. Wanneer de dogmaticus bijvoorbeeld beleidsmakers zegt wat wel of niet kan, zal hij dat slechts kunnen doen door erop te wijzen dat de ene beleidskeuze niet logisch verenigbaar is met een andere keuze waarvan de legitieme overheid beweert dat zij die ook wil behartigen. Elke innerlijke tegenspraak binnen het systeem, vormt een uitdaging, een test voor dat systeem. Kort gezegd : de dogmaticus legt uit hoe de zaken *moeten zijn* en waarom.

³⁴⁵ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 83.

³⁴⁶ Wij zullen zien dat discussies omtrent de bestrijding van georganiseerde criminaliteit vaak bol staan van waarschuwingen dat de rechtmatigheid niet te veel in de weg mag staan van de doelmatigheid of omgekeerd. In dit proefschrift hopen wij te illustreren dat het verkeerd is deze twee als tegenpolen voor te stellen.

2.2. Belang van dogmatiek

GEWICHT DOGMATIEK- In sommige landen, vooral dan Duitsland en landen waar de Duitse invloed zeer sterk is – zoals Italië of Spanje - weegt dit dogmatisch perspectief nog sterk door. Men treft er in de strafrechtsdogmatiek dan ook puristen aan, die de neiging hebben alles wat de regels van het – of beter, van hun - systeem niet respecteert te « verbannen » uit het strafrecht. Zij staan het sterkst in hun schoenen, omdat er vanuit logisch standpunt vaak geen speld tussen hun redeneringen is te krijgen. Wanneer de wetgever of de rechtspraak regels uitvaardigen die onverenigbaar zijn met de dogmatische regels, krijgen zij het verwijt « zich te vergissen » of de beginselen te schenden. Daarmee verschuiven zij natuurlijk een aantal problemen. Wie met een « al te principieel standpunt » elke verandering afwijst, loopt het risico gemarginaliseerd te worden. Naast een « zuiver » strafrecht kan er dan bijvoorbeeld een « soepel » bestuursrecht komen, dat dezelfde of vergelijkbare resultaten nastreeft met minder rechtsbescherming. Beginselvastheid en « zuiverheid » van het strafrecht gaan dan ten koste van relevantie in de dagdagelijkse praktijk.

ONDOGMATISCH BELGIË- Wegens dergelijk buitensporig metafysisch dogmatisme in landen als Duitsland, verwekt het woord « dogmatisch » in ons land meestal vrij terughoudende reacties³⁴⁷. Het roept bij velen een beeld op van droge theorie zonder praktisch belang, van wereldvreemdheid en van filosofische woordspelletjes, intellectueel gegoochel waar in de dagdagelijkse strafrechtspraktijk niemand baat bij heeft. Door een gelukkige kruisbestuiving tussen criminologie en strafrecht aan de Belgische universiteiten is iedereen in de strafrechtswereld zich erg goed bewust van het verschil tussen de regels in de (wet)boeken en de praktijk. Belgen beroepen zich graag op pragmatisme als een nationaal kenmerk, als wezenlijk bestanddeel van onze « Volksgeest ». Met deze « plantrekkerij », de paradoxen en de contradicties heeft België vaak moeilijke problemen op een onorthodoxe wijze zoniet opgelost, dan toch geneutraliseerd of van hun scherpste kantjes ontdaan. De keerzijde van de uiterst pragmatische houding in België is een gemis aan juridische beginselvastheid en de eruit volgende voorspelbaarheid. Die spelen nochtans een cruciale rol in het organiseren van een samenleving. Meer nog dan rechtvaardigheid moet recht een minimum aan sociale zekerheid verschaffen.

³⁴⁷ DUPONT, L., "De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf", in: *L.A.J.D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 140-141.

SPRAAKKUNST- Een dogmaticus moet dan ook een evenwicht nastreven. Strafrechtelijke dogmatiek is zoals spraakkunst (grammatica). Het gaat om het zoeken naar de algemene regels, los van de concrete betekenisinhoud. Grammatica is geen doel op zich, het is een middel om communicatie mogelijk te maken en ook om een taal te leren. Het gaat om een poging algemene regels af te leiden uit het empirisch waargenomen taalgebruik, waarna men aan de regels een zeker dwingend, normatief karakter tracht te geven. Men schrijft de regels voor aan de taalgebruikers. Wie dag in dag uit de taal gebruikt, heeft niet zo veel behoefte aan grammatica. Hij heeft de regels in zijn onderbewustzijn, of beter in zijn taalbewustzijn, opgeslagen. Zij zijn een automatisme geworden. Pas wanneer men zijn taal aan buitenstanders wil aanleren, beseft men het belang van grammatica, als houvast tijdens de periode waarin men er nog niet in geslaagd is zich de taal volledig « eigen » te maken³⁴⁸.

GEEN EVANGELIE- Hoewel grammatica de roeping heeft regels uit te werken die een zekere bestendigheid bieden, kan het toch nooit om een vaststaand evangelie gaan. De werkelijk gesproken en geschreven taal blijft altijd de referentiebasis. En in het dagelijks taalgebruik gebeuren talloze inbreuken op de grammaticale regels en dat is geenszins dramatisch. Integendeel, soms is het verrijkend: poëtisch of grappig. Het wordt slechts een probleem wanneer de communicatie (de hoofdreden waarom talen bestaan) er al te zeer onder gaat lijden, wanneer er misverstanden of ruzies door ontstaan. Het staat individuen vrij zich in hun dagelijkse praktijk niet te storen aan bepaalde grammaticale regels, die zij als een beklemmend keurslijf ervaren. Die systematisch miskennis kan zich veralgemenen en uitgroeien tot de standaard. Zij dwingt de grammaticus tot het herdenken van zijn regels of vaak zelfs tot het zoeken naar nieuwe regels. Zoniet dreigt men Latijn te blijven doceren terwijl iedereen allang vormen van Italiaans spreekt, wordt men met andere woorden de onderwijzer van een dode taal.

³⁴⁸ Het grotere « taal-bewustzijn » van Vlamingen die zich met Noord-Nederlanders meten in taalspelletjes, zou eveneens te wijten zijn aan het feit dat Nederlands voor hen nog vaak een tweede taal is, « aangeleerd » na hun eerste taal, het –al dan niet ‘gekuiste’- dialect. De Nederlanders zouden zich meer natuurlijk, minder bewust, in hun taal wentelen.

2.3. Taak van de strafrechtswetenschap

TAAK DOGMATICUS- Voor de strafrechtsdogmatiek als spraakkunst van het strafrecht geldt dezelfde redenering. De Nederlandse professor Groenhuijsen³⁴⁹ wijst er terecht op dat voor de uiteindelijke keuzes voor het ene of het andere instrument van strafrechtelijke beheersing van maatschappelijke verschijnselen of processen, wij moeten varen op het kompas van de persoonlijke verantwoordelijkheid. Toch kan volgens hem de strafrechtswetenschap belangrijke middelen aanreiken voorzover zij aandacht besteedt aan een aantal specifieke doelstellingen.

VOOROORDELEN- In de eerste plaats moet wetenschappelijk onderzoek achterhalen op welke vooronderstellingen en andere uitgangspunten een bepaalde gedachtengang berust. Hij wijst erop dat dit van groot praktisch belang is, omdat de rationele discussie vaak geblokkeerd raakt, omdat men *'langs elkaar heen praat'*. « *Een werkelijke gedachtewisseling kan, »* aldus Groenhuijsen, « *dan pas op gang komen indien bekend is waarover men nu precies van mening verschilt.* » Het zal verder in dit proefschrift nog blijken, dat in de discussie over de geladen en vaak ideologisch gekleurde begrippen als georganiseerde criminaliteit, deze situatie eerder de regel dan de uitzondering vormt. Vaststellen waarover men van mening verschilt, in de hoop de discussie te ordenen en de keuzes te vergemakkelijken, is dan ook een eerste bedoeling van dit proefschrift.

TEGENSTRIJDIGHEDEN- Daarnaast moet de strafrechtswetenschap volgens Groenhuijsen inconsistenties « blootleggen en elimineren » : vanuit onverenigbare premissen kan iedere conclusie op logische wijze worden afgeleid. In het verlengde daarvan ligt de verplichting om cirkelredeneringen te signaleren, waarbij de slotsom gebruikt wordt als argument voor het eigen standpunt.

GEVOLGEN- Tenslotte moet hij de gevolgen van een bepaalde opvatting omlijnen, zowel de beoogde als de ongewenste. Hij roept juristen op niet te vlug door de knieën te gaan voor het argument van de onvermijdelijkheid.

³⁴⁹ GROENHUIJSEN, M., *Straf en wet, beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaags strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, Arhem, Gouda Quint, 1987, 39-42.

HULP PRAKTIJK- Met Dupont³⁵⁰ beklemtonen wij graag de hulptaak die de rechtsleer heeft ten aanzien van de praktijk. De dogmaticus functioneert als een verkeersbord op de weg van personen die beroepsmatig steeds meer keuzes moeten maken. Als wegwijzer kan hij op mogelijke oplossingen wijzen, wat hen kan helpen op kruispunten³⁵¹. Dat kan hij doen voor de normgevers, de « producenten » van het recht, vooral wetgever en hogere rechtspraak. Ten opzichte van hen heeft de rechtsleer vaak ook de roeping van gevaarsbord, dat op voorhand wijst op concrete (vallende stenen, overstekend wild, scherpe bochten,...) of abstracte (het bord met het uitroepteken) gevaren. Voor de « gebruikers » van het recht, de rechtszoekende en wie hem bijstaat, durft de (betere) rechtsleer zich al meer als rond of blauw rechthoekig bord opstellen, dat wil zeggen verboden en geboden uitspreken. Een bord is niet meer dan een appél aan het gedrag van de weggebruiker. Zelf kan het geen fysieke dwang uitoefenen om het gedrag te beïnvloeden. Dat is de taak van anderen.

Strafrechtsdogmatiek, als de uitdrukking van de vaak onuitgesproken regels die ten grondslag liggen aan onze strafrechtspraktijk, kan houvast bieden aan studenten, die hun eerste stappen in de jungle van het strafrecht zetten, aan niet-penalisten, die het strafrecht meer en meer zien opduiken op hun territorium of aan buitenlanders, die bij toenemende interactie tussen verschillende landen en hun bewoners met ons systeem in contact komen. Met het oog op een onmiskenbare integratie op verschillende supranationale niveaus rijst overigens ook de vraag naar de bijdrage van ons dogmatisch bestel tot de vorming van een bovennationale « grammatica »³⁵². Dit alles betekent natuurlijk niet dat voor « nationale » strafrechtspractici enig nadenken over de dogmatische onderbouw van hun bezigheden kwaad zou kunnen, integendeel. Zij ervaren de contradicties, de twijfels en de verwarring aan den lijve. Ook bij hen leeft een vraag naar coherentie, codificatie en vereenvoudiging.

In vele landen heeft de wetgever zelf de basisregels van het strafrechtelijk gebeuren vooropgesteld in een soort algemeen deel, bij ons is dat slechts in beperkte mate het geval. Belgische verkozenen (en hun souffleurs in drukkingsgroepen en kabinetten) springen met hun taak als soevereine normsteller soms om met de lichtzinnigheid

³⁵⁰ Die zich op de Duitse zwaargewichten JESCHEK en ROXIN beroept: DUPONT, L., "De constitutieve elementen van het misdrijf", in: *Om deze redenen, L.A. Armand Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 201.

³⁵¹ Wij weten in België natuurlijk ook dat soms de wegwijzers mekaar tegenspreken.

³⁵² Cfr. de Duitse dogmatiek, die zich als al model voor Europa vooropstelt: UNIVERSITAT POMPEU FABRA, *Jornades Present i futur de la dogmatica penal Europea, l'aportació alemanya*, Congres Barcelona 28 en 29 mei 1998.

van de leerling-tovenaar. De klachten over de wetgevende inflatie en de gebrekkige kwaliteit van het wetgevend werk³⁵³ zijn de laatste twintig jaar letterlijk « oorverdovend » geworden : men luistert er op de duur niet meer naar. Dat heeft wel het gevolg dat in een land als België niet alleen de rechtspraak, maar ook de rechtsleer veel meer gewicht heeft dan men bij een normale lezing van een « inleiding tot het recht » zou vermoeden.

DEDUCTIE EN INDUCTIE- Duitsland heeft een lange, stevige dogmatische traditie waarbij het een gesofisticeerd begrippenkader uitgewerkt heeft³⁵⁴ en veel aandacht besteedt aan de uitwerking van een « systeem » van normen en de coherentie ervan. Het land geldt nog steeds als model of belangrijkste dogmatische referentie in vele andere landen. Belgen daarentegen hechten, zoals de Fransen, minder belang aan de dogmatische verfijning³⁵⁵ en meer aan de praktijk die de roestvlekken op de dogmatische carrosserie zonder problemen kan wegwerken³⁵⁶. Beide continentale systemen hebben wel met elkaar gemeen dat zij eerder deductief werken, dat wil zeggen dat zij de concrete oplossing vanuit grote, algemene regels trachten af te leiden. Zij moeten nu hun denken leren verzoenen met de invloed van de dominante Angelsaksische rechtscultuur. Die is, onder meer door de prominentie van de jury, op een meer inductieve leest geschoeid, dat wil zeggen dat hij vooral uit de afzonderlijke oplossingen voor individuele gevallen een aantal algemene regels tracht te distilleren³⁵⁷. Lekenjury's bekijken het hen voorgelegde geval immers als

³⁵³ De natuurlijke waakhond, de afdeling wetgeving van de Raad van State ligt aan een institutionele ketting en heeft zich ondertussen hees geblaft. Andere belangrijke partners zoals magistratuur of advocatuur missen zowel inzicht in het wetgevend proces en aandacht ervoor, als denktanks en spreekbuizen om bij te dragen aan het debat. Vandaar dat de tegenwind vooral vanuit de universitaire wereld komt en dan ook –soms schamper, soms terecht- als “academisch” kan worden afgedaan. Nog vaker neutraliseert men kritische stemmen met argumenten *ad hominem* of negeert men ze gewoon, zeker als ze verpakt zitten in een tekst die langer is dan een kranten- of tijdschriftartikel. Een inhoudelijke discussie, laat staan een fundamentele discussie, blijft meestal uit. (Cfr. *Infra*, Deel II, Hoofdstuk 5, 1.5.)

³⁵⁴ Het legaliteitsbeginsel in de strafprocedure, dat seponering om opportunitereidenen uitsluit, zorgt ervoor dat de druk er is om dogmatische oplossingen in het materieel strafrecht te vinden om onrechtvaardige toepassingen van de strafwet te vermijden. In België is die druk veel kleiner.

³⁵⁵ De Franse strafrechtswetenschap interesseert zich volgens MERLE-VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1ier, 7^{éd.}, 1997, nr.382, 501 meer in wetenschappelijk strafbeleid dan in het juridisch-dogmatische.

³⁵⁶ Zo zou von Liszt gezegd hebben dat “*eine französische Strafrechtsdoktrin gebe es nicht*”, terwijl volgens Jeschek “*in der französischen Straftatlehre die grösseren Zusammenhänge nicht hervor [treten].*” (VOGEL, J., “Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law”, GA 1998, 127.)

³⁵⁷ Is het toeval dat de Franse taal bijvoorbeeld een instelling als de Academie Française kent die de grammaticale en spellingsnormen bepaalt, terwijl een dergelijke « verstaatste » taalautoriteit ontbreekt voor het Engels ?

eenmalig drama. Ze redeneren veel minder vanuit algemene begrippen of precedënten. De rechter speelt als vertaler van het recht naar de juryleden en als waarborg voor de rechtszekerheid een cruciale rol. In een dergelijk systeem zal de dogmatische analyse in het materieel strafrecht minder gewicht in de schaal werpen dan de strafprocedure³⁵⁸. De Angelsaksische en continentale (Romeinse) systemen zijn weliswaar al lang naar mekaar aan het toegroeien. Ons land kan een belangrijke rol spelen om in een internationaliserend strafrecht een internationale dogmatiek van de grond te helpen.

§3. Georganiseerde criminaliteit in dit proefschrift ?

UITZONDERLIJKE CRIMINALITEIT- Iedereen heeft dezer dagen dus de mond vol van « georganiseerde criminaliteit » van het jaar 2000 waartegen een achttiende-eeuws strafrecht en een negentiende-eeuws politiebestedel niet opgewassen zijn. Daarom moet « het beleid » daartegen zo vlug mogelijk in actie komen³⁵⁹. Die overheid beweegt inderdaad. De bedreigende « georganiseerde criminaliteit » dient als rechtvaardiging voor het in gang zetten van veranderingsprocessen of voor het versnellen van veranderingen die aan de gang zijn³⁶⁰. De onder die vlag doorgevoerde of voorgestelde veranderingen en de argumentatie van hun pleitbezorgers worden in dit proefschrift onder de loep genomen. Georganiseerde criminaliteit is dan het “*verontrustend maatschappelijk verschijnsel waarvoor de klassieke regels van het strafrecht en strafprocesrecht blijkbaar niet langer opgaan en aan grondige vernieuwing toe zijn*”. De klemtoon ligt steeds op het uitzonderlijke, het gevaarlijke van criminele organisaties.

KEUZE- Dit proefschrift volgt de lijn van Van Traa en de onderzoeksgroep Fijnaut. Kernachtig geformuleerd omvat hun omschrijving van georganiseerde criminaliteit *groepen die bereid en in staat zijn tot het strategisch gebruik van geld en geweld ter afscherming van bedrijfsmatige ernstige criminaliteit*. De begrippen « strategisch » en « bedrijfsmatig » wijzen op de vereiste van de nodige bestendigheid. De door

³⁵⁸ VOGEL, J., *op.cit.*, 137, die evenwel waarschuwt voor de gemeenplaatsen over theorievijandigheid, ondogmatisch of casuïstisch karakter van de common law, die evenvele misvattingen zijn. (*op.cit.*, 136).

³⁵⁹ N[AUBER], C. en V[AN] S[CHAREN], H., “Marc Verwilghen voert strijd tegen georganiseerde misdaad op”, *De Morgen* 30 oktober 1999, 1.

³⁶⁰ “*Dat Verwilghen vaart zet achter een wettelijke regeling voor de bijzondere opsporingstechnieken heeft te maken met de strijd tegen de georganiseerde misdaad*” (*Ibidem*, 1)

Bovenkerk aangestipte maatschappelijke functie zullen criminele organisaties slechts hebben zolang de overheid dat tolereert. Anders dan bij de Onderzoeksgroep Fijnaut wordt het terrorisme niet radicaal uitgesloten. In Hoofdstuk 1 bleken historische banden tussen politiek gemotiveerde en gemeenrechtelijke groepsriminaliteit en de aanpak ervan door de overheid. Daarom komen terroristische organisaties aan bod als georganiseerde criminaliteit in de mate dat hun strategisch gebruik van angst, de clandestiniteit van de organisatie en confrontatie met de overheid geleid hebben tot gezamenlijke oplossingen. Daarenboven kunnen afzonderlijke onderdelen of overblijfselen van politiek gemotiveerde terroristische groepen uitgroeien tot criminele organisaties. Voor mengvormen hanteert de overheid doorgaans het predominantiebeginsel, dat wil zeggen dat zij tracht uit te maken wat de hoofdactiviteit is : het politieke aspect³⁶¹, dan wel de «gemeenrechtelijke criminaliteit ». In het laatste geval spreekt men van georganiseerde criminaliteit. Een dergelijk criterium levert onvermijdelijk moeilijkheden op: het hangt af van de informatie waarover de overheid beschikt, van de grenzen die zij trekt. Bekijkt ze bijvoorbeeld alleen de eenheid die in België diefstallen pleegt of ook de illegale oppositiezender in het buitenland die zij daarmee van geld voorziet? Behoort het organiseren van steunacties voor gevangenen en hun familie van gevangenen of voor het betalen van geldboeten tot de politieke, dan wel tot de criminele activiteiten van de groep?

CONTROLE- Voor elk van de doorgevoerde of geplande veranderingen in het strafrecht past dus een controle. In welke mate wijkt wat de normgever als georganiseerde criminaliteit beschouwt af van de omschrijving die dit proefschrift voorstaat en welke gevolgen heeft dat, bijvoorbeeld voor de « uitzonderlijkheid » van de nieuwe regels.

§4. Bronnen

KLASSIEK- Voor de voorgeschiedenis en de strafrechtelijke regels die nu klassiek heten, vormen vooral (hedendaagse) algemene werken de bron. Het is immers helemaal niet de bedoeling een gedetailleerd beeld te schetsen van de toenmalige historische werkelijkheid. Wat telt, is vooral het beeld dat vandaag van dat klassiek strafrecht wordt opgehangen. Waakzaamheid is desondanks geboden, omdat een

³⁶¹ Dat weliswaar wegens zijn clandestien karakter op illegale wijze, doorgaans met overvallen, afpersingen, diefstallen of smokkelactiviteiten gefinancierd moet worden.

vertekend beeld van de klassieke werkelijkheid natuurlijk een vals argument oplevert voor veranderingen of vernieuwingen. Kleine verbeteringen of nuanceringen dringen zich dan op.

UITDAGING- Voor informatie over georganiseerde criminaliteit als uitdaging waarmee dit klassiek systeem af te rekenen krijgt, beschikken we over een overvloed aan bronnen. Sinds de publicatie van de rapporten van de Senaatscommissie van het Amerikaanse Congres (de Kevaufer-commissie) in het begin van de jaren vijftig, is de literatuur over georganiseerde criminaliteit opmerkelijk blijven groeien. Brodeur³⁶² stelt terecht vast dat vanaf 1980 het volume aan documentatie op exponentiële wijze toegenomen is. Hij wijst erop dat databanken honderden titels per jaar vermelden en dat er nu wetenschappelijke tijdschriften bestaan die volledig aan de studie van de georganiseerde criminaliteit gewijd zijn³⁶³. Net als Brodeur wijst Bovenkerk³⁶⁴ op de uiteenlopende kwaliteit en aard van het materiaal, iets wat ook geldt voor werken die in ons land enige weerklank hebben gekend. In de eerste plaats zijn er sensatiewerkjes en pamfletten voor massaconsumptie. Daarnaast bestaat er een belangrijke hoeveelheid journalistieke onderzoeken³⁶⁵ en (vaak door of met journalisten geschreven) mémoires van personen uit de wereld van de georganiseerde criminaliteit³⁶⁶ of de bestrijding ervan³⁶⁷. Het belangrijkste lijken ons de rapporten van door regeringen of parlementen ingestelde commissies³⁶⁸ en universitair onderzoek dat vooral bij de sociale wetenschappen en (zeker in België waar de discipline vrij veel academische zelfstandigheid heeft verworven) de criminologie gebeurt^{369 370}. Het bestuderen van *criminelen en hun activiteiten* levert

³⁶² BRODEUR, J.-P., *op.cit.*, 188.

³⁶³ Cfr. bijvoorbeeld het tijdschrift *Trends in Organized Crime* dat selecteert uit andere tijdschriften en uit rapporten.

³⁶⁴ BOVENKERK, F., *La Bella Bettien*, *op.cit.*, 28-32.

³⁶⁵ CALVI, *Het Europa van de peetvaders*, *op.cit.*, 167-173; voor een kritiek hierop: BOTTAMEDI, M., *Le mafia en Belgique*, *op.cit.*, 69; het verhaal keert nochtans zonder dergelijke reserves terug bij Humojournalisten SAUVILLIER, R. en ILEGEMS, D., *Bloedsporen*, *op.cit.*, 222-223, VANEMPTEN, J. en VERDUYN, L., *Witwassen in België, crimineel geld in de wereld van de haute finance*, Leuven, Kritak, 1993, 400 p.

³⁶⁶ BOVENKERK, F., *La Bella Bettien*, *op.cit.*, 232 p.; TRIOEN, D., *Boter op het hoofd*, Antwerpen, Hadewijch, 1994, 168 p.; VAN ESBROECK, L., *Popolino, mémoires van een ex-gangster*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 227 p.; VERMEERSCH, P., *Stroman van de vleesmaffia*, Leuven, Van Halewyck, 1996, 96 p.

³⁶⁷ COECK, P., *Reyniers, superflik*, *op.cit.*, 376 p.; VAN MECHELEN, W. en DE BACKER, C., *Topspeurder achter de tralies*, Antwerpen, 1997, 154 p.

³⁶⁸ X, *Jaarverslag 1999*, *op.cit.*, 160 p., X, *Jaarverslag 1998*, *op.cit.* 181+8 p.

³⁶⁹ De Belgische universiteiten lijken zich nog niet echt op het onderzoek inzake georganiseerde criminaliteit te hebben gestort. Nochtans is het onderzoeksdomein zo uitgebreid dat men aan buitenlandse universiteiten een zich voortzettende diversifiëring en

een aantal voor de hand liggende methodologische problemen op voor de onderzoeker³⁷¹. Vandaar dat heel veel onderzoek eigenlijk focust op de *strijd tegen georganiseerde criminaliteit* en de « rechtshandhaving »³⁷². Ondanks alle voorbehoud en beperkingen die aan deze onderzoeken verbonden zijn, kunnen ze soms toch dienen om bepaalde vooroordelen, voorstellingen en voorspellingen te ontcrachten of ondersteunen. Vooral wanneer het beleid berust op een onvolledig beeld, of soms zelfs op een karikatuur, kunnen ze een belangrijke rol spelen bij het doorlichten van de gekozen maatregelen.

FICTIE- En dat gebeurt veel vaker dan normale mensen denken. Wetenschappers waarschuwen keer op keer dat parallel met publicaties met informatie over of onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit er een mediaproductie van fictie (literatuur, speelfilm en televisie) bestaat « *waarvan het gezamenlijk gewicht absoluut massief is en waarvan de kracht om de publieke opinie te boetseren veel aanzienlijker is dan die van het onderzoek.* » « *A toutes fins pratiques, le public et une quantité non négligable de preneurs de décision imaginent le crime organisé à travers le roman, de Mario Puzo, The Godfather, et les trois films qu'en a tirés Francis Ford Coppola* »³⁷³.

JURIDISCHE BRONNEN- Pas recentelijk hebben ook de rechtspractici, en dan vooral de penalisten, het begrip georganiseerde criminaliteit als probleem « ontdekt » en uitgeroepen tot een bekommernis van eerste orde voor wetgever, rechtspraak en

specialisatie kan vaststellen (BRODEUR, J.-P., *op.cit.*, 189.) Zo bestaat er uitgebreide literatuur over de verschillende criminele organisaties in Italië, over Aziatische of Turkse groepen en netwerken en over de motorbenden. Ander onderzoek spitst zich toe op de deelsector waarin de (beweerdelijke) georganiseerde criminaliteit actief is (drugs, mensenhandel, BTW-fraude, illegaal gokken, vleesfraude,...).

³⁷⁰ KLEEMANS, E.; VAN DEN BERG, E. en VAN DE BUNT, H., *Georganiseerde criminaliteit in Nederland*, Rapportage op basis van de WODC-monitor, Den Haag, Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum, 1998, 177p.; FIJNAUT, C.; BOVENKERK, F., BRUINSMA, G. en VAN DE BUNT, H., *Organized Crime in the Netherlands*, Den Haag/Londen/Boston, 1998, Kluwer Law International, 1998, 248 p. Cfr. nochtans het geklaag van POC-GC-voorzitter Vandenberghe: « *We stelden vast dat er in ons land geen systematische informatie over de georganiseerde criminaliteit aanwezig is.* » (VAN EYLEN, L. en VERHOEST, F., *op.cit.*, 2.)

³⁷¹ Cfr. BOVENKERK, F.; BRUINSMA, G.; VAN DE BUNT, H. en FIJNAUT, C., "Georganiseerde criminaliteit in Nederland: een reactie op de commentaren", *Tijdschrift voor Criminologie* 1997, 56-66.

³⁷² BRODEUR, J.-P., *op.cit.*, 189.

³⁷³ *Ibidem*, 189.

rechtsleer³⁷⁴. Dat drietal vormt natuurlijk de heilige drievuldigheid van het juridisch bronnenmateriaal en komt vanzelfsprekend uit (hand)boeken en juridische tijdschriften. Elke kandidaat-normgever in de onderzochte materies krijgt af te rekenen met talloze wolfijzers en schietgeweren. Vandaar dat soms buitenlandse voorbeelden inspiratie kunnen brengen. Elders komt de impuls uit al dan niet geschreven richtlijnen, niet-bindende afspraken of andere vormen van zogeheten soft-law. Zo zijn er bijvoorbeeld ambitieuze actieplannen van Europese Unie en de Belgische federale regering met hun beleidsvoornemens voor de komende jaren, resoluties van de EU en allerlei internationale organisaties of gemeenschappelijke optredens van de EU-Raad van Ministers in het kader van de Derde Pijler. Die staan bol van de goede bedoelingen, doch leveren niet dadelijk echt, « hard » recht op. Dat moet meestal komen van de federale wetgever in België en vele van diens hervormingen staan nog volop in de stellingen. Bij afwezigheid van inwerkinggetreden wetten kunnen wetsvoorstellen of voorontwerpen soelaas bieden. Soms gaat het over embryonale of juridisch niet-bindende projecten, een schets waarin niettemin al duidelijke omtrekken te onderscheiden zijn.

§.5.De selectie van vier grote thema's

SELECTIE- «*De aanpak van georganiseerde criminaliteit*» als onderwerp van een proefschrift lokt nooit verbazing of onbegrip uit. In tegenstelling tot meer specifieke en technische materies spreekt dit 'sexy' thema tot de verbeelding van de academische én de buitenwereld. Daar schuilt natuurlijk het gevaar: dit proefschrift zal waarschijnlijk helemaal niet bieden wat velen zich ervan verbeeld hadden. Al is het voor auteur én lezer fysiek een uitputtend werk, met dit onderwerp kan het proefschrift nooit uitputtend zijn in de zin van een volledige behandeling van het gekozen thema. Er zijn bibliotheken volgeschreven over georganiseerde criminaliteit er bestaan tijdschriften en studiecentra die er exclusief aan gewijd zijn. Een selectie drong zich op.

ONDERBOUW- Dit proefschrift geeft geen opsomming annex analyse van alle juridische « instrumenten » die nuttig gebruikt kunnen worden tegen criminele organisaties, zeker geen gids voor de practicus. De dogmatische blik is integendeel gericht op de grondslagen waarop de nieuwe « juridische bouwwerken » steunen. Die fundamenten ziet men niet : ze zitten in of onder de grond. Men denkt er pas

³⁷⁴ FIJNAUT, C.; VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F.(eds.), *op.cit.*, 371 p.

aan wanneer de boel begint weg te zakken of te scheuren. Academici ergeren er zich wel eens aan dat in de door actualiteit gedomineerde politieke agenda's, de wetgevende macht in België wel veel loodgieters en dakwerkers telt, maar onvoldoende mensen die tijd kunnen uittrekken voor de grondwerken. Die kritiek mogen ze uiten, zolang zij zelf niet zondigen in de andere richting en blijven steken in bombastische uitspraken - als het kan in het Latijn - over grote beginselen. Goochelen met prachtige ideeën heeft immers geen zin als men er niet in slaagt die te vertalen in een bevredigende praktijk³⁷⁵. Niemand wil een krot met de fundamenten van een kasteel.

TENDENZEN- De denkoefening in dit proefschrift vertrekt vanuit een aantal beginselen die, zo niet in werkelijkheid, dan toch zeker in theorie, het « klassieke » strafrecht schragen. Die zijn in concrete rechtsregels gegoten die de aanpak van criminaliteit door de overheid beheersen. Vandaag de dag schieten die regels blijkbaar te kort, vooral tegen georganiseerde criminaliteit. Die vaststelling vormt de aanleiding of rechtvaardiging voor wijzingen in strafrecht en strafprocedure. Ligt het probleem in het beginsel zelf of enkel in de concrete vertaling ervan in rechtsregels? Waar vindt de nieuwe keuze haar inspiratie en welke weerslag heeft zij? Het is de bedoeling een aantal grote tendenzen te schetsen, grote lijnen te trekken. De kritiek van onvolledigheid en vereenvoudiging nemen wij dan ook graag op koop toe als een weliswaar ongewild maar onvermijdelijk gevolg van deze bewuste keuze³⁷⁶.

EXPERIMENT- De belangrijkste aspecten van het strafrecht komen aan bod. Eerst en vooral de misdrijfomschrijving: de gedragingen die strafbaar zijn en de personen die zich eraan schuldig maken. Daarnaast komt echter ook de manier waarop die opgespoord en bewezen worden aan bod, evenals de straf die eraan gekoppeld zit. Telkens zou zich een belangrijke verschuiving voordoen, weg van de "klassieke"

³⁷⁵ Sommige Vlaamse strafrechtsgeleerden verwijten een aantal Franstalige collega's zich al te veel te beroepen op de fundamenten en daarna geen oog meer te hebben voor het huis dat daarop wordt gebouwd. Cfr. de uitspraken van prof. Van den Wyngaert over de cultuurverschillen na het springen van de commissie Franchimont over de hervorming van het strafprocedurerecht: DE MOOR, F., "Er is geen tijd voor kwaliteit", *Knack Magazine* 21 oktober 1998, 32-33. Cfr. *supra* 2.2. gevaren dogmatiek die band met de werkelijkheid verliest.

³⁷⁶ Aan zowat elk van de grote verschuivingen die de revue passeren en aan tal van deelaspecten ervan, zijn bij ons of in het nabije buitenland volledige doctoraatsthesisen gewijd, niet zelden van een zeer hoogstaand niveau. Cfr. voor de verwijzingen in elk van de volgende vier Delen.

regel³⁷⁷. Om die verschuiving te illustreren zijn bepaalde aspecten misschien teveel uitvergroet en andere onderbelicht gelaten. Het thema georganiseerde criminaliteit leent zich bijzonder voor experimenten die de verschuivingen zichtbaar maken: de maatschappelijke weerstand tegen het inruilen van de klassieke voor nieuwe regels is immers klein.

³⁷⁷ Vergelijk: in een artikel gepubliceerd niet zolang na de indiening van ons doctoraatsproject onderscheidt Groenhuijsen wat hij “megatrends in het strafrecht” noemt, waarvan er een aantal met de onze samenvallen (vermogensaanpak, consensualiteit, emancipatie slachtoffer): GROENHUIJSEN, M., “Het juridisch tekort in het strafrecht”, *N.J.B.* 1996, 1527-1537.

HOOFDSTUK 5 : STRUCTUUR VAN HET PROEFSCHRIFT : een analyse (in vijf stappen) van vier grote verschuivingen in het spanningsveld tussen « nieuwe » criminaliteit en « oude » regels

"If we knew what it was we were doing, it wouldn't be called research, would it?"

(A. Einstein)

§1. De klassieke basis van ons strafrecht

OUDE IDEEËN- Niemand betwist dat ons strafrecht en strafprocesrecht eigenlijk een product zijn van de Franse revolutie en dus van de Napoleontische codificatie. Het Wetboek voor Strafvordering is nog dat van 1808. Het Strafwetboek uit 1867 is weliswaar een "eigen" Belgisch wetboek, maar verschilde slechts weinig van de revolutionaire en Napoleontische wetboeken waar het op gebaseerd was. Van Den Wyngaert wijst erop dat het wetboek "totaal voorbij gaat" aan de op dat ogenblik nieuwe ideeën op het gebied van het strafrecht: het positivisme en het sociaal verweer³⁷⁸. Het wetboek van 1867 vormt dan ook een "typisch product van de klassieke denkrichting"³⁷⁹, een leer die de "neerslag [is] van het ideeëngoed uit de Verlichting"³⁸⁰. Dat ideeëngoed steunt op een aantal grote beginselen die aanvankelijk vooral de weerspiegeling vormden van een nieuwe visie op het staatsrecht, maar daarna meer en meer de dimensie kregen van een zelfstandig grondrecht van de rechtsonderhorige. Omdat het zo lang geleden is, hebben vele waarnemers aan het eind van de twintigste eeuw enkel oog voor de grote ideeën. Ze behandelen het strafrecht van toen op heel abstracte wijze, zonder al te veel oog voor de toenmalige context of toepassing.

NIEUWE WERKELIJKHEID- Naar het hedendaags recht kijken ze heel anders: daar moeten de grote ideeën dag in dag uit de toets van de praktijk doorstaan, de kloof tussen beginsel of doelstelling en resultaat springt in het oog. Niet zelden legt men de schuld voor tekortkomingen van het hedendaags systeem bij de manier waarop

³⁷⁸ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht ...*, *op.cit.*, 12-13. De vraag past in welke mate die in 1867 al echt leefden. Pas na 1885 traden ze echt op de voorgrond.

³⁷⁹ Wij zullen dit in dit proefschrift wel nuanceren: in de samenspanning en bendevoering. (*infra* Deel II, Hoofdstuk 1) zit zeker ook een sociaal verweer-dimensie.

de grote Verlichte beginselen in de negentiende eeuw in specifieke normen zijn vertaald. De beginselen gelden misschien nog steeds, maar de concrete wetten, praktijken en instellingen zijn niet aangepast aan de eisen van het einde van de twintigste eeuw. Ze moeten veranderen om een “efficiënte” of “effectieve” bestrijding mogelijk te maken van de georganiseerde criminaliteit die van rechtsstaat en democratie bedreigt.

§2.De inwerking van de aanpak van georganiseerde criminaliteit op de klassieke basis van het strafrecht: een overzicht in vijf stappen

KLASSIEK- De ontleding van elk van de deelthema’s hierna begint met de klassieke pool, dat wil zeggen met een korte schets van de klassieke regel van het Belgisch strafrecht (doorgaans van het wetboek) en de fundamentele principes waarop die (beweerdelijk) berust. Na een korte voorgeschiedenis volgt het klassieke dogma. Dit is de positieve pool van de grote rechtsbeschermingsbeginselen. Daar komt wel de nodige duiding en nuancering bij.

TEKORTSCHIETEN- Het tweede Hoofdstuk behandelt de “onhoudbare spanning”. De klassieke regels zouden de wenselijke aanpak van nieuwe uitdagingen in de weg staan: ze schieten tekort. Het gaat helemaal niet om een botte confrontatie tussen oude regel en nieuwe vorm van criminaliteit. De spanning neemt ook toe omdat de positieve pool meer geladen is. Dat gebeurde bijvoorbeeld omdat sinds de kinderjaren van ons nationaal strafrecht nieuwe grondrechten zijn ontstaan of oude grondrechten meer afdwingbaar zijn geworden. Naast de druk van georganiseerde criminaliteit zorgen ook andere elementen voor de negatieve lading van de tegenpool. Talloze regels uit het bijzonder strafrecht en het administratief recht (dat nauwelijks of niet bestond bij de conceptie van ons strafrecht) wrijven voortdurend met het klassieke strafrecht.

IMPULSEN- In een derde Hoofdstuk komen de impulsen tot verandering aan bod. Internationale, buitenlandse of eigen initiatieven, regels of rechtsfiguren vormen (mogelijke) inspiratiebronnen. De bewustwording in België heeft een oorsprong in het buitenland (*supra*, Hoofdstuk 1) en vanuit dat buitenland komen er ook impulsen

³⁸⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht ...*, *op.cit.*, 17.

tot verandering. Besteedt de Belgische wetgever echt veel aandacht aan de buitenlandse “voorbeelden” of vermeldt hij hen gewoon als een extra argument om een al gemaakte keuze te verdedigen? Over welke marges beschikt hij bij de “vertaling” van de vage en soms tegenstrijdige internationale impulsen in regels?

KEUZE- Vervolgens, in het vierde Hoofdstuk, komt de door of in ons land gemaakte of geplande keuze. Welke oplossing heeft België gezocht voor de opgelopen spanning? Hoe verwerkt, vertaalt het Belgisch recht de vernieuwingsimpulsen? Neemt het met nieuwe regels openlijk afstand van de beginselen en de vroegere uitgangspunten of kunnen kleine ingrepen volstaan?

EVALUATIE- Tenslotte volgt in een vijfde en laatste Hoofdstuk een persoonlijke evaluatie van de Belgische keuzes. Zoals gezegd komt het er daarbij op aan vooroordelen bloot te leggen, incoherenties of cirkelredeneringen te ontmaskeren en te wijzen op de mogelijke gevolgen van de gemaakte keuzes. Daarbij past een terugkoppeling naar de klassieke beginselen. Blijven zij overeind of zijn zij achterhaald? En in het tweede geval, wat zijn de fundamenten van de nieuwbouw? Of is de nieuwbouw op los zand gebouwd en gedoemd om weldra weg te zakken? Voert de wetgever nieuwe beginselen en basisbegrippen in of moet de dogmatiek bijspringen? Hoe uitzonderlijk zijn de nieuwigheden, welke weerslag hebben ze op het “gewone” systeem en welke alternatieven bestaan er?

§3. Vier grote verschuivingen

De grote verschuivingen die wij onderscheiden zijn de volgende:

3.1. Van individu naar organisatie

STRAFBAAR GEDRAG- Deel II legt zich toe op de strafbaarstelling of misdrijfschrijving. In een continentaal systeem als het onze vormt de wettelijke omschrijving van de strafbare gedraging het uitgangspunt van alle strafrechtelijke beschouwingen. Ze vormt de eerste stap naar het antwoord op de vraag wie, waar, wanneer aan het strafrecht en de erbij horende overheidsmacht blootgesteld kan worden.

INDIVIDUALISME- Het klassiek strafrecht spitst zich toe op menselijke individuen, hun persoonlijke gedragingen en de schuld voor die gedraging. Het legaliteitsbeginsel moet hen beschermen tegen machtsmisbruik door de

verschillende takken van de staatsmacht. Op de wetgever rust meer bepaald een precisiegebod bij de omschrijving van strafbare gedragingen (*lex certa*-beginsel). Daarenboven dwingen subsidiariteits- en evenredigheidsbeginselen hem dat slechts te doen wanneer er geen andere mogelijkheid bestaat en niet meer dan nodig. Tenslotte moeten wetgever en rechter erover waken dat alleen wie persoonlijk schuldig is, gestraft kan worden. De architecten van het klassieke strafrecht geloofden dat ze deze beginselen best waar konden maken door slechts individuele – liefst opzettelijke - gedragingen die concrete schade veroorzaakten aan een persoonlijk rechtsgoed strafbaar te stellen.

AANPAK ORGANISATIE- Het gevaarlijke aan georganiseerde criminaliteit is dat zij als collectief het individu overstijgt. Een op het individu gerichte aanpak biedt op termijn geen oplossing. Die kan er pas komen met een “op de organisatie” gerichte aanpak. Het collectief element wint dan ook aan belang bij de formulering en begrenzing van strafbare gedragingen. Tegelijkertijd beogen de misdrijfomschrijvingen steeds meer de afwending van abstracte gevaren. Deze nieuwe tendens nodigt uit tot een kleine reflectie over daderschap, deelneming, strafbaarstelling en aansprakelijkheid en de wetgever als bron van “normvervaging”.

3.2. Van reactieve en gewone naar proactieve en bijzondere opsporingen

OPSPORING- De veranderende wettelijke strafbepalingen uit Deel II krijgen pas echte betekenis wanneer de overheid haar regels werkelijk besluit af te dwingen. Vandaar dat na de strafbaarstelling in Deel III de opsporing, het onderzoek en het bewijs van de misdrijven aan bod komt.

REACTIEF EN GEWOON- Bij het opsporen van misdrijven mag de overheid inbreuken maken op de rechten en vrijheden van mensen, doch ze is daarbij aan strikte regels gebonden. Eerst en vooral kan de overheid slechts in actie schieten nadat er een strafbare gedraging bestaat, niet eerder. Zij reageert op informatie uit betrouwbare bron, van slachtoffer of getuigen. Onderzoekende ambtenaren moeten openlijk (dat wil zeggen als ambtenaren), oprecht en onpartijdig optreden.

PROACTIEF EN BIJZONDER- Bij nieuwe strafbepalingen en bij georganiseerde criminaliteit verschuift die aanpak naar wat proactief en bijzonder onderzoekswerk is gaan heten. De overheid wacht niet langer af, maar gaat op eigen initiatief onderzoeken voeren tegen mogelijke verdachten. Onderzoekers zullen verdekt optreden, meer liegen en bedriegen en vaak zelf in criminele activiteiten betrokken

geraken. Velen beweren dat dit de enige wijze is waarop georganiseerde criminaliteit efficiënt bestreden kan worden. In Deel III volgen mijmeringen over juridische begrippen als verdenking, gewone en bijzondere opsporing. Vooral de vraag hoe deze onderzoeksmethoden te verzoenen vallen met een uitlokkingsverbod en met het verbod voor onderzoekers om misdrijven te plegen moet beantwoord worden. En tot welke sanctie leiden eventuele onregelmatigheden?

3.3. Van eenzijdig opgelegd naar onderhandeld

AFHANDELING- Na de strafbaarstelling en het onderzoek, komt in Deel IV de afhandeling van de misdrijven aan bod. Niet alle strafzaken lopen immers uit op een volledig proces met vrijspraak of veroordeling. Vele anderen krijgen een “alternatieve” afhandeling, waarbij de vraag past of ook hier een tendens te onderscheiden valt.

EENZIJDIG- Hoewel de rechtsfilosofische rechtvaardiging in de loop der tijden is veranderd, dat wil zeggen de goddelijke soevereiniteit van de vorst werd ingeruild voor het sociaal contract, bleef het cruciaal voor het klassiek strafrecht dat het gaat om eenzijdig opgelegd recht. De toepassing ervan ontsnapt aan de beschikkingsbevoegdheid van de betrokken partijen (verdachte, Openbaar Ministerie en eventuele burgerlijke partij). De staat gaat in zijn reactieve onderzoeken uit van zijn eigen sterkte en van de (verplichte) medewerking van de burgers.

ONDERHANDELD- Tegen georganiseerde criminaliteit faalt een dergelijke aanpak, zodat een andere, onderhandelde afhandeling van strafzaken wordt bepleit. Daarbij moet de maatschappij een prijs betalen voor het overkomen van de handhavingsproblemen die het gevolg zijn van strategisch gebruikte angst en wantrouwen. De combinatie van de collectieve en de proactieve aanpak heeft tot gevolg dat heel wat meer personen in de strafrechtelijke netten belanden dan eigenlijk de bedoeling kan zijn. Daarom ontstaan juridische mechanismen om hen opnieuw overboord te gooien. In aanvulling wil de rechtshandhaving de mogelijkheid om te onderhandelen met criminele getuigen, waarbij onder meer strafvermindering als beloning voor nuttige informatie toegekend kan worden. Ook getuigen willen onderhandelen, bijvoorbeeld over waarborgen voor hun veiligheid, zoals de toekenning van anonimiteit.

3.4. Van vrijheidsstraf naar vermogensaanpak

STRAF- Als laatste aspect komt het wezen van het strafrecht aan bod: de straf. Het is deze negatieve sanctie die de hele rechtstak zijn “uniek” karakter geeft. Nochtans spreekt het niet vanzelf wanneer een sanctie maatregel dan wel straf is.

VRIJHEIDSSTRAF- De belangrijkste straf van het klassieke strafrecht, niet statistisch maar qua impact en symbolisch belang, is de vrijheidsstraf. Die leek de architecten van het strafwetboek veruit de beste vertaling van de beginselen die aan het klassiek strafrecht ten grondslag liggen en van de doelstellingen die dat strafrecht zich stelde.

VERMOGENSAANPAK- Op vele vlakken zal de vrijheidsstraf haar architecten ontgoochelen. Ook tegen georganiseerde criminaliteit blijkt ze niet genoeg. Vanaf de jaren zeventig en tachtig groeit een “nieuwe aanpak” uit tot een wereldwijd modeverschijnsel. Georganiseerde criminelen moeten daar “geraakt worden” waar het hen allemaal om te doen is: hun vermogen. De ver-geldingsidee duikt (weer) op in zijn meest letterlijke betekenis. Een aanpak van het witwassen moet bovendien voorkomen dat criminele organisaties de legale bovenwereld zouden “infiltreren”. Deze verschuiving heeft verregaande gevolgen voor het strafrecht. Naast de straf blijkt immers ook de strafbaarstelling en de opsporing de gevolgen van de verschuiving te ondergaan. Dat noopt tot enkele vragen over de zin van de straf en strafbaarstelling.

3.5. Volgorde van behandeling

CUMULATIEF- De volgorde van de vier trends is niet willekeurig. Eerder dan parallele, alternatieve evoluties te schetsen, volgt hierna een cumulatieve analyse. Elk stadium bouwt voort op het vorige en koppelt ernaar terug. De aanpak van organisatie als dusdanig leidde tot misdrijven (Deel II) die enkel opgespoord of bewezen kunnen worden met proactieve aanpak en bijzondere opsporingsmethoden (Deel III). Beide vorige leiden tot de noodzaak om een uitweg te bieden aan de vele kleine vissen en schelpdieren die mee in de fijnmazige netten gevangen worden: spijtoptanten, bedrijven die met criminele organisaties gewerkt hebben, undercoveragenten die zich schuldig maken aan misdrijven enz. Dat zal meer en meer leiden tot een “onderhandelde” afhandeling van strafzaken (Deel IV). Alles komt tenslotte samen bij de vermogensaanpak. Die slaat niet alleen op de verzelfstandiging van de organisatie die (los van dat van de dader(s)) een vermogen

“heeft” of “beheert”. Witwassen stelt men strafbaar als steun aan de organisatie, waarbij het materieel en moreel element verwateren. Maar de strafbaarstelling van witwassen weerspiegelt zich ook een preventieve en proactieve benadering: meldingsplichten, registratieplichten, frontstore, witwassen als gevaarzettingsmisdrijf, vermogensaanpak ter bescherming van legale economie e.d. Vanwege de vele fronten waarop de vermogensaanpak toeslaat kan onmogelijk steeds voor repressie gezorgd worden en zal er onderhandeld worden. Dat blijkt uit de rol die tussenpersonen-meldplichtigen krijgen aangemeten, uit het voorzien van verschoningsgrond bij medewerking met de overheid (melding-gecontroleerd witwassen enz.). De wetgever maakt van klassieke “derden” nu “mede-daders”, om dan meteen te kunnen onderhandelen over verschoning wegens hulp bij de aanpak van “echte” daders.

§4.De reformatie in de kathedraal van ons strafrecht : revolutie, beeldenstorm of storm in een glas water ?

KATHEDRAAL- De Minister van Justitie die in 1995 het nieuwe Spaanse strafwetboek boven de doopvont hield, vergeleek het geleverde werk met het bouwen van een kathedraal. Verschillende generaties architecten en bouwmeesters volgen elkaar op, het geloof vormt een belangrijke motivatie, de wereldse middelen de belangrijkste beperking. Het uiteindelijk resultaat heeft een centrale functie in de maatschappij, een symbool van gemeenschapstrots. Het uitzicht van kathedralen varieert natuurlijk enorm in functie van de periode waarin zij gebouwd werden: Franse kathedralen zijn groot, maar desondanks licht door de prachtige glasramen. De Spaanse zijn imposant en de gotische buitenkant contrasteert met de barokke, bladgouden binnenkant. Wat is typisch voor onze kathedralen? Opmerkelijk is dat zij dikwijls niet afgeraakt zijn: in Antwerpen heeft men het met één toren moeten stellen, in Mechelen heeft men nooit geld gevonden voor een torenspits en in Leuven's grootste kerk heeft men halverwege de bouw moeten inbinden, omdat de boel anders zou wegzakken. Zij hebben gemeen dat zij de tand des tijds dapper doorstaan, maar kunnen niet zonder belangrijke restauratiewerken. Jarenlang zijn die uitgebleven en moesten netten het dalend aantal gelovigen beschermen tegen de vallende brokstukken.

STRAFWETBOEK- Zoals Van den Wyngaert heeft aangegeven, vormt het op klassiek liberale steunberen rustend Strafwetboek het koor en de hoofdbeuk van de

kathedraal van ons strafrecht. Daarbij mag de “bezoeker” echter niet uit het oog verliezen dat talloze brokstukken uit de ruïnes van het prerevolutionair strafrecht gerecupereerd en verwerkt werden. Rondom die onaangetaste hoofdbeuk kregen echter, in een toenemend aantal zijkapellen (gewijd aan de patronen van deelgroepen in de maatschappij) andere architectonische visies (zoals het sociaal verweer, maar ook bijvoorbeeld het idee van een verzoenend conflictenrecht) hun plaats. Vele bezoekers verkiezen de kleine, soms meer op mensenmaat gesneden zijkapellen boven de grote, indrukwekkende maar tochtige hoofdbeuk. In de jaren tachtig daverde de verwaarloosde kathedraal onder het geweld van een aantal zware aardbevingen en kraakte ze in al haar voegen. Vele iconen zijn van hun voetstuk getuimeld en liggen aan diggelen.

OMWENTELING- Dit proefschrift bekijkt de vernieuwingswerken waar de politici zich nu onvervaard op storten. Gaat het om een beeldenstorm, waarbij enkel de bestaande symbolen worden kapotgeslagen, maar nauwelijks iemand heeft nagedacht over wat er in de plaats moet komen? Of zal men de oude kathedraal gewoon slopen en een heel nieuw, modern gebouw optrekken? Velen wijzen erop dat de som van de hierna geschetste evoluties eigenlijk een revolutie in het strafrecht opleveren. Een dergelijke “omwenteling” betekent wel dat, als men voldoende doorgaat, men uiteindelijk terug uitkomt waar men vertrokken is. Vele voorgestelde “nieuwigheden” betekenen eigenlijk een terugkeer naar instrumenten of rechtsfiguren uit de preklassieke periode. De mensen die de klassieke keuzes gemaakt hebben, deden dat geenszins in een periode zonder bekommernissen inzake georganiseerde criminaliteit (*supra*, Hoofdstuk 1). Er zullen dus andere argumenten nodig zijn om de veranderingen te verantwoorden.

§5. Besluit Deel I

SELECTIE ANALYSETHEMA'S- In het politiek en juridisch discours over georganiseerde criminaliteit doet men vaak alsof het iedereen weet waarover het gaat, hoewel het niettemin een nieuw, voorheen onbekend verschijnsel zou betreffen. Die vanzelfsprekendheid is schijn. Daarom hebben we in het Hoofdstuk 1 van dit eerste Deel in geuren en kleuren uiteengezet dat we dezer dagen gewoon een piek beleven in een lang bewustwordingsproces. De oplossing van een probleem hangt meestal af van een goede formulering. Vandaar dat we uitgebreid ingingen op de omschrijving van wat "georganiseerde criminaliteit" nu eigenlijk is.

Daarover bestonden vele meningen. Sommigen zagen de zin van de omschrijving niet in. Anderen geloofden dat de gebruikte methode kenmerkend was. Een enigszins alternatieve stroming bekijkt de georganiseerde criminaliteit vanuit de maatschappelijke functie die ze vervult. Onze keuze valt eigenlijk op de omschrijving die de organisatie en de houding van de leden centraal plaatst. Ze heeft het voordeel behoorlijk scherp te zijn. Daardoor voorkomt ze paniekvoetbal.

De meningen over wat nu eigenlijk georganiseerde criminaliteit is, liepen dus erg uiteen. In Hoofdstuk 3 opperden we een mogelijke verklaring. Het "probleem" georganiseerde criminaliteit wordt bepaald door de bedoeling van wie het omschrijft. En dat kan gaan over verscheidene motieven: het scheppen van een prioriteit, het rechtvaardigen van bepaalde methoden en instellingen of het verklaren van mislukkingen. Daarom moet worden gewaakt over de beweegredenen van wie georganiseerde criminaliteit uitroept tot grote bedreiging. Een rechtsstaat mag niet wegglijden naar een sfeer van heksenjachten, waarbij het doel van bestrijding van een niet al te duidelijk omschreven vijand alle middelen heiligt.

Eens de context van het probleem vastgelegd, volgde in Hoofdstuk 4 een toelichting van het opzet van dit proefschrift. Georganiseerde criminaliteit, als vlag waaronder veranderingen in het strafrecht worden doorgevoerd, vormt de aanleiding voor een reflectie vanuit een dogmatisch perspectief. Dat betekent onder meer een speurtocht naar vooronderstellingen en redeneerfouten, een inschatting van de mogelijke gevolgen en een poging de regels in algemene categoriën te vatten. Daarvoor hebben we vier grote thema's geselecteerd, grote trends die o.i. de hedendaagse evolutie van het strafrecht kenmerken. Eerst komt er de verschuiving in de strafbaarstelling: die richt zich minder op het individu en meer op de organisatie als dusdanig. Dat wordt Deel II van dit proefschrift. Vervolgens (Deel III) bekijken we de veranderingen in de opsporing: die evolueren van reactief en gewoon naar proactief en bijzonder. Deel IV is gewijd aan de afhandeling van strafzaken: terwijl vroeger de overheid het strafrecht per definitie eenzijdig oplegde, blijkt er nu een groeiende marge voor onderhandeling te bestaan. Deel IV zoomt daarop in, met name op de onderhandelingen met getuigen in ruil voor hun bijdrage aan het bewijs. Tenslotte komt in Deel V de evolutie in de bestraffing aan bod: daar verschuift de aandacht van de klassieke vrijheidsstraf naar een vermogensaanpak. Elk van die evoluties bekijken we in vijf fasen. We belichten eerst de klassieke regels. Vervolgens kijken we waarom die in crisis geraken. Na de impulsen voor verandering te overlopen komen we tot nieuwe keuzes in België. Tenslotte maken we de balans op. Zijn de veranderingen echt revolutionair en lossen ze de crisis wel op?

DEEL II. VAN INDIVIDU NAAR ORGANISATIE

HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE: individualistisch straf-na-schade-recht

*“Wie een slecht geheugen heeft,
beleeft vele premières”*
(A. von Ambesser)

WAARSCHUWING- Wanneer wij het in het eerste Hoofdstuk van elk Deel van dit proefschrift over het klassieke systeem hebben, doen wij dat niet op basis van een grondige analyse van historische bronnen. De korte analyse schetst geenszins een historische waarheid, zij geeft niet weer wat er echt in de hoofden van de redactie van het Strafwetboek omging. Integendeel, het gaat over het beeld dat hedendaagse auteurs ophangen van het klassieke systeem, de kenmerken die hun concrete historische context "overleefd" hebben. In zijn ongenueanceerheid dient het hoe dan ook slechts als contrasterende achtergrond waartegen wij de beweerdelijke nieuwigheden kunnen bekijken. Het gaat om de voordelen die een buitenstaander bij het begin van de eenentwintigste eeuw nog in die negentiende-eeuwse constructies kan zien.

§ 1. *Individuele bestraffing voor verwijtbare individuele veroorzaking effectieve schade*

1.1. Voorgeschiedenis

INDIVIDU EN SAMENLEVING- De geschiedenis van het strafrecht, zoals die van het recht in het algemeen, beschrijft een onafgebroken zoektocht naar een systeem dat een leefruimte (vrijheid) geeft aan individuen in een groter geheel vol botsingen met de vrijheden van anderen. Het bewustzijn dat de mens heeft van zijn individualiteit, geldt voor vele filosofen als zijn wezen. Bijgevolg vormt de plaats van het individu in en ten opzichte van collectieven de constante bekommernis van wie het bestaan van de mensheid wil regelen.

BLOEDWRAAK TUSSEN CLANS- Aanvankelijk strafte de mens norminbreuken slechts af binnen de familie, clan of stam. Wanneer leden van verschillende clans met elkaar botsten, bestond er geen goed of kwaad, legaal of illegaal, maar alleen

een “wij” en “zij”. De groepssolidariteit, de bloedbanden gingen voor op alles: de groep eiste onvoorwaardelijke trouw van zijn individuele leden. Dan bood de groep aan het individu de steun en trouw van de anderen in ruil en dus een zekere mate van bescherming en zekerheid³⁸¹.

VERSTAATSING EN INDIVIDUALISERING- De geschiedenis van het strafrecht loopt samen met die van het publiekrecht en dus met het zich opdringen van een bepaalde overheid die de macht heeft opgeëist. Mensen werden losgeweekt uit hun clan en gebonden door de regels van de nieuwe gemeenschap (gemeente, graafschap, kloosterorde, ...) die de normen en sancties trachtte te monopoliseren. Ze nam een aantal rechten en plichten van de clan over. De (territoriale) staat, groot of klein, maakte aanspraken om uit te groeien tot het primaire referentiekader voor rechten en plichten van personen. Tussen staten onderling bleef dezelfde regel van kracht als vroeger tussen clans: de solidariteit en trouw geldt met het “eigen volk” in een strijd om het bestaan op basis van een soort groepsegoïsme. Voortdurende oorlogen tussen krijgsheren en hun onderdanen of tussen steden en streken waren het gevolg. Vooral de strijd tussen de wereldse heersers, met hun grondgebied als machtsbasis, en de universalistische aanspraken van de Kerk, die een parallel “normensysteem” oplegt, zorgde voor zware botsingen. Telkens de grotere centrale overheid verzwakte, zoals na het uiteenvallen van het Karolingisch rijk, bloeiden onvermijdelijk de oude, familiale mechanismen van collectieve wraak opnieuw op³⁸². In het graafschap Vlaanderen bijvoorbeeld, begon de definitieve kentering in de elfde eeuw, met de verstedelijking, de ontwikkeling van de handel en de daarvoor benodigde vrijheid. De bepalende factor was dat de graaf van Vlaanderen zijn gezag

³⁸¹ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, Gent, Story Scientia, 1968, 34.

³⁸² VAN CAENEGHEM, R., *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Verhandelingen Kon.VI.Ac.Wet.Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren, Verhandeling nr.19, Brussel, 1954, 323-324 geeft een levendige beschrijving van de situatie: “Praktisch is in Vlaanderen, waar van de Karolingische staatsopvatting zeer weinig is overgebleven, tot in de loop van de XIe eeuw de familiale solidariteit de enige waarborg der enkelingen, hetgeen op het strafrecht de collectivistische stempel drukte die in de loop van de volgende eeuwen door het traag groeiend individualistisch element werd uitgewist. Werd een lid van de familie een onrecht gedaan, en was er aanleiding tot wraak, de baken werd opgestoken, een legertje verwanten trok ten oorlog, overviel de woningen van de vijanden, sloeg hen neer in hinderlagen; kwam het tot een vrede, dan werden bloedverwanten uitgewisseld als gijzelaars; kwam het tot een verzoening, alle verwanten sloegen ze gezamenlijk af, moest er weergeld betaald of ontvangen worden, dan hadden alle verwanten er recht op of waren aansprakelijk. Kwam er een zaak voor de rechtbank dan waren het alweer de verwanten van het slachtoffer die klaagden, de verwanten van de betichte die voor zijn onschuld instonden.”

vestigde en van hogerhand de samenleving ging organiseren³⁸³. Overtredingen van de regels, misdrijven, vormden meteen een inbreuk op het vorstelijk gezag, een schending van diens vredesgebod en aldus een vorm van verraad.

NADELEN COLLECTIEVE WRAAK- Dat deze ommekeer is geslaagd, heeft natuurlijk veel te maken met de nadelen van het systeem van collectieve weerwraak³⁸⁴: alleen de sterkste families leefden in (relatieve) veiligheid, de veten leidden tot grotere oorlogen die hele gebieden teisterden, met vernietigende gevolgen voor landbouw en handel. Onschuldigen werden getroffen, eenvoudig omdat ze tot een vijandige familie behoorden of het ongeluk hadden zich op het verkeerde moment op de verkeerde plaats of in het verkeerde gezelschap te bevinden. De vete diende vaak als mom voor misdadigheid. Zij schoot haar functie, het oplossen van een conflict ontstaan door de oorspronkelijke schade, helemaal voorbij. Integendeel zorgde zij voor een escalatie, een spiraal van wraak die uiteindelijk iedereen beschadigde. Filosofen als Hobbes³⁸⁵ en Nietschze hebben erop gewezen dat dit misschien wel de ware natuur van de mens kan zijn, maar dat cultuur en recht – als samenzwering van de zwakken - daar een andere orde tegenover stellen. Die moet de zwakke bescherming bieden tegen de sterkeren: recht als de handrem op de natuurkracht van de macht. Van Houdt en Callewaert beschouwen terecht de evolutie, met vallen en opstaan, van collectieve naar individualistische opvatting de belangrijkste tendens in het strafrecht door de eeuwen heen³⁸⁶. Met Van Caeneghem beklemtonen zij evenwel ook de uiterste geleidelijkheid waarmee de moderne staatsrechtelijke opvatting van strafrecht zich heeft kunnen doorzetten³⁸⁷.

³⁸³ *Ibidem*, 35.

³⁸⁴ *Ibidem*, 35.

³⁸⁵ Voor een bondig beeld van Hobbes' invloed op het strafrechtsdenken: VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 45-47.

³⁸⁶ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 36-37. Zij citeren Van Caeneghem die de krachtlijnen in een notendop geeft: "*Deze straf kan bij definitie enkel de schuldige treffen, het strafrecht wordt een zaak tussen het gezag en de enkeling, het wordt geïndividualiseerd. De handhaving van de veiligheid van de enkeling wordt voortaan als een openbare dienst beschouwd. Private wraak is verboden, de graaf heeft het monopolie van de bestraffing, alleen de schuldige verdient straf, de verwanten kunnen niet aansprakelijk gesteld worden voor zijn daad, een verzoening tussen de partijen wordt overbodig: het recht is hersteld door de publieke straf, de graaf (steeds door zijn ambtenaren) vervolgt de misdadigers uit eigen initiatief en onderzoekt hun schuld op objectieve wijze: stuk voor stuk worden de functies van de familie terzake uitgeschakeld*" (VAN CAENEGHEM, R., *op.cit.*, 325). Natuurlijk vereenvoudigt dit beeld de werkelijke situatie behoorlijk. Door wettelijke (privileges) of feitelijke delegatie zullen talloze verbanden in de maatschappij, niet zozeer families, maar vooral –soms door families beheerste- gemeenten, gilden, religieuze gemeenschappen en hun universiteiten eigen rechtsorden vormen.

³⁸⁷ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 36.

"KLASSIEK" STRAFRECHT- Het individualisme is geculmineerd in de codificaties aan het eind van de achttiende en in de eerste helft van de negentiende eeuw, die nu "klassiek" heten. Het alom verkondigde gelijkheidsbeginsel leidde tot een strafrecht dat niet langer verschilde in functie van de rang of stand van de dader³⁸⁸. De architecten van de nieuwe wetboeken kozen voor een uniek strafrechtssubject. Het mensbeeld dat de klassieke, negentiende-eeuwse liberale wetgever voor ogen had³⁸⁹, was dat van de redelijke man³⁹⁰. Het ging om de "normale" man van die tijd. Normaal betekende niet zozeer een mens die het statistisch gemiddelde uitmaakt (de mens zoals hij was), maar wel de "norm", de modelman (de mens zoals hij in de ogen van de wetgever moest zijn). De Nederlandse rechtsgeleerde Pompe onderscheidt twee dimensies in dat mensbeeld van de negentiende-eeuwse wetgever: de "citoyen" (burger) en de "bourgeois" (burgerlijke)³⁹¹. De *citoyen*, belichaming van de liberale revoluties, is de vrije klasseloze burger die zich verzet tegen overheidspersonen die zijn onafhankelijkheid kunnen bedreigen. Doch in die mens zit anderzijds ook een *bourgeois*: een saaie, brave huisvader die de regels kent, die weet waar de grenzen liggen. Hij beheerst zijn gedragingen en kan er de gevolgen van inschatten. Als een soort middenstander (*homo economicus*) weegt hij dan nauwkeurig de kosten en baten af, waarna hij vrij kiest of hij al dan niet tot het verboden gedrag zal overgaan³⁹². Als hij dat doet, zal hij en hij alleen ervoor worden gestraft. De wetgever let er wel op de persoonlijke relatie tussen staat en individu te verzoenen met bijvoorbeeld "natuurlijke" loyaliteiten in andere collectieven zoals de burgerlijke familie. Zo toont de strafwet begrip voor familiebelangen en de familieloyaliteit, zelfs als die voorrang krijgen op de wetten van de staat³⁹³.

³⁸⁸ Dit komt tot uiting in de (Franse) wet van 21 januari 1790 en de Grondwet van 3-14 september 1791 (VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 54-55).

³⁸⁹ Voor een meer genuanceerde kijk op het mensbeeld van Beccaria: FIJNAUT, C., "Beelden van de homo criminalis in de criminologie", in: FLEERACKERS, F. (ed.), *Mens en Recht, essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk*, L.A. Jan M. Broekman, Leuven, Peeters, 1997, 133-146.

³⁹⁰ Sommige inspirerende filosofen, zoals Voltaire, stonden iets meer open voor de positie van de vrouw, maar over het algemeen wordt zij grotendeels genegeerd.

³⁹¹ Aangehaald door KELK, C., *De menselijke verantwoordelijkheid in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 3.

³⁹² Dupont beschrijft de rationalistisch-individualistische antropologie die als onderbouw dient voor het achttiende-eeuws strafrechtsdenken. Men werkt met het beeld van de rationele, individuele mens, geacht vrije heerschappij uit te oefenen over zijn handelingen, met helder inzicht in alternatieve gedragsmogelijkheden, kiest hij zijn eigen lot. De mens is het vrije individu dat "kiest" voor het verbreken van de maatschappelijke overeenkomst. (DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtspiegeling*, *op.cit.*, 81.)

³⁹³ Voor misdrijven als het verbergen van misdadigers of lijken en zelfs voor diefstal (462 Sw.), vormen familiebanden een verschoningsgrond. Bedelen in groep was verboden, maar

1.2. Enkele pijlers van ons klassiek strafrecht

REACTIE- Als revolutionair recht reageerde het klassiek strafrecht op de mistoestanden uit de voorafgaande tijden³⁹⁴. Tijdens de revolutie werd geëxperimenteerd met vrij radicale hervormingen gebaseerd op de door Verlichte filosofen vooropgestelde beginselen. Later – en zeker na de restauratie - viel men echter terug op minder principiële, meer utilitaristische tussenoplossingen. Zelfs de Code Napoléon van 1810 betekende voor de “revolutionaire ideeën” op verscheidene punten een teruggang³⁹⁵. Het op de Code Napoléon gebaseerde Belgisch Strafwetboek van 1867 wilde dan weer opnieuw iets liberaler (minder streng) en coherenter zijn³⁹⁶. Dupont, die deze beginselen ontleed heeft³⁹⁷, bekijkt respectievelijk het legaliteits-, gelijkheids-, evenredigheids-, subsidiariteits-, openbaarheidsbeginsel en het beginsel van de persoonlijke schuld. Zoals de Verlichting de landsgrenzen oversteeg, kregen ook deze strafrechtelijke beginselen een soort paneuropese aanvaarding. Ze moeten niettemin gezien worden in combinatie met de onderliggende, staatsrechtelijke beginselen van territorialiteit en monisme. In dit Deel II komen een aantal beginselen aan bod, omdat ze de keuzes kunnen helpen verklaren. In de volgende Delen zullen andere beginselen meer op de voorgrond treden of zal blijken dat hetzelfde beginsel een andere draagwijdte krijgt in een verschillende context. Evenredigheid krijgt bijvoorbeeld een heel andere inhoud op het moment van strafbaarstelling dan als criterium voor de inzet van opsporingsmethoden of als grens bij straftoemeting.

TERRITORIALITEIT EN MONISME- De codificaties en de uitgezaaide Franse revolutie hebben radicaal komaf gemaakt met het particularisme en de veelheid van normsystemen. De (nationale) staat eiste absolute suprematie op als enige, soevereine strafwetgever. Strafrecht werd meer dan ooit een zaak tussen de staat en de crimineel³⁹⁸. Het grondgebied vormde de fundamentele afbakening tussen de

de wet voorzag wel een uitzondering voor echtgenoten en hun jonge kinderen, of voor de blinden of invaliden en hun begeleiders.

³⁹⁴ Cfr. VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 49-64; vgl. CATTANEO, M., *Aufklärung und Strafrecht, Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 225 p.

³⁹⁵ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 55; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 11.

³⁹⁶ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 1997, 8-10.

³⁹⁷ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, *op.cit.*, 74-115.

³⁹⁸ *Infra* Deel IV. Afschaffing meeste “private misdrijven”.

verschillende staten en hun respectievelijke rechtsorde³⁹⁹. Binnen dat territorium heerste een strikt monisme: er bestond één en slechts één rechtsorde. Die was gebaseerd op een nationale grondwet die van de wetgevende macht de opperste bron van normgeving maakte en een duidelijke hiërarchie tussen de normen opstelde. De wetgever moest zelf nagaan of en hoe zijn wetten de natuurrechtelijke beginselen en de grondwet moesten respecteren en interpreteren. De rechter kreeg het verbod wetten op hun grondwettelijkheid te toetsen. Wanneer de staat internationale verbintenissen aanging, schiep dat alleen verbintenissen tussen staten. De afspraken maakten pas deel uit van de nationale rechtsorde, wanneer de nationale wetgever daartoe besliste. Individuen konden dan eventueel rechten putten uit die nationale implementatiewet. Latere nationale wetten konden die wet evenwel probleemloos veranderen.

LEGALITEIT- “*Het legaliteitsbeginsel is één van de meest fundamentele beginselen van het strafrecht.*”⁴⁰⁰ Als materieelrechtelijk beginsel⁴⁰¹ telt het eigenlijk drie grote componenten: een verbod op retroactiviteit, een verbod van analogie in het nadeel van de verdachte en een precisiegebod⁴⁰². Het laatste is een opdracht voor de wetgever, het tweede een voor de rechter en het eerste een voor beide: de wetgever mag niet retroactief strafbaar stellen, de rechter mag de strafwet niet retroactief toepassen. Voor de misdrijfomschrijvingen die in dit Deel II de meeste aandacht krijgen, is het belangrijkste facet van het legaliteitsbeginsel het precisiegebod (*lex certa-vereiste*)⁴⁰³. Opdat de overheid geen carte blanche zou krijgen, moet zij de misdrijven waarop zij de burger kan en mag “pakken” nauwkeurig omschrijven⁴⁰⁴. Die burger kan zijn gedrag ook maar aan de norm aanpassen als die norm

³⁹⁹ Deze regel vond uiteindelijk uitdrukking in art.14 van de wet van 17 april 1878 die de voorafgaande titel van het W.Sv. invoert en de beginselen van het recht van de plaats van het misdrijf en het recht van het forum bezegelt, baseert op het territorialiteitsbeginsel.

⁴⁰⁰ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, op.cit., 27; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 70; cfr. ook TRAEST, P., “Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel”, *R.W.* 1994, 1190-1208. Het beginsel zat al in art.7 en 8 van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* en komt terug in art.12 en 14 van de Belgische G.W.

⁴⁰¹ Cfr. voor een uitgebreide analyse: VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 39-178.

⁴⁰² Cfr. GROENHUIJSEN, M., *Straf en wet...*, op.cit., 15, die daar ook het verbod van strafbaarheid op grond van ongeschreven (gewoonte)recht aan toe voegt.

⁴⁰³ Iemand als Feuerbach, die het begrip “misdrijf” ontwikkeld heeft, hamert erop dat dat misdrijf in het strafrecht behoorlijk omschreven moet worden, met alle constitutieve bestanddelen, klaar en duidelijk. (VANHOUDT, C. en CALLEWAERT, W., op.cit., 60.)

⁴⁰⁴ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, op.cit., 28.

voldoende duidelijk en ondubbelzinnig is⁴⁰⁵. De wet moet waarschuwen, vooraleer te straffen⁴⁰⁶. Het is een recht van de burger en een plicht voor de wetgever.

EVENREDIGHEID- Dupont heeft aangetoond dat de keuze voor evenredigheid, die vaak neerkwam op een mildering van de allerswaarste straffen, niet enkel uit menselijkheid of zachtmoedigheid ingegeven was. Daarnaast steunde ze ook op een stevig utilitair argument: wanneer op relatief lichte vergrijpen zeer zware straffen staan, bestaat geen marge meer om met verdere straffen verdere misdrijven te ontraden. Wanneer op gewapende overval of verkrachting de doodstraf staat, heeft een bereken(en)de dader (*homo economicus*) geen enkele reden om slachtoffers of getuigen te sparen. Door hen op te ruimen vermindert hij de kans op veroordeling terwijl hij aan de andere kant van de balans geen strafverzwaring riskeert. Door “buiten verhouding” stoer te willen doen, zet de wetgever dus criminelen ongewild aan tot nog ernstiger misdrijven⁴⁰⁷. Bij de redactie van een misdrijfsomschrijving slaat de vereiste van evenredigheid vooral op de verhouding tussen het beschermde rechtsgoed enerzijds en de zwaarte van de straf anderzijds⁴⁰⁸. Doch ook de “reikwijdte” van de misdrijfsomschrijving kan men afmeten aan het belang van het beschermde rechtsgoed. De wetgever rechtvaardigt het ruim personeel of territoriaal toepassingsgebied van een misdrijfsomschrijving vaak door te wijzen op de grote belangen die op het spel zouden staan.

SUBSIDIARITEIT- Straffen, als bewuste leedtoevoeging, staan te boek als de zwaarste middelen waarover de overheid beschikt om haar normen af te dwingen. Eén van de oorzaken van de achttiende-eeuwse crisis in de strafrechtsbedeling was volgens de vele praktijkmensen die hun ongenoegen op papier hebben gezet, de overcriminalisering en de overpenalisering⁴⁰⁹. Door de overdaad aan strafbaarstellingen kon het strafrechtelijk apparaat niet meer degelijk functioneren, waardoor het aan gezag verloor. In verbazend moderne geschriften pleitten zij voor

⁴⁰⁵ De theorie achter de verwachte gedragsbeïnvloedende werking van het legaliteitsbeginsel is de zogenaamde “psychologische dwangtheorie” van Feuerbach.(DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, op.cit., 28, voetnoot 6.; VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., op.cit., 62)

⁴⁰⁶ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, op.cit., 28.

⁴⁰⁷ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, op.cit., 183-186.

⁴⁰⁸ Of, wanneer de inbreuk zich effectief voorgedaan heeft, op de verhouding tussen het “onrecht” en de straf.

⁴⁰⁹ De overpenalisering was volgens iemand als Brissot niet meer dan een symptoom van de ziekelijke toestand van de administratie van het land. Het straffen van “ongelukkigen” heeft als beleid geen zin, het is een makkelijkheidsoplossing. Zonder aanpak van de onderliggende globale sociale problemen met een sociale politiek, biedt ze geen perspectief op lange termijn. (DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging*, op.cit., 115.)

meer preventie van misdrijven⁴¹⁰. Dat betekent dat volgens de klassieke dogma's strafrechtelijke aanpak en strafbaarstelling van gedragingen slechts kunnen als allerlaatste toevlucht, als er geen enkel ander beleidsalternatief meer bestaat, als *ultima ratio*⁴¹¹. Daarenboven mag, wanneer een lichte straf hetzelfde of een vergelijkbaar resultaat kan opleveren, wetgever noch rechter kiezen voor een zwaardere. In de negentiende eeuw heeft de subsidiariteitsgedachte zich vooral geëit in een strafrecht dat zich grotendeels beperkte tot het "Kernstrafrecht". Het vereisen van effectieve krenking van een concreet rechtsgoed of toch minstens poging daartoe, functioneerde als natuurlijke rem (*infra*, 1.3.). In het sociaal-economisch recht toonde de liberale wetgever zich erg terughoudend om regulerend of bestraffend tussen te komen. Nochtans gebruikte hij ook daar de harde hand om de bestaande machtsverhoudingen te bestendigen⁴¹².

1.3. Functie van de misdrijfschrijving en voorkeur krenkingsmisdrijven

1.3.1. Duidelijkheid als uitloper legaliteitsbeginsel

EENMAKING EN EENVOUD- Eén van de belangrijkste functies van de codificatie van strafwetten in één wetboek⁴¹³ was het beantwoorden aan de behoefte aan duidelijkheid, beknoptheid en zuiverheid. De vereenvoudiging maakte de dingen toegankelijk, communiceerbaar, berekenbaar en voorspelbaar. De kenbaarheid van de norm was natuurlijk een belangrijk argument met het oog op ontrading. Vele achttiende-eeuwse praktijkmensen (vooral magistraten) lazen het legaliteitsbeginsel echter niet zozeer als een bescherming voor de verdachte, maar wel als een manier om hun (repressief) werk te vergemakkelijken. De wetboeken moesten orde op zaken stellen in een totaal onoverzichtelijk geworden chaos van regels in niet meer hanteerbaar geworden strafrechtssysteem⁴¹⁴. Deze pragmatische kijk op het

⁴¹⁰ Montesquieu (wiens belang voor het strafrechtsdenken we niet mogen overschatten), schrijft "Un bon législateur doit moins s'attacher à punir les crimes qu'à les prévenir; il doit plus s'appliquer à donner des mœurs qu'à infliger des supplices" (DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtspieging*, *op.cit.*, 114.)

⁴¹¹ Cfr. art. 5 van de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 26 augustus 1789.

⁴¹² De Code Napoléon van 1810 (art.414-415) voorzag straffen op het overtreden van het coalitieverbod. Het liberale Belgische Strafwetboek van 1867 zou deze bepalingen niet overnemen. Niettemin bleef staken een misdrijf (art.310 Sw.) en in het woelige 1892 zou het door de Belgische elite verkozen parlement de straffen verzwaren. Pas in 1921 werd staking gedecriminaliseerd (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 33)

⁴¹³ In zijn opmerkelijke analyse van de codificatiebewegingen in de achttiende en negentiende eeuw onderscheidt Cartuyvels zes functies van de codificatie: verbetering van de kennis over het recht, juridische vereenvoudiging, politieke centralisering, naturaliserende reïficatie, normaliserende pedagogie en hervormingsgezindheid. (CARTUYVELS, Y., "Socio-politieke bedenkingen over het strafwetboek", *Panopticon* 1998, 403-407.)

⁴¹⁴ Cfr. hun pleidooi voor subsidiariteit: *supra* 1.2.

legaliteitsbeginsel was ingegeven door de indruk dat heel wat misdrijven onbestraft bleven, omdat zelfs de rechtsgeleerden niet meer wijs raakten uit de regels⁴¹⁵.

BEWUST- De regels van het klassieke strafrecht vormden dan ook een enorme vereenvoudiging van de complexe realiteit. Volgens Cartuyvels ging het om een zeer bewuste keuze. De nieuwe economie van straffen en misdrijven⁴¹⁶ en de vereenvoudig(en)de begrippen moesten breken met het complexe en dikwijls onvoorspelbare strafrechtelijke spel tijdens het Ancien Régime. Dat heeft de wetgever bewogen tot eenmaking van de bronnen, het verduidelijken van de rollen van wet en rechter, het opkomen van een uniek strafrechtssubject, het kiezen van een verantwoordelijkheidsbeginsel gebaseerd op de vrije wil en het opnemen van alle misdrijven in de wet⁴¹⁷.

1.3.2. Waarschuwingsplicht als uitloper legaliteitsbeginsel

WAARSCHUWINGSFUNCTIE- Boek II van het Strafwetboek dat de concrete misdrijven opsomt en vastlegt welke straf de daders riskeren, diende in de eerste plaats als waarschuwing voor kandidaat-criminelen. Wie een diefstal overweegt, moet weten dat hij daarvoor onder meer vijf jaar gevangenisstraf kan krijgen. Voor de doorsnee *homo economicus* zou dat moeten volstaan om zijn plannen te laten varen. De afzonderlijke misdrijven beschrijven (of vermelden, indien er een consensus bestaat over de inhoud van een begrip⁴¹⁸) de menselijke gedraging die de wetgever wil ontraden. De ontradingsidee kan immers niet waargemaakt worden indien de rechtsonderhorige kan twijfelen over het al dan niet strafbaar karakter van zijn gedraging. Flagrante wanpraktijken tijdens het Ancien Régime, waarbij het gerecht mensen veroordeelde zonder dat er eigenlijk veel duidelijkheid bestond over wat zij verkeerd hadden gedaan, hadden de Verlichte filosofen in het geweer

⁴¹⁵ In de woorden van een achttiende-eeuws magistraat: "Onze strafwetten zijn overal verspreid. Men weet zelfs niet waar ze te vinden zijn. Maar hoe kan men ze kennen en toepassen wanneer men zelfs niet weet waar ze te vinden zijn" (DUPONT, L., *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtspleging*, *op.cit.*, 86.)

⁴¹⁶ Evenals de rationalisatie van de strafrechtelijke scène en haar actoren.(CARTUYVELS, Y., *op.cit.*, 404.)

⁴¹⁷ CARTUYVELS, Y., *op.cit.*, 404.

⁴¹⁸ REMMELINK, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 127, heeft het over gevallen waarin de wetgever eenvoudig volstaat met het vermelden van een juridische benaming: het juridisch 'etiket'. In zulke gevallen moet de rechter de inhoud van zo'n wettelijk begrip vaststellen (Hoge Raad 11 maart 1986, *N.J.* 1986, 737: vrouwenhandel is elke daad die ertoe strekt een vrouw over te leveren aan prostitutie) Verkrachting werd in het Belgisch Strafwetboek niet nader omschreven, zodat de wetgever in 1989 vond dat hij moest tussenkomen toen de door de rechtspraak gehanteerde omschrijving niet meer met de maatschappelijk wenselijke overeenstemde. Cfr. HUTSEBAUT, F., "De nieuwe wetgeving op de verkrachting", *Panopticon* 1990, 32-54.

gebracht⁴¹⁹. De Verlichte wetgevers vonden het daarom niet redelijk iemand te straffen wegens een inbreuk op een norm, indien hij de draagwijdte ervan onmogelijk kon kennen en er dan ook zijn gedragingen niet op kon afstemmen⁴²⁰.

1.3.3. *Strafbepaling als uitloper evenredigheidsbeginsel*

ABSTRACTE ZWAARTE MISDRIJF- De klassieke strafwetgever omschrijft misdrijven in functie van de recht(sgoeder)en die de dader "beschadigt": misdrijven tegen de openbare orde, tegen personen, tegen de familie als hoeksteen van de maatschappij, tegen de openbare zeden enz.. Hoe belangrijker het rechtsgoed, des te groter het belang van de maatschappij dat niemand het overeenkomstige misdrijf pleegt⁴²¹. Vandaar dat de wetgever de hoogst ingeschatte rechtsgoederen beschermt met de zwaarste straffen. Het komt de volksvertegenwoordiging, als lasthebber van de "soevereine natie" toe te bepalen welke waarde aan de respectievelijke rechtsgoederen toekomt.⁴²²

VASTE STRAFFEN- Aanvankelijk moesten de rechters zich in naam van het legaliteits- en gelijkheidsbeginsel strikt aan de bij wet voorziene straffen houden, waarbij er geen of nauwelijks een verschil bestond tussen maximum- en minimumstraffen⁴²³. Daarin klonk het wantrouwen door dat de codificatiebeweging koesterde ten aanzien van de rechters. Zij gunde hen geen "beleidsmarge" omdat zij tijdens het Ancien Régime eigenlijk agenten waren geweest van de uitvoerende macht en hun willekeur mee het zaad van de revolutie gezaaid had. Doch de revolutionaire experimenten met het andere uiterste van volkstribunalen en pogingen om de rechter te herleiden tot robotachtige wetstoepassers, leveren al evenveel negatieve ervaringen op.

⁴¹⁹ Vooral Voltaire toonde zich een uitmuntend aanklager van de wantoestanden, al zal hij, in tegenstelling tot minder bekende tijdgenoten, zelf weinig doordachte alternatieven voorstellen. (DUPONT, L., *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtspleging*, op.cit., 38-39.)

⁴²⁰ Het liberale systeem neemt immers de vrijheid ten aanzien van de medeburgers en de overheid als regel, zodat uitzonderingen daarop strikt geformuleerd moeten worden. Zo functioneert de uitputtende lijst van misdrijven als een beperkende opsomming van de gevallen waarin de overheid inbreuk mag maken op een aantal belangrijke vrijheden van de burger (citoyen), met name door hem te straffen. Strafprocesrechtelijke pendant van dit beginsel is de regel dat de verdachte zo vlug mogelijk moet ingelicht worden over wat men hem tenlaste legt, zodat hij zich daartegen kan verdedigen. Het strafwetboek is, in de woorden van een beroemd Duits strafrechtgeleerde, de Magna Charta van de misdadiger.

⁴²¹ "Het klassieke strafrecht steunt op aard en gevaarlijkheid van de veroorzaakte schade. (...)De toepasselijke straf is dus afhankelijk van deze objectieve criteria, waarbij de omvang van de gevolgen als maatstaf geldt." (VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., op.cit., 64.)

⁴²² En het wetboek strafvordering zegt op welke wijze die inbreuken op de vrijheid kunnen.

⁴²³ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 18.

SCHERPE MISDRIJFOMSCHRIJVINGEN- Bij de redactie van het Belgisch strafwetboek brandt het revolutionair vuur, getemperd door de de Napoleontische en post-Napoleontische restauratie van een aantal prerevolutionaire rechtsfiguren en beleidsopties, al op een veel lager pitje. Wetgever (en rechtsleer) geloven dat de ruggengraat van de post-revolutionaire rechterlijke macht, haar onafhankelijkheid, strafrechtelijk het best verstevigd wordt door het keurslijf van een scherpe misdrijfomschrijving. Bij de straftoemeting kan zij de meest gepaste sanctie kiezen tussen de door de wet vastgelegde minima en maxima⁴²⁴.

MOTIEF IRRELEVANT- Als gevolg van dit alles weerspiegelt in het klassieke Belgische strafrecht de zwaarte van de straf niet zozeer de gevaarlijkheid van het concrete individu, maar wel de sociale gevaarlijkheid van de categorie misdrijven (bijvoorbeeld brandstichting bij nacht, valsheid in geschriften). De hoogte van de strafmaat geeft dus de abstracte waarde van het beschermde belang weer, maar wordt tegelijkertijd geacht te corresponderen met sterkte van de ontrading. In beginsel heeft het dan ook geen belang of iemand een misdrijf pleegt uit winstbejag eerder dan andere (persoonlijke of politieke) beweegredenen. Uitzonderlijk speelt het nastreven van economisch voordeel een rol, maar dan functioneert het vaak als een "bijzondere opzetvereiste". Daar gaat het immers over gedragingen die volgens de wetgever hun onrechtmatigheid alleen aan dat motief danken.

1.3.4.Krenkingsmisdrijf

GEEN MISDRIJF ZONDER SCHADE- "*Action atroce commise par le dol et qui blesse directement l'intérêt ou les droits du citoyen*". Zo omschreef de vermaarde Encyclopedie het misdrijfbegrip van de Franse Verlichting⁴²⁵. De liberale nachtwakersstaat wou zoals gezegd zo weinig mogelijk ingrijpen in het maatschappelijk leven. Dat gold *a fortiori* voor het strafrecht als één van de meest verregaande vormen van staatstussenkomst. Vandaar ook de voorkeur van de klassieke wetgever voor commissiemisdrijven (handelingsdelicten). De gedragingen die hij strafbaar stelde, kwamen bij voorkeur neer op het bewust veroorzaken van

⁴²⁴ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 55 schrijven dat in de Code Napoléon een tussenoplossing gevonden werd "*tussen het automatisme van de misdrijf-straf-verhouding, zoals voorzien bij de wet van 1791 enerzijds, en de willekeur van het Ancien Régime, anderszijds.*"

⁴²⁵ Encyclopédie, Art.Crime (droit naturel), geciteerd door MAIER-WEGT, B., *Der materiale Rechts- und Verbrechensbegriff von der französischen Aufklärung bis zur Restauration, Eine Untersuchung anhand der Lehrbücher des Kriminalrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987, 1.

een rechtsgoederenbeschadiging. Remmelink⁴²⁶ noemt dit krenkingsdelicten. Vandaar dat men in Nederland nog steeds spreekt over de “feiten”, van het Latijn factum, wat gedaan is⁴²⁷ of uit het etiket “dader”, die gedaan heeft, voor de normbreker. Straffen kan alleen achteraf, terugblikkend op bestaande schade. De gedraging (het materieel element) bestaat uit een lichaamsbeweging, voor het vaststellen van het oorzakelijk verband ging men vooral bij de natuurwetenschappen te rade, het moreel element dat in het hoofd van de dader aanwezig moest zijn, is een “op het gevolg (de schade) gerichte wil”. Het misdrijf is toegespitst op de “actions”, concrete “daden”, niet op een levenswijze of –houding, niet op toestanden of intenties⁴²⁸. Onder invloed van de natuurwetenschappen wilde men de vaststelling en het bewijs zoveel mogelijk “objectiveren”. Dit verklaart waarom het motief grotendeels als irrelevant beschouwd werd en men zich toespitste op de wilcomponent van de “lichamelijk gedraging”. Zo kan men het onderscheid tussen ethiek of religie en recht maken. In de tijd van het Ancien Régime en de Inquisitie had de afwezigheid van dat onderscheid immers tot zoveel wanpraktijken geleid⁴²⁹. De vereiste van schade aan een concreet rechtsgoed is een uitloper van verschillende beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. Zowel de schade als de veroorzakende gedraging verlenen objectief waarneembare gedragingen die de legaliteitstoets vergemakkelijken. De schade vormt naast de schuld ook een parameter voor de evenredigheidstoets. Tenslotte kan de afwezigheid van schade met goede argumenten aangehaald worden als aanwijzing dat bestraffing, als *ultima ratio*, niet nodig is. Dit alles betekent trouwens niet dat de beleidsmensen geen oog hadden voor het voorkomen van misdrijven, integendeel. Zij vertrouwden echter vooral op de algemene en bijzondere preventieve werking van de bestraffing van effectieve, concrete rechtsgoederenbeschadiging⁴³⁰.

⁴²⁶ REMMELINK, J., *op.cit.*, 96.

⁴²⁷ REMMELINK, J., *op.cit.*, 125 zegt dat Nederland anders dan Duitsland verkiest te spreken over een strafbaar feit in plaats van handeling. Zodoende willen zij ook de ommissie (het niet doen) meepakken.

⁴²⁸ Feuerbach was een van de belangrijke advocaten van dit “strafrecht van de daad” (Cfr. VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 61-62)

⁴²⁹ Kant vatte het nieuwe motto goed samen: “*In het recht is een man schuldig wanneer hij de rechten van een ander schendt. In de ethiek is hij schuldig wanneer hij nog maar eraan denkt het te doen.*” (*The International Webster’s pocket quotation dictionary of the English language*, s.l., Trident Press, 1997,201.) Intenties of gedachten konden niet strafbaar zijn, indien zij nooit tot effectieve schade aan rechtsgoederen komen. Gewetensvrijheid impliceert de vrijheid te kiezen voor het (ethisch) verkeerde: zolang men geen schade veroorzaakt, is daar juridisch niets verkeerd mee.

⁴³⁰ KELK, C., *op.cit.*, 24; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 18. Cfr. de psychologische dwangtheorie, *supra* voetnoot 405.

NATUURLIJKE MISDRIJVEN- Bij dit alles dacht de wetgever natuurlijk vooral aan “oermisdrijven”, misdrijven uit het “natuurstrafrecht”⁴³¹, het “Kernstrafrecht”, zoals opzettelijke doodslag of diefstal. Het eerste komt neer op een bewuste gedraging waardoor men wetens en willens de dood van een ander persoon veroorzaakt. In het “wegnemen” van andermans zaak, dat de kern uitmaakt van de omschrijving van diefstal, zitten zowel de lichamelijke gedraging (nemen) als het gevolg (het is “weg” bij de vroegere houder). Vooral dit soort misdrijven hadden wetgever, rechtspraak en rechtsleer in het achterhoofd wanneer zij de algemene regels van poging, deelneming, dwaling, rechtsmacht of verjaring uitwerkten. Als uitzondering op de regel “geen straf zonder maatschappelijke schade” beperkt het toepassingsgebied van de poging zich klassiek tot de allerswaarste misdrijven (de misdaden) en is zij bij wanbedrijven slechts mogelijk wanneer de wetgever dat uitdrukkelijk nodig vindt. Het evenredigheidsbeginsel wil dan dat de poging (die minder beschadigt) minder zwaar gestraft wordt dan het misdrijf zelf⁴³². Ook onopzettelijke misdrijven en misdrijven waarbij geen gedraging, maar precies de afwezigheid ervan strafbaar wordt gesteld (omissiemisdrijven) waren evenzeer tot een minimum beperkt. In een modernere formulering⁴³³ zou men kunnen besluiten dat in het klassiek strafrecht men weinig of geen “plichtsmisdrijven” (omissie of commissie) aantrof, dat wil zeggen dat het niet-nakomen van een maatschappelijke plicht (door handelen of door onthouding) de strafbare gedraging uitmaakte. Dat had niet alleen te maken met terughoudendheid om gedragingen strafbaar te stellen of individuen onder strafdreiging tot solidariteit te dwingen. De feitelijke auteurs van het Strafwetboek waren tegelijkertijd ook strafrechtsgeleerden, die beseften dat er een aantal dogmatische (en praktische) voordelen zitten aan dit type van misdrijfomschrijvingen.

1.3.5. Dogmatische en praktische voordelen gekozen misdrijfomschrijvingen

OMSCHRIJVING ALS “WIJSVINGER”- Deze dogmatische en praktische voordelen komen aan het licht wanneer de schade die de wetgever heeft willen voorkomen, zich toch heeft voorgedaan. Op dat moment functioneert de misdrijfomschrijving in de omgekeerde richting, als instrument om de “verantwoordelijke” persoon of personen aan te duiden. Het zal aan de onderzoekers (met inbegrip van de rechter) toekomen om het slot (de persoon) te vinden waarop een sleutel (uit de bos van bestaande misdrijfomschrijvingen) past.

⁴³¹ CARTUYVELS, Y., *op.cit.* , 403 ontmaskert het sofisme en de verborgen agenda bij het codificeren van zogenaamd “natuurlijke” misdrijven.

⁴³² VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.* , 52.

OGENBLIK- Het moment van het misdrijf speelt dan ook een scharnierrol. Het is het moment waarop de sleutels uit de kast gehaald (kunnen) worden (cfr. *infra* Deel III, over het moment van het misdrijf en het moment van verdenking). Het gaat om het ankerpunt waaraan allerlei andere constructies (tijd, plaats, moreel element, deelneming, enz.) vastgeketend zijn. Het misdrijf functioneert als de sluiters van een fototoestel, een kort moment waarop alles zich op de gevoelige plaat fixeert. Hoe korter de sluitingstijd, hoe scherper het beeld⁴³⁴.

VASTPRIKKEN GEBEURTENIS- Het grote voordeel - en dat was een bewuste keuze - van de klassieke handelingsmisdrijven is dat zij doorgaans vrij gemakkelijk in één punt in tijd en ruimte lokaliseerbaar zijn. Het gaat over de plaats waar hetzij de veroorzakende gedraging, hetzij het veroorzaakte gevolg zich voordoen. Vroeger lagen oorzaak en gevolg meestal niet te ver uiteen⁴³⁵. Daarom kon men de regels van de plaats van het gebeuren toepassen en konden de lokale overheden die regels afdwingen. Bij verandering van wetten paste men de wet van het "moment van het misdrijf" toe of eventueel een latere, maar dan wel alleen als die milder was. De verjaring gaf onder meer zekerheid dat het maatschappelijk conflict niet onbepaald bleef duren en de orde kon terugkeren. De klassieke wetgever moest daarom dat moment zo veel mogelijk herleiden tot een punt: zo precies en geconcentreerd mogelijk⁴³⁶. De focus ligt op het "oermisdrijf": wat daarna gebeurt, hoort in de strafprocedure thuis en niet in het Strafwetboek. Anders dreigde immers een uitdijning van strafbaarheid, naar steeds minder "objectiveerbare" gedragingen. Dat achtte de wetgever helemaal onwenselijk. Het zou de deur hebben opengezet naar aanpak door de staat van personen die gewoon hun rechten trachten af te dwingen in een confrontatie met die staat of van personen die gewoon vriendschappelijke, familiale of beroepsmatige banden hebben met de "echte" crimineel. Eerder dan als instrument van maatschappelijke zekerheid zou het strafrecht devalueren tot een bron van bestendige onzekerheid.

⁴³³ ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin-New York, Walter De Gruyter, 1973., 17-24.

⁴³⁴ Natuurlijk heeft men daarenboven ook behoefte aan goed licht en weet iedereen dat een foto de realiteit soms op een bedrieglijke wijze weergeeft. De vereenvoudiging was zoals gezegd uitdrukkelijk de bedoeling van de architecten van de wetboeken. Het komt er op het proces dan ook op aan, vooral voor de advocaten, om te wijzen op eventueel "optisch bedrog" en op het gevaar een mensenleven te herleiden tot een momentopname.

⁴³⁵ Naar analogie met de positieve wetenschappen weet men dat naarmate de afstand tussen gevolg en vermoede oorzaak toeneemt, ook de twijfel over het verband zal groeien.

1.4. Schuldstrafrecht⁴³⁷

SCHULD- Het individualisme en het gevoel dat collectieve aansprakelijkheid fundamenteel onrechtvaardig is, verklaren tenslotte het uitermate groot belang dat de klassieke wetgever hechtte aan de persoonlijke schuld. Er moet een persoonlijk verwijt wegens het krenken van andermans rechtsgoed mogelijk zijn ten aanzien van elk vervolgd individu. Foutloze aansprakelijkheid van de materiële dader kan niet: op de wetgever rust de plicht aan te geven welk verwijt, welke tekortkoming van elk afzonderlijk individu nodig is voor strafbaarheid (geen misdrijf zonder schuld). Bij voorkeur geeft hij aan welke kennis- en wilsvereisten er in hoofde van de dader ten opzichte van de laakbare gedraging vereist zijn (schuldvorm). Precies omwille van het cruciale belang dat het strafrecht aan schuld hecht, komt het de vervolgende partij toe het bewijs van de verwijtbare gedraging te leveren (onschuldvermoeden).

1.5. Samenvatting en relativering

SAMENVATTING- In de loop van de geschiedenis heeft ons strafrecht geleidelijk en vaak moeizaam afstand genomen van eeuwenoude gebruiken van collectieve aansprakelijkheid voor de fouten en collectieve wraak als bestraffingswijze ervan. De staat eiste voor zich het geweld- en dus ook het bestraffingsmonopolie op, zodat een inbreuk op het strafrecht een rechtstreekse verhouding tussen het individu en die overheid schiep. Het individualiseringsproces culmineerde in de achttiende en negentiende eeuw in codificaties die nu klassiek heten. Deze wetboeken vloeiden voort uit een reactie op wantoestanden die tot de zeventiende eeuw het strafrecht plaagden. Een reeks algemene beginselen dienden als leidraad voor een grondige vernieuwing die dergelijke wantoestanden zou moeten verhelpen. Bij de bepaling van het strafbaar gedrag waren vooral de beginselen van legaliteit, evenredigheid en subsidiariteit en persoonlijke schuld van belang. Zij kunnen echter niet losgezien worden van onderliggende krachtlijnen achter de codificatie: het ontstaan van één en slechts één rechtsstelsel op het nationaal grondgebied met de nationale wetgever als soeverein. De architecten van de wetboeken wilden ook een einde maken aan de verwarring die de zeventiende-eeuwse strafrechtspraktijk had doen vastlopen en kozen bewust voor een grondige vereenvoudiging. Op vlak van de misdrijfomschrijvingen uitte dit zich in een voorkeur voor aflopende opzettelijke

⁴³⁶ Deze bekommernis om misdrijven zoveel mogelijk op een punt in tijd en ruimte te kristalliseren, blijkt uit verderop beschreven niet-strafbaarheid van deelneming post-factum en het beperkt aantal "obstructiemisdrijven". (*infra*)

⁴³⁷ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging*, *op.cit.*, 100-102; PETERS, A., *Schuld en opzet in het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 1966, 347 p.

krenkingsmisdrijven, met andere misdrijven als uitzondering. Aan opzettelijke krenkingsmisdrijven zitten er talloze praktische en dogmatische voordelen. In vele gevallen kan de dader gemakkelijk aangewezen worden en zijn de feiten gemakkelijk in de tijd en naar de plaats vastprikbaar. Vele dogmatische categorieën zoals poging, deelneming, toepassing naar plaats of in de tijd van strafwetten of verjaring zijn ontwikkeld met dergelijke misdrijfomschrijvingen in het achterhoofd.

RELATIVERING- Het zopas geschetste beeld geeft zonder twijfel de hoofdlijnen en de bedoelingen van de klassieke strafwetgevers weer. Nochtans hebben studies aangetoond dat tussen de grote beginselen en hun concrete uitwerking in de wetteksten en hun toepassing een diepe kloof bleef gapen. Zo hebben de wetgevers de grote beginselen aangegrepen om regels in te voeren die precies het omgekeerde betekenen van wat de zeventiende-eeuwse hervormers bedoelden⁴³⁸. De Napoleontische wetboeken bijvoorbeeld grepen voor een groot deel terug op de prerevolutionaire, repressieve machtsinstrumenten en lieten het staatsbelang en de ordehandhaving duidelijk primeren op de rechtsbescherming van individuen. De auteurs van het Belgische Strafwetboek wilden een aantal van de scherpe kantjes van de Code Napoléon afvlijen en er tegenstrijdigheden en onnauwkeurigheden uithalen. Toch hebben ook zij de beginselen met een korrel zout genomen. Een goed voorbeeld vormen de minst ernstige misdrijven: de overtredingen (Boek II, Titel X Sw.). Die beschouwen vele redacteurs van het Wetboek niet als “echte” misdrijven⁴³⁹. Daarom is meestal *geen concrete schade* aan rechtsgoederen vereist, maar volstaat het scheppen van een gevaar. De overtredingen zijn ook grotendeels *onopzettelijke en nalatigheidsmisdrijven*⁴⁴⁰. De “vaders” van het Strafwetboek laten blijken dat misschien *zelfs geen schuld* van de dader nodig is en dus objectieve aansprakelijkheid mogelijk is. Vergelijkbare regels golden voor het “reglementerend” strafrecht buiten het Strafwetboek. In dat zgn. *bijzonder strafrecht* sprong vooral het douanerecht in het oog⁴⁴¹. Het uitzonderlijke van de *douanemateries* zorgt voor bijzondere misdrijfomschrijvingen, waar van krenking van concrete rechtsgoederen geen sprake is en met de schuldvereisten behoorlijk soepel omgesprongen werd. In Deel I bleek immers dat smokkel een grote kopzorg vormde voor de staat. Dat gold

⁴³⁸ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging*, op.cit., 191-248.

⁴³⁹ *Infra*, voetnoot 458.

⁴⁴⁰ Bijvoorbeeld 551, 1° en 2° Sw.: “*zij die nalaten ovens, schoorstenen of fabrieken waar gebruik gemaakt wordt van vuur, te onderhouden, te herstellen of te reinigen; zij die nalaten te zorgen voor de verlichting waar zij toe gehouden zijn*”(cfr. *infra*, Hoofdstuk 2)

⁴⁴¹ VAN CAMP, R., “Hoe bijzonder is het strafrecht inzake douane en accijnzen?”, *R.W.* 1995, 834-868.

echter ook voor bendes en andere vormen van groepsriminaliteit. Vandaar dat zijn principiële uitgangspunten de klassieke wetgever ook niet weerhielden om bijzondere aandacht te besteden de collectieve dimensie (§2) en de gevaarsdimensie van sommige misdrijven (§3).

§ 2.Oog voor de collectieve dimensie: strafbare individuele bijdrage aan collectieve inbreuk op de strafwet

2.1. Inleiding

SAMEN IS ANDERS- De “klassieke” misdrijfomschrijving verbindt dus een straf aan een verwijtbare gedraging van een individuele, fysieke persoon. De wetgever heeft het individualisme echter nooit zover gedreven dat hij blind bleef voor de extra dimensie die het gezamenlijk optreden van mensen aan het individueel gedrag kan geven. In wat we nu het klassiek strafrecht noemen, vertaalde de wetgevende aandacht voor de meerwaarde van het collectief optreden voor criminelen zich op drie verschillende wijzen in het materieel strafrecht. Ten eerste heeft de wetgever van de betrokkenheid van meerdere personen een *verzwarende omstandigheid* gemaakt bij talloze misdrijven (2.2.). Daarnaast kan een aantal misdrijven enkel gepleegd worden door meerdere personen, dat wil zeggen dat het onmogelijk is dat één persoon het misdrijf moederziel alleen en zonder medewerking van een andere persoon zou plegen. Een pluraliteit van deelnemende personen is dus een constitutief bestanddeel van een dergelijk misdrijf, door de rechtsleer misdrijf van “*noodzakelijke deelneming*” genoemd (2.3.). De belangrijkste wetgevende constructie om het samenhandelen van meerdere personen bij het plegen van een misdrijf aan te pakken is in België, zoals in zovele andere landen, de *deelneming* (2.4.).

2.2. Het plegen door meerdere personen als verzwarende omstandigheid

GEVAARLIJKER- Ook het klassieke Belgisch strafrecht gelooft dat er een groter sociaal gevaar uitgaat van criminelen die in groep optreden. Enerzijds vergroot het gecoördineerd optreden de kans dat de schade aan rechtsgoederen zich inderdaad voordoet. Anderzijds vermindert het gezamenlijke optreden de pakkans en bemoeilijkt het de opsporing. Vele mensen vonden dat de strafmaat evenredig moest zijn met de maatschappelijke schade en de pakkans. Daarom levert voor talrijke misdrijven het feit dat zij samen met anderen gepleegd zijn een verzwarende omstandigheid op. Wie ervoor kiest anderen te betrekken in zijn misdrijf, stelt

zichzelf aan een zwaardere straf bloot⁴⁴². Het Strafwetboek bevat talrijke voorbeelden, zoals weerspanning (art.272 Sw.), woonstschennis (440 Sw.) of diefstal met geweld en bedreiging (art.471 Sw.). Ook bijzondere strafwetten, zoals de Jachtwet uit 1882, voorzien vergelijkbare verzwarende omstandigheden⁴⁴³.

2.3. Noodzakelijke deelnemingsmisdrijven

IT TAKES TWO- Wie zich schuldig maakt aan de zopas beschreven misdrijven, riskeert een zwaardere straf wanneer hij met meerdere personen samen⁴⁴⁴ het misdrijf pleegt. Niettemin kan hij het ook perfect helemaal alleen plegen, zodat de klassieke misdrijfomschrijving het uitgangspunt blijft. Daarvan verschillen een aantal andere misdrijven, die noodzakelijk de samenwerking tussen twee of meer personen veronderstellen. Het gaat om wat de rechtsleer “noodzakelijke deelneming” (*participation nécessaire*) noemt⁴⁴⁵. Weliswaar treft het maatschappelijk verwijt het gedrag van het individu, maar dat gedrag is onmogelijk zonder de medewerking van andere personen. Iemand die geen ambtenaar is, kan zich enkel schuldig maken aan omkoping van ambtenaren, wanneer er een tweede persoon, een ambtenaar, in het spel is. Normalerweise gaat het om zogenaamde consensuele misdrijven waarvan een wilsovereenstemming tussen twee personen een constitutief bestanddeel uitmaakt⁴⁴⁶. Van in het begin zitten er dergelijke misdrijven in het Strafwetboek. Bigamie bijvoorbeeld kan men niet helemaal op zijn eentje plegen⁴⁴⁷.

TWEE CATEGORIEËN- We kunnen noodzakelijke deelnemingsmisdrijven eigenlijk opdelen in twee categorieën. Aan de ene kant gaat het vaak om samenspanningsmisdrijven, waarover verder nog meer (*infra* §3)⁴⁴⁸. Dat betekent dat de strafwet de afspraak tussen twee personen om een bepaald ernstig misdrijf te plegen op zichzelf al tot misdrijf verheft. Het plegen van het ernstig misdrijf vormt

⁴⁴² MARCHAL, A., “Mise en péril par pluralité d’auteurs”, *J.T.* 1969, 295.

⁴⁴³ Cass. 6 maart 1967, *Pas.*1967, I, 828. De wet sprak wel over het plegen in bende...

⁴⁴⁴ Of, voor drugs- of mensenhandel: in het kader van de activiteiten van een bende (*infra*, Hoofdstuk 3).

⁴⁴⁵ Over deze “noodzakelijke deelneming”, *cf.* TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, t.II, n° 4154 e.v.; RUBBRECHT, J., *Inleiding tot het Belgisch strafrecht*, Leuven, Wouters, 1958, 183; BOCKWINKEL, “Noodzakelijke deelneming”, *N.J.B.* 1948, 205-213.

⁴⁴⁶ Dat is dus niet het geval wanneer de wetgever het “te koop aanbieden” of “in bezit hebben” van een goed strafbaar stelt, maar wel wanneer hij dat doet met het “kopen, verkopen of ruilen” van een goed. (*infra*, Hoofdstuk 2)

⁴⁴⁷ Bij een wilsovereenstemming kunnen de twee partijen zich ook elk aan een afzonderlijk misdrijf bezondigen. Politie A verkoopt een kopie van een vertrouwelijk document aan journalist B. A pleegt schending van het beroepsgeheim, B heling.

⁴⁴⁸ Bijvoorbeeld art. 233-236 Sw. of 322 e.v. Sw. bendevoorming (*infra*)

dan het voorwerp van het (strafbaar) contract. Anderzijds zijn er wat wij de oneigenlijke samenspanningsmisdrijven kunnen noemen. Daar vormt de wilsovereenstemming tussen twee of meer personen over iets *per se* een misdrijf (bijvoorbeeld omkoping tot voor 1999⁴⁴⁹) of vormt een ander misdrijf niet het doel van de wilsovereenstemming, maar bijvoorbeeld de aanleiding (heling, *infra* Deel V). Kenmerkend voor noodzakelijke deelnemingsmisdrijven is dat het één van de bestanddelen van het misdrijf - en het valt moeilijk uit te maken of dat nu materieel, moreel of een combinatie van beiden is⁴⁵⁰ - de overeenstemming tussen personen is, al dan niet aangevuld met de vereiste van een gezamenlijke actie. Het gaat om een heel abstract gebeuren, wat de noodzakelijke dogmatische problemen oplevert.

2.4. Deelneming⁴⁵¹

2.4.1. Inleiding

BOEK I- De deelneming vormde in de ogen van de architecten van het Strafwetboek⁴⁵² het instrument bij uitstek voor de strafrechtelijke aanpak van al wie op verwijtbare wijze bij een misdrijf betrokken is. De persoon of de personen die de in de misdrijfomschrijving verboden gedraging stellen, noemt men de daders van het hoofdfeit. De artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek koppelen daaraan de strafbaarheid van de gedraging van één of meer anderen die deze daders van het hoofdfeit bijstaan, steunen, advisereren, aanmoedigen of aanstoken. Zoals zowat alle wetgevers plaatst de Belgische de regels inzake deelneming in het algemeen deel (Boek I) van het Strafwetboek. Dat betekent dat deze uitbreiding van de strafbaarheid tot personen die misschien niet onder de letter van de

⁴⁴⁹ Bijvoorbeeld het (vroegere) 246, eerste lid Sw.: “*Ieder openbaar officier of ambtenaar, ieder met een openbare dienst belast persoon, die een aanbod of belofte aanneemt, die een gift of geschenk ontvangt om een zelfs rechtmatige maar niet aan betaling onderworpen handeling van zijn ambt of zijn bediening te verrichten, wordt gestraft met ...*”

⁴⁵⁰ Eigenlijk gaat het om het gevolg van de op een gevolg gerichte handeling.

⁴⁵¹ Hierna volgen de grote lijnen. Voor een meer genuanceerde benadering, met voorbeelden en kritiek op de formulering van de klassieke deelnemingsbepalingen: VAN HALEWIJN, J., “Bijdrage tot de studie van de strafbare deelneming in Belgisch Strafrecht”, *R.W.* 1962, 1521-1562; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 313-337 en de daar vermelde literatuur.

⁴⁵² VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1523 wijst op moeilijkheden bij de interpretatie van de voorbereidende werken. “*De deelnemingsbepalingen werden, op enkele onbelangrijke tekstwijzigingen na, praktisch zonder discussie door de Wetgevende Kamers aangenomen.*” Het voorstel kwam van een commissie van strafrechtsgeleerden met onder meer de Gentse professor Haus en de Luikse Nypels, die het wetboek had voorbereid. Het verslag dat Haus moest uitbrengen aan de Minister had een bondige rechtvaardiging van de gekozen teksten moeten bevatten. Integendeel gaf Haus een “*doctrinale uiteenzetting van persoonlijke meningen en theorieën die met de voorgestelde tekst soms weinig of geen uitstaans meer hadden. Vooral in het verslag over het leerstuk der deelneming is zulks merkbaar.*” In zijn later werk zou Haus trouwens standpunten innemen die afweken van die in het verslag.

misdrijfschrijving vallen, geldt voor alle in Boek II van het wetboek opgesomde misdaden en wanbedrijven.

NIET VOOR BIJZONDER STRAFRECHT- Voor misdrijven in bijzondere strafwetten, dat wil zeggen buiten het wetboek, sluit art.100 Sw. de toepassing in beginsel uit⁴⁵³. Waarom? Tijdens de parlementaire voorbereiding hebben voorstanders van een veralgemeende toepassing van de deelneming herhaaldelijk getracht deze beperking te schrappen⁴⁵⁴. De tegenstanders haalden echter de bovenhand, na een verwarde discussie⁴⁵⁵. Bij de verslaggever in de Kamer was de reden dat *“il serait (...) difficile d'étendre la complicité à toutes les infractions que punissent des lois spéciales. Condamnerait-on, en matière de presse, de chasse ou de fraudes au fisc, tous ceux dont les actes prêtent une assistance quelconque aux auteurs principaux?”* Hij blijktbaar niet, waarmee hij impliciet aangaf dat het “echte” kwaad in het Strafwetboek moet aangepakt worden, terwijl het bijzonder strafrecht eigenlijk toch op een andere categorie van onbehoorlijk gedrag, op pekelzonden mikt (*supra*, 1.5.). De verslaggever in de Senaat, baron d'Anethan, vond de uitbreiding te gevaarlijk. *“Il faudrait se livrer au travail, à peu près impossible, au moins pour la commission du Sénat, de revoir toutes les lois, tous les règlements particuliers; sans ce travail préalable, l'applicabilité partielle admise par la Chambre nous paraît plein d'inconvénients et même de dangers”*. Ook toen al was het bijzonder strafrecht een onoverzichtelijk geheel. Het vele verzamel- en analysewerk dat de senatoren zouden moeten opbrengen en het gevaar van uitbreiding zonder dat werk, gaven bij hem de doorslag. Eén van de auteurs zelf, Haus⁴⁵⁶, rechtvaardigde enkele jaren later de uitsluiting van de deelnemingsleer voor het bijzonder strafrecht met het argument dat *“l'intention n'est généralement pas reprise dans les infractions spéciales, que ces infractions n'existent que pour des motifs d'utilité publique”*⁴⁵⁷. We herkennen het in § 1 aangestipte onderscheid tussen "Kern-" en "bijzonder strafrecht".

⁴⁵³ Een uitzondering, die echter recent is en allesbehalve klassiek genoemd kan worden, vormt het regionaal en het gemeenschapsstrafrecht.

⁴⁵⁴ Cfr. bijvoorbeeld de argumenten van Alphonse Nothomb in de Kamer in 1862, geciteerd door MARCHAL, A., *op.cit.*, 295.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, 295, waarbij Marchal duidelijk maakt dat hij aan de kant van Nothomb zou hebben gestaan.

⁴⁵⁶ VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1523 geeft aan waarom de mening van Haus niettemin niet zomaar als de wil van de wetgever mag beschouwd worden. Cfr. *supra*, voetnoot 452.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, 295.

NIET VOOR OVERTREDINGEN- Enkel wanneer de wet op het hoofdfeit een criminele of een correctionele straf stelt, is deelneming strafbaar. Dat betekent dat de *uitbreiding* van strafbaarheid niet slaat op overtredingen die geen gecontraventionaliseerde wanbedrijven zijn. Opvallend is de verklaring die men daarvoor gaf in de negentiende eeuw. Met procureur-generaal Mesdach de ter Kiele wezen Nypels en Servais erop dat “*ce qui a fait écarter la complicité des contraventions, c’est l’absence d’intention criminelle dans celles-ci, consistant en simples faits matériels*”⁴⁵⁸. Dat zou onverenigbaar zijn met het voor deelneming vereiste schuldbestanddeel, dat we dadelijk zullen behandelen (*infra* 2.4.4.).⁴⁵⁹

TOCH VOOR BIJZONDER STRAFRECHT EN OVERTREDINGEN- Niettemin kan die bijzondere wet de artikelen over deelneming alsnog uitdrukkelijk van toepassing verklaren. Daarenboven belet, aldus senator d’Anethan, de gemaakte keuze niet “*d’appliquer à toutes les infractions les principes de droit commun que contient ce chapitre*” –het hoofdstuk over deelneming (fv)-⁴⁶⁰. Vandaar dat het Hof van Cassatie⁴⁶¹ heeft beslist dat lid 1 en 2 van art.66 (*infra*) van toepassing zijn op alle misdrijven binnen én buiten het Strafwetboek, ook op overtredingen⁴⁶². Eerder dan het bereik van misdrijfomschrijvingen uit te breiden, zeggen die bepalingen immers wie er onder de misdrijfomschrijving zelf valt, wat een materiële dader is. Toch blijft het belangrijk te onthouden dat de oorspronkelijke wetgever aangeeft dat de deelneming, als uitbreiding van strafbaarheid een “gevaarlijk” middel is, een uitzondering waar voorzichtig mee dient te worden omgesprongen.

MEDEDADERS EN MEDEPLICHTIGEN- Het Strafwetboek deelt de deelnemers aan andermans misdrijf op in twee categorieën: daders en mededaders enerzijds (art.66 Sw.) en medeplichtigen anderzijds (art.67 Sw.). Deze begrippen krijgen wel een

⁴⁵⁸ NYPELS, J. en SERVAIS, J., *Le Code pénal interprété, principalement au point de vue de la pratique*, Brussel, Bruylant, 1896, 180.

⁴⁵⁹ Nu het Hof van Cassatie uitdrukkelijk afstand heeft genomen van de idee van overtredingen als materiële inbreuken en ook voor hen vasthoudt aan de schuldvereiste (Cass.12 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1194, concl.Adv.Gen. DU JARDIN, J., *R.W.* 1987-88, 539, *J.T.* 1988, 349 noot J.MESSINE, *Rev.dr.pén.* 1988, 711. *Cfr.* ook VERHAEGEN, J., “L’élément fautif en matière de contravention aux règlements”, *Rev.dr.pén.* 1988, 289-297.) moeten we een andere verklaring zoeken. Het evenredigheidsbeginsel lijkt de meest voor de hand liggende: de geringe ernst van de feiten verzet zich tegen de uitbreiding van de strafbaarheid tot wie niet onmiddellijk materieel betrokken is. Ook het feit dat overtredingen vooral gevaarzettingsmisdrijven zijn, kan een rol spelen (*infra*).

⁴⁶⁰ *Ibidem*, 295.

⁴⁶¹ In navolging van het Franse Hof van Cassatie: *cfr.* NYPELS, J. en SERVAIS, J., *op.cit.*, 181.

⁴⁶² Cass. 4 februari 1957, *Pas.*1957, I, 660; Cass. 16 november 1959, *Arr.Cass.* 1960, 231, *Pas.* 1960, I, 322.

andere invulling dan in de Code Napoléon, waaraan de Belgische wetgever wel een aantal formuleringen heeft ontleend. De Code Napoléon beschouwde alleen de materiële daders en hun noodzakelijke helpers bij de uitvoering van het misdrijf als (mede)daders van dat misdrijf (art.59 en 60 C.Nap.). Alle andere deelnemers waren, los van de graad van hun betrokkenheid, medeplichtigen (art. 60 C.Nap.). Ook de heling vormde een vorm van medeplichtigheid (art.61 en 62 C.Nap.), net zoals het er een gewoonte van maken misdadigers te helen (dat betekent verbergen) (art.61 C.Nap.). Bonapartes wetboek strafte medeplichtigen echter even streng als daders. Het Belgisch strafwetboek maakt van opdrachtgevers en andere aanzetters (zedelijke) daders en legt voor het overige het onderscheid veeleer⁴⁶³ in het noodzakelijk (mededaders) dan wel louter nuttig (medeplichtigen) karakter van de hulp⁴⁶⁴.

Uit de art.66-69 van het Belgisch Strafwetboek volgt dat strafbare deelneming bij ons veronderstelt dat aan drie voorwaarden voldaan is:

- 1) het bestaan van een hoofdmisdrijf (4.2.2.);
- 2) een bij wet voorziene wijze van deelneming (4.2.3.);
- 3) deelnemingsopzet (4.2.4).

Art.68 Sw., de Belgische versie van het gewoontemisdrijf verbergen van misdadigers, is eigenlijk niet zozeer een vorm van deelneming, als wel een zelfstandig misdrijf. Wel gebruikt het de regels van de straftoemeting bij medeplichtigheid (69 Sw.).

2.4.2. Bestaan van een strafbaar hoofdfeit: relatieve afhankelijkheid van de deelneming

AFHANKELIJK VAN GEPLEEGD HOOFDFEIT- Het Belgisch Strafwetboek baseert de strafbaarheid van deelneming op het beginsel van de relatieve afhankelijkheid, in de rechtsleer ook wel onzelfstandigheid⁴⁶⁵ of accessoriteit⁴⁶⁶ genoemd. Die afhankelijkheid betekent dat de deelneming het bestaan van een hoofdmisdrijf vereist

⁴⁶³ Kritisch over het onderscheid (mede)dader- medeplichtige op grond van het noodzakelijkheid-nuttigheid: VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1529-1530. Ook noodzakelijke medehulp, bijvoorbeeld bij de voorbereiding en niet bij de uitvoering, hoort volgens hem bij de medeplichtigheid thuis.

⁴⁶⁴ Heling verdwijnt naar het bijzonder gedeelte (*infra*). Verberging van misdadigers blijft bij de bepalingen over deelneming staan, hoewel het daar volgens de rechtsleer niet thuishoort, daar het om een misdrijf *sui generis* gaat. (DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 215-216.)

⁴⁶⁵ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 197.

⁴⁶⁶ VAN DEN WYNGAERT, C, *Strafrecht...*, *op.cit.*, 311-312, die ook wel "onzelfstandigheid" gebruikt.

waaraan een auteur deelneemt en waaraan zijn aansprakelijkheid is gekoppeld⁴⁶⁷. Een gedraging, waarin op zichzelf geen enkel "onrecht" schuilt (praten, telefoneren, iets verkopen, gegevens opschrijven, aanmoedigen,...), wordt onrechtmatig en strafbaar door het bijzonder verband met een misdrijf, dat wel een onrecht inhoudt. Dat is bijvoorbeeld het geval als men praat met een bewaker om zijn aandacht af te leiden van de door medestanders achter zijn rug gepleegde diefstal. Er moet daarom effectief een hoofdmisdrijf gepleegd worden (art.66-67 Sw.)⁴⁶⁸. Dat hoofdfeit kan een onthoudingsmisdrijf zijn⁴⁶⁹ of een poging, tenminste als die poging zelf strafbaar is met een correctionele of criminele straf⁴⁷⁰. Deelneming aan een onopzettelijk misdrijf is onmogelijk⁴⁷¹, al kan men wel zelf onder de misdrijfsomschrijving vallen. Wanneer er geen strafbaar hoofdfeit bestaat daarentegen, is een poging om deel te nemen niet strafbaar. De wetgever heeft echter een aantal gedragingen die onder de noemer "pogen zeer ernstige misdrijven uit te lokken" vallen, uitdrukkelijk als zelfstandig misdrijf strafbaar gesteld⁴⁷². Door deze gevolgloze aanzettingen als afzonderlijk misdrijf strafbaar te stellen, eerder dan 66 e.v. Sw. aan te passen, bevestigt de wetgever zelf (a contrario) dat deelneming een effectief gepleegd hoofdfeit vereist. Natuurlijk moet hij dan uitermate zuinig omspringen met dergelijke uitzonderingen.

⁴⁶⁷ De deelnemingsgedraging "ontleent (emprunt) haar strafbaarheid aan de strafbaarheid van het hoofdfeit." (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 311).

⁴⁶⁸ Tekstuele argumenten daarvoor vindt men in het gebruik van "exécuter", "exécution" en "commis" in art.66, leden 1 en 2, en vervolgens in de verwijzing "à ce crime ou à ce délit" in lid 3 en tenslotte in de tegenstelling in lid 4 tussen "provoqué directement à le -crime ou délit (fv)- commettre" bij deelneming enerzijds en "provocations à des crimes ou à des délits" bij gevolgloze aanzetting.

⁴⁶⁹ Brussel 20 april 1966, *J.T.* 1966, 406. Het is goed denkbaar iemand door beloften aan te zetten tot stilzitten in strijd met diens handelingsplicht.

⁴⁷⁰ Bijvoorbeeld medeplichtigheid aan een poging tot vruchtafdrijving: Gent 6 mei 1953, *R.W.* 1953-54, 703.

⁴⁷¹ Corr. Neufchâteau 26 mei 1983, *Rev.dr.pén.* 1983, 809: "Ofschoon de strafbare deelneming in het geval van onopzettelijke misdrijven niet denkbaar is, bestraffen de art.418 en 420

Sw. niet enkel de fout van de persoon die rechtstreeks de schade heeft veroorzaakt, maar ook de fout van die personen die door de handelingen die al dan niet een gemeenschappelijke fout uitmaken, bijgedragen hebben tot het veroorzaken van de schade."

⁴⁷² In het Strafwetboek zelf vinden wij het misdrijf van uitdaging tot een tweegevecht, een ware plaag binnen de achttiende en negentiende eeuwse elite (423 e.v. Sw.). Verder schrijft de wet van 7 juli 1875 (*B.S.* 9 juli 1875; *cfr.* Assisen Gent 28 november 1985, *R.W.* 1985-86, met noot M.DE SWAEF) bestraffing voor van iedere persoon die aan een ander voorstelt, door giften of beloften, om een misdrijf te plegen dat strafbaar is met levenslange opsluiting of een opsluiting van tien jaar of meer). Het ging om een wet die het gevolg was van een specifiek incident dat veel weerklank had gekregen. (*Cfr.* MERCKX, D., "Over het aanzetten tot het plegen van misdrijven", *R.W.* 1991-92, 90-93) De wet van 25 maart 1891 straft iedere persoon die, zonder resultaat, publiekelijk oproept tot het plegen van bepaalde misdrijven. In

OBJECTIEVE VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN- Een gevolg van het vasthechten (de afhankelijkheid) van de deelneming aan het hoofdfeit is dat objectieve verzwarende omstandigheden van het hoofdfeit een weerslag hebben op alle deelnemers, zowel de (mede)daders als de medeplichtigen⁴⁷³. Objectieve verzwarende omstandigheden zijn bijzondere, wettelijk omschreven omstandigheden die een verband houden met de feitelijke uitvoering van het misdrijf, zoals het gebruik van wapens, bedreiging, het feit dat het misdrijf 's nachts plaatsvindt, enz. Het materieel verband tussen de deelnemingsgedraging en die verzwarende omstandigheden vormt meestal niet het probleem, wel het in hoefde van de deelnemer aanwezige moreel element (*infra*, 2.4.4.).

STRAFBAAR, NIET BESTRAFT- Het hoofdfeit moet in concreto, zoals het zich in werkelijkheid voorgedaan heeft, strafbaar zijn. De rechter moet dus niet alleen kijken of de gedraging in abstracto in het Strafwetboek staat, maar ook naar specifieke omstandigheden van de zaak. Wanneer de dader van het hoofdfeit zelfs geen strafbare poging heeft ondernomen of wanneer een rechtvaardigingsgrond het hoofdfeit rechtmatig maakt, kan er ook geen strafbare deelneming zijn. Dat betekent dat iemand die een ander bijvoorbeeld helpt zonder te weten dat de begunstigde zich op rechtvaardigende noodtoestand kan beroepen, straffeloos blijft⁴⁷⁴. Ook iemand die bijstand verleent aan een kandidaat-hoofddader die uiteindelijk van het plegen van het misdrijf afziet, gaat vrijuit⁴⁷⁵. Hetzelfde gebeurt bij iemand wiens hulp uiteindelijk niet van nut blijkt voor het plegen van het misdrijf of met iemand wiens nuttige hulp de hoofddader niet (tijdig) heeft bereikt. De rechtsleer noemt dit een straffeloze "poging tot deelneming"⁴⁷⁶.

Over het bestaan van het strafbaar hoofdfeit moet er zekerheid zijn, niets minder, maar ook niets meer. De dader van het hoofdfeit moet niet gekend zijn, laat staan gevat, vervolgd of veroordeeld⁴⁷⁷. Het is mogelijk dat de dader van het hoofdfeit niet vervolgd kon worden, omdat hij onvindbaar is of omdat hij overleden is, of dat hij niet veroordeeld kan worden omdat hij zich op een (persoonlijke) schulduitsluitingsgrond

beide gevallen vormt aanzetting – zelfs gevolgoze - een *sui generis* (dat wil zeggen eigenaardig) misdrijf.

⁴⁷³ Cass. 18 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 947; Cass. 28 november 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 398; Brussel 31 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1383 met noot A.VANDEPLAS.

⁴⁷⁴ GOEDSEELS, J., *Commentaire du Code pénal belge*, T 1, Brussel, Bruylant, 1948 (seconde édition), 175; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 315.

⁴⁷⁵ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 316.

⁴⁷⁶ DUPONT, L., *Beginnselen van strafrecht*, *op.cit.*, 207-208.

⁴⁷⁷ Cass. 26 september 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 113. *Cfr.* voor meer rechtspraak NYPELS, J. e, SERVAIS, J., *op.cit.*, 169.

kan beroepen (bijvoorbeeld dwaling)⁴⁷⁸. Elk van de overige deelnemers wordt beoordeeld en gestraft op basis van zijn eigen relatie tot het misdrijf.

AFHANKELIJKE STRAFTOEMETING- Het hoofdfeit vormt een criterium voor de straftoemeting bij de deelnemers. Daders en mededaders, wat ook hun deelnemingsgedraging geweest moge zijn en zelfs wanneer zij via een tussenpersoon gehandeld hebben, mogen gestraft worden met de straf die toepasselijk zou zijn als zij het misdrijf in hoogsteigen persoon gepleegd zouden hebben (art.66, §1 Sw.).

Het Strafwetboek stelt, en dat is een opvallend verschil met de Code Napoléon, lagere straffen op medeplichtigheid. Ook zij zijn afhankelijk van de aard van het hoofdfeit. Als dat een misdaad is, staat op de medeplichtigheid een straf die een graad lager staat op de bestraffingsschaal in art.80 Sw. Als het hoofdfeit een wanbedrijf is, kan de medeplichtige slechts bestraft worden met twee derden van de straf die opgelegd zou kunnen worden als hij de dader van het hoofdfeit ware geweest.(art.69, §2 Sw.)

RELATIVERING AFHANKELIJKHEID- Uit het voorgaande blijkt dat de afhankelijkheid van de deelneming relatief is. Art. 66, 1 en 69, 2 koppelen de bestraffing van de deelneming immers niet aan het hoofdfeit zoals dat gekwalificeerd zou worden ten aanzien van de dader van dat hoofdfeit. Integendeel, de deelneming zit vastgehecht aan de kwalificatie die het hoofdfeit zou moeten krijgen als de deelnemer er de (enige) dader van was. Het heeft belangrijke gevolgen voor de straf(toemeting). Als A helpt bij een diefstal door B bij de werkgever van B, zal B voor huisdiefstal, maar A slechts voor deelneming aan een gewone diefstal strafbaar zijn⁴⁷⁹. Dat betekent dat een persoonlijke verzwarende omstandigheid, bijvoorbeeld recidive, alleen van toepassing is de persoon op wie zij van toepassing is, hetzij de (mede)dader van het hoofdfeit, hetzij de medeplichtige. Sommige daders van

⁴⁷⁸ In de klassieke Belgische dogmatiek, waar rechtvaardiging en schulditsluiting niet zo scherp onderscheiden worden, spreekt men van "subjectieve rechtvaardigingsgronden".(NYPELS, J. en SERVAIS, J., *op.cit.*, 169.) Beter: VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 315.

⁴⁷⁹ Een uitzondering op deze op de persoon van de deelnemer toegesneden "kwalificatie", vormen de gevallen van de zogenaamde. "délits de fonction". Dat zijn (hoofd)misdrijven die alleen mensen met een bepaalde hoedanigheid (bijvoorbeeld die van handelaar) kunnen plegen. Dat deelnemers die hoedanigheid missen, maakt hun deelneming niet straffeloos: men moet kijken wat de kwalificatie zou zijn wanneer de deelnemer die hoedanigheid zou gehad hebben.

hetzelfde misdrijf kunnen dan ook zwaarder gestraft worden dan andere. Hier ligt de nadruk dus op de relativiteit van de afhankelijkheid van de deelneming⁴⁸⁰.

2.4.3. Wettelijke (materiële) deelnemingsvormen

2.4.3.1. Daders en mededaders

MATERIËLE DADERS- Op grond van art.66, lid 2 zijn “*zij die de misdaad of het wanbedrijf hebben uitgevoerd of aan de uitvoering ervan rechtstreeks hebben meegewerkt*” strafbaar als daders. Uitvoerders zijn zij die de verboden gedraging “*materialiter voltrokken hebben*”⁴⁸¹, de verboden gedraging gesteld hebben met de voor dat misdrijf vereiste subjectieve ingesteldheid (hetzij opzettelijk, hetzij door onvoorzichtigheid, bedrieglijk enz.). Zij zijn daders in de letterlijke betekenis⁴⁸² van het woord. Rechtstreekse medewerkers zijn deelnemers die het misdrijf materialiter mee hebben uitgevoerd, zonder dat hun gedraging op zichzelf beschouwd onder de misdrijfomschrijving valt. Het typevoorbeeld is de kompaan die het slachtoffer vasthoudt terwijl een ander slagen toebrengt.

NOODZAKELIJKE MEDEHELPERS- Art.66, lid3 Sw. zegt dat “*zij die, door enige daad, tot de uitvoering zodanig hulp hebben verleend dat de misdaad of het wanbedrijf zonder hun bijstand niet had kunnen worden gepleegd*”, gestraft worden alsof zij de daders waren. Of de hulp noodzakelijk is, moet *in concreto* worden beoordeeld. Of het om veel dan wel weinig hulp gaat, doet er niet toe: wat telt, is dat de hulp in het concrete verloop van de gebeurtenissen nodig was voor het plegen van het misdrijf⁴⁸³. Wanneer de hulp slechts nuttig is, kan de verschafter gestraft worden als medeplichtige. Klassieke rechtsleer en rechtspraak geloofden dat deelneming door onthouding niet strafbaar was⁴⁸⁴.

ZEDELIJKE DADERS DOOR INDIVIDUELE AANZETTING OF UITLOKKING-

Art.66, lid 4 Sw. bepaalt dat “*zij die, door giften, beloften, bedreigingen, misbruik van*

⁴⁸⁰ Andere voorbeelden van subjectieve verzwarende omstandigheden zijn: het feit een werknemer te zijn van het slachtoffer (464 Sw.), verwantschap met het slachtoffer of een persoon met een bijzondere verantwoordelijkheid (priester, leraar,...) of gezag (ambtenaar) te zijn (oud 381 Sw.). Deze verzwarende omstandigheden strekken zich niet uit tot deelnemers die de bijzondere hoedanigheid niet hebben.

⁴⁸¹ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 203.

⁴⁸² Tenminste voor commissiemisdrijven, waar de verboden gedraging een handeling is. Voor strafbaar nalaten kunnen we zelfs niet van “dader” spreken.

⁴⁸³ Cass.9 april 1974, *Arr.Cass.* 1974, 873; Cass. 2 december 1975, *Arr.Cass.* 1976, 415.

⁴⁸⁴ HAUS, J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Gent, Libr.générale, 1879, no.446; Cass. 23 oktober 1950, *Pas.* 1951, I, 91; Cass. 24 februari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 600; Luik 23 oktober 1985, *Jur.Liège* 1986, 227. Later zal dit standpunt wijzigen (*infra*: Hoofdstuk 2, 1.3.5.)

gezag of macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden, de misdaad of het wanbedrijf rechtstreeks hebben uitgelokt' gestraft worden als daders. De rechtsleer noemt dergelijke mensen zedelijke of morele daders, omdat zij rechtstreekse (morele) verantwoordelijkheid dragen voor het misdrijf, al hebben zij niet materieel meegewerkt aan de uitvoering ervan⁴⁸⁵. Het criterium is dat zij het crimineel opzet uitgelokt (geactiveerd) of aangemoedigd moeten hebben⁴⁸⁶. De wetgever stelt het uitlokken (van iemand die niet van plan is het misdrijf te plegen) gelijk met het minder erge aanmoedigen (van iemand die dat al wel is). Volgens co-redacteur Nypels deed hij dat uit vrees dat een onderscheid op grond van de al dan niet bestaande intenties bij de hoofddader te technisch zou zijn en de leden van de volksjury zou verwarren. Hij rekende evenwel op de toepassing van de verzachtende omstandigheden om het aanmoedigen uiteindelijk toch milder te straffen dan het zuivere uitlokken. Voor deelneming door individuele aanzetting moet aan vijf voorwaarden voldaan zijn⁴⁸⁷: 1) dat de aanzetting gericht is aan een of meer individuen; 2) dat zij in verband staat met een specifieke misdaad of wanbedrijf⁴⁸⁸; 3) dat de aanzetting feitelijk het misdrijf veroorzaakt heeft⁴⁸⁹; 4) dat het misdrijf waartoe men aanzet werkelijk gepleegd is of dat er minstens sprake is van een strafbare poging⁴⁹⁰; 5) en dat de aanzetting gebeurt met één van de uitdrukkelijk in de wet voorziene middelen of handelswijzen⁴⁹¹. Haus en Nypels geven aan dat een aanstoker of opdrachtgever die de materiële uitvoerder overtuigt dat godsdienst, moraal of eer hem verplichten de strafbare gedraging te stellen, kuiperijen gebruikt, als morele dader strafbaar is⁴⁹². Bedreigingen kunnen zowel tegen de materiële dader als tegen zijn naastbestanden

⁴⁸⁵ Cass.28 oktober 1986, *Arr.Cass.*1986-87, 279.

⁴⁸⁶ Cass.7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1979, 653-655; *Pas.* 1979, I, 665-667; cfr. Cass. 2 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, 415.

⁴⁸⁷ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht, op.cit.*, 205.

⁴⁸⁸ "La provocation, dit M.Nypels (*C.pén.interpr.*, t.I, p.129), doit être spéciale ou directe, en ce sens qu'elle doit avoir eu pour objet le crime, ou le délit déterminé qui a donné lieu aux poursuites." (*Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, tome 10ième, 225, V° art ifices coupables, nr.8). Deze formulering is ietwat ongelukkig omdat het hoofdfeit niet noodzakelijk vervolgd hoeft te worden.

⁴⁸⁹ "(...) pour que, si le provoqué avait commis un attentat, on [puisse] accuser avec certitude le provocateur d'en être la cause déterminante" (HAUS, J., *op.cit.*, n°518, 394.), geciteerd in *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, tome 10ième, 228, V° art ifices coupables, nr.8.

⁴⁹⁰ Dit is de eerder vermelde voorwaarde van een strafbaar hoofdfeit.

⁴⁹¹ Over misdadige kuiperijen en arglistigheden (*machinations ou artifices coupables*) die rechtstreeks de misdaad of het wanbedrijf hebben uitgelokt: *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, tome 10ième, 225-323, V° artifices coupables. Het woord "misdadig" (*coupable*) is eigenlijk overbodig. (*Ibidem*, 228-231, n°9-13 met de verwijzing naar onder meer Nypels)

⁴⁹² *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, tome 10ième, 227, V° art ifices coupables.

geuit zijn⁴⁹³. Het misbruik van gezag of macht als middel kan op een louter natuurlijk, sociaal of moreel overwicht berusten⁴⁹⁴.

ZEDELIJKE DADERS DOOR COLLECTIEVE AANZETTING- Volgens art. 66, lid 5 worden “*zij die hetzij door woorden in openbare bijeenkomsten of plaatsen gesproken, hetzij door enigerlei geschrift, drukwerk, prent of zinnebeeld, aangeplakt, rondgedeeld of verkocht, te koop aangeboden of openlijk tentoongesteld, het plegen van het feit rechtsreeks hebben uitgelokt*” gestraft als daders. Deze bepaling slaat op het aanzetten van ongedefinieerde groepen tot een misdrijf. Dezelfde voorwaarden als bij individuele aanzetting moeten vervuld zijn, alleen verschillen de middelen die gebruikt moeten worden om de materiële plegers van misdrijf te beïnvloeden.

2.4.3.2. Medeplichtigen

MORELE MEDEPLICHTIGEN- Art.67, lid 2 Sw. zegt dat “*zij die onderrichtingen hebben gegeven om de misdaad of het wanbedrijf te plegen*” als medeplichtige worden gestraft. Het begrip “onderrichtingen” moet ruim geïnterpreteerd worden⁴⁹⁵. Ze moet gegeven zijn voor of tijdens het plegen van het hoofdfeit. Er is geen medeplichtigheid, tenzij de daders werkelijk gebruik hebben gemaakt van de gegeven inlichtingen⁴⁹⁶. De mogelijkheid bestaat dat de raadgeving zo belangrijk is dat zonder haar het misdrijf niet gepleegd had kunnen worden. In dat geval is de persoon die de inlichtingen gegeven heeft een noodzakelijk medehelper in de zin van art.66, lid 3 Sw. en dus een mededader.

MATERIËLE MEDEPLICHTIGEN- Art.67, lid 3 Sw. zegt dat “*zij die wapens, werktuigen of enig ander middel hebben verschaft die tot de misdaad of het wanbedrijf hebben gediend, wetende dat zij daartoe zouden dienen*” ook als medeplichtige gestraft worden. De medeplichtigheid kan bestaan uit het verschaffen van roerende goederen, zoals vuurwapens of inbrekersmateriaal, of het zorgen voor onroerend goed, bijvoorbeeld een sauna ter beschikking stellen voor het plegen van

⁴⁹³ VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1538.

⁴⁹⁴ VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1538 en 1542 met de verwijzingen naar de “klassiekers”.

⁴⁹⁵ Kritisch over de terminologie: VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1551.

⁴⁹⁶ K.I.Gent 6 april 1982, *R.W.* 1982-83, 366; Cass.29 oktober 1973, *Pas.*1974, I, 221. Dan gaat het om een poging tot deelnemen, die straffeloos blijft wegens het ontbreken van de band tussen de deelnemingsgedraging en het hoofdmisdrijf (*supra*).

een zedenmisdrif⁴⁹⁷. Ofwel moet het verschaft goed gebruikt zijn bij het plegen van het misdrijf, ofwel moet het bezit ervan de plegers aangemoedigd hebben om het te plegen, zelfs al gebruikten zij het uiteindelijk niet, bijvoorbeeld een overval waarbij de wapens uiteindelijk niet gebruikt worden⁴⁹⁸.

NUTTIGE MEDEHULP OF BIJSTAND- Art.67, lid 4 Sw. zegt dat “*zij die buiten het geval van art.66, lid 3, met hun weten de dader of mededaders hebben geholpen of bijgestaan in daden die de misdaad of het wanbedrijf hebben voorbereid, vergemakkelijkt of voltooid*” gestraft worden als medeplichtige. Uit de tekst blijkt de schemerzone tussen noodzakelijk (66, lid 3) en nuttige (67, lid 4) hulp. De feitenrechter moet op basis van de gegevens van het elk geval uitmaken waar de lijn moet worden getrokken⁴⁹⁹. De rechtsleer suggereert hem daarvoor het gebruik van het criterium van de verwijdering: hoe dichter de gedraging in tijd en plaats komt bij het eigenlijk misdrijf of de plegers ervan, hoe waarschijnlijker het wordt dat het noodzakelijk was en niet gewoon nuttig⁵⁰⁰.

POST FACTUM HULP- Het Belgisch Strafwetboek brak met de Code Napoléon en stelde als algemene regel *post-factum* deelneming niet strafbaar. Om strafbaar te zijn moet een deelnemingsgedraging voor of ten laatste gelijk met het hoofdfeit worden gesteld⁵⁰¹. Alleen gedragingen die bij-dragen, mede-oorzaak zijn voor het plegen van het misdrijf zoals het is gepleegd, worden beschouwd als strafwaardig. Van bijdragen of mee veroorzaken kan geen sprake zijn wanneer dat misdrijf al gepleegd, al voltooid is vóór – lees:zonder - het verstrekken van de hulp. Men kan iets dat al “gebeurd” is, niet met latere gedragingen aanstoken of veroorzaken. Nochtans voorziet art.67, lid 4 Sw. een afwijking van deze regel door als medeplichtige de persoon strafbaar te stellen die zelf geen dader is, maar hulp geeft bij daden die het misdrijf hebben voltooid. De meerderheidsopvatting in de rechtsleer gelooft, op basis van de parlementaire voorbereiding, dat deze uitzondering alleen slaat op het misdrijf diefstal, dat wil zeggen bij het wegvoeren van de dief of de buit⁵⁰² onmiddellijk na het plegen van de diefstal⁵⁰³. In alle andere

⁴⁹⁷ Corr.Parijs 5 december 1978, *J.P.C.* 1979, II, 19138; *cfr.* ook Brussel 6 oktober 1945, *J.T.* 1947, 289; Cass.16 december 1974, *Arr.Cass.*1975, 453.

⁴⁹⁸ Fr.Cass.17 mei 1962, *D.* 1962, 473.

⁴⁹⁹ Cass.3 september 1915, *Pas.* 1915-16, I, 446.

⁵⁰⁰ *Cfr.* RUBBRECHT, J., *Inleiding tot het Belgisch strafrecht, op.cit.*, 278; DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 208-209.

⁵⁰¹ Cass.25 april 1949, *Pas.* 1949, I, 297; Cass. 24 september 1951, *Pas.* 1952, I, 13.

⁵⁰² Volgens DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 209 slaat het zelfs uitsluitend op het het wegvoeren van de buit. Hij schrijft overigens dat de wettelijke formulering “*bijdragen*

gevallen zullen personen die de daders persoonlijk bijstaan na het plegen van het misdrijf, bijvoorbeeld om arrestatie, veroordeling of bestraffing van de dader te beletten, niet als medeplichtige gestraft worden⁵⁰⁴. Niettemin pleiten een aantal auteurs ervoor om, wanneer hulp wordt verleend overeenkomstig een aan het misdrijf voorafgaand en weloverwogen planning, de hulpbelofte te beschouwen als een nuttige bijdrage tot (de voorbereiding van) het misdrijf en aldus als een strafbare deelnemingsgedraging⁵⁰⁵. In het Belgisch Strafwetboek staat er geen Generalklausel die “het bedrieglijk toedekken” van andermans misdrijven strafbaar stelt, al zijn er wel een aantal specifieke misdrijfomschrijvingen die gericht zijn op na het misdrijf verleende hulp⁵⁰⁶. Een aantal rechtsgeleerden, onder meer Van Halewijn, gaat nog verder en zegt dat medeplichtigheid na de feiten wel degelijk strafbaar moet zijn op grond van art.66, lid 4 Sw. Volgens hen “*is medeplichtige van om het even welke misdaad of wanbedrijf hij die het voordeel van het strafbaar feit doet voortduren of de straffeloosheid van de dader bevordert.*” Van Halewijn geeft talrijke voorbeelden: van het “*verhandelen van ontvreemde titels*” of het “*camoufleren van motor en koetswerk van een gestolen wagen*” over het doen verdwijnen van bloedsporen na een moord, van gebruikte wapens na een overval tot het verbergen van een nog niet opgespoorde dader van een misdaad of wanbedrijf⁵⁰⁷.

2.4.4. Het subjectief (moreel) element: deelnemingsopzet

ALGEMENE REGEL- Over het algemeen, bestaat er enkel strafbare deelneming wanneer de (mede)daders en medeplichtige opzettelijk samenwerken, dat wil zeggen wetens en willens, met het oog op het bereiken van een gemeenschappelijk

tot de voltooiing” gelet op de bedoeling van de wetgever erg ongelukkig is, omdat de diefstal voltooid is op het moment van de bedrieglijke wegname.

⁵⁰³ TROUSSE, P., *Les principes généraux*, op.cit., vol.I., no.3922.

⁵⁰⁴ Cass.7 juli 1947, *R.W.*, 1947-48, 185, *Arr.Cass.*, 1947, 246. Contra: VAN HALEWIJN, J., op.cit., 1532, die vindt dat de voorbereidende werken niet alleen verkeerd geïnterpreteerd worden, maar zelfs niet relevant zijn wegens de duidelijkheid van de tekst waar nergens sprake is van een beperking tot diefstal.

⁵⁰⁵ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, op.cit., 209; VERBRUGGEN, F., “Ook zonder Madrid en Dublin blijft de uitlevering van Moreno en Garcia mogelijk, als Spanje een degelijk dossier heeft”, *Panopticon* 1997, 166-167. Vgl. ook BEKAERT, H. in E.L., “Chronique Union belge et luxembourgeoise de Droit pénal”, *Rev.dr.pén.*1954-55, 536 en SASSERATH, *ibidem*, 537. Cfr. voor recente cassatierechtspraak in die zin: *infra* Hoofdstuk 2, 2.2.4.

⁵⁰⁶ Bijvoorbeeld: vals getuigenis ten voordele van de verdachte (215, 217 e.v.Sw.), heling (verberging) van misdadigers, benden (*infra*) of lijken (340 Sw.) of gestolen goederen (505 Sw., *infra* Deel V).

⁵⁰⁷ VAN HALEWIJN, J., op.cit., 1532. Hij verwijst naar D’HAENENS, J., *Strafbare deelneming* Gent, Story Scientia, 1959, nr.178; MARCHAL, A. en JASPAR, J., *Droit criminel*, dl.I, Brussel, 1952, nr.264; RUBBRECHT, J., *Inleiding tot het Belgisch strafrecht*, op.cit., 177 en *Pandectes belges*, Brussel, Larquier, 1883, V° Complice, nr.276-282. Hij stelt vast dat alleen heling (505 Sw –*infra*) als *sui generis* misdrijf strafbaar is.

crimineel resultaat⁵⁰⁸. Het is die wil tot samenwerken die de verschillende personen aan het misdrijf verbindt. De deelnemer moet alle omstandigheden kennen die de gedraging waaraan hij deelneemt, strafbaar maken en hij moet de wil hebben bij te dragen tot het succes van de criminele onderneming. De deelnemer hoeft de exacte plaats of het precieze tijdstip van het misdrijf niet te kennen⁵⁰⁹. Hij moet niet ingewijd zijn in de details van het misdrijf: het volstaat dat hij genoeg feitenkennis heeft om het type van misdrijf te beseffen, de aard van het beoogde misdrijf.

WETEN IS NOG NIET WILLEN- Nypels en Servais waarschuwen dat het fout is te geloven dat als iemand wetens bijdraagt tot een misdaad dat noodzakelijk ook betekent dat het om willens bijdragen gaat, dat wil zeggen “met de bedoeling eraan mee te werken”⁵¹⁰. Meestal zal dat wel het geval zijn, maar niet altijd. Zij geven het voorbeeld van een slotenmaker die van zijn klant verneemt dat die een sleutel bestelt om hem te gebruiken bij een diefstal. Als de slotenmaker die sleutel maakt, betekent dat niet zomaar dat hij de bedoeling heeft om een medeplichtige te worden van de dief, om de uitvoering van een misdaad voor te bereiden. *“La connaissance qu’il avait du projet criminel suffit pour le faire condamner à la peine portée par l’article 488 du code pénal”⁵¹¹; mais elle ne suffit point pour prouver qu’il a eu le dessein de participer au vol dont il ne doit retirer aucun profit. Il peut avoir le désir de gagner un bon salaire, et non pas de prendre part à l’entreprise. La preuve de la volonté de coopérer au crime ne résulte donc pas, en général, de la connaissance seule que l’on a de fournir à une personne les moyens de le commettre; elle ne peut s’établir que par le concert formé entre les codélinquants”⁵¹²*. Niets belet overigens dat het “concert “ stilzwijgend zou ontstaan.

GEVOLG- Uit de vereiste van een deelnemingsopzet volgt dat men noch deelnemer kan zijn aan een onopzettelijk misdrijf⁵¹³, noch deelnemer door gebrek aan

⁵⁰⁸ Cass.16 april 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1024.

⁵⁰⁹ Cass. 9 december 1986, *R.W.* 1987-88, 856 met noot M.DE SWAEF, *Arr.Cass.* 1986-87, 472; HENNEAU-HUMBLET, C., “La participation punissable: vers un affranchissement de la théorie de l’emprunt de criminalité”, *Rev.dr.pén.* 1990, 591-603 en “L’emprunt matériel de criminalité entre participants, réflexion à partir de Cassation 9 décembre 1986 (arrêt Volders), synthèse de la réunion du 26 avril 1990”, *Rev.dr.pén.* 1990, 1057-1072.

⁵¹⁰ NYPELS, J. en SERVAIS, J., *op.cit.*, 177.

⁵¹¹ Dit is het zelfstandig misdrijf van het bedrieglijk namaken van sleutels, waarbij het beroep van slotenmaker een verzwarende omstandigheid is.

⁵¹² NYPELS, J. en SERVAIS, J., *op.cit.*, 177.

⁵¹³ *Supra*, 2.4.2.; NYPELS, J. en SERVAIS, J., *op.cit.*, 178 weerleggen de stelling van de Franse auteurs Chaveau en Hélie die beweren dat dit wel mogelijk is. Wel kan men zelf, los van de deelnemingsleer, veroorzaker van de schade zijn en drager van een juridische plicht die schade te voorkomen: *supra*, voetnoot 471.

vooruitziendheid of voorzichtigheid⁵¹⁴. Anderzijds spelen persoonlijke motieven van de deelnemer geen rol. De deelnemer hoeft ook niet te handelen met het bijzonder opzet dat het wetboek voor bepaalde misdrijven vereist (*dolus specialis*), zoals het bedrieglijk opzet ("om iemand te bevoordelen") bij het opmaken van valse medische getuigschriften (art.204 Sw.). Daarenboven kan een persoon deelnemen aan een misdrijf dat hij zelf niet zou kunnen plegen, omdat hij de bijzondere hoedanigheid (bijvoorbeeld ambtenaar) mist die voor dat misdrijf nodig is (hoedanigheidsmisdrijven of *délits de fonction*)⁵¹⁵. Dat komt omdat de deelneming afhankelijk blijft van het hoofdfeit.

INADEQUATE WILSOVEREENSTEMMING- Het kan gebeuren dat de uiteindelijke uitvoering van het misdrijf dat de hoofddader pleegt, afwijkt van wat de deelnemers vooropgesteld hebben. Dan rijst de vraag voor welke gedragingen de deelnemers mee aansprakelijk zijn. Daarbij moeten verschillende mogelijkheden onderscheiden worden. Wanneer het gepleegde misdrijf op een andere wijze is uitgevoerd dan gepland, zonder dat het evenwel gaat om een ander misdrijf, zijn alle deelnemers aan het misdrijf daarvoor strafbaar. Dat zijn ze ook wanneer het misdrijf gepaard gaat met een objectieve verzwarende omstandigheid⁵¹⁶. Wanneer met andere woorden een moord gepleegd wordt om een diefstal te vergemakkelijken, zullen alle deelnemers aan de overval daarvoor strafbaar zijn, zelfs als zij niets met die omstandigheid te maken hebben of er zelfs geen weet van hebben. Volgens een uitspraak van het Hof van Assisen van Brabant rechtvaardigt de behoefte aan de bestrijding van georganiseerde criminaliteit deze interpretatie, die trouwens toch de bedoeling van de wetgever was. Het Hof van Cassatie bevestigde deze beslissing, eraan herinnerend dat een dergelijke beslissing zich opdrong, zelfs wanneer geen rechtstreekse en persoonlijke betrokkenheid bij de objectieve verzwarende omstandigheid is en wanneer de deelnemers de verzwarende omstandigheid niet willen⁵¹⁷. Sommige rechtsgeleerden volgen het Hof van Cassatie in zijn keuze,

⁵¹⁴ Cass. 24 maart 1998 (Konings Graanstokerij N.V./Krekels), AR P.96.1683.N, *niet gepubliceerd*, Judit 98-11485: "de deelnemer aan een misdrijf moet kennis hebben van alle omstandigheden die aan een feit, waaraan hij door zijn medewerking deelneemt, het kenmerk geven van een welbepaalde misdaad of wanbedrijf, zodat de afwezigheid van deze kennis de strafbaarheid van de deelneming uitsluit".

⁵¹⁵ Cass. 23 december 1998 (Agusta-Dassault), *J.M.L.B.* 1999, 61; *A.J.T.* 1998-99, 541; *R.W.* 1998-99, 1309, *Rev.dr.pén.* 1999, 393. Deze situatie mag niet verward worden met die waarin het misdrijf gepleegd kan worden door om het even wie, maar waar de bijzondere hoedanigheid een verzwarende omstandigheid oplevert, zoals bij de slotenmaker.

⁵¹⁶ Cass. 18 mei 1993, *R.W.* 1994-95, met noot B.SPRIET.

⁵¹⁷ Cass. 6 januari 1993, *Rev.dr.pén.* 1993, 559. Cfr. Cass. 11 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 475.

vooral op basis van historische en teleologische argumenten⁵¹⁸. Deze strenge houding is zwaar onder vuur genomen door een andere strekking in de rechtsleer, omdat zij niet te verzoenen valt met de bedoelingen van de vaders van het Strafwetboek en het beginsel van de persoonlijke schuld (*infra*)⁵¹⁹. Wanneer het gepleegde misdrijf niet het beoogde is, onderscheidt de rechtsleer verschillende situaties. Als het om een totaal verschillend misdrijf gaat, zal de deelnemer straffeloos blijven omdat het oorzakelijk verband tussen het vereiste opzet en het gepleegde misdrijf ontbreekt. Wanneer echter het gepleegde misdrijf van dezelfde aard is als het vooropgestelde, is de deelnemer strafbaar op voorwaarde dat het gepleegde lichter is dan het geplande, bijvoorbeeld verwonden in plaats van doden. De redenering is dat het opzet voor het mindere misdrijf begrepen zit in het opzet voor het zwaardere⁵²⁰. Volgens een opmerkelijk vonnis is de deelneming ook strafbaar wanneer het beoogde misdrijf onbepaald is. Dat wil zeggen dat de deelnemer weet dat hij aan een crimineel project meewerkt, maar niet juist weet hoe het gepleegd zal worden, bijvoorbeeld deelneming aan een terroristische aanslag door een commando naar de plaats van de aanslag te voeren, zonder de precieze identiteit van het slachtoffer, de gebruikte wapens of de identiteit van de hoofddaders te kennen⁵²¹.

2.4.5. Procedurele aspecten

INBEGREPEN- Vaststaande rechtspraak zegt dat vervolging als (mede)dader meteen ook vervolging wegens mogelijke medeplichtigheid inhoudt⁵²². Dat betekent dat de verdediging niet kan volstaan met het bewijs dat een bijdrage niet noodzakelijk is geweest, bovendien mag ze ook niet nuttig geweest zijn. Vanwege de afhankelijkheid die alle deelnemingsgedragingen vertonen ten aanzien van het hoofdfeit, ligt het voor de hand dat er in beginsel samenhang zal worden

⁵¹⁸ DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 106. Dit thema heeft tot een eeuw lang getouwtrek in de wereld van strafrechtsgeleerden aller landen geleid (*cfr.* verwijzing voornoemde auteurs 103-107.)

⁵¹⁹ HENNEAU, C. en VERHAEGEN, J., "Jacques-Joseph Haus", in FIJNAUT, C.(ed.), *Gestalten uit het verleden*, Leuven, Universitaire Pers, 1993, 79; HENNEAU-HUMBLET, C., "La participation punissable:...", *op.cit.*, 591-603; "L'emprunt matériel de criminalité entre participants. Réflexion à partir de Cassation 9 décembre 1986", *Rev.dr.pén.* 1990, 1057-1072. *Cfr.* (genuanceerd) VAN HALEWIJN, J., *op.cit.*, 1541.

⁵²⁰ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 336.

⁵²¹ Corr.Brussel 18 april 1974, *R.W.* 1974-75, 496, noot A.VANDEPLAS; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 337.

⁵²² Cass.28 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1196; Cass. 25 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 483; DECLERCQ, R., *Beginselen van Strafrechtspiegeling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 457.

aangenomen tussen de verschillende gedragingen⁵²³. De zaak van elk van de deelnemers zal in het belang van de behoorlijke rechtsbedeling immers best samen worden behandeld⁵²⁴. Wanneer er samenhang wordt aangenomen tussen de misdrijven van verschillende personen, zal een daad van onderzoek of vervolging betreffende één van de verdachte deelnemers meteen ook de verjaring van de strafvordering betreffende de anderen schorsen of stuiten⁵²⁵.

RELATIEVE AFHANKELIJKHEID- Niettemin komt in de procedure, en dan vanzelfsprekend bij de vervolging, die het Openbaar Ministerie slechts tegen geïdentificeerde personen kan instellen, de relativering van de "afhankelijkheid" van de deelneming goed tot uiting. Niets belet een deelnemer apart van de daders van het hoofdfeit te vervolgen en te berechten: samenhang wordt dan afwezen. Soms dringt een "opsplitsing" van de zaak zich zelfs op om redenen van organisatie en respect van de redelijke termijn bij strafvervolging. Zoals al eerder gezegd, moet de rechter of jury enkel het bestaan van een strafbaar hoofdfeit vaststellen. Het feit dat de hoofddader vrijuit gaat in een afzonderlijke procedure, zelfs wegens het feit dat er volgens de rechter geen misdrijf bestaat, belet niet dat een andere rechter (of dezelfde rechter in een andere procedure) toch het bestaan van dat hoofdfeit bewezen acht en de deelnemer veroordeelt⁵²⁶. Dit is het gevolg van de regel dat de gevolgen en vaststellingen van rechterlijke uitspraken naar Belgisch strafrecht in beginsel beperkt zijn tot de rechtszaak waarover uitspraak gedaan wordt (relativiteit van gewijsde in de ene strafzaak ten aanzien van andere strafzaken).

2.5. Samenvatting

OOG COLLECTIEF- Ook in het klassieke strafrecht houdt de wetgever er rekening mee dat het feit dat een individu samen met anderen criminaliteit pleegt, dat individu gevaarlijker maakt. Het verhoogt immers zijn slaagkans en vermindert de pakkans. Daarom maakt hij bij misdrijven waar ze het meest helpt, van die pluraliteit een *verzwarende omstandigheid*.

Daarnaast krijgt het "samenhandelen" van mensen een uitdrukking in "*noodzakelijke deelnemingsmisdrijven*". Soms gaan individuen immers samen dingen doen

⁵²³ Of nog sterker: ondeelbaarheid.(Cfr. VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 892.)

⁵²⁴ Cfr. D'HONT, F., "Is er samenhang in de "samenhang" ?", in: TRAEST, P en DE NAUW, A., *Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 36-62.

⁵²⁵ Die schorsing of stuiting geldt overigens ook voor andere samenhangende feiten. (D'HONT, F., *op.cit.*, 58-59.)

⁵²⁶ Cass. 26 maart 1973, *Arr. Cass.* 1974, 745. DECLERCQ, R., *Beginselen ...*, *op.cit.*, 124.

waarvan een derde (niet zelden de staat) de dupe is. Die misdrijven kunnen niet alleen gepleegd worden, al betekent dat niet dat alle betrokken noodzakelijk ook gestraft moeten worden. Wilsovereenstemming tussen de betrokken personen is vereist, het materieel element verschilt van misdrijf tot misdrijf.

Veruit het belangrijkste is echter de *strafbare deelneming* aan andermans misdrijf. Bij ons is de deelneming relatief afhankelijk van het hoofdfeit dat wel aan de misdrijfomschrijving voldoet. Belangrijk is dat de wetgever oog heeft voor de vorming van een *collectief crimineel project* waaraan hij een zekere *zelfstandigheid* toekent. Toch moet de rechter individueel gedrag afzonderlijk afwegen in relatie tot dat project. De leer van de deelneming breidt de strafbaarheid uit tot een hele reeks figuren die hun handen niet vuil maken aan de materiële feiten. Zij voorziet wel een gradatie in de straffen: conform het evenredigheidsbeginsel zijn er mindere straffen voor “mindere” betrokkenheid... De straf van de deelnemer zit ook gekoppeld aan de straf voorzien voor het hoofdfeit. Herhaaldelijk beklemtoont de wetgever het *uitzonderlijk* karakter van de uitbreiding van strafbaarheid tot de deelnemers. Tenslotte is het *moreel element* losgekoppeld van het concrete misdrijf. Wie deelneemt, moet niet de concrete handeling zoals ze concreet gesteld is of al haar gevolgen willen, hij moet niet het bijzonder opzet hebben dat voor het misdrijf vereist is. Het gaat om een verzelfstandigde wil om tot gezamenlijke actie te komen, “*un concert formé entre les codélinquants*”, “*avoir un but commun et vouloir réaliser ce but par la coopération de tous*”.

§3. Oog voor de gevaarsdimensie: preventieve aanpak van samenspanningsmisdrijven

3.1. De regel: krenking

SCHADEVEREISTE- Het typemisdrijf in hoofde van de wetgever was dus het krenkingsmisdrijf, waarbij een natuurlijk persoon door een verwijtbare gedraging effectieve schade veroorzaakt aan een rechtsgoed. “*L'école classique attache une importance essentielle aux conséquences matérielles de l'infraction et semble parfois hésiter à punir quand on ne peut pas démontrer la réalité du dommage*”⁵²⁷. Er bestaat echter een evolutie die strafbaarheid en gerechtelijke aanpak steeds verder naar voor schuift (*infra*, Hoofdstuk 2 en later Deel III). Hier past niettemin een voor

⁵²⁷ DE NAUW, A., *De strafbaarheid van voorbereidingshandelingen, een predadvies, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1982, 1 citeert deze uitspraak van Prins al meer dan 100 jaar voordien.

proefje, omdat precies het collectieve element als een argument ter rechtvaardiging van een preventief ingrijpen dient.

3.2. De uitzondering-aanvulling: poging en mislukt misdrijf⁵²⁸

UITZONDERING- Geheel in lijn met het beginsel dat alleen krenking van een rechtsgoed bestraffing rechtvaardigt, stelde de Code pénal van 1791 enkel de poging tot moord of vergiftiging strafbaar. De Nauw geeft aan dat de straffeloosheid van pogingen de opsporing van misdrijven dermate bemoeilijkte dat de wetgever al vlug een bocht heeft genomen.⁵²⁹ De Code Napoléon had het al in artikel 2 over de poging, een bepaling die in licht gewijzigde versie in het Belgisch Strafwetboek van 1867 werd overgenomen. Art.51 Sw. luidt: “*Strafbare poging bestaat, wanneer het voornemen om een misdaad of een wanbedrijf te plegen zich heeft geopenbaard door uitwendige daden die een begin van uitvoering van die misdaad of van dat wanbedrijf uitmaken en alleen ten gevolge van omstandigheden, van de wil van de dader onafhankelijk, zijn gestaakt of hun uitwerking hebben gemist*”. Daarmee somt de wetgever duidelijk de drie voorwaarden voor strafbaarheid van de poging op: 1) het voornemen een ernstig misdrijf te plegen; 2) het uiten van dat voornemen in een uitwendige gedraging die een begin van uitvoering is van het voorgenomen misdrijf en 3) een staking of mislukking buiten de wil van de kandidaat-dader om. Het voortijdig gestaakt en het mislukt misdrijf worden met mekaar gelijkgesteld.

WAAROM- Waarom deze uitzondering op de regel? Volgens Haus volstaat het niet dat de straf op zichzelf rechtvaardig zou zijn, zij moet –subsidiariteit- daarenboven “*noodzakelijk zijn voor de beveiliging van de sociale orde en nuttig in haar gevolgen*”. Daarom mag alleen de poging tot ernstige misdrijven strafbaar zijn. Dat zijn immers de gevallen waarin de kandidaat-dader zijn gevaarlijkheid heeft getoond en straffeloosheid hem ertoe zou aanzetten het “onduldbaar” (want zeer zwaar) misdrijf alsnog te plegen. Dat is ook de reden waarom het wetboek de poging tot een misdaad steeds strafbaar stelt (art.52 Sw.), een poging tot een wanbedrijf alleen als de wet haar uitdrukkelijk strafbaar verklaart (art.53 Sw.). Misdaden, waarop criminele straffen staan, zijn – in theorie - dergelijke onduldbare, zoveel mogelijk te voorkomen misdrijven. Iemand, en dan vooral iemand uit de rechtshandhaving, die

⁵²⁸ Cfr. DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 299-312 en de daar vermelde literatuur. Ook (rechtsvergelijkend): HUSTIN-DENIES, N. en SPIELMAN, D., *L'infraction inachevée en droit pénal comparé*, Brussel, Bruylant, 1997, 163 p.

⁵²⁹ Eerst stelt hij poging tot een misdaad strafbaar als was het de misdaad zelf. Kort daarna stelt hij ook pogingen tot wanbedrijven in bepaalde gevallen strafbaar. Cfr.: DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 6.

er een stokje voor kan steken, mag niet met ingrijpen wachten. Straffeloosheid mag dan echter niet de prijs zijn voor de voorkoming van de zwaarste misdrijven, want dat zou nu net het risico op (later) effectief plegen vergroten. De schade bij wanbedrijven daarentegen is meestal niet zo erg, dat men onder geen beding zou kunnen wachten op voltooiing van het misdrijf. Zoals het begrip “correctioneel” aangeeft, is goedmaking, verbetering, rechtzetting nog mogelijk mits de juiste sanctie. De daders van dergelijke misdrijven zijn nog maatschappelijk “recupereerbaar”.

TERUGTRED- Conform de klassieke visie op het strafrecht, die enorm veel belang hecht aan de wilsvrijheid, aan de weloverwogen individuele keuzes van kandidaat-criminelen, vormt de terugtrekingsmogelijkheid een pijler van de klassieke Belgische pogingsleer. De wetgever mag van de *iter criminis*, de weg naar het misdrijf⁵³⁰, nooit een éénrichtingsstraat maken. De kandidaat-crimineel moet dus, zelfs al is hij met de uitvoering van het beoogde misdrijf begonnen, steeds vrijwillig rechtsomkeer kunnen maken. Hij moet, zolang hij het misdrijf niet voltooid heeft, de keuze tussen het plegen van het misdrijf (en het oplopen van de straf) en het vrijwillig afzien van het misdrijf (en het vermijden van de straf) behouden. De terugtrekingsmogelijkheid werkt “preventief”. In Haus’ woorden: “*Le moyen plus efficace d’arrêter le crime dans son cours, est d’accorder l’impunité à l’agent qui renonce lui-même à continuer son entreprise.*”⁵³¹ Het kan dat één van de verscheidene deelnemers aan een crimineel project uit eigen beweging afstand neemt van het idee, vóór men met de uitvoering begint. Wanneer het misdrijf toch gepleegd wordt, blijft hij alleen straffeloos⁵³². Indien daarentegen de persoon die met het materiële plegen belast is, tegen de afspraak in, afziet van het plegen, gaan allen vrijuit bij gebrek aan strafbaar hoofdfeit (*supra*).

3.3. De uitzonderlijkste uitzondering: samenspanning

UITZONDERING- Zonder begin van uitvoering van een concreet misdrijf bestaat er dus naar Belgisch recht geen strafbaar gedrag⁵³³. Het algemeen deel van het Belgisch Strafwetboek bevat geen bepalingen over samenspanning tot het plegen

⁵³⁰ “*Selon les théories traditionnelles, le mécanisme de l’iter criminis est conçu comme la succession de plusieurs phases distinctes décrites généralement en termes de conception, préparation et exécution.*”(HUSTIN-DENIES, N. en SPIELMANN, D., *op.cit.*, 18.)

⁵³¹ HAUS, J., *op.cit.*, nr.471.

⁵³² Cfr. nochtans over de strafbaarheid van de aanstoker: DECLERCQ, R., “Tentative, participation, désistement”, *Rapports belges au XIIe congrès de l’Académie internationale de droit comparé de Sidney*, Brussel, s.n., 1986, 472.

van een misdrijf. Niettemin heeft de wetgever van samenspanning om een aantal – meestal politieke - misdrijven te plegen, zelfstandige misdrijven gemaakt in Boek II, de lijst van misdrijfomschrijvingen met de eraan verbonden straffen⁵³⁴. Art.110 Sw. zegt dat “*de samenspanning bestaat zodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen*”⁵³⁵. Samenspanningsmisdrijven zijn dus steeds misdrijven van noodzakelijke deelneming. Het misdrijf waar art.110 het over heeft, is dat van art. 106, 107, 108 of 109 Sw., samenspanning tegen het leven of de persoon van de Koning, zijn opvolger, leden van de koninklijke familie en ministers die de koninklijke functie uitoefenen. Ook samenspanning tegen de uitwendige (art.115, 123bis, 123 quater Sw.) en de inwendige (art.124, 125 Sw.) veiligheid van de staat⁵³⁶ en de samenspanning van ambtenaren (art.233 e.v. Sw.) zijn strafbaar. Deze laatste bepalingen, die hun oorsprong vinden in stakingen van de parlementen in het Ancien Régime en de weerstand van het lokaal bestuur tijdens het Directoire, zijn bij ons weten nooit toegepast⁵³⁷. De eensgezindheid van alle samenspanners om mee te doen aan gedragingen die in strijd zijn met de strafwet geeft de doorslag. Een akkoord over de modaliteiten van de uitvoering is niet nodig. Zij moeten het (zgn. bepaald) opzet hebben om de specifieke misdrijven (van art.106 e.v. Sw.) te plegen⁵³⁸. Het lijkt erop dat het loutere bestaan van samenspanningsideeën in het hoofd van de de samenspanners zou volstaan. Daarmee zou de wetgever afwijken van de basisregel dat hij nooit gedachten, zelfs geen kwaadaardige, strafbaar mag

⁵³³ HUSTIN-DENIES, N. en SPIELMANN, D., *op.cit.* , 76-83.

⁵³⁴ DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 42 onderstreept dat het om zeer bijzondere gevallen gaat.

⁵³⁵ Het gaat om een overname van art. 89 van de Code Napoléon, dat luidde:” *Il y a complot dès que la résolution d’agir est concertée et arrêtée entre deux conspirateurs ou un plus grand nombre, quoiqu’il n’y ait pas eu d’attentat*”. “*Concertée*” laat de wetgever in 1867 weg omdat het hetzelfde betekent als “*arrêtée*”. Ook “*quoiqu’il n’y ait pas eu d’attentat*” laat hij weg omdat hij het als vanzelfsprekend beschouwt.(DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 43.)

⁵³⁶ DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 46. Een ophefmakend proces in 1923 tegen vijftien communisten wegens samenspanning tegen de veiligheid van de staat liep uit op de vrijspraak van alle beklaagden.(GOTOVITCH, J., “La peur rouge dans les dossiers de la justice belge: la signification du procès de 1923”, in: DELWIT, P. en GOTOVITCH, J.(eds.), *La Peur du Rouge*, Brussel, ULB , 1996, 87-97). Deze bepalingen zijn in vreedstijd verder zelden of nooit toegepast en daar treurt eigenlijk niemand om. Zoals Henneau en Verhaegen vaststellen in een stuk over Haus:” *Vele auteurs hebben het contrast onderstreept dat bestaat tussen de duidelijkheid van de definities en de gematigdheid die Haus kenmerkt, aan de ene kant, en het handhaven van gevaarlijk vage en uitermate zwaar gesanctioneerde misdrijfomschrijvingen op het vlak van misdrijven tegen de veiligheid van de staat, aan de andere kant*” (HENNEAU, C. en VERHAEGEN, J., *op.cit.*, 77 (eigen vertaling).)

⁵³⁷ MARCHAL, A., “*Mise en péril par pluralité d’auteurs*”, *op.cit.*, 293; DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 46.

⁵³⁸ RIGAUX, M. en TROUSSE, P., *Les crimes et délits du Code Pénal*, I, 71 en 74; VERHEGGE, G., “*Naar aanleiding van het verslag van juni 1979 van de commissie voor de herziening van het Strafwetboek*”, *R.W.* 1980-81, 351-352.

stellen⁵³⁹. De rechtsleer haast zich dan ook om erop te wijzen dat het niet het loutere idee is dat strafbaar gesteld is, zelfs niet de uitdrukking ervan, maar het criminele *overleg* tussen verschillende personen om de aanslag voor te bereiden en uit te voeren. Met andere woorden, het is niet de gedachte die strafwaardig is, maar een feitelijke situatie die daaruit voortvloeit, een eerste stap in de richting van de realisering die, als dusdanig, objectief vaststelbaar is⁵⁴⁰.

WAAROM- De strafwet laat een individu dat op zijn eentje voorbereidingshandelingen tot een misdrijf stelt, met rust. Indien dat individu hierover overleg pleegt met een ander, zijn ze allebei strafbaar. Waarom maakt de overeenkomst met een ander zoveel verschil? Omdat, zo redeneert de wetgever, de afspraak met andere personen ervoor zorgt dat er geen terugtred meer mogelijk is. Wie zich verbindt ten aanzien van zijn kompanen, heeft niet langer de nodige vrijheid om alsnog af te zien van het plegen: *“de solidariteit die aldus onderling tot stand komt, [versterkt] de geesten en verhindert in hoge mate dat nog tijdig vrijwillig verzaakt wordt aan het vooropgesteld doel.”*⁵⁴¹ Dat is een opmerkelijk argument, want bij deelneming houdt de wetgever wel degelijk rekening met de mogelijkheid dat één van de verschillende mensen in het crimineel project er voortijdig de brui aangeeft. Het verschil moeten we daarom misschien zoeken in de beoogde misdrijven en het soort mensen dat ze pleegt. Het gaat om politieke misdrijven, aanvallen op of sabotage van het gevestigde regime. De beweegredenen van de daders zijn in dat geval ideologisch, de bereidheid tot zelfopoffering voor de zaak is vaak groot. Dergelijke misdrijven zullen zelden door een geïsoleerd individu worden gepleegd. Als dat toch gebeurt, is de slaagkans en/of de kans om hen te dwarsbomen voor er zelfs nog maar sprake is van poging erg klein. Deze misdrijven behoren – zeker in de eerste fase - tot het typisch rijk van “samenzweerders”: kleine, geheime groepen met een zeer sterke band tussen de leden. Zelfopoffering voor de “zaak” blijkt in de praktijk vaak te maken te hebben met een trouw ten aanzien van de medestanders: “je maats niet in de steek laten”.

GEEN TERUGTRED- In een dergelijke situatie, zo redeneert de wetgever, vervangt het collectief element dus de individuele wilsvrijheid door een nieuwe, een collectieve wil waarop het individu geen vat meer heeft. De *iter criminis* is voor zware misdrijven

⁵³⁹ Vaak geformuleerd in de vorm van het adagium “*Cogitationis poenam nemo patitur*” (HUSTIN-DENIES, N. en SPIELMANN, D., *op.cit.*, 18.)

⁵⁴⁰ DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 41; RIGAUX, M. en TROUSSE, P., *op.cit.*, 70.

⁵⁴¹ DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 86.

een éénrichtingsstraat geworden: zelfs als een passagier uit de wagen springt, rijdt die verder naar het ernstig misdrijf. Daarom mag de overheid al aan het begin van de *iter criminis* een streep op de weg trekken. Eenmaal die streep overschreden, kunnen de inzittenden niet terug: het misdrijf van samenspanning is voltooid. Dat er achteraf toch van de beoogde aanslag afgezien wordt, uit vrees of berouw, verandert daar niets aan⁵⁴². In het beste geval kunnen de daders het inroepen als verzachtende omstandigheid.

3.4. De oneigenlijke uitzondering: consensuele misdrijven ?

UITZONDERING- Een ander soort misdrijven, dat normalerwijze niemand tot de samenspanning rekent, vertoont er nochtans opvallende gelijkenissen mee. Het gaat om de consensuele misdrijven. Ook daar stelt de wet een (illegale) overeenkomst tussen twee of meer personen strafbaar. Terwijl het voorwerp van die overeenkomst bij samenspanning het plegen van een ernstig misdrijf is, kan het bij consensuele misdrijf om zowat alles gaan. Vaak gaat het om een of andere handelstransactie in strijd met de wet. De klassieke misdrijven inzake de “omkoping van ambtenaren” bestonden zodra de ambtenaar de belofte van de omkoper had aanvaard, dus zodra er wilsovereenstemming tussen beiden bestond⁵⁴³. Of beiden de gemaakte afspraken uiteindelijk nakwamen, had geen belang. Het misdrijf “heling” (505 Sw.) zal bijvoorbeeld vaak gepleegd worden doordat de dader gestolen goederen koopt. Vandeplass⁵⁴⁴ wijst erop dat er een koop-verkoop bestaat naar Belgisch burgerlijk recht zodra partijen het eens zijn over voorwerp en prijs. Dat betekent dat ook heling, de illegale tegenhanger van de koop-verkoop voltooid is zodra er wilsovereenstemming bestaat tussen partijen, zonder dat overdracht of levering van het goed nodig zou zijn. Het akkoord doet de deur dicht: er is geen weg terug, geen terugtrek mogelijk.

WAAROM- Consensuele misdrijven veroorzaken geen rechtstreekse schade. De wetgever stelt dergelijke gedragingen strafbaar omdat zij “gevaarlijk” zijn, dat wil zeggen het risico op schade opleveren. Het gaat dan wel om moeilijk vast te stellen, moeilijk af te grenzen, moeilijk te lokaliseren of moeilijk aan individuele veroorzakers toe te rekenen schade. Om de algemene, moeilijk te lokaliseren belangen zoals de volksgezondheid, het leefmilieu, de eerlijke concurrentie, de belastingsinning, e.d. te

⁵⁴² Cass. 13 juni 1842 (dus over de tekst van de Code Napoléon) , *Pas.* 1842, I, 253-258.

⁵⁴³ *Supra*: voetnoot 449.

⁵⁴⁴ VANDEPLAS, A., “Heling”, in: X, Bijzonder Strafrecht voor rechtspractici, Leuven/Amersfoort, Acco, 1990, 83

bewaren, heeft de wetgever gekozen voor normen die de schade moeten voorkomen of verkleinen. Vanwege de moeilijkheid om het oorzakelijk verband tussen gedraging van een individu en concrete schade vast te stellen, verdwijnt de schade als constitutief element uit de misdrijfomschrijving. Het gedrag wordt “op zich” strafbaar, het onrecht, het beschermde rechtsgoed wordt abstract: “het milieu, de volksgezondheid, de eerlijke rechtsbedeling, de transparantie van de markt , e.d. .

GEEN TERUGTRED- Aangezien de strafbare overeenkomst voltooid is zodra er wilsovereenstemming bestaat, zal daarna geen terugtred meer mogelijk zijn. De vraag rijst dan ten aanzien van de voorfase, de onderhandelingen, zeker wanneer die op niets uitdraaien. Normalerweise zou men denken dat het om voorbereidingshandelingen gaat, die niet strafbaar zijn. De samenspanning tot een misdaad is in bepaalde gevallen echter ook een misdaad, zodat een poging tot samenspanning dan ook mogelijk is.

3.5. Samenvatting

OOG VOOR GEVAAR- De klassieke wetgever beroept zich niet alleen op de betrokkenheid van meerdere personen om elk van hen zwaarder te straffen wanneer er een misdrijf is gepleegd (3.2.) of om personen die verder van het materiële feit afstaan ook te straffen (3.3. en vooral 3.4.). Wanneer er meerdere personen samen de schouders zetten onder een crimineel project, mag niet alleen harder en breder worden gestraft, maar ook vroeger. Het collectief aspect rechtvaardigt een preventieve aanpak. Opvallend daarbij is dat de *overeenkomst* en het *overleg* tussen twee personen hiervoor volstaan. De zelden uitgesproken basis voor deze keuze is niet de ernst van de beoogde misdrijven op zich, want dan zouden ook de voorbereidingshandelingen van een afzonderlijk individu strafbaar zijn. Neen, de rechtvaardiging voor het vooruitschuiven van de tussenkomst ligt in het verbindend karakter van de toezegging tussen partners in criminaliteit. Die zorgt ervoor dat, anders dan bij gewone kandidaat-criminelen, die vrijheid om alsnog af te zien van het beoogde misdrijf verdwijnt. Vanwege het onvermijdelijke van de criminaliteit mag de strafwetgever de lijn van strafbaarheid vooruit schuiven en aldus de actie die zou leiden tot schade aan het (belangrijke) rechtsgoed al in de kiem te smoren. De extra aandacht voor collectieven en voor de preventieve neutralisatie van extra gevaarlijke overeenkomsten vloeiden samen in de strafbaarstelling van bendevoering.

§4.Preventief straffen van betrokkenheid bij gevaarlijke collectieven: het misdrijf “vereniging van misdadigers” (bendevorming)

4.1.Het “bestaan van een bende die misdrijven beoogt” als rechtsfeit: verzelfstandiging van de organisatie t.o.v. de samenstellende individuen

4.1.1.Bende is meer dan haar leden: de bende als “gevaarlijke persoon”

GEVAAR- Na het openingshoofdstuk moet het duidelijk zijn dat aan het begin van onze strafrechtelijke tijdsrekening (einde achttiende, eerste helft negentiende eeuw), in de periode waarin onze wetboeken tot stand zijn gekomen, bendes van rovers en opstandelingen een probleem van eerste orde vormden. De overheid zette grove middelen in om hen uit te roeien, vanuit een militair-politionele logica eerder dan vanuit een individualiserend-rechtsbeschermende visie. De bendes die men voor ogen had, waren die van Cartouche, Jan de Lichte of Baekelandt. Het Belgisch strafwetboek bevat dan ook, net zoals de *Code Napoléon*⁵⁴⁵, het misdrijf “*association de malfaiteurs*”. Het ging om uitzonderlijke wetgeving tegen een uitzonderlijke vorm van criminaliteit, een rechtstreekse bedreiging van de openbare orde en het staatsgezag. Daarom belandt het in titel VI Sw.: misdaden en wanbedrijven tegen de openbare veiligheid. Daarin staan, zo haalt De Nauw de klassieke Franse rechtsleer aan: “*daden die geen onmiddellijke schending van de rechten van derden meebrengen en die geen rechtstreekse schade veroorzaken. Ze scheppen ongerustheid in de samenleving wegens hun aard of hoedanigheid van hun daders.*”⁵⁴⁶ Behalve de bendevorming bevat titel VI van Boek II Sw. ook bedreigingen, de bevrijding van gevangenen en enkel strafbare vormen van verberging. Het wetboek van 1867 wijdde – in de lijn van een eeuwenlange traditie - ook een titel aan landlopers en bedelaars⁵⁴⁷, zoals in Deel I is gebleken, een categorie van “gevaarlijke personen” die een hardere aanpak verdienden dat de “gewone”, gevestigde bevolking. Gedragingen die “gewone burgers” zonder probleem konden stellen, waren strafbaar indien de dader een landloper was⁵⁴⁸. Een

⁵⁴⁵ Artt.265-268 C.Nap.(Association de malfaiteurs/Associatie van kwaeddoenders). In dezelfde “afdeeling” zijn ook zijn vagabondage (landzwerfing) en mendicité (bedelarye) strafbaar gesteld.

⁵⁴⁶ DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998 (3^{de} ed.), 71.

⁵⁴⁷ Vgl.art.269 e.v.C.Nap.

⁵⁴⁸ Cfr. over de landloperijwetgeving ook kort: DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 425-429 met verwijzingen.

burger met een vijl was een doe-het-zelver, een landloper met een vijl een kandidaat-inbreker⁵⁴⁹.

BENDE VERPERSOONLIJKT- Art.322 Sw. zegt : “*Elke vereniging met het oogmerk om een aanslag te plegen op personen of op eigendommen, is een misdaad of een wanbedrijf, bestaande door het enkele feit van het inrichten der bende*”. Dat is de vertaling van “*Toute association formée dans le but d’attenter aux personnes ou aux propriétés est un crime ou un délit, qui existe par le seul fait de l’organisation de la bande.*” Gaat het hier om een misdrijfomschrijving, om een precies omschreven verboden en strafbaar gestelde gedraging? Het Hof van Cassatie lijkt te vinden van wel, want het heeft het over “*de misdrijven bepaald bij de art.322 en 323 Sw.*”⁵⁵⁰. In het artikel zelf staat ook “*elke vereniging [...] is een misdaad of een wanbedrijf*”. “*Elke vereniging*” en “*het inrichten*” moeten dan niet zozeer als zelfstandig naamwoord, maar als substituut voor het werkwoord gelezen worden. “*Wie zich verenigt*” of “*de persoon die inricht*” is dan strafbaar. Doch anderzijds vermeldt art.322 Sw. zelf geen straf. De straffen komen pas in de volgende artikels die gedragingen beschrijven die een verband vertonen met de “vereniging”. Wij kunnen “het bestaan van de vereniging” dan ook beschouwen als een rechtsfeit dat slechts één van de constitutieve bestanddelen is van de in 323 tot 325 Sw. volgende misdrijven. De vereniging bestaat als iets apart, iets dat meer is dan de som van de individuele leden en er los van staat: een soort (straf)rechtspersoon. In de woorden van Rigaux en Trousse, die het hebben over de redactie van de vragen aan de jury bij betichting van één van de misdrijven van 322 tot 326: “*Dès lors ont pourra utilement recourir à une rédaction impersonnelle de la question sur l’existence de l’association*”⁵⁵¹. Met onpersoonlijk bedoelen zij dus: niet gekoppeld aan (een van) de beschuldigde(n). Het abstract geheel “bende” krijgt als zelfstandige strafrechtspersoon een eigen oogmerk, los van de intenties van de leden. In de omgangstaal spreekt men over de bende alsof het gaat om een mens: de bende “wil”, “kan”, “eist”, “pleegt een misdrijf”, enz. De vereniging kan en en moet onderscheiden worden van de verenigden.

⁵⁴⁹ Oud art.344 Sw.(Cfr. DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, op.cit.,73.)

⁵⁵⁰ Cass.30 januari 1991 (nr.8777)

⁵⁵¹ RIGAUX, M. en TROUSSE, P., op.cit., T.5ième, Brussel, Bruylant, 1968, 10, met verwijzing naar Cass. 21 november 1927, *Pas.* 1928, I, 18; *Rev.dr.pén.* 1928, 38.

4.1.2 .Het oogmerk van de vereniging (de sociale activiteiten)

BOOSDOENERS- Het is het oogmerk van de vereniging dat van haar een bende maakt, niet de hoedanigheid van haar leden. De vlag “*association de malfaiteurs*” (vereniging van boosdoeners) dekt dan ook de lading bende niet. Het hoeft immers niet te gaan om “malfaiteurs”, dat wil zeggen mensen die al kwaad gedaan hebben, een gerechtelijk verleden hebben. Integendeel, het gaat om mensen die kwaad beogen in de toekomst. Om een controverse die op dat moment nog bestaat te beëindigen, heeft de Belgische wetgever het opzettelijk over “*toute association formée dans le but...*” en niet, zoals de Code Napoléon, over “*toute association de malfaiteurs formée dans le but...*”⁵⁵². De boosdoeners, zijn dus “booswillers”, “kandidaat- of aspirant-boosdoeners”. Het eerste klinkt echt belachelijk en zou bovendien ten onrechte in de richting van een intentiemisdrijf wijzen. “Kandidaat-boosdoeners” is ongeschikt omdat het de onterechte indruk kan wekken personen die wél al een gerechtelijk verleden hebben, de echte boosdoeners dus, uit te sluiten en dat is nu ook weer niet de bedoeling. Dat de regering en wetgever bij de invoering van het Sw. de oude benaming “association de malfaiteurs” blijft gebruiken, verklaart men “*par un motif de concision*”, omwille van de beknoptheid.⁵⁵³

BEOOGDE MISDRIJVEN- Een vereniging is slechts strafbaar wanneer zij gevormd is met als doel “*een aanslag tegen personen of eigendommen te plegen*”. Uit art.323 Sw. blijkt dat die aanslagen hetzij als misdaad, hetzij als wanbedrijf moeten zijn omschreven. De wetgever had geenszins de bedoeling enkel te verwijzen naar de misdrijven die in Boek II Sw. onder de titels “*misdrijven tegen de personen*”, respectievelijk “*misdrijven tegen de eigendommen*” vermeld staan. Het rapport bij de behandeling van deze artikelen in de Kamer wees erop dat “*il n’est pas douteux qu’une association de faux monnayeurs tombe sous l’application des dispositions qui nous occupent*”⁵⁵⁴. Zo mogelijk nog duidelijker was de rapporteur in de Senaat: “*Les expressions: attenter aux personnes ou aux propriétés, comprennent tous les crimes et délits prévus par le code pénal*”

MOTIEF- De oorsprong van de strafbaarstelling van bendevoorming lag bij voetbranders en struikrovers. Hoofdstuk 1 van Deel I heeft duidelijk gemaakt dat het

⁵⁵² *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, Tome 10ième, V° Association de malfaiteurs, 523-524, n°7.

⁵⁵³ *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, Tome 10ième, V° Association de malfaiteurs, 524, n°7.

hun winstbejag soms vergezeld of vermengd was met politieke motieven. Voor art.322 Sw. doet het er niet toe. Hoewel roof en plundering meestal het oogmerk van deze verenigingen zullen vormen, kunnen zij ook andere bronnen hebben dan het winstbejag (*cupidité*). De memorie van toelichting laat niet de minste twijfel: ook wanneer de acties van de groep door politieke of religieuze motieven ingegeven zijn, vallen zij onder 322 Sw. “*La loi pénale serait applicable aux associations qui, sous l’empire d’un sentiment de haine ou de vengeance, ou sous l’influence de passions politiques ou religieuses, se formeraient dans le but de répandre l’alarme dans une contrée par des incendies, etc., ou de commettre des attentats contre les membres d’un parti adverse.*”⁵⁵⁵

BESTENDIGHEID- “*Om een aanslag tegen personen of eigendommen te plegen*” is misschien ook niet de beste vertaling van “*dans le but d’attenter contre...*”. Waarom niet? Het Franstalig origineel drukt beter uit wat de wetgever bedoelt: een vereniging om misdrijven (aanslagen) te plegen (cfr. in het Italiaans: *associazione per delinquere*). Het kan een klein verschil lijken, maar “aanslagen” is iets anders dan “een aanslag”. Onder de Nederlandse versie van de tekst valt ook een vereniging met het oog op het plegen van één enkele aanslag. De wetgever van 1867 wou dat helemaal niet. Ofwel kwam die aanslag er en dan moesten alle betrokkenen aangepakt worden met de regels van de deelneming. Wanneer er echter geen aanslag kwam, was niemand strafbaar tenzij het ging om een geval van strafbare samenspanning. De wetgever wilde van 322 e.v. Sw. geen veralgemening van de strafbaarheid van de samenspanning maken. Haus en Nypels zijn in hun memorie van toelichting ondubbelzinnig: “*La loi n’incrimine pas les réunions des personnes qui se concertent pour l’exécution d’un crime isolé; elle a en vue les associations organisées dans le but de commettre une série de crimes ou de délits, d’attenter aux personnes ou aux propriétés toutes les fois que l’occasion s’en présentera*”⁵⁵⁶ Het ging dus om verenigingen met een zekere bestendigheid, of beter: die een zekere bestendigheid beogen. Natuurlijk kan het dat een vereniging opgericht was voor het plegen van meerdere misdrijven, maar al bij (of zelfs voor) de eerste grote kraak de leden werden gevat. Om van een bende te spreken, was dus een zekere graad van

⁵⁵⁴ *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1883, Tome 10ième, V° Asociatio n de malfaiteurs, 524, N°9.

⁵⁵⁵ Exposé des motifs par M.HAUS, NYPELS, *Législ.crim.*, t.II, p.767.; zo ook RIGAUX, M. en TROUSSE, P., *op.cit.*, deel 2, 16.

⁵⁵⁶ Exposé des motifs par M.HAUS, NYPELS, *Législ.crim.*, t.II, p.768.

permantie nodig⁵⁵⁷, daar lag het verschil tussen bendeleden en deelnemers aan één misdrijf of samenspanners tot één misdrijf.

CASSATIE- Een arrest van het Hof van Cassatie uit 1963, waarbij het weigerde een Brussels arrest te verbreken, heeft bij velen⁵⁵⁸ de indruk gewekt dat het Hof het toepassingsgebied ervan heeft uitgebreid tot associaties met het oog op het plegen van één enkele aanslag⁵⁵⁹. Nochtans zei het Hof dat niet met zoveel woorden. De verzoeker in cassatie beweerde dat de vereniging tussen hem en de medebeklaagden slechts vluchtig was geweest en dat *“il n’est pas établi que les actes extérieurs accomplis par l’association en question avaient pour objet deux crimes ou deux délits au moins”*. Het Hof van Cassatie antwoordde zeer bondig. Na vlug de algemene vereisten te overlopen, stelde het vast dat *“l’arrêt attaqué constate, sans être critiqué de ce chef, qu’il y a eu concert entre le demandeur et ses coïnculpés pour attenter aux personnes ou aux propriétés et que l’association ainsi formée était organisée en vue du but qu’elle poursuivait.”* Die motivering volstond volgens Cassatie voor de beslissing. In de praktijk zal het onderscheid soms moeilijk te maken vallen, maar men kan in het bondige arrest een bevestiging lezen van de klassieke leer. *“Pour attenter”* betekent dan *“pour commettre des attentats”* en dus niet *“pour commettre un attentat”*. Het Hof van Beroep had dat, als feitenrechter, soeverein vastgesteld. Dat het geen bijzondere motivering gaf, waarin het specificerde welke uitwendige gedragingen wezen op twee of meer aanslagen, kon geen kwaad. Cassatie vond een algemene, onbepaalde motivering voldoende. Het is daarom maar de vraag of het gepubliceerde Cassatie-arrest van 1963 toelaat toe te besluiten dat het Hof deed wat de wetgever wil vermijden: van bendevoorming een veralgemeende samenspanning maken. Nochtans lijkt een meerderheid in rechtspraak en rechtsleer een andere mening toegedaan: voor hen valt ook een organisatie met het oog op één aanslag onder 322 e.v. Sw.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ CONSTANT, J., *Manual de droit pénal*, 1949, II, 1, 352; BERKVENS, J., *Criminele organisaties, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1991, 5; DE SWAEF, M., “Bendevoorming”, in: *Comm.Strafr.*, 4.

⁵⁵⁸ Een *mea culpa* is gepast na: VERBRUGGEN, F., “The General Part of Criminal Law and Organised Crime: Potential and Limitations”, in FIJNAUT, C.; VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F., *op.cit.*, 62. Als verzachtende omstandigheid kan wel gewezen worden op het goede gezelschap van DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 99. Die citeren daarvoor hetzelfde Cassatie-arrest en MARCHAL, A. en JASPAR, J., *Traité de droit criminel*, III, Brussel, 1982, n°3066.

⁵⁵⁹ Cass. 21 oktober 1963, *Pas.*1964, I, 183 (Terzijev en co.).

⁵⁶⁰ BERKVENS, J., *op.cit.*, 5: *“De bedoeling van de wetgever is zonder twijfel geweest bendevoorming slechts strafbaar te stellen voor zover de bende het plegen van diverse aanslagen op personen op het oog had met derhalve een zekere bestendigheid tot gevolg. De rechtspraak heeft deze stelling lange tijd aangehouden met het motief dat juist deze*

4.1.3. Organisatie

BEGRIJ- Door het begrip “vereniging” te gebruiken, heeft de wetgever de drempel ietwat verhoogd. Terwijl *overleg (concert)* volstaat voor strafbare samenspanning, is nu iets meer nodig: de bende moet een zekere “organisatie” (*organisation*, in de Nederlandse tekst vertaald als *inrichting*) vertonen. Wat dat nu eigenlijk betekent, is niet duidelijk. De rechtsleer en de rechtspraak hebben de “*capaciteit van de groep om de beoogde aanslag(en) uit te voeren*” uitgeroepen tot het beslissend criterium. Het Hof van Cassatie heeft het, de verslaggever bij de behandeling van het Strafwetboek in de Kamer van 1867 citerend, over een “*groupement organisé dont les membres , rattachés entre eux par des liens non équivoques, forment un corps capable de fonctionner au moment propice*”⁵⁶¹. De rechtspraak heeft de oorspronkelijke eis van een hiërarchische structuur echter laten vallen⁵⁶².

BEWIJS- De wetgever heeft de “*karacteristieke omstandigheden van de organisatie van een bende of vereniging van boosdoeners niet aangegeven*” omdat die “*essentiëlement variables*” zijn⁵⁶³. Kenmerken zoals hiërarchie, specialisatie, taakverdeling, regelmatige en planmatige contacten tussen leden, het verdelen van de winst of investeringen vormen elk afzonderlijk mogelijke aanwijzingen voor het bestaan van een organisatie. Geen ervan is echter noodzakelijk of op zich voldoende. De feitenrechter kan de bedoeling van de groep om “*aanslagen te plegen op (schade toe te brengen aan) personen of eigendommen*” afleiden uit verschillende elementen. Dat gaat van het bezit van instrumenten die gebruikt kunnen worden om te beschadigen over de uitdrukkelijke bedreiging met schade aan personen of eigendommen tot het opeisen van verantwoordelijkheid voor een dergelijke schade⁵⁶⁴. De wetgever specificeerde niet hoeveel leden er nodig zijn om

bestendigheid het slepend maatschappelijk gevaar inhield (Brussel 3 september 1947, Pas. 1948, II, 73). Bij arrest van 21 oktober 1963 (...) heeft het Hof van Cassatie echter de toepassingsmogelijkheden van art.322 e.v. verruimd door aan te nemen dat de incriminatie van bendevorming kon worden aanvaard, ook al was zij kortstondig (éphémère) van aard en slechts opgericht met het doel slechts één enkel misdrijf te plegen. Sedertdien werd aan deze jurisprudentie niet meer getornd.” Deze uitspraak is niet langer geldig: infra Hoofdstuk 5.

⁵⁶¹ Cass.21 oktober 1963, Pas.1964, I, 183. Vgl. *Pandectes belges*, Brussel, Larquier, 1883, 523.

⁵⁶² Brussel 20 mei 1977, Pas.1978, II, 88; 2 november 1987, J.T. 1988, 29; Corr.Luik, 16 november 1981, Rev.dr.pén.1982, 585.

⁵⁶³ *Pandectes belges*, Brussel, Larquier, 1883, 523.

⁵⁶⁴ Corr.Brussel 3 oktober 1995, J.Proc. 1995, n° 290, 26; Luik 9 april 1992, Jur.Liège 1993, 8.

een bende te vormen en sommige rechtscolleges hebben drie leden als voldoende beschouwd⁵⁶⁵.

4.2.Het personeel

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Wanneer het bestaan van een bende in de zin van art.322 Sw. vaststaat, is de deelneming daaraan strafbaar. Al wie lid is, dat wil zeggen medeoprichter of iemand die zich aansluit bij een bestaande bende, stelt een strafbare handeling. Betrokkenheid bij een “door de bende gepleegde misdrijven” is daarvoor niet nodig. De wetgever geeft geen verdere details over wat als lidmaatschap beschouwd moet worden, dat laat hij over aan de feitenrechter. Eigenlijk bestaat er dus nauwelijks een objectief misdrijfbestanddeel van dit misdrijf. Bendes kunnen erg verschillen in samenstelling, structuur en activiteiten. Het is daarom geen sinecure uit te maken wie nu eigenlijk tot de bende behoort. Rond de harde kern zwermt een heleboel gelegenheidshelpers en sympatisanten. Bendes die zich uit de bestaande wereld terugtrekken, zich ervan afzonderen in een clandestiene subcultuur, zoals motorbendes zijn natuurlijk gemakkelijk te identificeren. Deel I leerde echter dat vele bendes zich vermengen met de bevolking, dat het vaak gaat om mensen die een “dubbel leven” leiden waarbij het niet zo eenvoudig valt uit te maken welke activiteiten nu het belangrijkste zijn. Zij hebben binnen en buiten de bende talloze sociale relaties, waarbij het niet altijd duidelijk is hoeveel zij met die bende te maken hebben. Het enige aanknopingspunt dat de rechter heeft, is het onderscheid dat de wetgever maakt tussen “*les provocateurs, les chefs de la bande et ceux qui ont exercé un commandement quelconque*” (art.323 Sw.) enerzijds, en de “*simple participants*” (art.324 Sw). De laatsten krijgen van de wetgever (art.324 Sw.) dezelfde bestraffing als de verleners van een aantal diensten, die blijkbaar niet tot de bende behoren (*infra*). Het gaat om de personen die zelf geen enkel initiatief hebben genomen en geen enkele bijzondere rol of functie hebben uitgeoefend. Zij die zich hebben laten meeslepen, de “meelopers”. Vrouwen en kinderen die slechts hun echtgenoten en vaders volgen, vallen daar niet onder⁵⁶⁶. De rechtspraak heeft gezegd dat niet alleen het *oprichten* van of *aansluiten* bij een bende strafbaar is, maar ook het in stand houden van of behoren tot de bende⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Brussel 3 september 1947, *Pas.* 1948, II, 73.

⁵⁶⁶ NYPELS, J., *Législation criminelle*, t.II, 785, n^o4; RIGAUX, M. en TROUSSE, P., *op.cit.*, deuxième partie, 17, voetnoot 1.

⁵⁶⁷ Cass. 30 januari 1991(Bajrami, Neisen) , *Arr.Cass.* 1990-91 , 582; *Pas.* 1991, 518; *J.T.* 1991 , 644.

Het gaat in die gevallen om een voortdurend misdrijf. Het valt niet altijd mee om vast te stellen wanneer iemand géén lid meer is, of wanneer de bende ontbonden is⁵⁶⁸.

SCHULDVORM- Het vereiste subjectief misdrijfbestanddeel voor lidmaatschap is "wetens en willens"⁵⁶⁹. Dat betekent kennis van het bestaan van een organisatie en de misdrijven die de vereniging beoogt en de wil daaraan bij te dragen. Het gaat om de wil om met een eigen positieve gedraging het "bendebelang" waar te maken. Dat kan mogelijks, maar zeker niet noodzakelijk, door deelneming aan één van de misdrijven die de bende effectief pleegt. Alleszins is het onmogelijk onopzettelijk lid te zijn van een bende. Het ontbreken van de kennis van het bestaan van een organisatie en van de criminele objectieven van die groep vormt dus geen verschoningsgrond (zoals dwaling), maar de afwezigheid het nodige subjectief misdrijfbestanddeel, het niet voldoen aan de vereiste schuldvorm.

STRAFMAAT- De straftoemeting bij bendevorming is afhankelijk van de misdrijven die de bende beoogde. Ze vertoont een opmerkelijke gelijkenis met die bij deelneming (als de bende werkelijk het beoogde misdrijf heeft gepleegd) of poging (wanneer de leden ingerekend worden nog voor zij met de uitvoering van het beoogde misdrijf begonnen zijn). Hoe zwaarder het beoogde misdrijf, hoe zwaarder de mogelijke straf. Dat maakt dat veel aandacht moet gaan naar de misdrijven die de bende beoogt, wat niet altijd zal meevallen wanneer die misdrijven nog niet effectief gepleegd zijn. De inrichters en de leidinggevende figuren riskeren ook een zwaardere straf dan de gewone leden (art.323 en 324 Sw.). Rechtsgeleerden zijn het niet eens of dit nu een zelfstandig misdrijf dan wel een verzwarende omstandigheid van bendevorming is. Praktisch maakt dat eigenlijk enkel verschil bij de vragen die aan de assisenjury gesteld moeten worden.

4.3.De partners

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL - Art. 324 Sw. zegt dat "*zij die aan de bende of aan haar afdelingen wapens, munitie, werktuigen tot het plegen van misdaden, een onderdak, een schuilplaats of een vergaderplaats verschaffen*", *dezelfde straffen [riskeren] als leden*". Anders dan bij het verbergingsmisdrijf van art.68 Sw. is geen gewoonte vereist. Wij herkennen hier de in Deel I al beschreven wettelijke

⁵⁶⁸ Cfr. voor een illustratie: het arrest in de vorige voetnoot

bekommernis inzake louche herbergiers en steun van bepaalde groepen van de bevolking aan bendes.

SCHULDVORM- De daders moeten de hulp wel "wetens en willens" verstrekken. Dat betekent enerzijds dat zij weten dat het om een bende gaat en ook weten dat zij bijvoorbeeld wapens verstrekken. Men kan iemand immers een wandelstok of speelgoedpistool geven, zonder eraan te denken dat zij vervolgens als wapen zouden dienen. Daarnaast moeten zij ook de wil hebben om aan de bende de hulp te verstrekken. Wanneer de bende in iemands eigendom is ingebroken om te schuilen of te vergaderen is er, zelfs bij grove onvoorzichtigheid, geen misdrijf. Hetzelfde geldt voor wie door grove onvoorzichtigheid een voertuig laat stelen, dat dan gebruikt wordt bij een aanslag.

STRAFMAAT- De buitenstaanders kunnen dezelfde straffen krijgen als de leden, waardoor de soms moeilijk te bepalen grens tussen hen en de leden natuurlijk fel aan belang inboet.

4.4.De schietstoel: een verschoningsgrond voor wie tijdig uitstapt

VERKLIKKER VRIJUIT- Art.326 Sw. bevat een bijzondere beslissende verschoningsgrond voor het lid of de helper die de vereniging aangeeft bij de overheid, wanneer hij dat doet vooraleer enige poging om een aanslag te plegen bestaat. Wie die overheid precies is, doet er niet echt toe. In Deel IV komt deze verschoningsgrond die, nadat het misdrijf voltooid is, toch nog straffeloosheid oplevert, terug.

4.5.Samenvatting

COLLECTIEF, ZONDER SCHADE EN VOORTDUREND- In het misdrijf bendevorming komen preventieve en collectieve uitzonderingen samen. Het collectief en zijn organisatie (die voor bestendigheid zorgt) vormen de rechtvaardiging voor preventief strafrechtelijk ingrijpen. De reden is dat een organisatie een eigen logica in gang zet. Die vergroot de kans op misdrijven, verkleint de pakkans en doet daarenboven de mogelijkheid van individuele terugred

⁵⁶⁹ Art.324 Sw., *cfr.* ook Cass. 4 december 1984, Arr. Cass 1984-85, nr.210; Corr.Brussel 3 oktober 1995, *Journ.Proc.* 1995, n°290, 26; Brussel 2 november 1988, *J.T.* 29.

teniet. Het loutere bestaan van de bende vormt daarom al een bedreiging van de maatschappelijke orde. De wet beschouwt de gevormde bende als een fictieve persoon, een (*straf*)*rechtspersoon* die bestaat en een eigen leven leidt, los van de samenstellende leden. Anders dan bij deelneming moeten de beoogde misdrijven *niet feitelijk gepleegd* of gepoogd worden, anders dan bij poging is *geen begin van uitvoering* nodig. De strafbaarheid geldt enkel voor bendes die (ernstige) *aanslagen tegen personen of eigendommen* beogen. Dat moet nochtans zeer ruim geïnterpreteerd worden: ook valsmunterij bijvoorbeeld valt eronder, zodat er eigenlijk weinig verschil met deelneming overblijft. Het vormt dan wel weer een verschil met de gewone samenspanning die wegens haar uitzonderlijkheid beperkt is tot wie rechtstreeks de veiligheid van de staat bedreigt. Een ander verschil met die samenspanning is de vereiste van een *organisatie*, dat wil zeggen dat de groep hecht genoeg is om te functioneren als een “*korps*”. Hoe groot die groep moet zijn, zegt de wet niet en sommige rechters hebben drie personen als voldoende beschouwd. De wetgever omschrijft de strafbare *materiële gedraging* niet precies. Loutere leden en helpers van de bende, dat wil zeggen die niet deelnemen aan de misdrijven van de bende zijn al strafbaar. Bewust lidmaatschap volstaat als *moreel bestanddeel*. Dat betekent kennis van het bestaan van de bende en de wil bij te dragen tot haar succes. Daarvoor is enige betrokkenheid bij de door de bende beoogde misdrijven niet nodig. Het gaat om een *voortdurend* misdrijf, een strafbaar gedrag dat pas eindigt bij ondubbelzinnige breuk met de bende of de ontbinding van die bende. Voor bendes die ernstige misdrijven beogen en voor de kopstukken zijn er zwaardere straffen. Wanneer een lid van de bende ook dader of medeplichtige is aan een of meer van de door de bende gepleegde “aanslagen”, spelen de gewone regels van samenloop van verschillende misdrijven. Wanneer hij vervolgd wordt in een andere strafprocedure en het kan bewezen worden dat zijn lidmaatschap meer inhield dan zijn bijdrage aan de aanslag, zal geen “*ne bis in idem*”-regel de tweede vervolging beletten⁵⁷⁰.

§ 5. Besluit

BEGINSELEN- Historisch gezien kende het strafrecht talloze vormen van collectieve aansprakelijkheid en collectieve vergelding. Geleidelijk werkte er zich een overheid op die deze praktijken stopte en haar eigen strafrecht oplegde. Een eeuwenlange moeizame evolutie mondde uit in een systeem van individuele bestraffing wegens

⁵⁷⁰ DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, op.cit. , 58

individuele aansprakelijkheid voor individuele fouten. Het proces culmineerde in de achttiende en negentiende eeuw in zgn. “Verlichte” codificaties die nu “klassiek” heten. Deze wetboeken moesten orde scheppen in de voorheen bestaande juridische chaos. Dat gebeurde op basis van een reeks grote beginselen die de wetgever in positief recht moest vertalen. Behalve duidelijkheid moesten zij ook rechtsbescherming bieden tegen de onrechtvaardigheden die het “oude strafrecht” hadden geplaagd. Deze beginselen weerspiegelden zich in de misdrijfschrijvingen en de bijhorende dogmatische regels van het klassiek strafrecht. In beginsel stelde de wetgever alleen de aan een specifiek individu verwijtbare opzettelijke beschadigingsactie van een concreet rechtsgoed strafbaar (§1).

OOG VOOR COLLECTIVITEIT- Toch werd de principiële soep veel minder heet gegeten dan ze opgediend werd. Enerzijds is gebleken dat de klassieke wetgever ook oog had voor de bijzondere dimensie die de betrokkenheid van meerdere personen aan een misdrijf geeft (§2). Soms maakte hij er een verzwarende omstandigheid van. Soms schiep hij misdrijven die enkel door samenwerkende personen kunnen worden gepleegd. Veruit het belangrijkste was echter de rechtsfiguur deelneming. Die maakte het mogelijk een hele reeks mensen die niet letterlijk onder de misdrijfschrijving vallen, er toch voor te straffen. Hun strafbaarheid was wel afhankelijk van die van het hoofdfeit, maar die afhankelijkheid was en is behoorlijk relatief. Zo moet het hoofdfeit niet effectief bestraft worden. Aan het “gezamenlijk project” kent het strafrecht een zekere zelfstandigheid toe. De morele betrokkenheid van individuen moet slechts bestaan ten aanzien van dat collectief project. De uitzonderlijkheid van de uitbreiding van strafbaarheid tot de deelnemers wordt wel keer op keer benadrukt.

OOG VOOR GEVAAR- Anderzijds mag de schade aan rechtsgoederen wel de regel zijn, ook daarop bestaan uitzonderingen (§3). De breedste is de rechtsfiguur van de poging. Op grond daarvan blijven kandidaat-daders uitzonderlijk toch strafbaar wanneer ze er buiten hun wil om niet in geslaagd zijn het misdrijf te voltooien, indien ze met de uitvoering ervan begonnen waren. Daar bovenop komt de nog grotere uitzondering van strafbare samenspanning. Het loutere overleg met het oog op het plegen van zeer ernstige misdrijven is daardoor al strafbaar. De strafbaarheid schuift dus enorm ver naar voor, ver weg van de effectieve concrete schade. De gedachtengang van de wetgever is dat de afspraak tussen de samenspanners de terugtred onmogelijk zou maken. Tenslotte heeft de wetgever een aantal afspraken

op zichzelf strafbaar gesteld, zelfs al slaat de afspraak niet op het plegen van een misdrijf. Opnieuw ruimt de concrete schadevereiste de baan voor een abstract gevaar.

OOG VOOR BEIDEN- Beide uitzonderingen op de principiële regels vloeien samen in misdrijven bij bendevoering (§4), waar de “betrokkenheid bij gevaarlijke collectieven” preventief kan worden bestraft. Het recht maakt van de bende een soort (straf)rechtspersoon, die zelf misdrijven “beoogt” of “pleegt”. Individuen zijn strafbaar wegens hun betrokkenheid bij de (straf)rechtspersoon, indien zij zich erbij aansluiten of hem diensten verstrekken. De precieze strafbare gedraging is niet omschreven.

BESLUIT- De traditionele nadruk op de beginselen van klassiek strafrecht mag dus niet verhullen dat de klassieke wetgever, als hem dat uitkomt, zijn dogmatisch zuivere wijn overvloedig aanleent.

HOOFDSTUK 2. CRISIS: beweerde tekortkomingen bij aanpak georganiseerde criminaliteit

*“Principes zijn een corset
dat mettertijd steeds nauwer wordt.”*

(V. de Kowa)

CRISIS- Velen geloven dat het klassieke strafrecht een te strenge interpretatie geeft van de beginselen van behoorlijke rechtsbedeling. Zij herleiden die tot één van hun functies, namelijk die van rechtsbescherming voor verdachten tegen het overheidsoptreden. Het klassieke recht zou té liberaal zijn voor de burger, té strikt voor de overheid. Door “nieuwe uitdagingen” zoals georganiseerde criminaliteit komt dit systeem onder druk, voldoet het niet meer. Deze crisis moet dan uitmonden in aanpassingen van het recht, waarbij die beginselen een “soepelere” interpretatie krijgen. Dit zwart-wit beeld verhult een meer ingewikkelde werkelijkheid. In Hoofdstuk 1 bleek al dat de klassieke regels in het geheel niet allemaal zo liberaal of streng dogmatisch zijn.

Sinds de klassieke tijd zijn echter wel het gewicht en de plaats van beginselen in het recht veranderd. Hun concrete uitwerking in een evoluerend strafrecht en hun toepassing in de dagdagelijkse praktijk blijken de klassieke dogma's behoorlijk

afgesleten te hebben. Eerder dan dat liberale regels botsen met de bestrijding van nieuwe criminaliteit, zien we allerlei krachten die in uiteenlopende richtingen klassieke “evenwichten” – voor zover die ooit echt hebben bestaan – hebben verstoord. Ze dwingen een wankelende wetgever voortdurend naar een nieuw evenwicht te zoeken. Een vluchtige blik op enkele van die krachten leidt naar de discussie over de wet betreffende criminele organisaties, als ideale graadmeter voor de moeilijkheden op het vlak van de strafbaarstellingen (§1). Die wet kwam er op grond van een beweerd falen tegen georganiseerde criminaliteit van de klassieke rechtsfiguren voor de aanpak van collectieve criminaliteit (§2) en zelfs van de uitzonderlijke aanvulling erop, de misdrijven van bendevoering (§3). Tenslotte vereist georganiseerde criminaliteit ook een andere aanpak van de rechtshandhaving. De bestaande misdrijfomschrijvingen en de klassieke rechtsfiguren golden ook daar als hindernissen bij het afwenden van deze “grote bedreiging” (§4).

§1. Inleiding: nieuwe wetgeving in een spanningsveld

1.1. Klassieke beginselen worden harde grondrechten

BEGINSELEN- De klassieke beginselen waarop ons strafrecht gegrondvest is, behouden hun geldigheid. Nog steeds geldt het Belgisch strafrecht op het Belgisch grondgebied en slechts bij uitzondering daarbuiten. Nog altijd moet het legaliteitsbeginsel de rechtsonderhorigen houvast bieden in hun dagdagelijkse doen en laten en hen beschermen tegen overheidswillekeur. Nog altijd geldt het beginsel dat elk persoon afzonderlijk voor zijn eigen, persoonlijk verwijtbaar gedrag een persoonlijke straf moet krijgen. Nog altijd moeten zowel straf als strafprocedurele middelen in verhouding staan tot de ernst van het misdrijf en de schuld van de dader of verdachte. Nog altijd is de toepassing van de harde hand van het strafrecht een laatste toevlucht, een optie waarvan de overheid slechts gebruik mag maken indien er geen minder ingrijpende alternatieven bestaan.

VAN VERKLARINGEN - In vergelijking met de kindertijd van ons Strafwetboek zijn de beginselen zelfs opgewaardeerd. Toen waren zij natuurrechtelijke waarheden achter het recht, geen regels van positief recht⁵⁷¹. In het beste geval waren zij

⁵⁷¹ De Franse Verklaring over de Rechten van de Mens en de Burger van 1789 en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 waren “verklaringen” over “rechten”, doch waren zelf geen bron van positief recht.

vastgelegd in de nationale Grondwet⁵⁷². De nationale wetgever had een monopolie op de vertaling ervan in harde rechtsregels. Niemand kon immers zijn keuzes in twijfel trekken in naam van de als te vaag beschouwde algemene beginselen. De scheiding der machten belette dat rechters de wetten zou toetsen op hun grondwettelijkheid. Hoofdstuk 1 leerde dat de wetgever behoorlijk soepel omsprong met de beginselen.

NAAR VERDRAGEN- Beetje bij beetje is de ongenaakbaarheid van de nationale wetgever echter afgebrokkeld. Eerst goten internationale mensenrechtenverdragen allerlei beginselen in internationale rechtsregels. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten zijn de belangrijkste teksten. Zo treffen we bijvoorbeeld aspecten van het legaliteitsbeginsel aan in art.7 E.V.R.M. en 15 I.V.B.P.R. De Raad van Europa en de V.N. patroneerden deze instrumenten en voorzagen hen van internationale afdwingingsmechanismen. Een andere, niet te onderschatten bron van nieuwe grondrechten, aanvankelijk vooral in de sociaal-economische sfeer, is het EG-recht. De verdragen en het ervan afgeleid en door de Europese instellingen geschapen recht dwingen de nationale wetgevers tot het respecteren van vrijheden (vrij verkeer van goederen, personen, kapitaal, diensten en vestiging) en verbieden hem bepaalde vormen van discriminatie (op grond van nationaliteit of geslacht bijvoorbeeld). Aanvankelijk gaat het om bepalingen van klassiek internationaal publiekrecht, dat wil zeggen juridisch bindende onderlinge afspraken tussen soevereine staten. Voor een individu leverde dat slechts de rechtsbescherming op die de nationale wetgever hem wilde toekennen bij de omzetting van verdragsrechtelijke verplichtingen in nationale wetten.

GRONDRECHTEN- De suprematie van sommige internationaalrechtelijke bronnen van recht over Belgische wordt echter gewaarborgd door mogelijk verhaal bij internationale fora. Voor de EU gaat het om het Hof van Justitie en later het Gerecht van Eerste Aanleg. Na herhaaldelijke versoepeling van de procedure voor de gewone rechtsonderhorigen kunnen zij ook bij het Hof voor de Rechten van de Mens terecht. De grote doorbraak is er gekomen met de rechtspraak die individuen toestaat uit sommige internationaalrechtelijke bepalingen rechtstreeks rechten te putten, waaraan de nationale rechter voorrang moet geven boven eventueel strijdige

⁵⁷² Dat is b.v. het geval voor het gelijkheidsbeginsel (art.10 en 11 [gecoördineerde] G.W.) of voor het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (art.12, al.2 en 14 [gecoördineerde] G.W.).

nationale wetten⁵⁷³. Die uitspraak was het doodsvonniss voor de suprematie en absolute soevereiniteit van de nationale wetgever⁵⁷⁴. Het geknaag van bovenuit, vooral door het Hof van Justitie, liep overigens parallel met een intern proces van contestatie van de nationale almacht en pleidooien voor regionalisering van wetgevende bevoegdheden. De uiteindelijke keuze van de Grondwetgever voor “verdeelde” soevereiniteit tussen deelstaten en federatie is onverzoenbaar met het vroegere dogma van absolute macht voor de nationale wetgever. Ook daar krijgt een rechtscollège (het Arbitragehof) de mogelijkheid om formele wetten te toetsen aan de bevoegdheidsregels in de Grondwet en bijzondere wetten. Het mag ook nagaan of het gelijkheidsbeginsel niet geschonden is. De wetgeving moet vandaag dus niet zomaar blind toegepast, maar ook getoetst worden aan “hogere” regels⁵⁷⁵.

BESLUIT- Via hun internationaalrechtelijke en grondwettelijke inkapseling hebben de klassieke beginselen in het Belgisch recht dus een soort heropleving gekend. Bepaalde aspecten ervan zijn door de rechtsonderhorige in rechte afdwingbaar en aan de eigen overheid, met inbegrip van de wetgever, tegenstelbaar geworden.

1.2.Erosie van de beginselen

PARADOX- De rechtsonderhorige kan zich dus meer op de klassieke beginselen beroepen voor rechtsbescherming. Vreemd genoeg verdwijnt tegelijkertijd in de dagdagelijkse werkelijkheid de beginselvastheid van de normgever beetje bij beetje. Hoofdstuk 1 toonde aan dat ter bescherming van “de staat” of “de openbare orde” de Belgische strafwetgever de klassieke beginselen uitermate soepel interpreteerde. Zowel het individualisme in de toerekening als het vereisen van werkelijke schade aan een concreet rechtsgoed moesten dan wijken voor “hogere” belangen. Vandaag echter lijkt niemand zich nog te herinneren dat rechtsfiguren als deelneming en poging golden als uitzonderlijke uitbreiding van strafbaarheid, beperkt tot de

⁵⁷³ Twee doorbraak-arresten waren HvJ Zaak 26/62, Van Gend en Loos t. Administratie der belastingen, E.C.R. 1963, 12-13 en HvJ Zaak 6/64, Costa t. Enel, E.C.R. 1964, 594. Het beroemde internrechtelijk beginsel arrest was Cass. 27 mei 1971, Arr.Cass. 1971, 959.

⁵⁷⁴ Iets wat voor het E.V.R.M. zoals geïnterpreteerd door het Hof in Straatsburg trouwens bij vele waarnemers in het verkeerde keelgat schoot. De Peuter heeft het wrang over “*het institutionaliseren van een vroeger zo gevreesde en bestreden “gouvernement des juges” door het stellen van de beslissingen van het Hof van Straatsburg boven de Belgische wet terwijl het samenvloeien van de Angelsaxische (sic) en Europees-continentale opvattingen aldaar nog niet tot een voldoende inzicht in de diverse situaties schijnt te hebben geleid.*” (DE PEUTER, J., “Het leed als hoofdcomponent van de straf”, in: L.A.Jules D’Haenens, op.cit., 70.)

⁵⁷⁵ Het is opmerkelijk hoe vlug in België de overgang van taboe naar vanzelfsprekendheid is verlopen. Landen met een andere geschiedenis, zoals het Verenigd Koninkrijk, hebben daarom veel meer moeite met een dergelijke omwenteling.

zwaarste misdrijven. Van zuinig te gebruiken uitzondering op de klassieke beginselen zijn ze integendeel voorbeelden van “gewoon” strafrecht geworden. Ook op andere punten belet de verklaarde trouw aan die klassieke beginselen de normgevers niet een overvloed aan afwijkende regels te produceren die de klassieke regels langzamerhand wegslijten. Deze erosie van de klassieke dogma's heeft vele oorzaken, de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit is niet de enige en waarschijnlijk ook niet de belangrijkste.

TERUGVAL NATIONALE WETGEVER- Het klassiek systeem berustte op territorialiteit en monisme. De evolutie van de maatschappij, de toegenomen mobiliteit en communicatie vooral, heeft de kracht van louter territoriaal strafrecht serieus aangevreten. Staten interpreteren daarom hun eigen grondgebied altijd ruimer of steunen hun strafrechtelijke aanspraken op andere gronden. Het verband tussen mensen of gebeurtenissen op het grondgebied van verschillende staten zorgt ervoor dat de gelijktijdige aanspraken van verschillende rechtsstelsels meer en meer botsen. Dergelijke knopen moeten op internationaal niveau worden doorgehakt⁵⁷⁶. Voor het in België geldend recht houdt het Hof van Cassatie vast aan het monisme, dat wil zeggen dat er één en slechts één rechtsstelsel geldig is in het land. Doch de nationale wetgever staat niet langer aan de top daarvan. Internationale en supranationale instellingen vechten nu om de “suprematie”. Hun tussenkomst in het strafrecht is niet alleen negatief, dat wil zeggen door de Belgische wetgever te verbieden bepaalde grondrechten te schenden. Zij zorgen ook voor zogenaamde “positieve doorwerking” van internationale regels, dat wil zeggen het stimuleren van nieuwe initiatieven. De gedragsnormen zelf (wat kan en wat moet) vinden dus meer en meer hun oorsprong op het internationaal vlak: in V.N.-verdragen, in verdragen⁵⁷⁷, in Kaderbesluiten, in Richtlijnen of in Verordeningen van de E.U. Ook de gemeenschappen en gewesten hebben zich opgewerkt tot bron van gedragsnormen, zelfs misdrijfomschrijvingen. Net zoals vóór de grote codificaties produceren talloze rechtsstelsels, met gelijkwaardige of concurrerende bronnen, dus normen waaraan de individuele rechtsonderhorigen en zelfs de staten geacht worden zich te houden. Over wat het “legaliteitsbeginsel” dekt, bestaan in een dergelijk context veel meer vragen dan ten tijde van de codificaties.

⁵⁷⁶ VANDER BEKEN, T., *Forumkeuze in het internationaal strafrecht, verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten*, Antwerpen, Maklu, 1999, 486 p.

⁵⁷⁷ Vaak Overeenkomst geheten: art. 34,2 (d), EUV (ex K-3).

VAGE NORMEN- Het wegvallen van de nationale wetgever aan de top van een duidelijke hiërarchie van normen is echter niet de enige reden om dat legaliteitsbeginsel opnieuw te bekijken. Daarnaast komt ook het precisiegebod voor normgevers in het strafrecht onder toenemende druk. Internationaalrechtelijke teksten zijn vaak het resultaat van moeilijke politieke onderhandelingen tussen staten met verschillende talen, belangen en rechtsculturen. Daarom zijn zij meestal vaag en dubbelzinnig. Het is één van de oorzaken voor de toenemende moeite die de wetgever heeft om de strafbare gedraging nauwkeurig te omschrijven, zoals vereist door het klassieke legaliteitsbeginsel⁵⁷⁸. Doch er zijn er ook andere. Zo zal de wetgever vaak als rechtvaardiging inroepen dat hij moet ingrijpen in een altijd ingewikkeldere en sneller veranderende maatschappelijke werkelijkheid. Dat is vooral zo in het administratief en het economisch recht, waar sinds de Tweede Wereldoorlog het aantal door de overheid opgelegde regels exponentieel toegenomen is. Het heeft geleid tot een bijna routinematig gebruik van vage, (van)allesomvattende misdrijfomschrijvingen of van zgn. blanco-strafwetten^{579 580}. Dat zijn lege strafbepalingen die een straf koppelen aan een inbreuk op een in een andere wet vervatte regel.

EVENREDIGHEID- De inflatie van straf- en andere wetgeving heeft ook het evenredigheidsbeginsel aangevreten. Bij het omschrijven van strafbaar gedrag slaat die evenredigheid op de verhouding tussen het beschermde rechtsgoed enerzijds en de abstracte schade en schuld anderzijds. Opzettelijke doodslag is, abstract bekeken, erger dan poging tot opzettelijke doodslag, vandaar de grotere strafbedreiging. Onopzettelijke doodslag is, abstract bekeken, minder erg dan opzettelijke, vandaar de lichtere straf die de wetgever er aan koppelt. Deze opdracht van de wetgever was nooit gemakkelijk. Dat blijkt uit de onenigheid die heerst tussen mensen, groepen of landen over de gepaste zwaarte van straffen voor een bepaald type van misdrijven. Naast sociale, religieuze of politieke motieven beïnvloeden ook de onderliggende visie op de doelstellingen van het strafrecht en de functie van de straf deze discussie (*infra*, Deel V). In vergelijking met de “klassieke”

⁵⁷⁸ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 169 illustreert met een voorbeeld uit de Prijzenwet van 1971. DE NAUW, A., “Het materieel strafrecht in enkele recente wetten”, in: *Liber Amicorum Jules D’Haenens*, *op.cit.*, 54 en 62 over de onduidelijke omschrijving van misdrijven inzake economische mededinging en consumentenkrediet respectievelijk.

⁵⁷⁹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 169; vgl. FAURE, M., “Delictsomschrijvingen en mechanismen in het milieustrafrecht: een introductie”, in: ELIAERTS, E. en SENDEN, R.(eds.), *De vervuiler aan banden gelegd ?*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 21-22.

⁵⁸⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 98.

tijd is het “wegen” van rechtsgoederen om twee redenen nog wat moeilijker geworden. Enerzijds zijn de “nieuwe of opkomende rechtsgoederen” moeilijk meetbaar, begrootbaar met de maatstaven die traditioneel werden gehanteerd. Wereldwijd zoeken mensen naar criteria om rechtsgoederen als persoonlijke levenssfeer, gezond leefmilieu, eerlijke mededinging, volksgezondheid of doorzichtigheid van de democratische instellingen te meten. Met allerlei strafwetten wordt getracht deze en “nog abstractere” rechtsgoederen te beschermen. Anderzijds heeft de ontgoocheling over of de beperkte beschikbaarheid van de traditionele straffen geleid tot een altijd ruimere waaier van alternatieve straffen en maatregelen. Ook dat maakt vergelijkingen in de praktijk altijd hachelijker.

SUBSIDIARITEIT- De overvloed aan strafwetgeving geeft ook aan dat de wetgever zich niet al te druk maakt over subsidiariteit. Strafwetten zijn al lang niet meer een laatste toevlucht, maar één van de vele instrumenten van een beleid. Een strafbeleid moet maar prioriteiten uitstippelen en beslissen welke strafwetten inderdaad afgedwongen moeten worden en welke investering de overheid daarvoor over heeft.

BESLUIT- Formele trouw aan de klassieke beginselen neemt niet weg dat zij in de dagdagelijkse werkelijkheid aan erosie lijden. Wat oorspronkelijk als uitzondering op de klassieke regel gold, wordt nu als klassiek beschouwd. Territorialiteit en monisme met suprematie van de wetgever, twee pijlers onder het klassieke legaliteitsbeginsel, begeven langzaam maar zeker. Opnieuw ontstaat een ingewikkelde situatie met concurrerende rechtsstelsels zonder duidelijke hiërarchie. Daarenboven reageren normgevers op een ingewikkelde werkelijkheid met ingewikkelde of bewust vage normen. Een van de slachtoffers is het zienderogen afkalvende klassieke precisiegebod. De strafwetgever(s) moet(en) op de schending van steeds abstractere rechtsgoederen reageren met een steeds gevariëerder arsenaal van straffen en maatregelen. Zij krijgen het steeds moeilijker om een evenredige verhouding tussen beiden te vinden. Niettemin blijven ze kwistig gebruik maken van strafwetten. Het subsidiariteitsbeginsel kan dat niet beletten.

1.3. Veranderende functie misdrijfschrijving: opmars gevaarzettingsmisdrijven

1.3.1. Ingewikkelde en vage misdrijven

INGEWIKKELD- Het klassieke strafrecht vormde een bewuste vereenvoudiging van de werkelijkheid. Die erfenis is, vooral sinds de Tweede Wereldoorlog, volledig

verloren gegaan. De vermenigvuldiging van bronnen en de gewijzigde verhouding tussen de wet en de rechter kwamen al aan bod. Het aantal (straf)wetten nam explosief toe, zonder dan iemand in staat was te waken over de coördinatie tussen de onderscheiden stukjes “piecemeal engineering”. De toename komt vooral op rekening van het bijzonder strafrecht, waar de strafwetgever vandaag de dag de neiging heeft om op ingewikkelde situaties met ingewikkelde wetten te reageren. Vage of zeer ingewikkelde misdrijfomschrijvingen zijn het resultaat. Het gespecialiseerd karakter van de wetgeving heeft ook getornd aan het uniek strafrechtssubject. Er komt sectorieel strafrecht voor jongeren, voor bankiers, voor politici, voor diplomaten, voor landbouwers, voor rechtspersonen en voor maffiosi. Steeds vaker valt men terug op specifieke criteria die op maat van de spelers in de specifieke sector gesneden zijn.

1.3.2. Waarschuwingsfunctie ruimt plaats voor instrumentaliteit

INSTRUMENT- Bijzondere strafwetten dienen vooral als rugdekking voor het normerend optreden in andere rechtstakken, zoals het handels-, sociaal, medisch of administratief recht. Ze zijn slechts een middel, een instrument om het achterliggend beleid waar te maken. Welke gedraging strafbaar wordt, is een enigszins willekeurige keuze. Het belangrijkste is dat de normgever inderdaad een keuze maakt, die iedereen dan respecteert. Er is niets goed of kwaad aan links of rechts van de weg rijden. Toch moet de strafwet helpen verzekeren dat iedereen aan de afgesproken kant rijdt om het achterliggende doel van vlot en veilig verkeer te bereiken. Daarin lag klassiek het verschil met het “kernstrafrecht” met zijn “natuurrechtelijke misdrijven”: gedragingen die altijd en door iedereen als “fout”, als “crimineel” ervaren worden. De verschillen tussen kern- en bijzonder strafrecht zijn in de loop der jaren echter totaal vervaagd en het “natuurrechtelijk” of vanzelfsprekend karakter van vele “kernmisdrijven” is al lang ontmaskerd als een sofisme.

VAN HET BEDRIJF- Meer en meer bekijkt men de werking van de overheid aan de hand van het beeld van een dienstverlenend bedrijf. Dat moet op zijn bedrijfsresultaten en efficiëntie beoordeeld worden. Openbare veiligheid, “beschaafde en gecollectiviseerde” wraakneming, handhaving van de marktspelregels en geschillenbeslechting zijn de diensten van het rechtshandavingsbedrijf. De rechtsonderhorige wordt een “consument”, een “klant”. Het gevolg is dat de strafwet veel minder de vroegere status van “quasi-religieuze

gebod" heeft, van doel op zich. Integendeel, de strafwet wordt vooral bekeken vanuit haar nut als middel, als instrument van het beleid.

1.3.3. Strafbepaling als aanleiding en grond overheidsoptreden

FUNCTIE BEPAALT INHOUD- Voor de inhoud van strafbepaling heeft dat belangrijke gevolgen. De plicht om de burger vooraf te waarschuwen krijgt veel minder aandacht dan de bruikbaarheid voor de overheid achteraf. De wetgever beschouwt de misdrijfschrijving veel minder als een nauwkeurig vastleggen van een gedrag dat de burger moet vermijden. Zoals gezegd houdt hij het vaak bij een loutere verwijzing naar een regel uit een andere wet. Hij smeedt de strafbepaling vooral als een aanleiding en een grond voor onderzoek, bestraffing of andere tussenkomst door de overheid.

EVENREDIGHEID BUITEN OMSCHRIJVINGEN- Daar de overheid zoveel mogelijk opties wil openhouden, kiest ze dikwijls voor vage, open misdrijfschrijvingen. Om toch nog enige selectie van strafbaar gedrag mogelijk te maken, wint het motief dat speelde bij de persoon die de gedraging stelt, aan belang. Het kan bijvoorbeeld dat twee personen wetens en willens (zelfde schuldvorm) een ander persoon in strijd met de immigratiewetten het land insmokkelen (zelfde objectief misdrijfbestanddeel). Indien een van de twee dit doet uit amoureuze of humanitaire motieven en de andere door puur winstbejag wordt bewogen, zal de reactie van de overheid verschillend zijn. Voor het overige hangt het vooral af van allerlei beslissingscriteria die buiten de strafbepaling liggen, wie inderdaad voorwerp wordt van een repressieve "beleidskeuze" en wanneer (*infra*, Deel III). De klassieke beoordeling van de "legaliteit" van het overheidsoptreden (bestaat hiervoor een wettelijke basis?) maakt plaats voor de minder formele vereiste van "legitimiteit". De vraag is nu: kan binnen de ruime, wettelijke grenzen de overheid de bevoegdheden die ze formeel heeft in deze context op deze wijze uitoefenen?". Het antwoord ligt niet in wetteksten maar in algemene rechtsbeginselen, onder meer in een evenredigheidstoets, die echter verschuift van de strafbepaling naar het strafprocesrecht (*infra*). De abstracte zwaarte van de straf in de misdrijfschrijving is slechts één van de criteria en niet noodzakelijk het beslissende om uit te maken of het "wettig" optreden ook "rechtmatig" is.

1.3.4. Gevaarzettingsmisdrijf

KRENKINGSMISDRIJVEN- De misdrijfschrijvingen waarin de beginselen vorm moeten krijgen, weerspiegelen deze evolutie. De klassieke misdrijfschrijving

vereiste krenking –liefst opzettelijke- van een concreet rechtsgoed. De schade en de schuld aan de veroorzaking konden dan als maatstaf dienen voor een evenredige straf. Daarenboven viel bestraffing zonder schade moeilijk te verantwoorden wegens het subsidiariteitsbeginsel. Klassiek golden poging en nog meer de samenspanning of bendevoering als uitzonderlijk omdat ze een gedraging strafbaar stelden hoewel er (nog) geen krenking was. Ook de overtredingen en de zeldzame⁵⁸¹ bijzondere strafwetten vormden uitzonderingen. Daar ging het volgens velen immers niet om “echt” strafrecht.

PREVENTIEF STRAFRECHT- Vandaag is het bijzonder strafrecht echter al lang niet meer zo zeldzaam. Het gaat al lang niet meer op te zeggen dat het “echte” strafrecht in het Strafwetboek zit en “wezenlijk anders” is dan het strafrecht erbuiten⁵⁸². Of een strafbepaling al dan niet in het wetboek terecht komt, lijkt vooral van het toeval afhankelijk⁵⁸³. Het gevolg is wel dat het “onorthodoxe” bijzonder strafrecht het traditionele gaat “uithollen”. Waar klassiek de gevaarzettingsmisdrijven een uitzondering vormden op de regel die krenking vereiste, kent de hedendaagse wetgever steeds minder schroom terzake. Hij stelt met andere woorden steeds meer gedragingen al strafbaar als ze een risico op schending van concrete rechtsgoederen doen ontstaan of vergroten. Beter voorkomen(d straffen) dan genezen, luidt het argument. Want kleine fouten kunnen grote en dus moeilijk herstelbare schade opleveren. Het verband tussen oorzaak en schade valt ook vaak moeilijk te bewijzen.

MISDRIJF ZONDER SCHADE- Daarom schuift de wetgever de strafbaarheid vooruit van schadelijk naar gevaarlijk gedrag. Daaronder vallen meteen ook de meeste gedragingen die vroeger met rechtsfiguren zoals poging tot of deelneming aan een krenkingsmisdrijf of een consensueel misdrijf aangepakt werden. Nog voor er iemand met de uitvoering van het krenkingsmisdrijf begint, zal het gevaarzettingsmisdrijf al voltooid zijn.

⁵⁸¹ In 1867 ging het om 77 bijzondere wetten (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 51).

⁵⁸² GORLE, F., “Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk?”, *L.A.Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 458-459.

⁵⁸³ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 51 geeft voorbeelden van misdrijven die tegen alle verwachtingen in buiten het Strafwetboek bleven zoals mensenhandel, oorlogsmisdaden, subsidiefraude of vliegtuigkapingen.

1.3.5. Dogmatische vereenvoudiging of complicatie?

VEREENVOUDIGING- De dogmatisch-politieke disputen over oorzakelijkheid en moreel bestanddeel ten aanzien van gedraging, oorzakelijk verband en schade verdwijnen eveneens wanneer de schade (aan een rechtsgoed) en oorzakelijkheid uit de misdrijfomschrijving vallen. Of er schade is, of de veroorzaker die schade al dan niet wilde, of hij ze al dan niet moest voorzien: al deze “klassieke” dogmatische vragen worden overbodig voor de vaststelling van de strafbaarheid. De (bewuste of nalatige) miskenning van de norm die het gevaar moet bezweren, zoals de verkeersregel, volstaat.

ZORGPLICHT- “Maatschappelijke zorgplichten” hebben als zeer normatief gekleurd toerekeningscriterium de lichaamsbeweging, de schade en het oorzakelijk verband verdrongen. De vermeende objectiviteit van die criteria was in werkelijkheid immers doorprikt als een scherm waarachter onuitgesproken subjectieve criteria zich verscholen. Eén van de concrete illustraties van deze evolutie was de erkenning door de Belgische rechtsleer en rechtspraak dat strafbare deelneming door onthouding ook mogelijk is⁵⁸⁴.

COMPLICATIE- Uitmaken op wie welke zorgplicht rust en wanneer, blijkt in de praktijk echter niet altijd eenvoudig. Het was net iets gemakkelijker uit te maken wie het verbod te doden heeft geschonden⁵⁸⁵ dan wie tekort kwam aan zijn plicht om iemand niet te laten sterven⁵⁸⁶. Terwijl de groep van personen die actief de dood veroorzaakten meestal klein is (misdrijfomschrijving als wijsvinger), omvat die van personen die niet hebben getracht de dood te voorkomen per definitie zowat de hele mensheid. Daaruit moeten dan de personen gefilterd worden die een handelingsplicht hadden in de concrete situatie en die niet nakwamen (misdrijfomschrijving als vangnet). Wanneer niet de concrete schade, maar het scheppen van een abstract gevaar bestraft wordt, nemen de moeilijkheden bij het bepalen van de “nalatige zorgplichtigen” nog toe. Het risico op “willekeur” van de handhavers neemt evenredig toe.

⁵⁸⁴ Cass. 8 januari 1973, *Arr.Cass.* 1973, 470; SOENEN, J., "Deelneming door onthouding", *R.W.* 1992-93, 305, noot onder Gent 20 februari 1992; VAN OVERBEKE, S., "Deelneming door onthouding", in: *Comm.Sr.Sv.*, 29 p. en "Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding", *R.W.* 1992-93, 648-649, noot onder Corr. Brugge 28 augustus 1991.

⁵⁸⁵ Schending van een “negatieve zorgplicht”, de moderne vorm van een “verbodsnorm”.

⁵⁸⁶ Niet nakomen van een “positieve zorgplicht”, de moderne vorm van een “gebodsnorm”.

VOORTDUREND- Hoe abstracter het gevaar (bedreiging van de openbare orde, van de veiligheid van de staat, de economische veiligheid of de ruimtelijke ordening van het land), des te groter de kans dat het om een voortdurend misdrijf gaat. Tot het zich verwerkelijkt in schade “hangt” het gevaar meestal gedurende een tijdje “in de lucht”. Daarenboven zorgt de combinatie van vaag omschreven gedrag en subjectief gekleurde zorgplicht vaak voor twijfel over het precieze begin of einde van die “criminele toestand”. Het klassiek krenkingsmisdrijf kon als ankerpunt voor de deelneming, toepassing naar tijd of plaats dienen. De moderne misdrijfomschrijvingen zijn meer “wolken”: wie er midden in zit, weet het wel, maar de grenzen zijn moeilijk te bepalen en het geheel is te vluchtig om er iets anders aan vast te knopen.

BESLUIT- De klassieke vereiste van een schadelijke gedraging moet steeds vaker wijken voor een gevaarlijke gedraging als voldoende grond voor bestraffing. Oorspronkelijk lag de verantwoording in het “bijzondere” van het bijzonder strafrecht. Door de enorme toename van dat bijzonder strafrecht is het echter een veralgemeende praktijk geworden. Ook in het Strafwetboek zelf zijn gevaarzettingsmisdrijven al lang niet meer zo uitzonderlijk. Het heeft het voordeel dat een aantal klassieke dogmatische problemen omzeild worden, doch er duiken nieuwe problemen op.

1.4. Verwatering van het schuldstrafrecht

VERANDERING- De schade volstond in het klassiek strafrecht niet, ze moest ook te wijten zijn aan persoonlijke schuld, die “psychologisch” ingekleurd werd. Wat wist de dader, welke instelling had hij in zijn hoofd tegenover zijn gedraging en de gevolgen ervan? Het klassiek schuldbegrip was gebaseerd op wils- en keuzevrijheid en op de psychologische ontrading die moest uitgaan van strafwetten. De denkers achter het strafrecht meenden zo objectieve, niet door de moraal verkleurde, toerekeningscriteria uit te werken. Toch bleek de praktijk niet bereid het schuldbeginsel in al zijn consequenties door te drukken en houdt hij ook veel rekening met de schade⁵⁸⁷. In de loop van twee eeuwen strafrecht heeft dat schuldbegrip veel kritiek uitgelokt en verschillende generaties dogmatici en beleidsmakers hebben getracht alternatieven uit te werken. De hedendaagse

⁵⁸⁷ Niet-gewilde, maar voorzienbare gevolgen van dezelfde gedraging kunnen tot zwaardere straffen leiden. Op een buiten de wil van de dader mislukt misdrijf (poging) staat dan weer een lichtere straf dan op het voltooid misdrijf. Nochtans zijn de daders even “schuldig”.

wetgever lijkt steeds minder belang te hechten aan persoonlijke schuld. Vele factoren dragen daartoe bij. Ten eerste is er de twijfel aan de objectiviteit van de klassieke toerekening en de psychologische ontrading. De idee van het sociaal verweer, die “bestrafing van schuldigen” vervangt door “bescherming van de maatschappij tegen gevaarlijken”, heeft het denken beïnvloed en sporen nagelaten. Daarnaast is er de reusachtige toename van verkeers- en andere ongevallen. Verder neemt het belang van rechtspersonen in het dagelijks leven toe, net zoals de hoeveelheid verschillende personen betrokken in één (schadelijk of gevaarlijk) economisch proces. Ook de afstand tussen veroorzaker en schadelijder of de omvang van de schade die één fout kan veroorzaken, lijkt te groeien.

SCHULDLOZE AANSPRAKELIJKHEID- Om met dergelijke situaties om te gaan heeft de verzekering (al dan niet door de overheid verplicht) de afhankelijkheid van de schadevergoeding door de “schuldige” verminderd. In het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht zijn een aantal klassieke taboes gesneuveld. Zo zal bij schade de bewijslast niet noodzakelijk bij het slachtoffer liggen, maar voert de wetgever bijvoorbeeld een schuldvermoeden in, bijvoorbeeld tegen de producent van goederen. Sommige wetgevers gaan nog verder en voeren objectieve aansprakelijkheid in: schuld als moreel element is niet vereist, de loutere materiële inbreuk, de materiële veroorzaking volstaat.

INVLOED- Historisch gezien zijn burgerlijk aansprakelijkheidsrecht, en dan vooral dat inzake de onrechtmatige daad (quasi-delictuele aansprakelijkheid) en strafrecht een soort uit mekaar gegroeide tweeling. Vandaar dat het strafrecht, hoewel het zijn eigen identiteit benadrukt, niet volledig immuun is voor de invloed van ideeën die uit verwante sectoren komen overwaaien. Dat geldt des te meer voor strafrecht dat als sanctierecht gekoppeld is aan regels uit het sociaal of economisch recht. Nalatigheid als schuldvorm, historisch de uitzondering, groeit uit tot de standaard⁵⁸⁸. In navolging van vele andere landen heeft België de strafbaarheid van rechtspersonen ingevoerd⁵⁸⁹. Dit gebeurde, althans wat de behandeling in het parlement betreft, in zeven haasten en zonder een debat die naam waardig. Dat is des te opmerkelijker, omdat hierop al tweehonderd jaar een taboe rustte, onder meer omdat rechtspersonen als fictieve persoon geen strafrechtelijke “schuld” zouden kunnen hebben. Het Europees Hof voor Justitie weigert van het schuldbeginsel een

⁵⁸⁸ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 174.

⁵⁸⁹ Wet 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *B.S.* 22 juni 1999.

grondrecht te maken, waarvan het de naleving waarborgt. Het laat de lidstaten toe in bepaalde gevallen objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorzien⁵⁹⁰.

VERZET CASSATIE- Het Belgisch Hof van Cassatie daarentegen heeft, trouw aan de klassieke opvatting, uitgesloten dat er in België objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid zou bestaan. De bepalingen die op het tegendeel wijzen, en de uitleg van mensen als Haus, slaan niet op de afwezigheid van schuld, maar op een schuldvermoeden dat voortvloeit uit het bewijs van de materiële inbreuk. Eerder dan om objectieve aansprakelijkheid gaat het om een verschuiving (verdeling) van de bewijslast⁵⁹¹. Dit rechtsdogmatisch onderscheid zal in de praktijk nochtans weinig verschil maken, indien het tegenbewijs moeilijk te leveren valt.

GEVAARZETTING- Tenslotte krijgt schuld ook een heel andere betekenis bij gevaarzettingen. Het verdwijnen van schade en oorzakelijk verband uit misdrijfomschrijving verlicht onvermijdelijk ook de schuldvereiste. Een soort “maatschappelijk verwijt” wegens “gevaarlijk” gedrag neemt de plaats in van de klassieke individualistisch-psychologische schuldvereiste.

BESLUIT- De persoonlijke schuld van een menselijk individu, die zo belangrijk was voor de strafrechtelijke toerekening in de ogen van de vaders van het Strafwetboek, lijdt ook aan een devaluatie. Schuld wordt meer en meer losgekoppeld van schade. Daardoor wordt het begrip ook “abstracter”, minder op de concrete persoon in de concrete situatie toegespitst. Dikwijls zal nu nalatigheid volstaan waar vroeger opzet vereist was.

1.5. De “wet betreffende criminele organisaties” als illustratie van de spanning

SPANNING- Tot grondrechten opgewaardeerde en rechtstreeks afdwingbare beginselen met een wetgever die hun uitwerking op wezenlijke punten aanpast en zelfs aantast: het zorgt voor een onmiskenbare spanning. Hoofdstuk 1 leerde hoe de klassieke wetgever bendeforming als collectief gevaar preventief trachtte te bezweren. De moderne wetgever koos voor de wet van 10 januari 1999 betreffende de criminele organisaties⁵⁹², waarop de analyse in dit Deel II inzoemt.

⁵⁹⁰ H.v.J. 27 februari 1997 (Ebony Maritime SA en Loten Navigation tegen Prefetto della Provincia di Brindisi) C-177/95.

⁵⁹¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 260-261 heeft het over “schuld door wetsinbreuk”. Schuldvermoeden door wetsinbreuk lijkt ons een correctere benaming.

⁵⁹² B.S. 26 februari 1999.

NIEUW- De parlementaire voorbereiding van die wet heeft immers voor veel ophef gezorgd en de wet vormt het vlaggenschip van de verschuiving van de aanpak van individuen naar de aanpak van organisaties. De minister beweerde in de Senaat dat “*het wetsontwerp betreffende criminele organisaties de klassieke paden en concepten van ons strafrecht verlaat*”⁵⁹³. Hij “*verheelt niet dat het wetsontwerp tal van delicate vragen oproept*.”⁵⁹⁴ Het debat over de wet betreffende criminele organisaties kan meer algemene tendenzen in het strafrecht illustreren.

BESLUIT- De wet betreffende de criminele organisaties verdient nadere ontleding als symbool. Enerzijds symboliseert zij in hoofde van haar architecten de overgang van een op het individu toegespitst naar een op organisaties gericht strafrecht. Anderzijds vormt zij het vlaggenschip van de strijd tegen georganiseerde criminaliteit in het algemeen. Het gaat om wetgeving die de “klassieke paden en wegen” van het strafrecht zou verlaten, omdat die blijkbaar een effectieve aanpak van deze bedreiging voor de maatschappij in de weg staan.

§2. Beweerde tekortkomingen van klassieke wetten om de collectieve dimensie aan te pakken

2.1. Inleiding

IMPLICIET- De wet op criminele organisaties is er gekomen naast de bestaande wetgeving. Dat betekent dat die volgens de wetgever niet voldoet. Het is echter, na studie van de parlementaire voorbereiding, allesbehalve eenvoudig om uit te maken wat er precies aan schort. De wetgever maakt immers geen uitdrukkelijke analyse van de tekortkomingen. Hoofdstuk 1 leerde nochtans dat de klassieke wetgever op verschillende manieren de extra dimensie van het collectief handelen van mensen in teksten heeft vertaald. De betrokkenheid van meerdere personen vormt een verzwarende omstandigheid bij sommige misdrijven en een constitutief bestanddeel bij de noodzakelijke deelnemingsmisdrijven. Daarnaast is er de algemene rechtsfiguur van de deelneming. Deze drie “klassieke” benaderingen van het “collectief element” komen in omgekeerde volgorde aan bod, om na te gaan waar de beweerdelijke tekortkomingen zitten voor de aanpak van de collectieve dimensie van georganiseerde criminaliteit.

⁵⁹³ *Parl. St., Senaat, 1997-98, 1-662/4, 6 van 130.*

2.2. Tekortschieten deelneming

2.2.1. Kopstukken

ORGANISATOREN- De eerste reeks van personen waarop de nieuwe wetten gericht zijn, zijn de zogenaamde organisatoren⁵⁹⁵. Het gaat om het “brein” van de organisatie, dat achter de schermen de operaties dirigeert. Dergelijke mensen zullen echter de handen niet “vuil maken” aan de materiële handelingen van de misdrijfschrijving⁵⁹⁶, zodat zij noch materiële daders (66, lid 2 Sw.), noch noodzakelijke medehelpers (66, lid 3 Sw.) zullen zijn.

RECHTSTREEKS AANZETTEN- Normalerweise zouden zij veroordeeld moeten worden als morele daders door individuele aanzetting (66, lid 4 Sw.). Alleen zedelijke daders die *rechtstreeks aangezet* hebben tot het *concrete misdrijf* zijn strafbaar. In een organisatie kunnen er verschillende hiërarchische lagen zijn (of verschillende schakels in de criminele ketting) die voldoende ruimte openlaten voor autonome initiatieven en tactische keuzes van de lagere rangen (of verdere schakels). Vaak treden de topfiguren op als een soort *general manager*, zodat hun gedrag niet (voldoende) in verband staat met een specifieke misdaad of specifiek wanbedrijf. Zo zijn er mafiabazen die er gewoon op staan dat hun ondergeschikten maandelijks een vast bedrag binnenbrengen, zonder dat zij zich er al te veel mee bemoeien van waar dat geld komt: drughandel, diefstallen, smokkel, woeker of afpersing. Zelfs al gaat het enkel om afpersing, dan nog gaat het vaak om een soort “concessie” van een territorium, zonder dat zij weten van welke handelaar de lokale zetbaas geld afhandig maakt, waar, wanneer of hoe dat gebeurt. Daarom zal het vaak ook moeilijk te bewijzen zijn dat zij uiteindelijk de misdrijven van de lagere rangen “veroorzaakt” hebben en dat de aanzetting gericht was tot één of meer individuele personen.

⁵⁹⁴ *Parl.St., Senaat, 1997-98, 1-662/4, 6 van 130.*

⁵⁹⁵ “De minister repliceert dat met de huidige wetgeving de uitvoerders van georganiseerde criminaliteit, zoals de hormonenmaffia, kunnen worden aangepakt, maar niet de kopstukken. Het komt er dus op aan zich een beeld te vormen van de dikwijls complexe structuren en het opzet dat achter een reeks misdrijven schuilgaat zodat men het kwaad bij de wortel kan uitroeien” (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4*). Het jaarverslag Georganiseerde criminaliteit in België in 1997 stelt vast dat van de verdachten 1/3 in de categorie organisatoren en hun adjuncten valt (*X, Jaarverslag 1998, op.cit., 30*). Cfr. DE CLERCK, S., *Het bos en de bomen...*, *op.cit.*, 125-126.

⁵⁹⁶ Daarvoor doen zij een beroep op uitvoerders, tussenpersonen en koeriers (*ibidem*, 30.).

BEWIJS- Zelfs bij werkelijke concrete aanzetting zal het moeilijk, of soms zelfs onmogelijk zijn om ze te *bewijzen*. Georganiseerde criminaliteit zorgt ervoor dat zowel het zicht op de interne keuren door infiltranten als het recruterende of recuperende van leden die willen getuigen over de rol van anderen door de rechtshandhaving zeer moeilijk wordt.

AANZETTINGSWIJZEN- Tenslotte zal het, omwille van de informele en geheime werkwijze van georganiseerde criminaliteit, erg moeilijk zijn om te bewijzen dat de aanzetting gebeurde op een van de *wijzen* of met een van de *middelen* opgesomd in art.66, lid 4 Sw.. Die lijst van middelen weerspiegelt een perspectief waarin de materiële dader functioneert als een instrument, een marionet gehanteerd door de zedelijke dader⁵⁹⁷ en als dusdanig komt het niet overeen met de interactie in een criminele organisatie. Hoewel de lijst erg uitgebreid is (giften, beloften,...), miskent art.66 Sw., zo luidt het argument, dat de leiders vaak hun toevlucht niet hoeven te nemen tot dergelijke middelen, omdat de organisatie een soort gemeenschappelijk belang creëert. De relatie tussen “brein” en materiële dader is dan ook niet zozeer manipulatie van de – afhankelijke - tweede door de eerste, ze wordt symbiotisch, een partnership of een erg loyale relatie tussen werkgever en gemotiveerde werknemer. Daarenboven moet het Openbaar Ministerie, om te kunnen spreken van “aanzetting” en dus veroorzaking, aantonen dat die middelen (minstens impliciet) al voor of ten laatste tijdens het materieel misdrijf gebruikt zijn en er dus niet louter een beloning achteraf komt. Van collectieve aanzetting zal zelden sprake zijn wegens het ontbreken van zowel het publiek karakter als van een formeel geschrift⁵⁹⁸.

HELERS- Heling (505-506 Sw.) is een misdrijfschrijving waarop het Openbaar Ministerie zou kunnen terugvallen. Een analyse van een Brusselse inbrekerscoalitie door Dautricourt in de vroege jaren vijftig toonde al aan dat beroepsmatige helers een sleutelrol spelen in het hele gebeuren. Zij gebruiken eigenlijk de inbrekers meer dan omgekeerd. In verhouding trekken zij veel meer profijt uit de misdrijven dan de

⁵⁹⁷ De materiële dader kan, maar moet niet dwalen. Wanneer, en dat zal meestal het geval zijn, hij bewust en vrijwillig handelt, blijft ook hij strafbaar. Toch blijkt uit de lijst van middelen dat het om een soort “manipulatie” door de zedelijke dader moet gaan. Zoniet heeft de zedelijke dader het misdrijf niet veroorzaakt.

⁵⁹⁸ Nochtans kan in “probleemwijken” een openlijke straatrel uitgelokt worden om daders te laten ontkomen of om bewijzen te vernietigen. In het Baskenland heeft ETA b.v. een onmiskenbare invloed op het zogenaamde “straatgeweld”, door sommigen “terrorisme van lage intensiteit” genoemd. Het gaat om georchestreerd “hooliganisme”, vandalisme, brandstichting, het sturen van doodsbedreigingen naar politici, rechters, politiemensen, banken, openbaar vervoer, e.a.

materiële uitvoerders en lopen zij minder risico⁵⁹⁹. Beroepscriminelen gaan immers niet pas na hun misdrijf op zoek naar helers. Vaak bestaat er al een voorafgaande afspraak, zij het mogelijk een onbepaalde (dat wil zeggen die niet op een concreet voorwerp(type) of misdrijf slaat), dat zij met goederen bij de heler terecht kunnen. Voor smokkelwaar geldt hetzelfde: op het moment van het transport heeft men al een toezegging van iemand anders dat hij de waar zal “plaatsen”: een “afnemer”. Formeel zijn zij misschien geen opdrachtgevers die anderen naar misdrijven “duwen”. In de praktijk zorgen zij echter voor een vergelijkbaar “aanzuigeffect” op de “klassieke materiële” criminaliteit⁶⁰⁰. Hun strategische positie maakt hen dan ook het doelwit van de rechtshandhaving, die de schakel materiële dader-heler zien als een moment van kwetsbaarheid van de materiële daders. Vandaar de in Deel I vermelde strenge wetten die in de zeventiende en achttiende eeuw al specifiek op helers waren gericht⁶⁰¹. Vandaar ook dat de *Code Napoléon* helers strafte als medeplichtigen aan het misdrijf⁶⁰². Het Belgisch Strafwetboek verzelfstandigde heling tot een apart misdrijf in art. 505 en 506 Sw. (*infra*, Deel V, Hoofdstuk 1). Maar blijkbaar vielen bepaalde laakbare gedragingen nog buiten de misdrijfschrijving, of, belangrijker, kon de heler niet gevat worden wegens gebrek aan bewijs⁶⁰³. Daarnaast bekloegen sommigen zich erover dat de straffen voor heling te licht zijn (vooral de geldboete)⁶⁰⁴ en dat de wet onvoldoende onderscheid maakte tussen de occasionele heler, de beroepsmatige heler en de heler van de “omzet” van een bende⁶⁰⁵.

INVESTEERDERS- Een bijzondere categorie van helers zijn de personen die investeren in criminele ondernemingen. Het gaat om mensen met geld, vaak zwart geld. Dat geven zij aan een criminele ondernemer die hen een bepaalde (hoge) opbrengst belooft. De investeerders bemoeien zich verder niet met de onderneming die opbrengst moet genereren, zij stellen geen vragen. Het kan bijvoorbeeld gaan

⁵⁹⁹ DAUTRICOURT, J., “La participation dans la formation et l'activité de bandes criminelles, étude d'un cas”, *Rev.dr.pén.* 1954-55, 355-356.

⁶⁰⁰ Vgl. de kip-of-het-ei discussie over het bestrijden van aanbod, dan wel vraag naar (verboden) roesmiddelen.

⁶⁰¹ *Supra*, Deel I, Hoofdstuk 1, 1.1.

⁶⁰² *Supra*, Hoofdstuk 1.

⁶⁰³ Voor een voorbeeld: MBO, “Helers Anthony-Iosgeld gaan vrijuit”, *De Standaard* 20 november 1999: “De beschuldigen gaven grif toe dat ze onderling zakken vreemd geld doorgaven. Maar ze beschouwden het als “zwart geld uit het paardencircuit”. (...) ...oordeelde de rechter dat niet bewezen is dat de beschuldigen vooraf of tenminste op het ogenblik dat zij de zakken met miljoenen ontvingen, wisten dat het geld voortkwam van een wanbedrijf of een misdaad.” Cfr. verder Deel V.

⁶⁰⁴ DAUTRICOURT, J., *op.cit.*, 356.

⁶⁰⁵ BEKAERT in E.L., *op.cit.*, 539.

om een drughandelaar die een scheepslading Europa tracht binnen te krijgen. Die treedt eigenlijk op een vergelijkbare wijze op als de organisatoren van de Oost-Indiëvaart in de zeventiende eeuwse specerijenhandel, de kindertijd van het modern kapitalisme. Een ondernemer tracht zo veel mogelijk welstellende burgers te overhalen om als investeerders geld in een schip, een bemanning, reis en aankoop van de “goederen” te steken. Zo kunnen ze het risico spreiden. Het risico op verlies van schip en/of lading onderweg is immers groot, in de zeventiende eeuw vooral door stormen, ziektes, mouterijen en kapers, nu door inbeslagneming door de overheid, vernietiging om aan de overheid te ontkomen of onbetrouwbaarheid van criminele partners. De winst wanneer een transport behouden aankomt, is echter ook enorm. Met het transport, de exacte goederen, de keuze van het schip of de kapitein of de te volgen route bemoeien de investeerders zich niet of nauwelijks. Alleen hun dividend interesseert hen echt⁶⁰⁶. Wanneer zij de opbrengst van hun investering in een “criminele onderneming” incasseren, maken zij zich dus schuldig aan een materiële helingsgedraging. Doch zij zullen opwerpen dat zij niet weten dat het geld bijvoorbeeld uit een drugtransport afkomstig is en dus aan het moreel misdrijfbestanddeel niet voldaan is.

2.2.2. Contacten bovenwereld

CONTACTEN BOVENWERELD- Deze helers zijn zowat de veerlui tussen de onderwereld van de criminelen en de bovenwereld van de legale eigendom en handel. Dergelijke “contacten in de legale wereld” vormen een ander doelwit van de rechtshandhaving. Het gaat om personen met een legale activiteit die criminelen nuttige diensten bewijzen zonder echt deel te nemen aan de misdrijven die leden van criminele groepen plegen⁶⁰⁷. De winstgevende symbiose tussen legitieme economische operatoren en georganiseerde criminaliteit, die de rekening doorspeelt naar derden (schuldeisers te goeder trouw en – heel vaak - belastingbetalers) vormt natuurlijk een van de grootste bekommernissen van de overheid. Zij vreest dat die de legale economie helemaal zou kunnen ontwrichten. De “legitieme” operatoren zullen ervoor zorgen dat zij niet te dicht bij de eigenlijke strafbare activiteiten komen en kunnen zodoende bestraffing als deelnemers vermijden, omdat bij hen vaak het

⁶⁰⁶ In België catalogeren onderzoekers 1,7 % van de verdachten in zaken van georganiseerde criminaliteit als “geldschieters” (X, *Jaarverslag* 98, *op.cit.*, 30.). Het is wel niet duidelijk wie zij bedoelen met de andere categorie “financier”, die samen met de boekhouder behandeld wordt. Vanzelfsprekend zal men hen tegenkomen in kapitaalintensieve criminele ondernemingen, zoals groothandel in drugs of wapens. Oplichters, afpersers of dieven zullen meestal veel minder afhankelijk zijn van een groot beginkapitaal.

vereiste subjectieve misdrijfbestanddeel zal ontbreken, meer bepaald het nodige opzet. Dat is het geval bij een algemene aannemer wiens onderaannemer met illegale arbeidskrachten of in flagrante schending van de fiscale en sociale wetgeving werkt. Meestal doet die onderaannemer op zijn beurt een beroep op onderaannemers. De vraag is dan hoeveel de bouwheer of de hoofdaannemer kunnen, mogen of moeten weten over de mensen en ondernemingen met wie zij contracten sluiten. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor een Belgisch B.T.W.-plichtige die volledig conform de wet in België betaalde B.T.W. recupereert wanneer hij goederen verkoopt aan een buitenlandse partner. Het is dan de buitenlandse handelspartner die daar B.T.W. moet betalen. Als die dat niet doet en na een kort bestaan met een reusachtige schuldenberg op de fles gaat, rijst de vraag naar de schuld van de Belgische handelspartner. Men kan ook denken aan bedrijven die hun afval laten verwerken door een ander bedrijf dat de milieuwetgeving aan zijn laars lapt, aan financiële instellingen die transacties uitvoeren voor rekening van criminelen van allerlei slag, transportfirma's die niet controleren of de vervoerde goederen geen smokkelwaar zijn enz. De regering heeft het naar eigen zeggen gemunt op "*personen (...) die geen deel uitmaken van de criminele organisatie, maar wel hand- en spandiensten eraan verlenen of participeren aan de voorbereiding of uitvoering van geoorloofde activiteiten van de organisatie*"⁶⁰⁸. Om het parlement te overtuigen gebruikt de Minister van Justitie graag het voorbeeld van "*de boekhouder die, zonder enige vorm van fraude, de boekhouding verzorgt van een restaurant waarvan hij weet dat het als dekmantel dient voor een netwerk voor mensenhandel*"⁶⁰⁹. De oorspronkelijke memorie van toelichting heeft het ook over "*de advocaat of het adviesbureau die advies verlenen over het opzetten van fictieve vennootschapsrechtelijke constructies*"⁶¹⁰.

2.2.3. Logistieke bijstand

LOGISTIEKE ONDERSTEUNING- Met deze laatste categorie komen wij bij een andere groep van mensen die volgens sommigen ten onrechte aan de strafwet zou ontsnappen. Vele vormen van logistieke hulp aan de materiële daders zijn als deelneming strafbaar (*supra*, Hoofdstuk 1). De klassieke wetgever wilde echter dat

⁶⁰⁷ DE CLERCK, S., *Het bos en de bomen...*, *op.cit.*, 126.

⁶⁰⁸ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer* 1996- 97, 954/1, 7.

⁶⁰⁹ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer*, 1996- 97, 954/1, 7 opnieuw: *Parl.St., Senaat* 1997-98, 1-662/4, 4 van 130.

personen die geen bijdrage leveren aan de specifieke misdrijven, maar aan de organisatie als dusdanig, buiten de toepassings sfeer van art. 66 en 67 Sw. houden. (*supra*, Hoofdstuk 1, 2.4.4.) Alleen als zij er een gewoonte van maken onderdak, schuilplaatsen of vergaderruimte te verstrekken aan personen of groepen waarvan zij weten dat het zware criminelen zijn, zullen zij op grond van art.68 Sw. strafbaar zijn. Sommige rechtsgeleerden beschouwen art.68 Sw. trouwens niet als een vorm van deelneming aan het hoofdfeit, maar als een zelfstandig misdrijf dat eigenlijk in Boek II thuishoort. Dat het bij medeplichtigheid staat, komt omdat de wetgever er de regels van straftoemeting bij medeplichtigheid op wil toepassen⁶¹¹. Nochtans hebben wij gezien dat art.324 Sw. een bijzondere bepaling bevat voor logistieke hulp aan bendes of hun afdeling, waarvan gewoonte geen bestanddeel is. Daarom komen we in de volgende paragraaf op deze probleemcategorie terug.

2.2.4. Onzelfstandigheid deelneming als hinderpaal

PROBLEEM- Wanneer organisatoren, contacten in de bovenwereld of logistieke helpers een handje toesteken vóór of tijdens het effectief plegen van het misdrijf, is het al geen sinecure om hen daarop te pakken. Wie hen echter wegens hun rol ná het plegen van het feit wil aanpakken, staat voor een dogmatische muur. Wanneer de gedraging niet op zichzelf strafbaar is (bijvoorbeeld heling, valsheid in geschriften,...), is de strafbaarheid immers afhankelijk van een strafbaar hoofdfeit. En volgens het Belgisch strafrecht kan deelneming slechts strafbaar zijn wanneer het gaat om een bijdrage tot (dus mede veroorzaken van) het hoofdfeit. Latere gedragingen zijn onafhankelijk, staan los van het hoofdfeit dat zonder die gedragingen ook al bestaat. Wanneer het helemaal niet strafbaar hoofdfeit komt, is er evenmin strafbare deelneming. Niet iedereen vindt die ijzeren wet een goede zaak.

DEELNEMING NA DE FEITEN- Zoals we in het vorige Hoofdstuk hebben aangegeven, kan in ons klassiek strafrecht geen sprake zijn deelneming achteraf: na het plegen van het hoofdfeit. Terwijl de *Code Napoléon* heling als een vorm van medeplichtigheid behandelde, heeft onze strafwetgever het verzelfstandigd. De

⁶¹⁰ Op aandringen van een senator moet de Minister terugkomen op dat voorbeeld: de nieuwe strafwet slaat op “de juridische adviseur”, maar “uiteraard niet voor verdediging in rechte”, *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 40 van 130.*

⁶¹¹ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 334.

enige uitzonderingen zijn het wegdragen van de buit na diefstal⁶¹² en – volgens sommige auteurs - hulp achteraf ter uitvoering van een voorafgaande toezegging. Die voorafgaande toestemming vormt immers de deelnemingsgedraging die het plegen van het hoofdfeit heeft vergemakkelijkt. Het effectieve nakomen van de belofte na het hoofdfeit, is dan niet de beslissende deelnemingsgedraging, maar kan er wel bewijs voor leveren⁶¹³. Nu de organisatie ook in de fase ná het misdrijf zo belangrijk is, betreuren sommigen dat andere gedragingen in deze fase naar Belgisch recht buiten de deelneming vallen. Het eerste geval is dat van de persoon die onderdak of schuilplaats verschaft aan de daders van een misdrijf, wanneer dat niet gebeurt op grond van een concrete afspraak inzake dat misdrijf, maar op basis van een onbepaalde beschikbaarheid “ten allen tijde”, zonder dat er vragen gesteld worden aan de “gasten”. Het is allesbehalve duidelijk of zij als deelnemers kunnen beschouwd worden. Dat kan enkel wanneer men aanvaardt dat het deelnemingsopzet ook de modaliteit van het eventueel opzet kan aannemen. Er zijn nog andere gedragingen die in de kaart van de daders kunnen spelen, maar die zeker geen deelneming aan het misdrijf opleveren. Het gaat om gedragingen die in sommige landen strafbaar gesteld zijn als “belemmering van de rechtsgang”. Iemand kan bijvoorbeeld bewust achtervolgende of onderzoekende politie op een dwaalspoor zetten, om zo de daders te helpen ontkomen. Dat kan zowel door de achtervolgers letterlijk de verkeerde richting in te sturen als door het – buiten de eed⁶¹⁴ - valselijk verschaffen van een alibi aan een van de daders. Verder kan men denken aan het vernietigen van mogelijk bewijsmateriaal, aan een burgerlijke partijstelling om zo zicht te krijgen op de strategie of voortgang van het onderzoek in een fase waarin nog niemand in verdenking is gesteld⁶¹⁵ of in het algemeen overbrengen van informatie tussen gevangenen leden en de rest van de groep.

POGING TOT DEELNEMING- Wanneer een persoon die voor de groep het materieel misdrijf moet plegen, op eigen initiatief besluit af te zien van het misdrijf,

⁶¹² Eigenlijk is dat ook een vorm van heling, maar door toepassing van medeplichtigheid zal vooral bij diefstal met verzwarende omstandigheden een zwaardere straf kunnen. Aan de zin daarvan kunnen we twijfelen, nu 506 Sw. zelf een zwaardere straf voorziet wanneer het gehele voortkomt uit zwaardere misdrijven.

⁶¹³ Cass. 18 januari 2000 (Brokken), Arr. Cass. 2000, 41; www.cass.be: rolnummer P991541N.

⁶¹⁴ En zelfs onder ede, als men het later rechtzet (*infra*, Deel IV).

⁶¹⁵ Cfr. het in 1998 ingevoerde misdrijf 460ter Sw.: "*Elk gebruik door de inverdenkinggestelde of door de burgerlijke partij van door de inzage in het dossier verkregen inlichtingen, dat tot doel en tot gevolg heeft het verloop van het gerechtelijk onderzoek te hinderen, inbreuk te maken op het privéleven, de fysieke of morele integriteit of de goederen van een in het*

bestaat er bij gebrek aan hoofdfeit geen strafbare deelneming. Er bestaat immers geen strafbare poging wanneer, vooraleer alle constitutieve bestanddelen van het beoogde misdrijf aanwezig zijn, iemand vrijwillig terugtreedt en afziet van het misdrijf. Gecombineerd met het onzelfstandig karakter van de deelneming, betekent dit dat de morele aanstoker bij gebreke aan hoofdfeit niet als deelnemer strafbaar zal zijn⁶¹⁶, zelfs al heeft hij op geen enkele manier bijdragen tot en geen enkele verdienste in het afbreken van het crimineel project. Sommige Franse auteurs betreuren dat⁶¹⁷. De aanstoker heeft immers geenszins een einde gemaakt aan zijn crimineel opzet, maar pleegt een “poging tot zedelijke deelneming”⁶¹⁸. Bij criminele organisaties lijkt dat vooral een probleem bij de tipgevers, die op regelmatige tijdstippen inlichtingen doorspelen. Wanneer de daders van de eigenlijke kraak of aanslag daarvan effectief gebruik maken, is de tipgever hetzij mededader (noodzakelijke medehelper, 66, lid 3 Sw.⁶¹⁹), hetzij morele medeplichtige (67, lid 2 Sw.⁶²⁰). Wanneer de daders echter uit de verschillende doelwitten waarover zij inlichtingen hebben gekregen, voor een ander kiezen, kan de tipgever slechts een straffeloze poging tot deelneming aangewreven worden⁶²¹. Ook wanneer de rechtshandhaving erin slaagt een crimineel project al in een vroeg stadium te dwarsbomen, zal het vereiste hoofdfeit ontbreken. Wanneer de door sommigen met uitvoering belaste persoon bijvoorbeeld een informant of infiltrant van de overheid is, zouden de overige betrokkenen – bijvoorbeeld de zedelijke daders- niet mogen profiteren van het feit dat hij niet tot de verwerkelijking van het strafbaar hoofdfeit komt.

dossier vermelde persoon, wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar of met een geldboete van zesentwintig frank tot vijfhonderd frank.

⁶¹⁶ Dit staat echter strafbaarheid wegens samenspanning of bendevoering niet in de weg (*infra*).

⁶¹⁷ PAGEAUD, P., *Juris classeur pénal, V° Complicité*, n°45; CHAVANNE, *Dalloz criminel, V° Complicité*, nos.38-39.

⁶¹⁸ Zoals wij aangestipt hebben (*supra*, 2.4.2.), kan de gevolgloze aanzetting zelf een misdrijf zijn.

⁶¹⁹ *Supra*, Hoofdstuk 1, 2.4.3.1.

⁶²⁰ *Supra*, Hoofdstuk 1, 2.4.3.2.

⁶²¹ “*M.le juge VERSELE expose un cas concret qui permettra de fixer les idées. Voici une bande de jeunes gens décidée à “faire un coup”. Elle s’adresse à deux employés de la régie du gaz, chargés de relever les compteurs dans des quartiers différents, et leur demande de lui renseigner les maisons où l’on pourrait facilement cambrioler; ceci, bien entendu, moyennant participation dans les bénéfices. Chacun des employés pressentis accepte et fournit les renseignements demandés. Cependant, en fait, la bande ne vole que dans les maisons renseignées par l’un de ses indicateurs. L’autre ne peut alors pas être, dans l’état actuel de notre législation, considéré comme participant. Il a cependant témoigné de sa criminalité en donnant des renseignements, sachant à quoi devaient servir et quels seraient les avantages qui en résulteraient.*” (E.L., “Union belge et luxembourgeoise de Droit pénal”, *Rev.dr.pén.*1954-55, 540)

2.2.5. Werking naar de plaats

BUITENLANDS HOOFDFEIT- De meeste menselijke activiteiten internationaliseren elke dag meer. Het is dan ook niet meer dan logisch dat ook elke strafrechtspracticus zich meer en meer geconfronteerd ziet met buitenlandse elementen, of het nu daders, slachtoffers, getuigen, inlichtingen, instrumenten, bankrekeningen of staatsbelangen zijn⁶²². Bijgevolg moet ook de Belgische strafrechtspracticus zich regelmatig afvragen of een feit volgens het strafrecht van een ander land ook strafbaar is en, zo ja, met welke straf⁶²³. Dat is immers vaak nodig om te weten welk land er rechtsmacht heeft over een feit, of een land rechtshulp zal verlenen aan onze gerechtelijke overheden, of uitlevering mogelijk is e.d. Zo is deelneming in België aan een misdrijf buiten het Belgisch grondgebied strafbaar wanneer het hoofdfeit een misdrijf is volgens het lokaal recht⁶²⁴ en als het een misdrijf zou zijn, moest het in België zijn gepleegd. Dat kan problemen opleveren wanneer vanuit België bijstand wordt gegeven aan een activiteit die geen misdrijf is in het land waar het hoofdfeit gelocaliseerd is, zelfs al stelt het Belgisch recht dergelijk gedrag wel strafbaar. Een mogelijk voorbeeld is dat van deelneming in België aan het witwassen van gelden die niet uit een drugsmisdrijf afkomstig zijn in een land dat alleen het witwassen van drugsgeld strafbaar stelt. Daarenboven zorgt de internationale activiteit van criminelen voor allerlei praktische en juridische complicaties voor de rechtshandhaving, vooral qua detectie, onderzoek en bewijs⁶²⁵.

KENNIS BUITENLANDSE DEELNEMINGSLEER- Soms valt de vraag of het feit naar buitenlands recht strafbaar is, gemakkelijk te beantwoorden. Doch dat is zeker niet altijd het geval. Deelneming mag ooit als een soort uitzonderlijke aanvulling op het klassieke strafrecht gegolden hebben, nu is het een symbool van klassiek strafrecht. Dat heeft voor twee belangrijke hinderpalen gezorgd. Eerst en vooral zijn de

⁶²² Het gaat geenszins om een kenmerk dat typisch zou zijn voor georganiseerde criminaliteit. Doch zoals voor elke onderneming, zeker één in een klein, centraal gelegen land, spelen ook in de "criminele onderneming" in talloze "buitenlandse" elementen een nog belangrijker rol dan voor de doorsnee particulier.

⁶²³ Voor een voorbeeld van de mogelijke hersengymnastiek die nodig is: VERBRUGGEN, F. en GOOSSENS, F., "Virtueel buitenland?, Brusselse arresten schieten aanpak van mensenhandel in de transitzone lek", *A.J.T.* 1998-99, 715-716.

⁶²⁴ D'HAENENS, J., *Strafbare deelneming, op. cit.*, 39 vergist zich ons inziens dus wanneer hij schrijft dat het volstaat dat de feiten een misdrijf zijn naar Belgisch recht, zelfs als zij niet in strijd zijn met de strafwet van de plaats waar zij gelocaliseerd zijn.

⁶²⁵ "Daar komt nog bij dat de betrokkenen wegens het grensoverschrijdend karakter van criminele organisaties er gemakkelijker in slagen de tegen hen ingestelde vervolgingen te ontlopen." Aldus een "lid" van de Commissie Justitie (*Parl.St., Senaat* 1997-98, 1-662/4, 18 van 130.)

deelnemingsleren sterk nationaal ingekleurd, dat wil zeggen dat men vaak al goed in de rechtspraak en rechtsleer van elk land ingewerkt moet zijn om te weten of het om strafbare deelneming gaat. Sommige landen maken geen onderscheid tussen (mede)daders en medeplichtigen. Andere kennen algemene samenspanningsbepalingen en bestraffen ook “deelneming na de feiten”. Nog andere landen verschillen in de schuldvorm die ze vereisen, bijvoorbeeld voor de (niet door alle betrokkenen) gewilde gevolgen van een gezamenlijke actie. Kennis van de “finesses” van de deelnemingsleer van elk land zal dan voor buitenlanders meestal te hoog gegrepen zijn.

KENNIS BUITENLANDSE BASISMISDRIJVEN- Vooral omdat men vervolgens stoot op de tweede hinderpaal: de afhankelijkheid van de deelneming van het hoofdmisdrijf. Omdat deelneming een “afgeleid product” is van het basismisdrijf, kan men pas zinvolle dingen erover zeggen als men niet alleen de deelnemingsleer, maar ook het basismisdrijf onder de knie heeft. En de misdrijfomschrijvingen in elk land, met hun specifieke interpretatie, verschillen zo mogelijk nog meer dan de deelnemingsleren. De grote tanden van het tandwiel “deelneming” grijpen dus in de onderscheiden kleinere tandwieltjes van elk “basismisdrijf” en vermenigvuldigen zodoende het kennisprobleem voor de buitenlandse “rechtszoekende”. Het resultaat hiervan zijn zuchtende, gefrustreerde rechtspractici die smeken om verandering en vereenvoudiging⁶²⁶. Ofwel roepen zij om de afschaffing van de regels die al dat moeilijk denk- en vergelijkwerk nodig maken, zoals de afschaffing van de dubbele strafbaarheid als samenwerkingsvoorwaarde⁶²⁷. Dat levert evenwel fundamentele rechtspolitieke problemen op. De eerste vraag is waar de grenzen tussen rechtssferen liggen en wiens regels de rechtsonderhorige moet gehoorzamen bij een conflict. Daaruit vloeit een tweede vraag voort. Kan de fictie waarop zowat alle rechtssystemen gegrond zijn, dat iedereen de wet zou (moeten/kunnen) kennen, onbepert uitgerekt worden? Kan men ervan uitgaan dat mensen ook het recht moeten kennen van landen wier grondgebied zij niet betreden en waarvan zij geen onderdaan zijn? Die vraag duikt onder meer op wanneer een land zijn strafrecht uitoefent op grond van het passief personaliteitsbeginsel, dat wil zeggen op grond van de nationaliteit van het slachtoffer. Daar moet de vereiste van dubbele strafbaarheid de “daders” beschutten tegen ongerechtvaardigde claims. Deze twee bezwaren tegen de afschaffing van de dubbele strafbaarheid mag men niet

⁶²⁶ CDGEFID, *Activiteitenverslag 1994*, op.cit., III/21.

lichtvaardig verwerpen. Als die afschaffing niet kan, moet men de vergelijking maar gemakkelijker maken. Dat betekent het harmoniseren van de misdrijfomschrijvingen en de deelnemingsleren. Voor sommige, internationaal als prioritair beschouwde misdrijven zijn inderdaad harmonisatiepogingen begonnen⁶²⁸. Zonder harmonisatie van de zo diep in de nationale (of regionale) tradities gewortelde deelnemingsleren kunnen die in de praktijk echter makkelijk uitgehold worden.

2.3. Tekortkomen noodzakelijke deelnemingsmisdrijven

BEWIJSPROBLEEM- In Deel I is herhaaldelijk aangestipt dat veel georganiseerde criminaliteit “consensueel” is. Noodzakelijke deelnemingsmisdrijven (*supra* Hoofdstuk 1, 2.3.) zijn de voor de hand liggende wetgeving tegen dergelijk ongewenst sociaal gedrag. Nu de wetgever met het strafrecht de illegale praktijken op de (legale) markt en alle praktijken op de markten van illegale goederen en diensten wil aanpakken, schept hij steeds meer van dergelijke misdrijven. Het probleem voor de overheid ligt natuurlijk in het bewijs van dergelijke misdrijven, meer bepaald in het bewijs van het bestaan van wilsovereenstemming tussen beide partijen. Die hebben er immers allebei belang bij dat de overheid zo weinig mogelijk te weten komt over hun transactie en zullen daartoe alles in het werk stellen. Slechts heel uitzonderlijk zal één van beide partijen achteraf bekennen en zo bijdragen tot het bewijs. Als Moses niet naar de berg komt, moet de berg maar naar Moses gaan. De rechtshandhaving tracht daarom voor het bewijs van consensuele misdrijven zoveel mogelijk aanwezig te zijn bij de verboden transactie. Dat kan vanop afstand gebeuren, onopgemerkt door het gebruik van technische hulpmiddelen (observatie, afluisteren, e.d.)⁶²⁹. Doch daarmee kan misschien wel het contact tussen personen bewezen worden, maar niet noodzakelijk de wilsovereenstemming of de inhoud van de overeenkomst. Daarvoor moet de onderzoeker⁶³⁰ meestal in persoon aanwezig zijn bij de transactie. Aangezien onnodige pottenkijkers gemeden worden, zit er weinig anders op dan om zich te vermommen als (potentiële) medecontractant. Natuurlijk houdt een dergelijke infiltratie belangrijke risico's in. In Deel III zullen we ingaan op het verbod van uitlokking van en het plegen van misdrijven door de politie.

⁶²⁷ VAN DEN WYNGAERT, C., “Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée”, *Revue Internationale de droit pénal*, vol.70, 1999, 105-109.

⁶²⁸ Cfr. de pogingen om voor genocide, oorlogsmisdaden of misdaden tegen de mensheid aan de hand van elementen te omschrijven, of alleszins te duiden: X, “Rome Statute of the International Criminal Court”, *International Review of Penal Law*, vol.71, 2000, 42-82.

⁶²⁹ Om te weten waar en wanneer zij daartoe moet overgaan, heeft de rechtshandhaving natuurlijk voorafgaande informatie nodig (zogenaamde sturingsinformatie: *infra* Deel III)

Hier hebben wij het over het andere probleem: wanneer de (zich vermommende) politie één van de twee contracterende partijen is, bestaat er eigenlijk geen wilsovereenstemming en ontbreekt dus een constitutief bestanddeel van het misdrijf. In het beste geval bestaat er poging⁶³¹, maar als die al strafbaar is, is de straf daarvoor lichter. Daarenboven zullen criminelen allerhande technieken aanwenden om zich ervan te verzekeren dat de tegenpartij zeker niet voor de overheid werkt. Bewijs vormt een probleem voor consensuele misdrijven in het algemeen. De capaciteit van georganiseerde criminaliteit om zichzelf actief af te schermen, die wij als typerend hebben bestempeld, maakt het voor politie en Openbaar Ministerie nog veel en veel moeilijker.

GEVOLG- De bewijsproblemen bij noodzakelijke deelnemingsmisdrijven dwingen de wetgever nog een stap verder: tot de strafbaarstelling van eenzijdige gedragingen die kunnen leiden tot een “criminele overeenkomst”⁶³²: het vragen of aanbieden van een illegale dienst, het loutere bezitten van een illegaal goed. In Hoofdstuk 3 zullen wij daar voorbeelden van geven.

VOORWERP SAMENSPANNING- In de Belgische pleidooien voor een goede aanpak van organisaties, valt af en toe wel eens het woord “strafbaarheid van voorbereidingshandelingen”⁶³³, dat wil zeggen van gedragingen die voorafgaan aan het begin van uitvoering van een misdrijf⁶³⁴. In Hoofdstuk 1 bleken er nochtans al samenspanningsmisdrijven te bestaan, dat wil zeggen een bijzonder type van noodzakelijke deelnemingsmisdrijven die de rechtshandhaving toelaten preventief te straffen⁶³⁵. Of en waar die tekort schieten, legt de regering niet met zoveel woorden uit. De discussie over het wetsontwerp betreffende criminele organisaties maakt echter duidelijk dat voor haar het probleem met samenspanning is dat het gaat om een akkoord tussen minstens twee personen om een bepaald *misdrijf* te plegen. Bij criminele organisaties is het niet altijd even duidelijk welk misdrijf de organisatie beoogt. Het valt dan het moeilijk te bewijzen dat het inderdaad over een misdrijf gaat waarvoor de samenspanning strafbaar is. Daarenboven zijn de criminelen met

⁶³⁰ Of zijn “plaatsvervanger”: de informant (*infra*, Deel III).

⁶³¹ Dat is het geval volgens Corr. Brussel 30 juni 1983, *R.W.*1983-84, noot A.DE NAUW.

⁶³² Bij een wilsovereenstemming kunnen de twee partijen zich ook elk aan een afzonderlijk misdrijf bezondigen. Politie A verkoopt een kopie van een vertrouwelijk document aan journalist B. A pleegt schending van het beroepsgeheim, B heling.

⁶³³ *Cfr.* hierover uitgebreid: DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 90 p.

⁶³⁴ Bijvoorbeeld in de regeringsverklaring van de aantredende regering Dehaene II en in haar actieplan tegen de georganiseerde criminaliteit: *Parl.St., Senaat* 1995-96, 1-326/5, 26.

⁶³⁵ *Supra*, Hoofdstuk 1, § 3.

talloze misdrijven bezig waarvoor de wetgever samenspanning niet strafbaar heeft gesteld.

2.4. Tekortkomen verzwarende omstandigheid

GEEN BASISMISDRIJF- Als men personen die men strafrechtelijk iets wil verwijten niet kan vatten als dader en al evenmin als deelnemer aan een misdrijf, kan *a fortiori* geen sprake zijn van het collectief optreden als verzwarende omstandigheid bij dat misdrijf. Daarom is dit niet onmiddellijk een optie die in de discussie aan bod komt.

2.5. Samenvatting

TEKORT- De bepalingen die klassiek dienen om de collectieve dimensie van criminaliteit aan te pakken (deelneming, noodzakelijke deelnemingsmisdrijven en pluraliteit als verzwarende omstandigheid) schieten blijkbaar tekort tegen georganiseerde criminaliteit. Bij een terugvallen op deelneming ontsnappen de kopstukken van de organisatie, dat wil zeggen de organisatoren die zelf niet uitvoeren, de helers en de investeerders. Ook de contacten in de bovenwereld en de logistieke helpers van de organisatie als dusdanig, die niet bij concrete misdrijven betrokken zijn, ontkomen. Het ontbreken van een strafbaar hoofdfeit leidt er eveneens toe dat mensen wier kwade intenties vaststaan, straffeloos blijven. Tenslotte compliceert een beroep op deelneming de samenwerking en beoordeling van strafbaarheid in een internationale context enorm.

Bij de noodzakelijke deelnemingsmisdrijven gaat het vooral om bewijsproblemen. De overheid zal hen vaak slechts kunnen bewijzen wanneer haar agenten zelf tussenkomen, maar dan ontbreekt de vereiste consensus. De strafbare samenspanning is variant van het consensueel misdrijf en kampt dus met hetzelfde probleem. Bovendien is het niet duidelijk welke misdrijven de organisatie beoogt. Verzwarende omstandigheden falen bij gebreke aan basismisdrijf waaraan ze kunnen worden gekoppeld. Niet alleen de strafbaarheid, maar ook of vooral het bewijs levert problemen op. Vooral gedragingen in de voorfase en de nazorg van de misdrijven lijken te ontsnappen. Deze vaststelling leidt onvermijdelijk tot de vraag waarom bendevoering, het misdrijf dat de gevaarlijkheid van het collectief moest bezweren door preventieve bestraffing, niet voldoet.

§3. Beweerde tekortkomingen bendevoorming tegen georganiseerde criminaliteit

3.1. Criminele organisatie is iets anders dan een bende

NIEUW- De regering, die het initiatief nam voor de nieuwe wet, zei dat criminele organisaties iets anders zijn dan bendes, dat zij *“aan een verschillende sociologische realiteit beantwoorden”*. Ze wil de *“criminele organisaties [...] afzonderlijk behandelen, omdat ze veel complexer zijn dan verenigingen die de wetgever voor ogen stonden met de bepalingen inzake bendevoorming”*. Volgens de Minister zijn criminele organisaties *“uitgebreider”, “beter gestructureerd”* en *“permanenter van aard”*, hebben zij *“nationale en internationale vertakkingen”, “gaan zij veel beter op in de maatschappij”*⁶³⁶. Daarnaast wordt bendevoorming traditioneel toegepast⁶³⁷ *“op criminaliteit die gelokaliseerd is en waarbij alle leden deelnemen aan het plegen van het misdrijf”*. Dat komt eigenlijk neer op een gebruik van bendevoorming als een verzwarende omstandigheid van dat misdrijf.

3.2. Het personeel

LOUTER LIDMAATSCHAP- De regering geloofde bij het indienen van haar wetsontwerp dat zij voor een grote doorbraak zorgde, namelijk de invoering van de strafbaarheid van *“louter lidmaatschap”* aan een organisatie. Behalve *“de leden van de organisatie die zelf misdrijven plegen”*, wilde zij de strafbaarheid van *“leden die enkel voor de omkadering zorgen van de criminele structuur, zonder dat zij zelfs strafbaar zouden zijn op basis van de bepalingen in het strafwetboek inzake deelneming of bendevoorming.”* Volgens de regering vereisten de artikelen 322 e.v. Sw. immers *“een persoonlijke intentie om misdrijven binnen de vereniging te plegen.”*⁶³⁸

BEWIJS- Al in 1955 boog de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht zich over de problemen bij de strafrechtelijke aanpak van bendes. Hun gedachteswisseling, waarin de nadruk vooral lag op de bewijsmoeilijkheden bij *“specialisten”* en *“helers”*,

⁶³⁶ *Parl. St., Senaat* 1997-98, 1-662/4, 32.

⁶³⁷ In dit ene woord schuilt een bocht van 180 graden: *infra*, Hoofdstuk 5.

⁶³⁸ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, memorie van toelichting, *Parl. St., Kamer*, 954/1, 1996-97, 2; cfr. *POC-GC*, Eerste tussentijds verslag, *Parl. St., Senaat*, 1997-98, 1-326/7, 46-47.

mondde echter niet in wetgeving uit⁶³⁹. Prof. De Nauw kwam in 1984 op het thema terug en schreef dat praktijkmensen de moeilijkheden bij de toepassing van het misdrijf bendevoering maar al te goed kenden⁶⁴⁰. Sommigen wijten ze aan de verouderde bewoordingen van de bepalingen in het Strafwetboek⁶⁴¹, anderen leggen de schuld bij de principiële afkeer van rechters van “intentiedelicten”⁶⁴². De Nauw zelf beklemtoonde dat het fundamenteel probleem op het vlak van de bewijsvoering ligt. Meestal blijkt het bestaan van een organisatie pas nadat de aanslag gepleegd is, meer bepaald kan men het afleiden uit de omstandigheden waarin hij gepleegd is (taakverdeling, afspraken over het verdelen en helen van de buit, e.d.)⁶⁴³.

In de loop van de voorbije jaren lijkt de rechtspraak niettemin steeds meer bereid om mensen te veroordelen op grond van 322 e.v. Sw. en geeft zij de indruk “bendevoering” steeds soepeler te interpreteren. Dat is mogelijkwijze het gevolg van de evolutie van de opsporingsmethoden (de invoering van het afluisteren, verdeckte observatie, het optreden van overheidsmensen onder een dekmantel, infiltratie, gecontroleerde transporten, proactieve opsporing, e.d.). (*infra* Deel III).

3.3. De partners

MOREEL ELEMENT- Blijkbaar schieten de bepalingen over logistieke hulp aan een bende of haar leden van 324 Sw., waar gewoonte geen vereiste is, ook tekort. In de memorie die het nieuwe wetsontwerp criminele organisaties begeleidt, staat immers dat art.68 en 324 Sw. “gedragingen strafbaar stellen die in zekere mate een analogie vertonen met hetgeen hier wordt bedoeld”⁶⁴⁴. Naast de in 68 en 324 Sw. opgesomde gedragingen, dat wil zeggen het verschaffen van wapens, munitie, werktuigen tot het plegen van misdaden, onderdak, schuilplaats of vergaderplaats bezorgen aan een bende of haar afdelingen, bestaan er immers nog manieren om een bende te steunen. De regering geeft als voorbeeld de chauffeur of de meid van een

⁶³⁹ E.L., “Chronique, Union belge et luxembourgeoise de Droit pénal”, *Rev.dr.pén.* 531-541.

⁶⁴⁰ DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 49.

⁶⁴¹ MARCHAL, A., “La mise en péril...”, *op.cit.*, 294.

⁶⁴² DOUCET, J., “Les familles d’infractions”, *Rev.dr.pén.* 1974-75, 776.

⁶⁴³ Om veroordeeld te worden wegens deelneming aan een privé-militie moet de bereidheid van de groep om geweld te gebruiken bewezen worden. Opnieuw zal die bereidheid meestal blijken uit het effectief gebruik, ondanks de *ratio legis*, die het voorkomen van geweld is (DE NAUW, A., *De strafbaarheid...*, *op.cit.*, 52).

⁶⁴⁴ De regering vindt dat “*daar ter vergelijking op kan worden gewezen*”, doch die vergelijking blijft helemaal uit. Wat zo nieuw, zo nodig of zo verschillend is aan de nieuwe misdrijfomschrijvingen, laat zij dus aan de verbeelding van de lezer over.

mafiabaas, die weten dat hun werkgever een mafiabaas is⁶⁴⁵. Tenslotte denkt de regering ook aan “*de personen die onder een of andere vorm worden vergoed om een kring van sociale relaties te vormen met een schijnbaar legitiem karakter (een vorm van cliëntelisme).*” Wie zij daar eigenlijk mee bedoelt, is niet meteen duidelijk. Doch wel dat ze strafrechtelijk aangepakt moeten worden: “*Het is wenselijk dergelijke gedragingen strafbaar te stellen: het bestaan van een criminele organisatie berust noodzakelijkerwijze op het bestaan van al deze anonieme personen die haar toelaten zich in het sociale weefsel te integreren en de voedingsbodem te vormen voor haar verdere ontwikkeling. Het is bijgevolg belangrijk de loutere gedraging van een persoon die, met kennis van zaken, een ongeoorloofde feitelijke toestand aanvaardt, strafbaar te stellen.*”(onze onderstreping –fv-)⁶⁴⁶.

INTERNATIONAAL- Het misdrijf van bendevoering zou ook voor problemen zorgen in de internationale samenwerking, vooral voor de vereiste van dubbele strafbaarheid⁶⁴⁷.

3.4.De schietstoel: verschoningsgrond

SPIJTOPTANTEN- De regering staat eigenlijk niet echt stil bij de verschoningsgrond, maar heeft er hoegenaamd ook geen probleem mee om hem door te trekken naar de criminele organisaties. Eigenlijk wil zij echter nog veel verder gaan. Vooral de beperking tot spontane aangifte voordat er zelfs begin van uitvoering van het eerste van de beoogde misdrijven is, maakt van de regeling in de praktijk een losse flodder. Volgens de regering moeten ook criminelen met veel meer of zwaardere misdrijven op hun kerfstok strafvermindering krijgen in ruil voor hun medewerking aan het oplossen van misdrijven of het “ontmantelen” van criminele organisaties. Een algemene regeling voor deze zogenaamde “spijtoptanten” heeft zij echter

⁶⁴⁵ Zo vertelt de gemachtigde van de minister van Justitie aan de Raad van State: “*L’exposé des motifs donne l’exemple du chauffeur (de autobestuurder, niet de voetbrander –fv-) du dirigeant d’une organisation criminelle, dans l’hypothèse où celui-ci ne participe à la réalisation d’aucune infraction et ne participe pas davantage lui-même aux activités licites de l’organisation. On peut penser également à l’ensemble du personnel domestique et de sécurité affecté au domicile d’un dirigeant d’une organisation criminelle.*” (Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 16-17.)

⁶⁴⁶ Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 6.

⁶⁴⁷ X, “Problèmes internationaux posés par l’incrimination d’association de malfaiteurs, chronique de jurisprudence”, *Rev.dr.pén.* 1982, 609-612; cfr. artt.3 en 5 van de EU-uitleveringsconventie, die de dubbele strafbaarheidsvereiste laat vallen in bepaalde gevallen van bendevoering. (Publ. 23 oktober 1996, C 313/13-14.); ook: CDGEFID, *Activiteitenverslag* 1994, III/21.

ondergebracht in een apart wetsontwerp⁶⁴⁸. Dat zij daarin zal verwijzen naar de in het Strafwetboek omschreven criminele organisaties, ligt voor de hand.

3.5.Samenvatting

TEKORT- Volgens de Belgische regering is bendevorming bestemd voor een “*andere sociologische realiteit*”, niet voor de gesofisticeerde organisaties die onze maatschappij bedreigen. Die zijn complexer, meer vertakt en gaan beter op in de maatschappij. De regering wil dat louter lidmaatschap van dergelijke organisaties strafbaar zou zijn, zonder dat er enige betrokkenheid bij door de organisatie of haar leden beoogde of gepleegde misdrijven nodig zou zijn. Ook moet een ruimere cirkel van logistieke steun van buitenuit bestraft worden, vooral zij die voor “schijnbaar legitieme relaties” zorgen. Het kennen van “georganiseerde criminelen” en niettemin met hen omgaan, het “dulden van de toestand” moet volgens de regering strafbaar worden. Daarnaast levert het misdrijf bendevorming in een internationale context een aantal problemen op. Wel moet tegenover de verruimde strafbaarstelling ook een verruimde mogelijkheid bestaan om personen straffeloos te laten die de overheid helpen bij het opsporen van of het ontmantelen van de organisatie. De bestaande verschoningsgrond hanteert te strikte voorwaarden.

§4.Proactieve aanpak en bijzondere opsporingsmethoden op zoek naar houvast

EERSTE DOELSTELLING- Van in het begin benadrukte de regering dat de de invoering van het begrip criminele organisaties in het Strafwetboek als eerste doelstelling had het “[bieden van] een *stevig juridisch houvast voor de aanpak van de georganiseerde criminaliteit*.”⁶⁴⁹ Die omschrijving kan dan als ankerpunt dienen voor een wettelijke regeling van proactieve opsporing en de bijzondere opsporingsmethoden. Vandaar dat het wetsontwerp ook chronologische prioriteit kreeg op de ontwerpen over de opsporingsmethoden⁶⁵⁰. Het strafbaar stellen van

⁶⁴⁸ *Infra*, Deel IV, Hoofdstuk 4.

⁶⁴⁹ “Wanneer men aangepaste middelen wenst voor de opsporing, vervolging, bestraffing en strafuitvoering, dan moeten eerst de fenomenen die men wil bestrijden, juridisch worden omschreven: het bestaan van criminele organisaties. Het eerste doel van het ontwerp is een dergelijke definitie bieden.”(Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer* 1996-96, 954/1, 1).

⁶⁵⁰Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer* 1996-96, 954/1, 1-3.

bepaalde gedragingen, waarbij deelneming aan de misdrijven van de organisatie of de persoonlijk bedoeling dergelijke misdrijven te plegen niet nodig is, komt slechts op de tweede plaats⁶⁵¹.

VOORBEELD- Wanneer in het begin van de jaren negentig de bezorgdheid over georganiseerde criminaliteit steeg en het begrip meer en meer ingang vond, dook het voor het eerst op in een Belgische wet. Het ging om de Wet van 11 januari 1993 inzake de preventie van het gebruik van het financieel stelsel voor witwasdoelinden. Art.3, §2 vermeldt een lijst van zware strafbare activiteiten. Indien een financiële instelling vermoedt dat geld afkomstig is uit een dergelijk criminaliteit, moet zij dit melden aan de overheid. Dat is dus ook het geval voor geld afkomstig uit “georganiseerde misdaad”. Na de schokgolf die in 1992 vanuit Italië door heel Europa was gegaan, wekt het weinig verbazing dat het begrip ook in de woordenschat van de Belgische wetgever zou opduiken. Wat de inhoud ervan was, lag evenwel minder voor de hand. De Minister van Financiën verwees naar de vereniging van boosdoeners in de zin van de artikelen 322 –326 Sw. Een aantal politiemensen kloeg er echter over dat “*deze inbreuk de lading niet volkomen dekt[e] gezien meerdere gedragingen en procedures die men over het algemeen terugvindt bij de georganiseerde misdaad*”⁶⁵². Zij vonden het beter naar de empirische definitie van het College van Procureurs-Generaal te verwijzen, de BKA-kloon⁶⁵³. Met op die omschrijving geënte nieuwe misdrijven wil de regering de bestaande kloof te overbruggen.

VERBROKKELING- Vervolging op basis van deelneming aan elk van de hoofdfeiten die in het kader van een groep uit de georganiseerde criminaliteit wordt gepleegd, zal de onderzoekers ertoe verplichten de voor elk van de afzonderlijke misdrijven bevoegde onderzoeksrechter te adiëren. Alleen rechters kunnen ernstige ingrepen in de persoonlijke levenssfeer zoals huiszoekingen, aanhoudingen, af luisterpraktijken e.d. bevelen. Dat verhoogt het risico op procedurefouten, dat wil zeggen dat een rechter optreedt in het onderzoek van feiten waarvoor hij niet (correct) gediëerd is. Het kan ook leiden tot een groot aantal onderzoeken die gevoerd of geleid worden door een groot aantal (lokale) onderzoeksrechters. Elk van hen heeft dan een fragmentair beeld van het geheel en het risico op onsamenhangende of

⁶⁵¹ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, 1996-96, 954/1, 2.

⁶⁵² CDGEFID, *op.cit.*, III/20.

⁶⁵³ CDGEFID, *op.cit.*, III/20 en 23. *Supra*, Deel I, Hoofdstuk 2, 3.5.

tegenstrijdige onderzoeksstrategieën vergroot⁶⁵⁴. Dat is net het tegenovergestelde van de globale aanpak van georganiseerde criminaliteit die de rechtshandhaving als noodzakelijk beschouwt voor de ontmanteling van criminele organisaties.

SAMENHANG- Wanneer de overheid meerdere daders vervolgt voor meerdere feiten, zal dat in het materieel strafrecht worden verwerkt op grond van een combinatie van de deelneming en de meerdaadse samenloop. De rechter kan de meerdaadse samenloop omzeilen door verschillende feiten “die kaderen binnen hetzelfde opzet”, dat wil zeggen deel uitmaken van één overkoepelend “plan”, als één “complex” misdrijf te behandelen (art.65 Sw. collectief of voortgezet misdrijf). Dan moet hij één straf opleggen, namelijk de straf die (abstract bekeken, dus in de wettekst) het zwaarst is. Strafprocesrechtelijk zal het begrip “samenhang” de al dan niet gezamenlijke behandeling van verschillende onderdelen van een “netwerk” mogelijk maken. Deelonderzoeken die reeds bij een onderzoeksrechter zitten, kunnen echter slechts door de K.I. van hem weggenomen worden, niet door het Openbaar Ministerie, zelfs niet door de nationale magistraat⁶⁵⁵. Wanneer die verschillende feiten allen onder hetzelfde associatiemisdrijf vallen, zal de K.I. vlugger aannemen dat er samenhang bestaat en dat gezamenlijke behandeling gewenst is.

§5. Besluit

VERANDERDE JURIDISCHE CONTEXT- Als de klassieke wetgever evenwicht had gevonden tussen de beginselen van rechtsbescherming en de behoeften van criminaliteitsbestrijding, dan is dat tweemaal verstoord. Enerzijds is de rechtsbescherming vergroot ten nadele van de criminaliteitsbestrijding. Een aantal aspecten van de grote beginselen zijn immers in grondrechten gegoten, die afdwingbaar zijn, zelfs tegen de wil van de nationale wetgever in. Anderzijds heeft de wetgever de klassieke waarborgen in de vertaling van de abstracte beginselen in concrete normen langzamerhand helemaal laten verwateren. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de vereiste van schade aan een concreet rechtsgoed of de vereiste van opzet als criterium voor individuele toerekening. Hij zoekt naar een nieuw evenwicht tussen de klassieke beginselen en de nieuwe bedreigingen. De nieuwe wet betreffende de criminele organisaties illustreert goed de moeilijkheden waarmee de

⁶⁵⁴ FIJNAUT, C. en VERSTRAETEN, R., *Het strafrechtelijk onderzoek inzake...*, op. cit., 150-155.

⁶⁵⁵ FIJNAUT, C. en VERSTRAETEN, R., *Het strafrechtelijk onderzoek inzake...*, op. cit., 491 e.v..

wetgever kampt bij overgang van een strafrechtelijke aanpak van individuen naar één van organisaties.

KLASSIEKE AANPAK COLLECTIVITEIT FAALT- De klassieke wettelijke instrumenten om de collectieve dimensie van criminaliteit aan te pakken, falen. Politie en Openbaar Ministerie klagen dat, omwille van de wijze waarop georganiseerde criminelen hun activiteiten inrichten, een reeks uitermate immorele figuren de dans ontspringen. Doordat zij anderen het “vuile werk” laten opknappen, ontbreekt de voor deelneming vereiste materiële of morele band met een strafbaar hoofdfeit. Ook bij vroegtijdige tussenkomst van overheidsagenten of andere toevallige omstandigheden die geplande misdrijven verijdelen, bestaat er volgens sommigen “onverdiende” straffeloosheid. Dan ontbreekt immers het hoofdfeit of de consensus tussen personen als bestanddeel van het misdrijf. Naast het gebrek aan “strafbare gedraging” in sommige gevallen, bestaat er ook een groot bewijsprobleem. Georganiseerde criminaliteit bemoeilijkt opzettelijk en op zeer efficiënte wijze de opsporing en het bewijs van misdrijven.

BENDEVORMING FAALT- De bendevoorming faalt volgens de regering, omdat ze niet bedacht is voor een “modern”, “nieuw”, “complex” verschijnsel als de criminele organisatie. Die regering benadrukt vooral dat het louter lidmaatschap en de mensen “rondom” de kern ook strafrechtelijk aangepakt moeten worden. De rechtsleer wijt het falen van bendevoorming vooral aan bewijsmoeilijkheden.

PROCEDURELE NODEN- Meer nog dan bekommernissen van materieel-strafrechtelijke aard zijn het procedurele overwegingen die de wetgever aanzetten tot het invoeren van een op “collectieven” gericht misdrijf. In de eerste plaats gaat het om het uitwerken van een wettelijk kader voor de zgn. proactieve opsporing en de zgn. bijzondere opsporingsmethoden. Velen vinden dat dat aan de bestrijding van georganiseerde criminaliteit gekoppeld moet worden. Daarom willen zij dat dat begrip vertaald wordt in een misdrijfomschrijving. Die kan dan dienen als kapstok voor bijzondere procedures. Het samenbrengen van onderscheiden gedragingen in één misdrijf vereenvoudigt de procedurele behandeling ervan aanzienlijk. Tegenover een “collectief” dat méér is dan de samenstellende individuen en daarom bijzonder gevaarlijk, kan er één specifiek op dat collectief gerichte procedurele afhandeling komen.

BESLUIT- De Belgische wetgever voelt een nood om, naast de bestaande bepalingen, een reeks *bijzondere misdrijfomschrijvingen* in te voeren die de “georganiseerde criminaliteit” op het lijf geschreven zijn. Daarmee hoopt hij het falen van de “klassieke” aanpak te verhelpen.

HOOFDSTUK 3. IMPULSEN TOT VERANDERING

"Men would be great criminals did they need as many laws as they make"
(Charles John Darling)

INLEIDING- Noch de opkomende bezorgdheid inzake georganiseerde criminaliteit, noch de beweerde tekortkomingen van het “klassieke” strafrecht zijn typisch Belgisch. Het lijkt dan ook voor de hand te liggen dat de Belgische wetgever zijn licht zou opsteken over de grens. Wie de parlementaire voorbereiding leest, merkt evenwel dat rechtsvergelijking eigenlijk geen rol heeft gespeeld bij het Belgische wetgevend smeedwerk inzake criminele organisaties.⁶⁵⁶ Eerder dan als rechtstreekse inspiratiebron fungeerden buitenlandse keuzes als impuls, als stimulans die de Belgische wetgever tot initiatief aanzette⁶⁵⁷. Onrechtstreeks hebben zij misschien bijgedragen tot de woordkeuze in de tekst of kunnen zij gemaakte keuzes helpen verklaren. Hoe dan ook tonen zij aan dat de Belgische initiatieven kaderen in een internationale trend. Er vallen uit buitenlandse voorbeelden wellicht ook lessen of waarschuwingen te halen. Dat moet steeds voorzichtig gebeuren, want de problematiek van “verenigingsmisdrijven” is vrij ingewikkeld. Talloze auteurs namen het thema gelukkig al onder de loep⁶⁵⁸: de geïnteresseerde lezer vindt in hun werk aanvullingen op de hierna volgende algemene opmerkingen.

⁶⁵⁶ De regering zegt op een bepaald moment in het debat wel: *“In de meeste landen, met name in de Lid-Staten van de Europese Unie, bestaat de tenlastelegging bendevorming reeds, maar is gebleken dat daarnaast een preciezere definitie van het begrip “criminele organisatie” nodig was om dit fenomeen efficiënt te kunnen bestrijden, onder andere op basis van bijzondere opsporingsmethoden.”* (Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 32 van 130.) Zij geeft echter geen buitenlandse voorbeelden, laat staan dat zij deze bewering zou staven met feiten. Ook de POC-GC somt zo maar een aantal buitenlandse wetteksten op, onder de titel “rechtsvergelijking”. Ze schrijft dat het voor de [problematiek van de strafbaarstelling van criminele organisaties] nuttig kan zijn *“nader in te gaan op de volgende wetgevingen”*. Dat doet zij echter niet. Het blijft bij een droge opsomming, zonder de minste duiding, grotendeels op basis van informatie verstrekt door het Bestuur strafwetgeving en rechten van de mens van het Ministerie van Justitie (POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St. , Senaat, 1997-98, 1-326/7, 30-37.*). De deelnemers aan de latere discussie koppelen nergens echt terug naar die buitenlandse wetten.

⁶⁵⁷ Anders dan bij veranderingen in de procedure bijvoorbeeld heeft de opkomst van de grondrechten weinig invloed gehad op de verandering van de misdrijfomschrijvingen voor een aanpak van organisaties.

⁶⁵⁸ DE VRIES-LEEMANS, M. , *Art.140 Wetboek van Strafrecht, een onderzoek naar de strafbaarstelling van deelneming aan misdaad*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 367 p.;

§.1.De Verenigde Staten: de samenspanning en RICO

1.1.Inleiding

ALGEMEEN- Zowel de problematisering als de intensievere aanpak van de georganiseerde criminaliteit zijn uit de V.S. overgewaaid (cfr. *supra*, Deel I). Het waren ook de Amerikanen die als eersten begonnen te hameren op het belang van een aanpak van de organisatie als geheel. Het afzonderlijk behandelen van individuele misdrijven van individuele daders laat de “criminele onderneming” doordraaien en leidt tot onderschatting van de ernst van misdrijven. Hebben de Amerikanen echter die aandacht ook vertaald in het materieel strafrecht? Vooraf past misschien een waarschuwing. Wie het over Amerikaans strafrecht heeft, spreekt eigenlijk over meer dan vijftig rechtsstelsels. Elke staat heeft het zijne en daar komt het federaal recht nog eens bovenop⁶⁵⁹. Natuurlijk bestaan er grote gelijkenissen tussen die verschillende stelsels en hanteren zij vergelijkbare rechtsfiguren. Het Amerikaans strafrecht is gegroeid in een traditie van de *Common Law*, het Engelse rechtersrecht. Dat kende traditioneel een veel minder strikte betekenis toe aan het legaliteitsbeginsel: de rol van de rechterlijke macht bij het omschrijven van misdrijven was groter, die van het parlement kleiner. Klassiek Angelsaksisch recht kwam pas echt tot leven in de gerechtelijke procedures. Het gevolg daarvan is dat het belang en soortelijk gewicht van de strafprocedurerecht veel groter is dan dat van het materieel strafrecht. In vergelijking met continentaal Europa in het algemeen, en zeker in vergelijking met landen als Duitsland, Italië of Spanje, is de strafrechtsdogmatiek weinig “gesofisticeerd”. Dat geldt zowel voor de theorie van het misdrijf (elementen van een misdrijf), de deelnemingsleer als de leer van de poging. De invloed van rechtsleer op de rechtspraak is er ook geringer dan in Europa. Toch heeft er al decennia geleden een grote kentering plaatsgevonden. De eerste bron van Amerikaans strafrecht is vandaag de dag - net zoals bij ons - “*statute*

SPAGNOLO, G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padua, Cedam, 1993 (4de ed.), 194 p.; VALIANTE, M., *La criminalità collettiva. Il concorso di persone e il reato plurisoggettivo*, Milaan, Giuffrè, 1988, 240 p. en *Il reato associativo*, Milano, Giuffrè, 1990, 330 p.; PRITCHARD BAILEY, L.; SASSER, R.; SIKES, M. en YANG, J., “Racketeer Influenced and Coorrupt Organizations”, *American Criminal Law review* 1999, 1035-1094.

⁶⁵⁹ Het federale recht speelt in het strafrecht slechts een bijrol in vergelijking met het statelijk recht. Toch loopt het in de buitenwereld meest in de gaten en in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit heeft het herhaaldelijk de rol van trendsetter gespeeld. Naast het algemene systeem zijn er nog speciale voor het District Columbia, voor Puerto Rico en

law": geschreven wetten, gestemd door het parlement van de staat of het federaal Congres. Vaak gaat het om de legalisering van na synthese uit de casuïstiek gehaalde algemene regels (inductief), eerder dan om een uitgewerkt systeem van begrippen en algemene regels waaruit concrete regels afgeleid worden (deductief). Vele staten zijn overgegaan tot codificatie van hun strafrecht, in meerdere of mindere mate rekening houdend met de *Model Penal Code* van het *American Law Institute*.

INDIVIDUALISME- Conform de Angelsaksische traditie en op grond van de eigen geschiedenis zijn de Amerikanen erg gevoelig voor ideeën als individuele vrijheid, menings-, godsdienst- of associatievrijheid. Sommigen zien daarin de reden waarom het Amerikaans strafrecht nooit met zoveel woorden van strafbaar lidmaatschap van een vereniging heeft willen weten⁶⁶⁰. Dergelijke misdrijven zijn immers typische instrumenten van verwerpelijke regimes, dictaturen van links en rechts. Veel Amerikanen zijn vluchtelingen uit landen met een dictatuur of afstammelingen ervan. Dat het zo niet mag heten, betekent natuurlijk niet dat het Amerikaanse recht niet via andere wegen tot gelijke of vergelijkbare resultaten is gekomen.

1.2.Samenspanning

OUD EN INGEWIKKELD- Daarbij neemt de eeuwenoude Angelsaksische samenspanningsfiguur, de *conspiracy*, een centrale rol in. "*Conspiracy* vormt," schrijft de Nederlander Lensing, "*ongetwijfeld één van de meest ingewikkelde leerstukken van Anglo-Amerikaans recht. Dat hangt o.m. samen met de grote vaagheid van de omschrijvingen van samenspanning, de verschillende functies van samenspanning als onvolledige delictsvorm en als middel tegen groepsriminaliteit*"⁶⁶¹. Maar meer nog heeft het te maken met verschillen tussen de rechtsstelsels en talloze procedurele complicaties, niet in het minst omdat de aan deze rechtsfiguur talloze voordelen zitten voor de rechtshandhaving⁶⁶². Omdat bij georganiseerde criminaliteit het bewijs zo vaak een probleem vormt, zal in de aanpak ervan de samenspanning ook een belangrijke rol spelen.

indianenreservaten.(LENSING, J., *Amerikaans strafrecht, een vergelijkende inleiding*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 2.)

⁶⁶⁰ *Infra*, 1.3.

⁶⁶¹ LENSING, J., *op.cit.*, 195.

⁶⁶² Het gaat onder meer om het gebruik van "bewijs van horen zeggen" en verklaringen van medesamenspanners, de aanwezigheid van veel meer aanknopingspunten voor territoriale bevoegdheid en de gezamenlijke behandelingen van afzonderlijke zaken, in een duur jurysysteem als het Amerikaanse een belangrijke factor. (LENSING, J., *op.cit.*, 197-200; *cfr.* DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 244)

GROND- Er worden verscheidene redenen gegeven om de strafbaarheid van samenspanning te rechtvaardigen⁶⁶³. De belangrijkste is dezelfde als bij ons: van de vorming van een samenwerkingsverband gaat zowel psychologisch als praktisch gesproken een drempelverlagend effect uit: ze vergroot de kans op een strafbaar feit. De terugtred van een individu garandeert niet langer dat er geen misdrijf plaatsgrijpt⁶⁶⁴. De psychologische druk tussen samenspanners maakt terugtred onwaarschijnlijk. De samenspanning vormt een variant van de zogenaamde “*inchoate offences*” (onvoltooide misdrijfvormen), gedragingen die strafbaar zijn hoewel de misdrijf nog niet voltooid is⁶⁶⁵. De poging hoort daar ook bij, evenals de strafbaarstelling in sommige rechtsstelsels van de – zelfs gevolgloze - uitlokking (*solicitation*) van de misdrijven van anderen⁶⁶⁶.

OVEREENKOMST- Om van samenspanning te kunnen spreken, moet er eerst en vooral een overeenkomst bestaan tussen twee of meer partijen. Daarvoor bestaan geen formele vereisten. Ze kan zelfs impliciet zijn. Het is ook mogelijk om bij al bestaande samenspanningen aan te sluiten. Bestaande groepen die zich met legitieme activiteiten bezighouden, kunnen ook uitgroeien tot strafbare samenspanningen. Opmerkelijk is dat in sommige staten “eenzijdige samenspanning” strafbaar is. Dat betekent dat, wanneer er slechts twee personen betrokken zijn en één medesamenspanner slechts voor de schijn meedoet, bij voorbeeld met het oog op betrapping, er toch nog strafbare samenspanning is⁶⁶⁷. Eén van de twee samenspanners kan een rechtspersoon zijn, al is het omstreden of het ook kan tussen de rechtspersoon en het individu dat ervoor werkt. De persoon die de wetgever wil beschermen met een noodzakelijk deelnemingsmisdrijf (de gesmokkelde vrouw bij mensensmokkel bijvoorbeeld) kan evenmin als samenspanner gestraft worden. De rechtspraak heeft zich zeer soepel getoond bij de interpretatie van het begrip samenspanning, vooral wanneer het gaat over grotere organisaties. Dit leidde tot de introductie van begrippen als “*wielsamenspanning*” of “*kettingsamenspanning*”. Daarmee vat de rechter personen die nooit met mekaar contact hebben, die van mekaars bestaan of aandeel in het geheel geen idee hebben toch in één samenspanning. In het eerste geval kennen de afzonderlijke

⁶⁶³ LENSING, J., *op.cit.*, 195.

⁶⁶⁴ LENSING, J., *op.cit.*, 195.

⁶⁶⁵ Cfr. voor een Europese vergelijking: HUSTIN-DENIES, N. en SPIELMANN, D., *op.cit.*, 163 p.

⁶⁶⁶ LENSING, J., *op.cit.*, 149.

⁶⁶⁷ LENSING, J., *op.cit.*, 196.

medewerkers mekaar niet, maar draaien ze allen rond centrale figuren: een spin in het web die wel met de afzonderlijke medewerkers contact heeft. Een kettingsamenspanning tussen A en D bestaat er als A contact heeft met B, B met C en C met D.

SAMENSPANNING EN VOLTOOID MISDRIJF- De samenspanning wordt meestal beschouwd als een afzonderlijk misdrijf. Dat levert een terugvaloptie op als het bewijs van het misdrijf zelf niet slaagt. Het betekent vaak ook dat men twee keer veroordeeld kan worden (geen *ne bis in idem* probleem) als men afzonderlijk wordt vervolgd. De strafbaarheid van samenspanning en die van het voltooid misdrijf hebben immers een eigen, verschillende ratio⁶⁶⁸.

SCHULDVORM- Over het algemeen is opzet nodig, geformuleerd in uitdrukkingen zoals “*met het oogmerk het feit te bevorderen of te vergemakkelijken*”.

DOEL SAMENSPANNING- Het voorwerp van de overeenkomst is het plegen van een misdrijf. In de *Common Law* bestonden er ook gevallen waarin samenspanning tot niet-strafbare onrechtmatige of immorele gedragingen strafbaar waren. Gezaghebbende auteurs verklaren dat op grond van de historische context, waarin vele bedroggedragingen niet strafbaar waren. In de huidige context van wetgeving heeft zij geen zin meer, al is afschaffing moeilijk vanwege het gemak dat het voor het OM oplevert. De staten met codificaties stellen alleen samenspanning tot bepaalde misdrijven strafbaar. Sommige stellen alleen samenspanning tot ernstige misdrijven strafbaar. Samenspanning tot bijzondere delicten wijzen velen af, omdat die toch specifiek en omvattender zijn dan wat voorheen gebruikelijk was.

UITVOERINGSHANDELING- Belangrijk is dat samenspanning normalerwijze (in de drugswet zijn er bijvoorbeeld uitzonderingen) slechts strafbaar is als zij gevolgd wordt door een “overt act”, een uitwendig waarneembare gedraging. Dat kunnen allerlei, op zichzelf onschuldige handelingen zijn: het kopen van een wettig wapen, het verkennen van de plaats van het geplande misdrijf, enz.⁶⁶⁹ Het is misschien niet hetzelfde als begin van uitvoering in onze pogingsleer, maar het lijkt er wel op: gelet op wat men weet over de subjectieve ingesteldheid van de dader, krijgt de objectieve gedraging een negatieve betekenis.

⁶⁶⁸ LENSING, J., *op.cit.*, 213. Noodzakelijke deelnemingsmisdrijven (duellieren, bigamie) zouden wel een uitzondering vormen omdat daar de ratio wel dezelfde is (*Ibidem*, 212-213.)

COLLECTIVISERING SCHULD- Met de samenspanning, en zeker met uitgebreide zoals ketting- en wielsamenspanningen, ontstaat er onmiskenbaar een collectivisering van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het belang van wiel of kettingconstructies is dat de handelingen van elk afzonderlijk samenzweerder volstaan als bewijs tegen de anderen. Ze laat ook toe effectief gepleegde misdrijven van elk van de “leden van de criminele organisatie” toe te rekenen aan de anderen, wanneer zij gepleegd zijn ter verwerkelijking van het “doel van de samenzwering”. Het spreekt vanzelf dat de rechtspraak uitgebreid gebruik maakt van de notie dat de samenspanners “moesten weten” wat de andere samenspanners zouden doen. Het gaat om zgn. “vicarious liability”, aansprakelijkheid voor andermans daden, zelfs indien met ze niet wil of er geen weet van heeft, wanneer zij behoren tot de redelijke, normale en waarschijnlijke gevolgen van het gemeenschappelijk plan⁶⁷⁰.

TERUGTRED- Wie zich nog voor de *overt act* bedenkt, kan straffeloos blijven. Daar stellen de meeste wetgevingen wel strenge eisen aan, vaak gedragingen die tegen het belang van de samenspanning ingaan. Dikwijls zal dat een aangifte aan de overheid zijn. In het Amerikaans procedurerecht bestaan er echter heel veel mogelijkheden om iemand feitelijke straffeloosheid te bezorgen wanneer hij meewerkt met de overheid (*Infra*, Deel IV).

STRAFMAAT- Op samenspanning staat in de meeste gevallen een lichtere maximumstraf dan op het werkelijk gepleegd misdrijf. De rechtsorde is immers minder geschaad zodat de bestraffing evenredig omlaag moet. Door de afzonderlijke gedragingen als één grote samenspanning te behandelen, krijgt het Openbaar Ministerie het wel veel makkelijker om jury te overhalen zware straffen uit te spreken.

1.3. Racketeering and Corrupt Organisations en Continuing Criminal Enterprise

⁶⁶⁹ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 237-238.

⁶⁷⁰ Deze Pinkerton-regel komt uit een zaak waarin één van de samenspanners in de gevangenis zat terwijl de andere doorging. (*Pinkerton v. U.S.*, 328 U.S. 640 (1946)). De *Model Penal Code* en vele staten verwerpen de regel, maar hij blijft geldig in het federaal recht en in dat van bijvoorbeeld Californië.

RICO- In het zog van het parlementair anti-maffia-onderzoek werd in 1965 wel een wetsvoorstel ingediend dat mikte op invoering van strafbaar “lidmaatschap van georganiseerde misdaad”. Het werd echter als ongrondwettelijk bekritiseerd en geraakte uiteindelijk nooit door het parlement⁶⁷¹. Ook de fameuze RICO- en CCE-wetten behelsden niet de invoering van een misdrijf “criminele organisaties”. Deze wetten⁶⁷² zijn te complex om hier in detail te behandelen. Er bestaan trouwens ook geen aanwijzingen dat ze de Belgische wetgever echt hebben geïnspireerd⁶⁷³. Toch moeten enkele elementen aangestipt worden met het oog op de vergelijking met de Belgische keuzes verderop. De RICO- en CCE-misdrijven zijn ingevoerd door de Organized Crime Control Act van 1970. Hoewel de auteurs dit achteraf hebben ontkend⁶⁷⁴, leek de oorspronkelijke doelstelling het tegengaan van de “infiltratie”, het “corrumpieren” van de overheid en legitieme bedrijven door maffiagroepen. Daarom stelt de wet het gebruik van inkomsten die afkomstig zijn uit een *pattern of racketeering activity* als investering in een bedrijf strafbaar. Hetzelfde doet zij voor het verwerven of behouden van belangen in of controle over een onderneming, evenals voor het ontplooiën van werkzaamheden in een onderneming (nadat men er dus al binnen is). *Racketeering activity*, dat geen geschikte Nederlandse vertaling kent⁶⁷⁵, is “any act or threat involving, murder, gambling, arson, ...” en dan volgt een hele lange waslijst van misdrijven van statelijk (geweldpleging, oplichting, omkoping, ...) of federaal (mail fraud, welfare fraud, obstruction of criminal investigations,...) recht⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ O'NEIL, T., “Functions of the RICO Enterprise Concept”, *Notre Dame Law Review*, 1989 650-651, voetnoot 10.

⁶⁷² De meeste staten hebben in navolging van de federatie hun eigen RICO-bepalingen ingevoerd.

⁶⁷³ Het gaat over een van de meeste controversiële en ingewikkelde stukken wetgeving in de V.S. zodat ze een massa aan rechtspraak en rechtsleer heeft opgeleverd. Cfr. bijvoorbeeld JÖRG, N., “De afbouw van het accusatoir karakter van het Amerikaanse strafrecht onder invloed van RICO”, *Delikt en Delinkwent* 1984, 852-866 en 934-945; DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 239-243; BRENNER, S., “RICO, CCE an Other Complex Crimes: the Transformation of American Criminal Law?”, *William and Mary Bill of Rights Journal* 1993, 239-304; LACOVARA, P. en NICOLI, D., “Vicarious liability of Organizations: RICO as an example of a flawed principle in practice”, *Saint Joh's Law Review* 1990, 725-777; RANDOLPH, J., “RICO- The Rejection of an Economic Motive Requirement”, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1995, 1189-1222; RAPHAELSON, I. En BERNARD, M., “RICO and the “Operation or Management-Test: the Potential Chilling Effect on Criminal Prosecutions”, *University of Richmond Law Review* 1994, 669-699; PARKER, A., “Stretching RICO to the Limit and Beyond”, *Duke Law Journal* 1996, 819-848.

⁶⁷⁴ BLAKEY, R. “Debunking RICO's Myriad Myths”, *Saint John's Law Review* 1990, 701-724 en “Syposium: Law and the Continuing Enterprise: Perspectives on RICO”, *Notre Dame Law Review* 1990, 873-884.

⁶⁷⁵ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 240, voetnoot 14, met verwijzing naar JÖRG, N., *op.cit.*, 858: afperser is te nauw, misdadiger is te ruim.

PATROON- Er is wel een “*patroon*” vereist dat die “racketeergedragingen” verbindt, een begrip dat scherpe discussies heeft uitgelokt, die de verwarring eerder vergroot dan verminderd hebben⁶⁷⁷. Nog veel meer discussie is ontstaan over het begrip “*onderneming*”⁶⁷⁸. Volgens de wet gaat het niet alleen om rechtspersonen, maar ook om individuen of andere wettelijke entiteiten en zelfs over “*feitelijke verenigingen die geen wettelijke entiteit zijn*”. In de praktijk blijkt het allesbehalve eenvoudig om uit te maken wanneer er een onderneming bestaat en dus *a fortiori* of daarin geïnvesteerd is, een belang erin of controle erover bestaat.

WASLIJST- Als rechtersrecht heeft het klassieke Amerikaanse strafrecht nooit zoveel belang gehecht aan het precisiegebod dat in een wettelijke misdrijfschrijving resulteert⁶⁷⁹. Nochtans bevat het Amerikaans systeem ook regels die moeten verzekeren dat de rechtsonderhorige tevoren duidelijk van de strafbaarheid van het gedrag op de hoogte is (*fair warning*)⁶⁸⁰. Zo heeft de rechtspraak uit het grondrecht op een eerlijke *procedure (due process)* een verbod op “te vage strafbepalingen” afgeleid⁶⁸¹. De auteurs van RICO wilden zeer uiteenlopende gedragingen onder één misdrijfschrijving brengen. Zij hebben dat gedaan met een waslijst van allerlei verschillende gedragingen, verwijzingen naar allerlei misdrijven in andere wetten. Toch moesten ze ook terugvallen op zeer open begrippen als een “patroon” tussen misdrijven of een “onderneming”. Critici vinden RICO ongrondwettig want te vaag⁶⁸². De rechtspraak heeft hun bezwaren echter afgewimpeld.

CRIMINELE ONDERNEMING- Gelet op de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever, het tegengaan van de infiltratie van de legale wereld, leek het alsof de onderneming (waarin geïnvesteerd of waarover controle uitgeoefend wordt) er een moet zijn met legale activiteiten. Dat is niet het geval. Het Hooggerechtshof heeft bepaald dat ook een exclusief criminele onderneming, dat wil zeggen een die zich enkel met illegale handel of dienstverlening bezig houdt, er ook onder valt⁶⁸³. Dat betekent dat ook wie zich door middel van een patroon van dreiging met geweld

⁶⁷⁶ PRITCHARD BAILEY, L..e.a., *op.cit.*, 1039-1047.

⁶⁷⁷ PRITCHARD BAILEY, L..e.a., *op.cit.*, 1041-1048.

⁶⁷⁸ Cfr. FEICHTINGER, G., “RICO’s Enterprise Element: Redefining or Paraphrasing to Death?”, *William Mitchell Law Review* 1996, 1027-1064; PRITCHARD BAILEY, L..e.a., *op.cit.*, 1048-1056..

⁶⁷⁹ LENSING, J., *op.cit.*, 54.

⁶⁸⁰ LENSING, J., *op.cit.*, 53.

⁶⁸¹ LENSING, J., *op.cit.*, 56-59.

⁶⁸² LUSKIN, R., “Behold, the Day of Judgement: is the RICO Pattern Requirement Void for Vagueness?”, *Saint John’s Law Review* 1990, 779-796.

⁶⁸³ *United States v. Turkette*, 452 U.S. 576, 581 (1981).

handhaaft in een bende afpersers of wie met de opbrengsten van drugsmisdrijven een nieuwe lading drugs aankoopt met het oog op verkoop eronder valt. Het resultaat daarvan is dat RICO eigenlijk nog het minst gebruikt is in gevallen waarvoor ze oorspronkelijk bedoeld leek, het “*insijpelen in de legitieme economie*”. Wel wordt zij gehanteerd tegen verduisterende ambtenaren, knoeiende beurspeculanten, terroristische groepen of pooiers zonder legitieme activiteiten.

RICO-SAMENSPANNING- De federale RICO-wet kent haar eigen samenspanning: het misdrijf dat de grondslag moet vormen van het “patroon van racketeeractiviteit”, moet nog niet effectief gepleegd moet zijn. Wie louter samenspannt om een bedrijfsleider te intimideren of “om te kopen” is al strafbaar⁶⁸⁴. De reikwijdte van het strafrecht strekt zich dus wel heel ver uit. De wetgever heeft in 1970 de rechters gevraagd de wet en haar begrippen “extensief” te interpreteren, het tegenovergestelde van de normale regel van restrictieve interpretatie van de strafwet. In de eerste jaren van haar bestaan vond de ingewikkelde wet nochtans heel weinig toepassing, tot grote ontgoocheling van haar architect, een professor strafrecht. Het Ministerie van Justitie besliste daarom de man “de boer op te sturen”: hij ging naar het Openbaar Ministerie van een aantal belangrijke districten en gaf er les, training aan de magistraten in het toepassen van RICO. Daarmee bracht hij de sneeuwbal aan het rollen. Om al te kwistig gebruik te verhinderen (niet alleen met het oog op de rechtsbescherming, maar ook omdat het om dure en veeleisende zaken gaat) moet het federaal ministerie van Justitie voor bepaalde RICO – onderzoeken toestemming geven⁶⁸⁵.

CIVIL RICO- Omdat georganiseerde criminaliteit (de RICO-valsspeler) de normale, eerlijke mededinging schaadt, heeft de wet veel belang gehecht aan de rol van de “slachtoffers” van de RICO-gedragingen. Zij kunnen in vele rechtstelsels in een burgerrechtelijke procedure, dat wil zeggen met soepele procedureregels, “sanctionerende schadevergoeding” (*punitive damages*) bekomen. Het bedrag kan oplopen tot drie keer de geleden schade. In de praktijk zijn de overgrote meerderheid van RICO-dagvaardingen burgerrechtelijk⁶⁸⁶. Niet alleen de

⁶⁸⁴ PRITCHARD BAILEY, L..e.a., *op.cit.*, 1062.

⁶⁸⁵ DENNIS, E., “Current RICO Policies of the Department of Justice”, *Vanderbilt Law Review* 1990, 651-672.

⁶⁸⁶ Waardoor er onzekerheid over het toepassingsgebied ontstond, omdat bepaalde rechtscolleges de toepassing trachtten te beperken door de bepaling streng te interpreteren. In *Sedima S.P.R.L. v. Imrex Co*, 473 U.S.479, 486 (1985) trachtte het Hoogrechtshof weer

“geslachtofferde” bedrijven waarin de racketeers “inbreken”, maar ook slachtoffers van individuele racketeeringsmisdrijven en allerlei andere “ondernemingen” in de sector wierpen zich dikwijls op als slachtoffer. Vele “ordinaire” conflicten tussen handelaars monden ten onrechte uit in Civil-RICO-zaken. Behalve de sanctionerende schadevergoeding maakt het onder “curatele” plaatsen van bedrijven, vakbondsafdelingen en dergelijke om hen te zuiveren van de *racketeer* deel uit van het RICO-instrumentarium⁶⁸⁷.

VOORDELEN- Als een wakkergekust Doornroosje heeft RICO zich, vooral in het midden van de jaren tachtig, ontpopt tot de ster van het bal. Zij danst nog het minst met de partner die haar ouders voorzien hadden⁶⁸⁸, maar flirt met zowat iedereen. Wie de balans opmaakt, stelt vast dat het nut van RICO niet zozeer ligt in haar vermogen om de infiltratie van de legale maatschappij door de “onderwereld” te voorkomen. Het geeft de vervolgende instanties vooral een handig instrument. Eerst en vooral behelst RICO een soort misdrijf van lidmaatschap van een criminele organisatie. Het heet wel niet zo en de gedraging is anders omschreven, maar het komt – zeker sinds onderneming ook op 100% illegale ondernemingen slaat - wel op hetzelfde neer. Daarenboven kan het Openbaar Ministerie veel zwaardere straffen bekomen, onder meer doordat de jury allerlei misdrijven worden voorgeschoteld als onderdelen van één groot crimineel project. Door de vervolging toe te spitsen op RICO-activiteiten (of de samenspanning daartoe), kan het Openbaar Ministerie ook een aantal bewijsproblemen vermijden. Misdrijven in allerlei afzonderlijke staten kunnen worden samengebracht in één overkoepelend federaal misdrijf, dat volgens de unieke federale procedure behandeld kan worden⁶⁸⁹. RICO-misdrijven en RICO-samenspanningen zijn zelfstandige misdrijven, die los staan van het concreet gepleegde “*racketeering* misdrijf”. Er bestaat dan ook geen *ne bis in idem*-beletsel voor dubbele vervolgingen of straffen. Het kan bijvoorbeeld dat een jury in een rechtbank van de staat New York iemand die wordt vervolgd wegens moordpoging vrijspreekt, maar dat die daarna in een (federale of statelijke) rechtbank wordt

wat orde op zaken te stellen, waarbij het RICO-klagers minder in de weg legde dan een aantal lagere rechtbanken deden.

⁶⁸⁷ JACOBS, J. en ARNECCHIARO, F., *Busting the Mob, op.cit.*, 31-78 voor de aanpak van een gecorrumpeerde vakbondsafdeling.

⁶⁸⁸ BLAKEY ontkent trouwens dat het ooit de bedoeling geweest zou zijn om RICO tot georganiseerde criminaliteit te beperken.

⁶⁸⁹ FIJNAUT, C. en VERBRUGGEN, F., “The Eagle Has Not Landed Yet, the Federalization of Criminal Procedure: Precedents and Comparisons”, in DEN BOER, M. (ed.), *Undercover...*, *op.cit.*, 137.

veroordeeld voor een RICO-misdrijf waarbij de moordpoging als een van de te bewijzen “*racketeering activities*” fungeert.

1.4. Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief

VERSCHILLENDE- Op het eerste zicht lijkt de Amerikaanse aanpak erg te verschillen van de onze. In België heeft men geen voorstellen gedaan om de samenspanning uit te breiden, eerder dan ze zoals nu voor te behouden voor de allerernstigste misdrijven. Interessant is dat de auteurs van de *Model Penal Code* hebben overwogen om in de plaats van samenspanning een misdrijf van “deelneming aan een criminele organisatie” in te voeren, waarvoor ze een Italiaans model uit 1931 gebruikten. Uiteindelijk deden ze het toch maar niet, omdat ze de teloorgang vreesden van de preventieve ambities die zij traditioneel met het bredere samenspanningsmisdrijf op het oog hadden⁶⁹⁰. Het is inderdaad mogelijk dat de overheid in de V.S. net iets vroeger (pleidooi voor strafbaarheid voorbereidingshandelingen) en net iets harder (pleidooi voor zwaardere straffen) kan optreden tegen een groep mensen die net iets verder verwijderd is van “harde” misdrijven (pleidooi voor uitbreiding van misdrijfomschrijvingen).

IMPULS- In de context van internationale samenwerking, waarin de Amerikanen een niet te onderschatten rol spelen, zullen zij partners trachten te overtuigen mee de Amerikaanse weg in te slaan. Dat zou voor hen de de samenwerking vereenvoudigen. Omdat het publiek vaker uit mensen uit de politiek of de rechtshandhaving bestaat dan uit dogmatici of advocaten, oogsten zij vaak veel sympathie bij hun toehoorders uit continentaal Europa. Zo hebben de V.S., als wereldleiders in de strijd, getracht andere landen te overtuigen van het nut van samenspanning als “instrument” voor de aanpak van de drugshandel. De Amerikanen blazen ook de loftrumpet over RICO, maar beseffen dat het een wel erg Amerikaans schepsel is, dat waarschijnlijk net iets te ingewikkeld is om te “verkopen” aan de rest van de wereld⁶⁹¹. Zij rekenen er natuurlijk op dat RICO door buitenlandse partners kan “vertaald” worden in bendevoering, strafbare samenspanning, poging en deelneming, zodat internationale politie- en gerechtelijke samenwerking toch mogelijk blijft.

⁶⁹⁰ LENSING, J., *op.cit.*, 197.

⁶⁹¹ MARTENS, F., “Exporting RICO to Eastern Europe: Prudent or Irresponsible?”, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 1994, 267-289; CORMANEY, M., “RICO in Russia: Effective

NUANCERING- Een aantal interessante rechtsvergelijkende studies heeft evenwel aangetoond dat de verschillen helemaal niet zo groot zijn. De samenspanning met de vereiste van een “uitwendige gedraging” zal in Europa vaak via de leer van de poging (met begin van uitvoering) aangepakt kunnen worden⁶⁹². De gezamenlijke wil, de “eigen persoonlijkheid” van het collectief, komt bij ons hetzij via deelneming, hetzij via bendevoorming tot uiting. Een aantal gedragingen uit RICO zijn bij ons als witwas misdrijven in 505 Sw. beland (*infra*, §5.2). Het Amerikaanse voorbeeld heeft zeker een impuls gegeven aan landen als het onze om de organisatie aan te pakken met één overkoepelend misdrijf, dat een reeks van misdrijven uit lange waslijsten met de meest uiteenlopende gedragingen samenbrengt.

1.5. Besluit

SUPERSAMENSPANNING MIKT OP ORGANISATIE- De strafrechtssystemen uit de Verenigde Staten hebben de Belgische wetgever niet rechtstreeks geïnspireerd. De Amerikanen vertonen wel een groot enthousiasme voor een aanpak die zich niet zozeer richt op de verschillende individuen, maar wel op de organisatie als zelfstandig “wezen”. De oude rechtsfiguur van strafbare samenspanning speelt een belangrijke rol als juridisch “instrument” voor die aanpak. De procedureregels voorzien bij samenspanning, vormen immers uitzonderingen die gunstig zijn voor de rechtshandhaving. De grond voor de strafbaarstelling van samenspanning in de V.S. is dezelfde als bij ons (*supra*, Hoofdstuk 1), maar het toepassingsgebied is niet beperkt tot de allerernstigste misdrijven. Dit “onvoltooid” misdrijf bestaat zodra er een overeenkomst bestaat tot het plegen van een misdrijf, al vereisen de meeste wetten daarenboven nog een uitwendige actie ter uitvoering ervan. Die overeenkomst kan ook bestaan tussen personen die mekaar nooit gecontacteerd hebben, maar die verbonden zijn door hun (onrechtstreeks) contact met dezelfde tussenpersonen. Aan de samenspanning als collectief kan in de V.S. dus een soort “(straf)rechtspersoonlijkheid” toegekend worden, waardoor iemand ook strafbaar is voor de niet-gewilde of niet-gekende gedragingen van medesamenspanners. Het

Control of Organized Crime or Another Empty Promise?”, *Transnational Law and Contemporary Problems* 1997, 261-311.

⁶⁹² GRANDE, E., *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Milaan, Cedam, 332 p.(vooral 285-332); cfr. het commentaar op dit boek van FLETCHER, G., “Is conspiracy unique to Common Law?”, *The American Journal of comparative law* 1995, 171-174. Ook DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 247-248 vindt geen spectaculaire verschillen wanneer zij vergelijkt met Nederland.

volstaat dat die gedraging met het oog op de verwerkelijking van het doel van de samenspanning gebeurde. De samenspanning en het voltooide misdrijf zijn afzonderlijke misdrijven, zodat vrijspraak voor het voltooide misdrijf een bestraffing voor de samenspanning niet uitsluit. Er bestaan terugtrekingsmogelijkheden, doch in de V.S. zijn de procedurele “spijtoptantenregelingen” veel belangrijker. Meestal staan op samenspanningen lichtere straffen dan op het voltooid misdrijf. De RICO- en CCE-wetten, waarmee eerst de federatie en daarna de staten hun maatschappijen van georganiseerde criminaliteit wilden “zuiveren”, vormen een soort supersamenspanning. De wet mikt op georganiseerde criminaliteit, maar ook op talloze andere vormen van economische, politieke of witteboordencriminaliteit. Het investeren, belang of controle verwerven in een onderneming is strafbaar, indien dat gebeurt door een “patroon van racketeeractiviteit” of met daaruit afkomstig geld. Die onderneming kan zowel legaal als illegaal zijn. In het tweede geval komt men dicht bij wat wij onder een “bende” verstaan. De waslijst van verschillende gedragingen in combinatie met een aantal open begrippen in dit “supermisdrijf” hebben veel kritiek uitgelokt. Voor de rechtshandhaving bleek het niettemin een belangrijk “instrument”. Het was symbolisch belangrijk, want het etiket *racketeer* blijft zeer krachtig en de strijd tegen georganiseerde criminaliteit krijgt een vaandel. Daarenboven geven RICO-vervolgingen het Openbaar Ministerie ook de kans misdrijven die anders als afzonderlijk feit behandeld zouden zijn, als deeltjes van één grote continue onderneming te presenteren. Daardoor kan het de jury’s veel gemakkelijker overhalen om zware straffen uit te spreken tegen de “organisatoren”, de mensen achter de schermen. De federale RICO-wet bevat zelfs een variant. In de praktijk blijkt de burgerrechtelijke broer van RICO, die de “slachtoffers” van de “criminele onderneming” recht geeft op punitieve schadevergoeding, meer toepassing te vinden dan de strafrechtelijke. Vele waarnemers hebben kritiek op wat zij als “oneigenlijk” gebruik van de wet beschouwen. De voorstanders beschouwen de wet als een instrument dat zijn deugdelijkheid heeft bewezen en via internationale fora vinden uitgebreide “samenspanningsmisdrijven” ook in het buitenland ingang.

§ 2. Italië: van *associazione per delinquere* naar *associazione di tipo mafioso*

2.1. Inleiding

ALGEMEEN- Het Italiaans strafrecht heeft steeds sterk de invloed van het Duitse strafrechtsdenken ondergaan, al hebben vele Italianen het met originele bijdragen verrijkt. Buitensporigheden tijdens het fascistisch tijdperk hebben een zwarte schaduw geworpen over de leer van het maatschappelijk verweer tegen gevaarlijke personen, die uitgegroeid was tot de dragende visie achter het strafrecht op het schiereiland. De discussie over de aanpak van de georganiseerde criminaliteit kwam er in het zog van de strijd tegen het terrorisme en de argumenten in de verschillende kampen waren ongeveer dezelfde. In een notedop samengevat kozen politici samen met mensen uit de rechtshandhaving voor een hele resem van noodwetten, waarbij werd afgeweken van de klassieke regels of procedures. Sommige rechters stonden op de rem, doch over het algemeen moesten zij zich bij de keuzes neerleggen. De hevigste kritiek kwam er vanuit de hoek van de advocaten en de rechtsgeleerden. Die bekloegen zich over de geringe samenhang tussen de verschillende wetten en over de bestendinging van de noodwetten op grond van steeds weer andere maatschappelijke uitzonderingssituaties. De rechtsbescherming was na de fascistische periode stevig vergrendeld in de Grondwet en de wetboeken. Door na elke ophefmakende misdaad in een politieke panieksituatie in zeven haasten nieuwe wetten te stemmen zouden die stap voor stap uitgehold zijn.

CODICE ZANARDELLI- De verschillende wetboeken van voor de Italiaanse eenmaking kenden “verenigingsmisdrijven” gemodelleerd op de Franse “*association des malfaiteurs*” uit de Code Napoléon⁶⁹³. Doch net als in België evolueerden de oorspronkelijk op maat van “klassieke” roversbendes en contrarevolutionaire opstandelingen gesneden misdrijven, naar een meer “abstracte” misdrijfomschrijving⁶⁹⁴. Die toegenomen abstractie was om verschillende redenen “handig”. Eerst en vooral omdat ze toegepast kon worden op uiteenlopende vormen van verenigingscriminaliteit: de traditionele plattelandsopstandelingen waren op de terugweg en andere vormen van banditisme ontwikkelden zich. Daarnaast kon het “nationaal” wetboek van de eengemaakte staat, de Codice Zanardelli, de talloze misdrijfomschrijvingen van de vroegere staten voor hun typische vormen van banditisme vervangen door één enkele, allesomvattende misdrijfomschrijving. Het resultaat was art.248 C.Zan.: “*Wanneer vijf of meer personen zich verenigen om misdrijven te plegen tegen de rechtsbedeling of de openbare trouw, of de openbare*

⁶⁹³ Voor de nuancering, met name het Florentijns wetboek dat meer zou afwijken van het Napoleontisch model: INGROIA, A., *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, Giuffrè, 1993, 5-6.

⁶⁹⁴ INGROIA, A., *op.cit.*, 16.

onschendbaarheid, of de goede zeden en de familiale orde, of tegen personen of de eigendom, wordt elk van hen gestraft, omwille van het loutere feit van de vereniging, met opsluiting van één tot vijf jaar.(-eigen vertaling (fv)-)

CODICE ROCCO- Het offensief van de fascistische overheid tegen de maffia, zorgde voor bepalingen over bendevoering in het nieuw wetboek, de Codice Rocco, die “gebruiksvriendelijker” waren in de anti-maffiaprocessen⁶⁹⁵.

2.2.Associazione per delinquere

TEKST- Het resultaat was art. 416 Codice Penale (C.P.), een misdrijf dat erg op onze bendevoering lijkt en tot vergelijkbare discussies heeft geleid. *“Wanneer drie of meer personen zich verenigen met het oogmerk om meerdere misdrijven te plegen, worden zij die de vereniging promoten of oprichten of organiseren en haar hoofden (capi) gestraft, daarvoor alleen al, met opsluiting van drie tot zeven jaar. Voor het enkele feit van het deelnemen aan de vereniging is de straf opsluiting van één tot vijf jaar (eigen vertaling –fv-)”*.

GROND- Rechtsgeleerden van nu verwerpen de “gedateerde” uitleg die de positivistische school gaf. Volgens die theorie had de wetgever eindelijk de “bijzondere slechtheid” van collectieve criminaliteit ontdekt. Volgens mensen als Lombroso genereerde *“de unie van die perverse geesten (...) een kwaadaardige gisting waarbij de oude wilde neigingen opborrelen en versterken ze door een soort discipline, en door de ijdelheid van het misdrijf leidt ze tot wreedheid, waarvoor de meeste individuen zouden terugdeinzen.”* De verzameling van individuen schepte een “collectief psychisch wezen” dat zijn eigen logica had.

Daarom valt men voor een hedendaagse verklaring terug op hetzelfde klassieke argument dat bij ons bendevoering rechtvaardigt (*supra*, Hoofdstuk 1): het gevaar geschapen door de combinatie van snode plannen en een organisatie moet zo vlug mogelijk in de kiem gesmoord worden⁶⁹⁶. De moeilijkheid om vast te leggen welk rechtsgoed de misdrijfomschrijving beschermt en hoe schending dan vastgesteld

⁶⁹⁵ Het werd ingevoerd in 1930, in het zog van het maxiprocessen die op de razzia's van prefect Mori volgden. Cfr. INGROIA, A., *op.cit.*, 12.

⁶⁹⁶ Waarbij de rechtsleer verdeeld is tussen degenen die de preventieve bestraffing en daarom de overeenkomst benadrukken en degenen die géén strafbaarheid willen vooraleer er een organisatie bestaat die geschikt is om het voorgenomen misdadig plan te verwerkelijken.(INGROIA, A., *op.cit.*, 9)

moet worden zaait nog steeds veel verdeeldheid. De uitgebreide rechtspraak en literatuur hebben daar niets aan kunnen verhelpen.

ORGANISATIE- Naast de “onbepaaldheid” van het crimineel oogmerk van de vereniging, vormt het bestaan van een organisatie het element dat de bende onderscheidt van de samenspanning. De rechtspraak is er niet in geslaagd een samenhangende interpretatie te geven aan dit omstreden begrip. De rechtsleer verwijt de rechtspraak zich al te soepel op te stellen, waardoor het onderscheid met de samenspanning in de praktijk “vervloegen” is⁶⁹⁷. Het Hof van Cassatie heeft het bestaan van een organisatie immers afgeleid uit “*het opeenvolgen van misdrijven met analoge kenmerken en dezelfde personen*” en uit “*het systematisch karakter*” van de ontmoetingen tussen personen. Dat er minstens drie personen moeten zijn, betekent volgens het Hof ook niet dat die allemaal strafbaar moeten zijn. Wanneer twee personen een vereniging vormen met minderjarigen of met niet-nadergeïdentificeerde anderen, kunnen ze gestraft worden⁶⁹⁸.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDEEL- De meerderheid van de rechtsleer gelooft dat de strafbaarstelling van de “kopstukken” geen verzwarende omstandigheid is van de loutere deelneming, maar dat het om verschillende gedragingen gaat. “Promotor” is wie het initiatief neemt door iemand voor te stellen zich te verenigen of anderen aan te zetten dat te doen. Daarna komt de “oprichter”: een persoon die ervoor zorgt dat het geheel aan activiteiten van de gepromote vereniging plaatsgrijpt opdat die haar oogmerken zou waarmaken. De hoofden regelen of sturen de activiteiten vanuit een positie van “superioriteit” of “hiërarchische overmacht”. De “organisator” tenslotte beschikt over de “operatieve structuur van de solidaire groep”, verdeelt de taken over de zich verenigende individuen en coördineert hun optreden met het oog op het oogmerk van de vereniging⁶⁹⁹. Wat de rechter onder loutere deelneming moet begrijpen, valt veel moeilijker vast te leggen. Dat heeft te maken met de keuze van de wetgever om de omschrijving toe te spitsen op de kenmerken van de “criminele samenhangigheid” eerder dan op een beschrijving van het deelnemingsgedrag.

SCHULDVORM- Volgens de meerderheidsopvatting gaat het om een bijzonder opzet (*dolo specifico*). Het gaat namelijk om “*het bewustzijn en de wil van de deelnemer*”

⁶⁹⁷ INGROIA, A., *op.cit.*, 23.

⁶⁹⁸ It. Cass. 30 april 1999 nr.7437/99 (deposito in cancelleria 9 juni 1999): de toelichting in www.cittadino.lex (23 juni 1999) is daarom verkeerd wanneer ze zegt dat ze “*om een maffieuse vereniging te hebben, het volstaat met twee te zijn*”.

om zich in te schakelen (*inserirse*) in de organizerische structuur" en het "verdere doel (*ulteriore fine*) om het crimineel plan te verwerkelijken, met het bewustzijn van de hem toebedeelde rol in het kader van de verdeling van de respectievelijke "bevoegdheden" – eigen vertaling (fv) -"⁷⁰⁰ Nochtans moeten niet alle leden mekaar kennen⁷⁰¹. Het verschil met het deelnemingsopzet zit in het bewustzijn van allen dat ze deelnemen aan een crimineel project dat losstaat van het effectief plegen van de oogmerkisdrijven⁷⁰².

FUNCTIONALITEIT- De hedendaagse rechtsgeleerden benadrukken hoe de oorspronkelijke wettekst paste in de "nieuwe politieke, economische en sociale orde" in het Europa van na de liberale revoluties. In de nieuwe rechtsorde, die op het primaat van de nationale wet berustte, waren abstracte strafbepalingen nodig om de traditionele repressie met uitzonderingswetten en *manu militari* handhaving te flankeren. Bandieten en landlopers, sociale revolutionairen of tegenstanders van de eenmaking, allen moesten aangepakt worden door de nieuwe "liberaal-autoritaire" eenheidsstaat die een geweldmonopolie opeiste⁷⁰³. Volgens hen is de strafbepaling vooral geschapen ter legitimatie en vergemakkelijking van het overheidsoptreden tegen "allerhande tegenmachten".

2.3.Associazione di tipo mafioso

TEKST- In de woelige dagen na de maffiamoord op generaal Dalla Chiesa in 1982⁷⁰⁴ voegde een noodwet art.416bis toe aan de *Codice Penale*⁷⁰⁵:

"Al wie deel uitmaakt van een vereniging van maffiose aard (associazione di stampa mafiosa) gevormd door drie of meer personen, wordt gestraft met drie tot zes jaar opsluiting.

Zij die de vereniging promoten, leiden of organiseren, worden, daarvoor alleen al, met vier tot negen jaar opsluiting gestraft.

⁶⁹⁹ INGROIA, A., *op.cit.* , 39.

⁷⁰⁰ Cfr.It.Cass.22 februari 1979 (Pino), *Giustizia penale* 1980, II, 162.

⁷⁰¹ *Ibidem* en It.Cass.13 februari 1970 (Cerrato), *Giurisprudenza italiana* 1971, II, 160.

⁷⁰² It.Cass. 4 mei 1981 (Montalto), *Rivista penale* 1982, 291; It.Cass.14 november 1980 (Capigatti), *Giustizia penale* 1981, II, 483.

⁷⁰³ Nochtans spaarde dit strafbeleid de lokale elites die de gewelddadige bendes naar hun hand hadden gezet en er de struikrovers mee hadden uitgeschakeld (INGROIA, A., *op.cit.* , 4-5.)

⁷⁰⁴ *Supra*: Deel I, Hoofdstuk 1, 5.1.

⁷⁰⁵ NANULA, G., *La lotta alla mafia, strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, 1994, 7-15.

De vereniging is van maffiose aard wanneer zij die er deel van uitmaken gebruik maken van de intimidatiekracht van de verenigingsband en van de toestand van onderwerping en van "omertà"⁷⁰⁶ die eruit⁷⁰⁷ voortvloeit om misdrijven te plegen, om rechtstreeks of onrechtstreeks het bestuur van of alleszins de controle over economische activiteiten, concessies, vergunningen, aannemingswerken en openbare diensten te verwerven of om ongeoorloofde winsten of voordelen voor zichzelf of voor anderen te realiseren".

Een nieuwe noodwet na de dood van de rechters Falcone en Borsellino in augustus 1992 voegde daar aan toe: *"of om de vrije uitoefening van het stemmen te verhinderen of hinderen of om voor zichzelf of voor anderen stemmen te bekomen bij (electorale raadplegingen) – lees: verkiezingen en referenda (fv)"*

GROND- Met 416bis wilde de noodwetgever iets doen aan de beweerde tekortkomingen van art.416 C.P. tegen de driest optredende maffia. Al honderdvijftig jaar discussiëren waarnemers immers over die maffia: bestaat hij wel, gaat het over een organisatie dan wel een houding, over één strikt geleide organisatie dan wel een mengelmoes van losse groepjes. Net zo oud was de discussie of de maffia een *"associazione per delinquere"* is. 416 C.P. werd regelmatig gebruikt tegen vermoedelijke maffialeden. Toch bestond er behoorlijk wat frustratie over wat ervaren werd als de *"inefficiëntie van het gerechtelijk instrumentarium in de concrete repressie van de maffia"*. De talrijke vrijspraken wegens gebrek aan bewijs vormden daarvan het symptoom. Daarenboven ervoer men 416 C.P. als te abstract om *"heel de maffia-achtige criminele fenomenologie te omvatten"*. Nog belangrijker was echter dat sinds een wet uit 1965 een "preventieve" aanpak van de maffia mogelijk was: in plaats van straffen na veroordeling, "preventieve, vrijheidsbeperkende maatregelen" aan verdachten konden worden opgelegd (*Infra*, Deel V, Hoofdstuk 3). Die wet gaf echter geen omschrijving van maffia, zodat 416bis C.P. welkom was als verduidelijking.

⁷⁰⁶ "Omertà" is meer dan een loutere terughoudendheid of weigerachtigheid mee te werken: MADEO, A., "Riscossione organizzata di tangenti da parte di pubblici ufficiali, intimidazione dei concussi e configurabilità dell'associazione di tipo mafioso, noot onder It. Cass. 10 juni 1989 (Teardi e.a.)", *Rivista italiana di procedura penale* 1990, 1196-1209.

⁷⁰⁷ De dominante interpretatie is dat deze "er" enkel slaat op de intimidatiekracht, niet op de verenigingsband als dusdanig.

Tenslotte was er de evolutie die maffiose groepen hadden doorgemaakt in de tweede helft van de twintigste eeuw. Zoals in de V.S. gingen groepen grote hoeveelheden geld in "legale markten investeren" wat leidde tot een vermenging van "legale en illegale activiteiten". In de ogen van velen dreigden de banden die mensen met mafia onderhielden te ontsnappen aan het traditionele model van 416 omdat dat de nadruk legde op de illegale doeleinden. Art.416 C.P. schoot vooral tekort omdat het geen bijzondere aandacht had voor "*de intimidatorische kracht die voortvloeit uit de verenigingsband*". De "firma mafia" gebruikte die voor het bereiken van resultaten met haar activiteiten die niet noodzakelijk illegaal moesten zijn. Wanneer een maffioos bedrijf deelnam aan een openbare aanbesteding, durfden de geïntimideerde andere ondernemers geen beter bod doen, zodat eerstgenoemde ondanks slechte prijs/kwaliteit-verhouding systematisch contracten in de wacht kon slepen. Die "psychologische druk" moest zich niet steeds concretiseren in een concrete bedreiging, dat wil zeggen in een strafbare gedraging. Praktische bewijsmoeilijkheden bij de aanpak van maffiaverdachten, bijvoorbeeld van het engagement ten aanzien van het verband en de criminele doelstellingen spoorden de wetgever natuurlijk ook aan tot actie.

METHODE- Kenmerkend voor art.416 C.P. is de combinatie van het doel en de organisatie. In vergelijking daarmee vormt de nadruk op de methode, die we eerder al vaker als beslissend criterium in vele politiek-sociologisch omschrijvingen aantreffen (*supra*, Deel I), de grote nieuwigheid in art.416bis C.P.. Een vereniging wordt mafia-achtig wanneer "zij die er deel van uitmaken gebruik maken (*si avvalgono*) van de intimidatiekracht van de verenigingsband en van de toestand van onderwerping en van "*omertà*" die eruit voortvloeit." Deze omschrijving heeft veel kritiek uitgelokt, onder meer omdat allerlei sociologische begrippen zomaar in een strafwet zijn gegoten, zonder dat hun inhoud duidelijk is. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de "*omertà*", de wet van stilzwijgen en weigering met de overheid mee te werken. Wie het bestaan van een "toestand van onderwerping" vermoedt, moet ook bewijzen dat die het gevolg is van de intimidatiekracht van een bepaalde verenigingsband. Dat leidt gemakkelijk tot speculatie in plaats van nuchtere verificatie van "harde" feiten.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDEEL- De strafbare gedragingen zijn zo goed als dezelfde als bij 416 C.P.: deel uitmaken, promoten, leiden of organiseren. Het is de vereniging die anders omschreven is.

SCHULDVORM- Ook het subjectief misdrijfbestanddeel is hetzelfde, opzet dat doorgaans als bijzonder wordt bestempeld .

FUNCTIONALITEIT- Het misdrijf dient vooral als kapstok waaraan allerlei procedurele uitzonderingsregimes gekoppeld worden. Vandaar dat waarnemers beklemtonen dat het eerder om een "instrument" gaat, een uitzonderingswet die de overheid toelaat moeilijk te vatten personen aan te pakken zonder de klassieke bewijslast van het strafrecht te moeten torsen. Aanwijzingen (*indizi*) dat een persoon tot een in 416bis C.P. beschreven vereniging behoort, volstaan, "bewijzen" zijn niet vereist⁷⁰⁸.

2.4.Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief

VERSCHILLENDE- Het misdrijf van 416bis C.P. vormt een beschrijving van een uitermate Italiaanse variant van georganiseerde criminaliteit. De gehanteerde begrippen zijn eerder sociologisch dan juridisch, zodat het misdrijf vaak bekritiseerd is. Het is daarom de vraag hoe zinvol het misdrijf is buiten de Italiaanse context. Bestaat in België wel voldoende grond voor het stemmen van "noodwetten"? In Italië heeft het artikel vooral gediend om een extra-repressief regime op te zetten. Het gaat meer bepaald om een soort preventieve repressie, namelijk het zonder veroordeling maar op basis van verdenking preventief ontnemen van vermogens. Ook andere "preventieve" vrijheidsberovende maatregelen tegen vermoede maffiosi en een extra streng gevangenisregime na veroordeling (in isolatie op eilandgevangenis) koppelde de Italiaanse wetgever aan dit artikel. Tenslotte is het misdrijf in Italië, waar maffiabestrijding een prominent politiek thema is, een belangrijk symbool.

IMPULS- Op internationale fora heeft Italië steeds benadrukt dat het voor iedereen (maar zeker ook voor Italië) beter zou zijn indien andere landen hun voorbeeld zouden volgen. Net zoals RICO in de VS de staatsgrenzen oversteeg, is dat met de *associazione per delinquere* gebeurd voor de regionale grenzen op het schiereiland. Nu hopen de Italianen dat op het de hunne gemodelleerde misdrijven (minstens) binnen Europa de grenzen zullen overstijgen. Daartoe is het nodig dat andere landen vergelijkbare misdrijfomschrijvingen hanteren. Vandaar dat onder Italiaans

⁷⁰⁸ NANULA, G, *op.cit.*, 16-28; *infra* Deel V, Hoofdstuk 3.

EU-voorzitterschap een Gemeenschappelijk Optreden werd uitgewerkt die daarvoor moest zorgen (*infra*)

NUANCERING- Op internationale fora signaleert men vooral de kwaliteiten van het nieuwe misdrijf als "instrument tegen de maffia" en veel minder de talloze theoretische en praktische bezwaren die ook in Italië opgeworpen zijn tegen de associatiemisdrijven⁷⁰⁹.

2.5. Besluit

GEEN GEWONE BENDE- Italië heeft steeds als promotor van de invoering van verenigingsmisdrijven geageerd. Belangrijk is dat naast de gewone bendevorming er nog een ander, nog ernstiger misdrijf komt. Zowel rechtstreeks als via de EU heeft de Italiaanse wet als impuls voor de Belgische overheid gewerkt.

§ 3. Nederland: Art.140, lid 1 Sr. de bende die criminele organisatie heet⁷¹⁰

3.1. Inleiding

ALGEMEEN- Het Nederlands strafrecht behoort tot de zelfde rechtscultuur als het Belgische. Onze Noorderburen hebben zich wel meer losgewrikt uit de Franse invloed en kijken meer dan de meeste Belgen naar Duitsland en de Angelsaksische wereld. Vooral de Vlaamse rechtswereld houdt steeds een oog gericht op wat in Nederland gebeurt. De Nederlanders werkten kort na de Belgen aan hun "nationaal" strafwetboek (het Wetboek van Strafrecht, Sr.) ter vervanging van het Napoleontisch wetboek. De deelnemings- en pogingsleer vertonen wel kleine verschillen, die echter niet van fundamentele aard zijn. Strafbare samenspanning is er, zoals in België, beperkt tot de allerergste misdrijven, zoals aanslag op de Koning of de regering (art.96 Sr.)

BENDEVORMING- De Commissie van rechtsgeleerden die het wetboek voorbereidde, twijfelde over de zin van het overnemen van de bepalingen over

⁷⁰⁹ Voor een typevoorbeeld van dogmatische kritiek: MOCCIA, S., "Aspects regressifs du système pénal italien", *Déviance et Société* 1997, Vol.21, nr.2, (137) 140 e.v..

bendevorming uit het Franse Wetboek⁷¹¹. Zij besloot (3 voor, 2 tegen) het *sui generis*-misdrijf uiteindelijk toch te behouden. De verantwoording was behoorlijk summier. Zo gaf niemand de reden waarom het bestaan van een vereniging die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft al voldoende is en niet moet worden gewacht op (poging tot) een misdrijf⁷¹². De omschrijving van het misdrijf verschilde lichtjes van de Franse, al mikte ze inhoudelijk eigenlijk op dezelfde gedragingen.

VOORTZETTING VERBODEN RECHTSPERSOON- Typisch aan het Nederlandse misdrijf was de toevoeging van een tweede lid. Dat verving een vergelijkbare bepaling in een bijzondere wet, de Wet Vereeniging en Vergadering (WVV) van 1855. Die verbood verenigingen die strijdig waren met de openbare orde. Een specifiek artikel stelde “deelneming” aan dergelijke verenigingen strafbaar “voor zover die niet reeds door de strafwet is beteugeld”. Deze bepaling, die samenhang met het maatschappelijk oproer in het midden van de vorige eeuw, werd dus gecodificeerd in art.140, lid 2 Sr. De WVV en art.140 Sr. werden in 1939 gewijzigd om met nazi-Duitsland sympathiserende verenigingen in Nederland aan te pakken en om ook het misbruik van stichtingen door criminelen te kunnen bestraffen. De toenmalige discussie zou later voor verwarring zorgen. Er werd immers de indruk gewekt dat de “vereniging” van misdadigers, de organisatie, op een burgerrechtelijke vereniging zou slaan. De burgerrechtelijke mogelijkheid om bij rechterlijk bevel bepaalde rechtspersonen te verbieden werd eerst afgeschaft (1976). Later (1988) kwam ze echter terug in art.140, lid 2 Sr. dat specifiek het voortzetten van een verboden en ontbonden verklaarde rechtspersoon strafbaar stelt. Dat lid gaat volgens De Vries-Leemans specifiek over het negeren van een rechterlijke beslissing. Inmiddels had in 1971, de eerder genoemde kleine wijziging aan de WVV er al voor gezorgd dat racistische verenigingen verboden waren.

TOEPASSING- De Vries-Leemans schrijft dat er maar weinig bepalingen in het Wetboek van Strafrecht staan “die, nadat jarenlang het bestaan ervan nauwelijks werd opgemerkt, in korte tijd zoveel actualiteitswaarde hebben gekregen als art.140 Sr.”⁷¹³ Vóór de jaren zeventig werd het slechts sporadisch toegepast: in de negentiende eeuw tegen “socialistische” leiders, in de jaren dertig van de twintigste

⁷¹⁰ Er bestaat een uitstekend en recent doctoraal proefschrift, waar de geïnteresseerde lezer terecht kan: DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 367 p.

⁷¹¹ Over deze boeiende want nog steeds actuele discussie: DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 10-12.

⁷¹² DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 11.

⁷¹³ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 1.

tegen de Indonesische onafhankelijkheidsbeweging. Duitse verzoeken tot uitlevering van leden van de terroristische *Rote Armee Fraction* (RAF) brachten het in de jaren na 1970 opnieuw onder de aandacht. Al vlug bleek dat het misdrijf ook in talloze andere uitleveringszaken (valsemunterij, drugs) voldeed om dubbele strafbaarheidsvoorwaarden te voldoen⁷¹⁴. In jaren tachtig werd het “herontdekt”. Sindsdien treft men het met grote regelmaat aan in tenlasteleggingen: het werd toegepast op koppelbazen zowel als op fraudeurs, op roofovervallers zowel als op krakersbewegingen, op milieumisdrijven zowel als op vredesactivisten. Er bestaat weinig twijfel over dat de toegenomen toepassing van het artikel samenhangt met de toenemende aandacht voor de strijd tegen de (zware) georganiseerde misdaad⁷¹⁵. Het artikel is echter niet beperkt tot georganiseerde criminaliteit. Het uitgebreide toepassingsgebied en de vage omschrijving deden de vrees rijzen dat deze strafrechtelijke “allesmaaiër” misbruikt zou worden. De arrestatie tijdens de Europese Top te Amsterdam (1997) van grote groepen betogers op grond van verdenking van art.140 Sr. gold als typevoorbeeld van het “hellend vlak” waarop men beland was⁷¹⁶. De opgepakte personen werden immers niet vervolgd, laat staan veroordeeld. Belgische parlementsleden zouden later naar dit voorval verwijzen als illustratie van de gevaren van het wetsontwerp betreffende criminele organisaties.

VOORBEREIDINGSHANDELINGEN- De heropleving van art.140 Sr. was nog niet echt op toerental gekomen toen in de jaren tachtig een aantal spectaculaire misdrijven voor beroering zorgden in heel Nederland. De publieke opinie en het parlement ergerden zich enigszins aan de vrijspraak van vermoedelijke kandidaat-overvallers en kandidaat-ontvoerders. De (voor)tijdige tussenkomst van de politie had de beoogde misdrijven gedwarsboomd, maar volgens de rechters was er geen strafbare poging omdat er nog geen begin van uitvoering was⁷¹⁷. De regering greep deze rechtspraak aan om een reeks “voorbereidingshandelingen” als dusdanig strafbaar te stellen.

⁷¹⁴ Bijvoorbeeld wanneer een Amerikaans uitleveringsverzoek gebaseerd is op *conspiracy*.

⁷¹⁵ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 2-5.

⁷¹⁶ COMMISSIE VOOR DE POLITIEKLACHTEN AMSTERDAM-AMSTELLAND, *Onderzoek naar politieoptreden Eurotop Amsterdam juni 1997*, Amsterdam, s.n., 1997, 47-57; Rapport van de nationale ombudsman over de Eurotop: http://www.nationaleombudsman.nl/rapport/eurotop/inhoud_eurotop.html.

⁷¹⁷ 't HART, A., “Poging en voorbereidingshandelingen, noot bij HR 8 september 1987”, *N.J.* 1988, 612.

3.2.Art.140 Sr.: vereniging van misdadiger wordt deelneming criminele organisatie

TEKST- Art.140, lid 1 Sr. luidt: *“Deelneming aan een [organisatie] die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, wordt gestraft met gevangenisstraf van zes jaren of een geldboete van de vijfde categorie⁷¹⁸.”*

Lid 2 zegt dat *“deelneming aan de voortzetting van de werkzaamheid van een rechtspersoon die bij onherroepelijke rechterlijke beslissing verboden is verklaard en deswege is ontbonden wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de derde categorie.⁷¹⁹”* Lid 3 bevat een verzwarende omstandigheid: *“T.a.v. oprichters of bestuurders kunnen gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.”*

GROND- De Nederlandse keuze gebeurde op grond van dezelfde inhoudelijke overwegingen als die aan de Franse en dus ook de Belgische *“association des malfaiteurs”* ten gronde lagen. De formulering *“vereniging die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven waardoor de veiligheid van personen of goederen wordt aangerand”* achtten de wetgevers een nauwkeuriger uitdrukking van wat dat misdrijf eigenlijk wilde bestraffen. De vereisten inzake samenstelling, oogmerken en permanentie van de groep verschillen niet echt van die van het Franse model. Opvallend is dat geen specifieke groep van beoogde misdrijven meer afgezonderd is, alle misdrijven kunnen tot het “doel van de vereniging” behoren. Het groepsverband moet voldoende hecht zijn: het volstaat niet dat de leden ervan incidenteel samen een misdrijf plegen, de groep moet een hele reeks misdrijven beogen. Het zijn die “bendes” die tot stand komen om misdrijven te plegen, die wegens hun loutere bestaan een “misdrijf tegen de openbare orde” opleveren. Het beogen van een *bepaald* misdrijf is niet nodig, begin van uitvoering van een beoogd misdrijf ook niet, evenmin als een persoonlijke betrokkenheid bij een eventueel gepleegd misdrijf. De bende als “strafrechtspersoon” gaat een eigen juridisch leven leiden, los van dat van de samenstellende leden⁷²⁰. De wetgever heeft bij de hervorming van het rechtspersonenrecht het woord “vereniging” in art.140 Sr. vervangen door

⁷¹⁸ Dat is 100.000 gulden (45.378 Euro), de op een na hoogste van de zes boetecategorieën (art.23, 4 Sr.)

⁷¹⁹ Dat is 10.000 gulden (4.537 Euro).

⁷²⁰ *“Eerst indien het samenwerkingsverband een eenheid vormt waarbinnen eigen regels gelden waaraan de individuele deelnemers onderworpen zijn en waarbij van een gemeenschappelijke doelstelling sprake is, kan van een organisatie gesproken worden.”*(DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.* , 33.)

“rechtspersoon”. Dit was volgens de rechtsleer een vergissing, een verkeerd gebruik van een begrip uit het burgerlijk recht. In 1988 kwam er een “rechtzetting” en werd het begrip “rechtspersoon” op zijn beurt vervangen door het begrip “organisatie”. Zoals in andere landen is de rechtspraak heel soepel omgesprongen met de interpretatie van vereisten zoals de bestendigheid van de groep, de beoogde misdrijven of het aandeel van de misdrijven in het geheel van de activiteiten van het samenwerkingsverband.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Het begrip “*deelneming aan de vereniging*” als strafbare gedraging heeft de strafwetgever ontleend aan art.4 van de Wet Vereniging en Vergadering uit 1885. Wat precies dit “open begrip” vult, is niet altijd duidelijk. In de discussie naar aanleiding van de wetswijziging in 1939 zei de Minister van Justitie dat het kon slaan op “*iedere vorm van steun aan de verenigingswerkzaamheden als zodanig*”, dat wil zeggen zelfs het louter bijwonen van een vergadering of het optreden als spreker. Later hebben rechtsleer, rechtspraak en ook de wetgever daar uitdrukkelijk afstand genomen. Het zgn. “Mariënburchtcriterium”⁷²¹ vereist dat de deelnemer “*een zodanige rol [vervult] in een geheel van (voorgenomen) handelingen – welke tegenover derden achter het masker van een rechtspersoon (zullen) plaatsvinden- dat die misdadige rechtspersoon (mede) daardoor functioneert of functioneren kan.*”

De Hoge Raad legt een verband tussen de deelnemingsgedraging en de verwezenlijking van het oogmerk. De betrokkene moet niet alleen behoren tot dat samenwerkingsverband. Bovendien moet hij ook een aandeel hebben in gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie, dan wel deze gedragingen ondersteunen⁷²². Volgens De Vries-Leemans wordt zo collectieve aansprakelijkheid van individuen voor alle misdrijven van alle leden van de organisatie vermeden⁷²³. Toch kunnen gedragingen waarvan de relatie tot het oogmerk van de organisatie ver verwijderd is van het misdadig optreden van die organisatie onder art.140 worden gebracht⁷²⁴. De interpretatie van “deelneming” door de Hoge Raad sluit niet uit dat het om een nalaten, een stilzitten gaat⁷²⁵.

⁷²¹ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 51 met verwijzing naar de relevante rechtspraak.

⁷²² DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 52.

⁷²³ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 53.

⁷²⁴ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 53.

⁷²⁵ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 53.

SCHULDVORM- Het moreel misdrijfbestanddeel in art.140 Sr. is niet meteen duidelijk. Toch kan er volgens de rechtsleer niet getornd worden aan het vereisen van opzet. Vanweg de mogelijke spanning met het legaliteitsbeginsel⁷²⁶ moeten behoorlijke eisen moeten gesteld aan de subjectieve betrokkenheid. Die bestaat uit twee elementen. Enerzijds moet de dader zijn *gedraging* opzettelijk stellen. Wie onwetend of zonder het te willen in de kaart speelt van de criminele organisatie valt dus uit de boot, ook al doet hij of zij dat door onvoorzichtigheid of onzorgvuldigheid. De Vries-Leemans beklemtoont dat het “redelijkerwijs hebben moeten vermoeden” dat men betrokken is bij de activiteiten van de organisatie niet voldoende is. Daarnaast moet er ook opzet bestaan ten aanzien van het *oogmerk* van de organisatie, dat wil zeggen dat men het kent en er willens toe bijdraagt. “*Schuld in die zin dat men van het oogmerk van de organisatie niet op de hoogte was maar dit wel had behoren te zijn, is voor deelneming derhalve niet voldoende.*”⁷²⁷

PROCEDURELE ASPECTEN- Herhaaldelijk is gebleken dat aan het misdrijf van art.140, lid 1 Sr. talrijke procedurele voordelen zitten voor de rechtshandhaving. Eerst en vooral kan bij verdenking een aantal dwangmiddelen zoals huiszoeking, telefoontap, aanhouding buiten heterdaad, inverzekeringsstelling en voorlopige hechtenis worden toegepast. Het Nederlandse strafprocedurerecht koppelt de inzet van dergelijke middelen onder meer aan een strafmaatsdrempel. De straffen voorzien in art.140 Sr. voldoen daaraan. Dat heeft tot gevolg dat maatregelen die bij lichtere misdrijven die *werkelijk gepleegd* zijn, niet kunnen, wel mogelijk zijn wanneer een organisatie diezelfde misdrijven nog maar *beoogt*. De verantwoordelijkheid voor deze “eigenaardigheid” ligt in het eigen-aardig karakter van 140 Sr., de bestendige bedreiging voor de rechtsorde van organisaties die het plegen van misdrijven tot doel hebben. Een beroep op 140 Sr. laat niet alleen toe veel meer mensen die – eventueel van ver - betrokken zijn aan onderzoek te onderwerpen, het schept ook de mogelijkheid die bevoegdheden uit te oefenen vóór het plegen van misdrijven. Vandaar dat talloze rechtsgeleerden het verband hebben gelegd tussen de opbloei van art.140 Sr. en de zogenaamde proactieve recherche. Die auteurs wijzen ook op de mogelijkheid over te gaan tot “massa-aanhoudingen” en op de vergemakkelijking van de bewijsvoering. De “eigenaardigheid” van art.140 Sr. leidt desondanks ook tot een aantal moeilijke interpretatieproblemen inzake samenloop en *bis in idem*⁷²⁸.

⁷²⁶ SWART, A., “Verboden organisaties en verboden rechtspersonen”, L.A. R Emmelink , Arnhem, Gouda Quint , 1987, 607-624 .

⁷²⁷ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 58.

⁷²⁸ Zie voor details: DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 74-88.

INTERNATIONAAL- Ook organisaties die hun hoofdacties buiten Nederland uitoefenen, kunnen niettemin de Nederlandse rechtsorde bedreigen, bijvoorbeeld wanneer de deelnemers in Nederland misdrijven (beogen te plegen). Het tegendeel zou 140 Sr. buitenspel zetten bij internationale georganiseerde criminaliteit. Volgens De Vries-Leemans moeten de beoogde misdrijven dan wel voldoen aan de vereiste van dubbele strafbaarheid. Anderzijds is ook deelneming in Nederland aan een organisatie die beoogt in het buitenland misdrijven te plegen strafbaar op grond van art.140 Sr.

TWEEDE LID- In Nederland kunnen sinds 1976 formele rechtspersonen door de burgerlijke rechter verboden verklaard en ontbonden worden. Wie daarna toch nog deelneemt, is strafbaar op grond van 140, tweede lid Sr. Volgens De Vries-Leemans vormt de miskennis van een rechterlijk vonnis (de verboduitspraak) de kern van de bepaling en heeft dat eigenlijk niet zo veel met het zuivere verenigingsmisdrijf in het eerste lid te maken⁷²⁹.

3.3.Strafbaarheid voorbereidingshandelingen⁷³⁰

IN ALGEMEEN DEEL- Nog voor het gebruik van 140 Sr. piekte had Nederland al een specifiek artikel (46 Sr.) ingevoerd dat voorbereidingshandelingen van bepaalde misdrijven, dat wil zeggen gedragingen die nog aan het begin van uitvoering vooraf gaan, strafbaar stelde⁷³¹. De redenering was dat wanneer de politie de plannen van bijvoorbeeld kandidaat-bankovervallers dwarsboomde (en bij ernstige misdrijven waren ze tot stukmaking verplicht⁷³²) de criminelen gewoon hun werkterrein zouden verleggen. Een spectaculaire ontvoering (dus niet dadelijk een geval van voorbereidingshandelen) was voor de regering de aanleiding om in te gaan op de pleidooien tot strafbaarheid van voorbereidingshandelingen. Het gaat om voorbereidingshandelingen tot alle misdrijven, ook die in bijzondere wetten, waarop

⁷²⁹ Voor een volledige analyse: DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 111-128.

⁷³⁰ REMMELINK, J., *op.cit.*, 413-416; RUTGERS, M., *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, een onderzoek naar de grenzen van het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 373 p.; STRIJARDS, G., *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 209 p.

⁷³¹ "Art.46 - 1. Voorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen kennelijk bestemd tot het in vereniging begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft."

⁷³² DE VRIES-LEEMANS, *op.cit.*, 167.

een gevangenisstraf van 8 jaar of meer is gesteld. De hoofdstraf is de helft van die van het voltooide misdrijf⁷³³. De Vries-Leemans besluit dat een verkeerde inschatting van 140 Sr. aan de basis ligt van de wet. Volgens haar is onvoldoende aangetoond dat de bestaande strafwetgeving inderdaad tekort schoot⁷³⁴. Ze illustreert dat met de uitspraak van de minister dat de bepaling niet tegen eenmansacties gericht is, omdat daar onvoldoende gevaar vanuitgaat.

3.4. Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief

VERSCHILLEN- Eigenlijk verschilt art. 140, eerste lid Sr. enkel in de woordkeuze van ons art. 322 e.v. Sw. De in Nederland vastgestelde voor- en nadelen zijn dezelfde als die van onze bendevoering. Wel heeft Nederland nooit aanvaard dat een vereniging met het oog op één enkele aanslag onder 140 Sr. zou vallen. Dat neemt niet weg dat de leden al vóór de eerste van de aanslagen strafbaar zijn.

IMPULS- Art. 140 Sr. heeft er mogelijks toe bijgedragen dat de Belgische regering ook een misdrijf "criminele organisaties" wilde. Vreemd genoeg leidde dat - misschien omwille van de Italiaanse invloed - niet tot aanpassing van de bendevoering, maar tot een misdrijf naast bendevoering. Ook de idee dat bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit de bestraffing van "voorbereiding" al nodig en verantwoord kan zijn, lijkt aan onze Noorderburen ontleend. België wil dat echter niet in Boek I en laste deze term in de misdrijfomschrijvingen betreffende criminele organisaties in (*infra*, Hoofdstuk 4).

3.5. Besluit

EEN GEWONE BENDE- Hoewel de benaming anders is, komt de Nederlandse strafbaarheid van deelneming aan criminele organisaties eigenlijk overeen met onze bendevoering. Toch zou zij een inspiratiebron kunnen geweest zijn, onder meer qua woordkeuze. Het valt op dat een gebrekkige kennis van de mogelijkheden van 140 Sr. volgens eminente waarnemers waarschijnlijk de reden was waarom Nederland een aparte strafbaarheid van voorbereidingshandelingen in het Algemeen Deel van

⁷³³ "Art. 46, 2. Het maximum van de hoofdstraffen op het misdrijf gesteld wordt bij voorbereiding met de helft verminderd. - 3. Geldt het een misdrijf waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld, dan wordt gevangenisstraf opgelegd van ten hoogste tien jaren. - 4. De bijkomende straffen zijn voor voorbereiding dezelfde als voor het voltooide misdrijf.

⁷³⁴ DE VRIES-LEEMANS, *op.cit.*, 173.

het Wetboek Strafrecht opnam. Het belang van strafbare voorbereiding lijkt ook tot bij de Belgische wetgever doorgesijpeld.

§.4. Europa

4.1. Inleiding

PRIORITEIT- Europa heeft zoals gezegd van de bestrijding van georganiseerde criminaliteit en van de aanpak van EG-fraude politieke prioriteiten gemaakt. De landen van de Europese Unie die over de meest verregaande bepalingen beschikken, willen de overige landen ertoe aanzetten in dezelfde richting mee te stappen. Een efficiënte aanpak van grensoverschrijdende criminaliteit vereist immers samenwerking tussen de gerechtelijke overheden van verschillende landen. De dubbele strafbaarheid vormt een belangrijke voorwaarde opdat samenwerking mogelijk zou zijn. Om de toets van de dubbele strafbaarheid te vergemakkelijken, ijvert de EU ervoor om strafbepalingen op mekaar af te stemmen.

HARMONISATIE- Bij de strafbaarstelling van “betrokkenheid bij criminele organisaties” heeft ook de EU impulsen willen geven om de Lidstaten op één lijn te krijgen. Het meest uitdrukkelijke instrument is een Gemeenschappelijk Optreden in het kader van de Derde Pijler van het EUV, toen nog Samenwerking op het vlak van Justitie en Binnenlandse Zaken getiteld. Daarin bevalen de verzamelde Europese Ministers hun nationale wetgevers (dus ook zichzelf) aan om te werken aan een soort gestandaardiseerde strafbaarstelling van “*deelname aan een criminele organisatie*”. Doch typerend is dat ook het Corpus Iuris, als door academici ontworpen leidraad voor toekomstige nationale en Europese strafwetgevers, zijn paneuropese variant voor de “*association des malfaiteurs*” bevat. Beide documenten dateren van ná de Belgische wet betreffende criminele organisaties zodat van rechtstreekse impulsen niet echt sprake kan zijn. Toch gaat het om documenten die een aantonen dat het om een internationale tendens gaat, een uiting van dezelfde impulsen die de Belgische wetgever tot verandering hebben bewogen.

4.2. Corpus Iuris

GEVAARZETTING- De eerste 7 artikelen van het Corpus Iuris bevatten een reeks van misdrijfomschrijvingen: fraude tegen het budget van de Gemeenschappen,

marktmanipulatie, misbruik van functie of van vertrouwen, bekendmaking van ambtsgeheimen, witwassen en heling. In hun formulering valt het op dat het steeds om gevaarzettingsmisdrijven gaat. De effectieve schade aan het EG-budget is geen constitutief bestanddeel, maar een verzwarende omstandigheid.

BENDEVORMING- De achtste en laatste is “bendevorming- association de malfaiteurs”: “1- Bendevorming ten nadele van het communautaire budget is een misdrijf. 2- Onder bendevorming wordt begrepen het feit dat twee of meer personen zich verenigen en een adequate organisatie creëren met het doel één of meerdere misdrijven uit artt. 1 t.e.m.7 te plegen.” Twee personen volstaan dus al om van een organisatie te spreken. De organisatie moet “adequaat” zijn om de misdrijven te plegen. Voor het plegen van misdrijven als dat van art.1 (het aanbieden van onvolledige of juiste documenten om steun te bekomen), lijkt het bezit van een formulier en een balpen of een postzegel een voldoende organisatie voor het beoogde misdrijf.

GROND- De ontwerpers van het Corpus vinden niet dat daar bijzonder veel uitleg bij nodig is. Volgens hen hebben “de onderzoeken die werden gevoerd” aangetoond dat “handelingen ten nadele van het communautair budget vaak in het kader van erg complexe criminele organisaties worden gesteld”. Die “vaststelling rechtvaardigt de invoering van een misdrijf van bendevorming”. De inspiratie hebben ze gehaald uit het Italiaanse systeem, meer bepaald uit 416 It.Sw. De strafrechtsgeleerden beweren dat ze “het bestaan van een adequate organisatie (...) als constitutief [bestanddeel]” hebben toegevoegd “om te voldoen aan de vereiste van een precieze strafbaarstelling.”⁷³⁵ Tenslotte valt het op dat in de Engelse versie “bendevorming” vertaald werd als “conspiracy”, een vertaling waarin de verschillen tussen samenspanning en bendevorming verloren gaan.

4.3. Gemeenschappelijk Optreden

OPTREDEN- Op 21 december 1998 heeft de Raad op basis van art.K.3 van het Europees Unieverdrag een Gemeenschappelijk Optreden aangenomen⁷³⁶. Over de aard en het verbindend karakter van dergelijke optredens bestond veel

⁷³⁵ DELMAS-MARTY, M. (red.), *Corpus Iuris*, op.cit., 102.

⁷³⁶ Gemeenschappelijk optreden (98/733/JBZ) 21 december 1998 door de Raad aangenomen op grond van artikel K.3. van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de

onduidelijkheid. Eigenlijk ging het om een inspanningsverbintenis van de regeringen ten aanzien van mekaar, omdat de nationale wetgevers uiteindelijk het laatste woord hadden. De regeringen moesten wel de nodige voorstellen voorleggen aan de bevoegde instellingen (art.6) en aan de rest van de EU verslag uitbrengen van wat ervan is geworden. De situatie veranderde ingrijpend doordat het Verdrag Van Amsterdam de Gemeenschappelijke Optredens inruilde voor kaderbesluiten die wel bindend zijn ten aanzien van de nationale parlementen.

CRIMINELE ORGANISATIE- Eerst omschrijft het Gemeenschappelijk Optreden wat eigenlijk een criminele organisatie is. Het gaat om *“een gestructureerde vereniging, die duurt in de tijd, van meer dan twee personen, die in overleg optreedt om feiten te plegen welke strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of met een maatregel welke vrijheidsbeneming meebrengt met een maximum van ten minste vier jaar of met een zwaardere straf, welke feiten een doel op zich vormen of een middel zijn om vermogensvoordelen te verwerven en, in voorkomend geval, onrechtmatig invloed uit te oefenen op de werking van overheidsinstanties.”* De "strafbare feiten" omvatten, aldus het tweede lid van art. 1, de misdrijven waarvoor Europol bevoegd is, mits aan de vereiste drempel qua strafmaat voldaan is. De Lidstaten krijgen vervolgens de keuze om samenspanningsgedragingen, gedragingen die eerder onder *“deelnemen aan een criminele organisatie”* thuishoren of allebei strafbaar te stellen.

SAMENSPANNING- De Lidstaten moeten ervoor zorgen dat er *“effectieve, evenredige en ontradende straffen staan”* op *“de gedragingen van een persoon die erin bestaan dat hij met een of meer personen tot een overeenstemming is gekomen over de uitoefening van een activiteit waarvan de uitvoering neerkomt op het plegen van een in artikel 1 bedoeld strafbaar feit, zelfs indien hij niet deelneemt aan de feitelijke uitoefening van de activiteit.”* De misdrijven van art.1 zijn de door de organisatie beoogde misdrijven (zware misdrijven of misdrijven die op het lijstje van Europol voorkomen). Deze bepalingen geeft de Angelsaksische landen de mogelijkheid om vast te houden aan hun traditionele ruime strafbaarstelling van samenspanning. De laatste zinsnede is eigenlijk overbodig. Als het sluiten van de

strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie in de Lid-Staten van de Europese Unie, *Pb.L.* 351, 29 december 1998.

overeenkomst al strafbaar is, spreekt het vanzelf dat de deelname aan de eigenlijke uitvoering van de (strafbare) activiteit niet nodig is⁷³⁷.

BENDEVORMING- Als alternatief voor uitgebreide strafbaarheid van loutere samenspanning tot het plegen van misdrijven, kunnen de lidstaten ook kiezen voor strafbaarstelling van betrokkenheid bij criminele organisaties (art.2. 1.(a)) Het gaat om het *“gedragingen van een persoon die opzettelijk en met kennis van het oogmerk en van de algemene criminele activiteit van de organisatie dan wel van het voornemen van de criminele organisatie om de betreffende strafbare feiten te plegen, actief deelneemt:*

- *aan de in artikel 1 bedoelde activiteiten van een organisatie; zelfs indien hij niet deelneemt aan de feitelijke uitvoering van de betrokken strafbare feiten en , onder voorbehoud van de algemene beginselen van het strafrecht van de betrokken Lid-Staat, zelfs indien deze niet worden uitgevoerd;*
- *de andere activiteiten van de organisatie, waarbij hij er tevens kennis van heeft dat zijn deelname bijdraagt tot het verwezenlijken van de in artikel 1 bedoelde criminele activiteiten van de organisatie.”*

SAMENWERKING- Of ze nu overgaan tot invoering van deze strafbaarstellingen of niet, de lidstaten moeten alleszins medewerking verlenen aan andere lidstaten die rechtshulp of uitleveringsverzoeken baseren op deze misdrijven.

RECHTSPERSONEN- Het valt op dat het Gemeenschappelijk Optreden net zoals art.140 NI. Sr. van de “strafrechtspersoon” onmiddellijk overstapt naar de strafbare “rechtspersoon”. In art.3 dringt de Raad aan op de strafbaarstelling van rechtspersonen. Hij legt zich erbij neer dat dit in landen als Spanje nog steeds een taboe blijft. Lidstaten moeten er dan maar voor zorgen dat rechtspersonen op een andere manier (burgerrechtelijk, administratiefrechtelijk) aansprakelijk gehouden kunnen worden. In elk geval sluit de aansprakelijkheid van rechtspersonen die van de betrokken natuurlijke personen niet uit en moeten *“effectieve, evenredige en ontradende materiële en economische sancties”* opgelegd kunnen worden.

INTERNATIONAAL- De grootste bekommernis van de Raad van de EU is natuurlijk de aanpak van grensoverschrijdende problemen of het misbruik van grenzen om zich

⁷³⁷ Cfr. DE NAUW, A., *De strafbaarheid ...*, op.cit., 47, beschrijft hoe de passage *“quand même il n’aurait pas été accompagné ni suivi d’aucune infraction”* in 1867 als overbodig uit de

aan de rechtshandhaving van een lidstaat te onttrekken. Art.4 vraagt daarom dat de lidstaten gedragingen strafbaar zouden stellen die plaats hebben op hun grondgebied, waar ook op het grondgebied van de Unie de organisatie gebaseerd is of zijn criminele activiteiten uitvoert of waar ook het misdrijf waartoe samengespannen wordt, plaatsheeft of moet hebben. Dat betekent dat iemand die in België een bestelwagen koopt waarmee twee in Duitsland wonende Grieken afspreken om in Frankrijk een overval te plegen in België strafbaar is, zelfs al komt het hier nooit tot een overval, zelfs nooit tot een poging daartoe.

4.4.Opmerkelijk vanuit Belgisch perspectief

CORPUS- Het meest in het oog springende verschil tussen het voorstel in het Corpus Iuris en de klassieke Belgische bepalingen is dat het Corpus ondubbelzinnig bendevoering (samenspanning en organisatie) met het oog op typische gevaarzettingsmisdrijven strafbaar wil stellen. Het loutere bestaan van groepen die van plan zijn onjuiste inlichtingen in hun subsidie-aanvragen op te nemen of om beleidsmensen of controleurs aan te spreken, vormt volgens de ontwerpers dus al een zo groot gevaar voor de maatschappelijke orde dat zware straffen moeten worden opgelegd. Dat zij die subsidies nooit krijgen of zij de mensen in kwestie uiteindelijk nooit aangesproken hebben, doet er niet toe. Terwijl bendevoering in alle nationale systemen als een uitzonderlijk misdrijf gold, volstaat voor de architecten van het Corpus het argument dat de misdrijven vaak door organisaties worden gepleegd. Het Corpus is een academisch werk dat op korte termijn niet in dwingende normen zal worden omgezet. Als model voor een verenigd Europees strafrecht weerspiegelt het wel een belangrijke tendens: de eenmaking wordt betaald met steeds abstractere misdrijven, waarbij de strafbaarheid steeds verder vooruit schuift.

OPTREDEN- Het Gemeenschappelijk Optreden laat verschillende wegen open. Door het bestaan van 322 e.v. Sw. voldoet België eigenlijk al aan de hoofdvereiste. Wel bevat de tekst ook een aanmoediging om niet moeilijk te doen over landen die met andere bepalingen werken om de collectieve (dimensie van) criminaliteit aan te pakken.

ontwerptekst van bendevoering werd geschrapt.

4.5. Besluit

MEER EN RUIJMER- Europa moedigt de invoering van brede verenigingsmisdrijven, samenspanning en zelfs de strafbaarheid van rechtspersonen aan. De benadering is er één van het "efficiënter maken van de repressie". De harmonisering wordt wel bereikt door zeer abstracte bewoordingen en door het ver vooruitschuiven van de strafbaarheid. De Lidstaten krijgen ook de raad niet moeilijk te doen bij samenwerking met landen die andere mechanismen hanteren.

§ 5. De lange aanloop in het intern recht

VOORPROEFJES- Veel minder dan zich door de rechtssystemen van andere landen te laten inspireren, wilde de Belgische regering toen ze een wetsontwerp met misdrijven « betreffende criminele organisaties » indiende (*infra*, Hoofdstuk 4) voortbouwen op tendenzen in het eigen strafrecht. Ze heeft her en der uit de bestaande strafwetten "bruikbare" ideeën of begrippen gehaald. In deze paragraaf wijzen we erop dat in verschillende specifieke strafwetten eigenlijk al duidelijk de aanzet voor de "nieuwe aanpak" in de misdrijfomschrijvingen tot uiting kwam. Het gaat met name om de drugwet, de witwaswetgeving, de hormonenwet en de misdrijven inzake mensenhandel. In die wetten, maar ook in andere⁷³⁸, die hier niet aan bod komen - kunnen we de aanzet voor een op de organisatie gerichte misdrijfomschrijving herkennen. Er is aandacht voor de preventieve dimensie zowel als voor de collectieve. Daarenboven houdt de wetgever ook rekening met de internationale dimensie van de criminaliteit. Tenslotte kan men niet om de vaststelling heen dat de wetgever steeds meer vormen van tegenwerking van de overheid strafbaar stelt.

5.1. De drugwet

5.1.1. Inleiding : kiem van de veranderingen

KIEM- Deel I leerde hoe vanaf de late jaren zestig, de drugsbestrijding een nieuw elan vond. Zoals zo vaak weerspiegelde de politieke aandacht voor een

⁷³⁸ Cfr. de racismewet: VAN LAETHEM, W., "Ik ben geen racist, maar... de toepassing van de racismewet", *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht*, 1998, dat een verregaand art.3 bevat; of de art.1, 2 en 3 wet van 29 juli 1934 op de privé-militie.

maatschappelijk probleem zich al vrij snel in een verandering van de wet. Vandaar dat de drugwet uit 1921 in de vroege jaren zeventig werd aangepast⁷³⁹. In deze wetswijziging liggen de eerste kiemen van de « nieuwe aanpak ».

ANDERE- Andere elementen waaruit blijkt dat de drugwet een voorlopersrol speelt, zijn de (beperkte) spijtoptantenregeling⁷⁴⁰ en de uitgebreide vermogenssancties. Daaruit blijkt de wil van de wetgever om niet alleen individuen aan te pakken⁷⁴¹, maar ook de « drugsonderneming » zelf. Sancties die niet alleen de veroordeelde treffen, zien het licht : een verbeurdverklaring zonder eigendom, de gedwongen sluiting van drankgelegenheden of andere inrichtingen waar de misdrijven zijn gepleegd.

5.1.2.Aandacht voor de preventieve dimensie

VAN SCHADE...- De drugwet bevat duidelijk gevaarzettingsmisdrijven. Aan illegale drugs op zich is eigenlijk niets goed of kwaad. Iedereen is het er ondertussen over eens dat de lijst van al dan niet verboden substanties enigszins willekeurig is en met sociale, geografische en politieke factoren te maken heeft. Iemand die genees- of roesmiddelen bezit, gebruikt of verhandelt, brengt daarmee nog niemand schade toe. Het is wel zo dat, zoals zovele andere producten, zij vaak schadelijk zijn of kunnen zijn voor de gezondheid van de gebruiker. In logica van krenkingsmisdrijven, was het dus heel begrijpelijk dat het onder dwang of door gebruik van een list toedienen van schadelijke drugs strafbaar is. Vandaar ook dat art. 397 en 402 e.v. Sw. voorzien in de bestraffing van het toedienen van stoffen die de dood of zware schade aan de gezondheid kunnen teweegbrengen, wanneer zij inderdaad schade veroorzaken. De straf is zwaarder naarmate de gevolgen zwaarder zijn (resp. ziekte of arbeidsongeschiktheid, blijvende ziekte of letsel en dood) en naarmate het oogmerk te doden al dan niet aanwezig is. Normalerweise beslist echter de gebruiker zelf of hij zich de drugs toedient of niet.

NAAR GEVAARZETTING- De maatschappij vindt echter dat er geen zelfbeschikkingsrecht bestaat op dit vlak: de druggebruiker maakt geen vrije keuze, het is een (potentieel) verslaafde die tegen zichzelf en de verkopers moet worden beschermd. De goederen zijn dus niet goed of kwaad, maar gevaarlijk. Omdat

⁷³⁹ DE NAUW, A., "Overzicht van rechtspraak-Tien jaar vernieuwde drugwet", *R.W.* 1986-87, 833-852 en "Tien jaar drugwet (1985-1995)", *R.W.* 1996-97, 449-460.

⁷⁴⁰ Art.6 Drugwet, zie *infra*, Deel IV.

verslaafden op nog andere manieren de maatschappij tot last zijn (verwervingscriminaliteit, medische kosten, moeilijke inpassing in het arbeidsproces), legt de maatschappij een taboe op het product. Het rechtsgoed dat de wetgever met de drugmisdrijven tracht te beschermen is dan ook behoorlijk vaag en abstract: niet de gezondheid van de individuele (kandidaat-)gebruiker, maar de volksgezondheid⁷⁴². Het loutere bezit, de invoer enz. van « gevaarlijke stoffen » brengen de volksgezondheid in gevaar.

WASLIJST- Het gevolg is een eerste opvallend kenmerk van de drugwet : de « waslijsttechniek » in de omschrijving van het misdrijf. De wetgever somt allerlei uiteenlopende gedragingen op en stelt er dezelfde straf op: "*overtredingen van krachtens deze wet uitgevaardigde K.B.'s [die betrekking hebben op] de invoer, de uitvoer, de vervaardiging, het vervoer, het bezit, de verkoop, het te koop stellen en het aanschaffen onder bezwarende titel of om niet*". De lijst met die producten staat niet in de wet. Daarvoor verwijst ze naar een apart K.B.

AFGELEID MISDRIJF- Dat is een tweede opvallend kenmerk. Het gaat om een « afgeleid misdrijf » : de misdrijfsomschrijving zelf bevat niet alle nodige elementen, maar verwijst naar een andere norm. In dit geval bevat die de eigenlijke gedragsregel. In de rechtsleer noemt men strafwetten die enkel in de strafbaarheid van regels uit andere wetten voorzien, ook wel « blanco-strafwetten ». Hier past misschien beter de term « zebra-strafwet », omdat een deel van de misdrijfsomschrijving in de drugwet staat (invoer, uitvoer, enz.) en een deel in andere wetten (de K.B.'s). Dat we een dergelijk afgeleid misdrijf aantreffen, is niet zo verrassend : het gaat hier immers om het bijzonder strafrecht⁷⁴³. Omdat bepaalde geneesmiddelen en andere substanties een bijzonder effect kunnen hebben op de volksgezondheid (en omwille van de belangrijke tussenkomst van de overheid in de kosten), heeft de overheid de markt streng geregeld. Eigenlijk machtigde de wetgever met de wet van 1921 de regering om een riskante economische markt

⁷⁴¹ Wel op het individu gericht is het beroepsverbod voor mensen uit de (para)medische wereld en van exploitanten van drankgelegenheden of andere inrichtingen (art.4, §§2 en 3.).

⁷⁴² Art.8, lid 2 EVRM laat de inmenging van het openbaar gezag toe in het privéleven voor zover dergelijke inmenging bij wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is, onder meer voor de bescherming van de gezondheid van anderen. Deze uitzondering is geldig inzake vervolging wegens het bezit van drugs (ook voor eigen gebruik) aangezien dit door de Drugwet strafbaar werd gesteld in het belang van de volksgezondheid (Cass. 7 februari 1990, *Pas.* 1990, I, 581.) Cfr. Arbitragehof 18 november 1998 (nr.114/98), *B.S.* 1999, 2836-2839.

⁷⁴³ In Duitsland spreekt men van "bijkomstig strafrecht" (*Nebenstrafrecht*), wat een soort superioriteit van het "echte" strafrecht in het Wetboek lijkt te impliceren.

(invoer, uitvoer, bezit, verkoop, e.d.) te regelen⁷⁴⁴. De strafbepaling kwam pas achteraf, als stok achter de deur die de toepassing van die wet moet waarborgen, helemaal niet als de « kern » van de wet⁷⁴⁵. De auteurs van de wet waren eerder geïnteresseerd in de geneeskundige sector dan in de strafrechtelijke en springen daarom minder respectvol om met de klassieke strafrechtelijke dogma's. Zij staan niet echt stil bij begrippen als « opzet » of « schuld » t.a.v. « veroorzaking » van « gevolgen ». Bij het opstellen van de wetten beseffen zij waarschijnlijk ook niet dat zij een sluipende revolutie doorvoeren. Eerst moest het krenkingsmisdrijf (gedwongen toediening) plaats maken voor een consensueel misdrijf (koop-verkoop). Dat moest op zijn beurt weer de baan ruimen voor een eenzijdige gedraging die mogelijk tot een consensueel misdrijf zou kunnen leiden (aanbod tot verkoop en louter bezit). De overlappingen vallen op : bezit zonder verwerving lijkt bijvoorbeeld niet vanzelfsprekend. Het maxime is een van *overkill*: beter te veel strafbaar stellen dan te weinig, want het is al zo moeilijk te bewijzen. In het bijzonder strafrecht is de verdraagzaamheid ten aanzien van « onorthodox » of zelfs « heterodox » strafrecht groter. De normen zijn immers gericht op een kleine groep van gespecialiseerde personen, die goed genoeg weten waar het om draait. Zo kan men van geneesheren, apothekers of mensen uit de farmaceutische sector een bijzondere aandacht verwachten voor de regels uit de geneesmiddelen- en drugwetgeving. Het gaat om een kleine poel, met water dat strafrechtelijk misschien een beetje troebel is, maar veilig ingedijkt en afgezonderd zit.

DRUGSTRAFWET- Nochtans is in de loop de jaren de drugshandel in de ogen van het publiek en het beleid uitgegroeid tot één van de grootste symbolen van « het kwaad » in onze maatschappij, één van de grootste prioriteiten van het strafbeleid. En daarom maakt de wetgever in 1975 van een wet inzake medicijnen en soortgelijke gevaarlijke stoffen een echte drugsbestrijdingswet, een zware strafrechtelijke aanpak van gebruik en handel van illegale drugs. Hoewel formeel de drugswet een aparte poel van bijzonder strafrecht blijft, sijpelt het troebel water massaal door naar het « gewone » strafrecht en soms loopt het openlijk over de dijk... Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer de wetgever uitdrukkelijk verbindingen legt

⁷⁴⁴ Toch was die wet het resultaat van een internationale campagne voor "drugsdrooglegging".

⁷⁴⁵ Vanzelfsprekend gaat het niet om een zwart-wit-situatie: vooral de problemen met opiumverslaving hebben aan de wet markante prohibitionistische tintjes gegeven. In 1919 had trouwens de socialist Vandervelde al met een strenge wet getracht de alcoholverslaving, die vooral – maar geenszins uitsluitend - in de arbeidersklasse een probleem vormde, aan te pakken.

tussen de drugwet en Boek II van het Strafwetboek (zoals bij het begrip vereniging, *infra*).

VOORUITSCHUIVEN STRAFBAARHEID- De aanpak schuift ook steeds verder vooruit. Naast de mogelijk verslavende drugs breidt het verbod zich uit tot de planten waaruit die drugs kunnen worden gehaald. Omdat bij het verwerken van grondstoffen tot drugs een aantal chemische stoffen nodig zijn, heeft de mondiale drugsbestrijding getracht deze logistieke zwakheid van de criminelen uit te buiten en de mogelijke symbiose met de «nette» chemische sector te stoppen. De handel in deze producten, zogenaamde drugsprecursoren, wordt strikt gereguleerd en op inbreuken staan zware straffen⁷⁴⁶.

KRENKING ALS VERZWARENDE OMSTANDIGHEID- De wetgever vat een typisch geval van krenking van een rechtsgoed niet als basismisdrijf, maar als verzwarende omstandigheid bij het drugmisdrijf op. Art.2bis, § 2, b) voorziet immers strafverzwaring wanneer het gebruik ten gevolge van het drugmisdrijf blijvende ziekte, letsel of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt. Art. 2bis, § 3, c) doet er nog een schep bovenop wanneer het gebruik iemands dood veroorzaakt. De straffen zijn dezelfde als die voor vergelijkbare gedragingen in het Strafwetboek zelf : art.403 en 404 Sw. respectievelijk, over het opzettelijk toedienen van stoffen die kunnen doden of de gezondheid zwaar kunnen schaden⁷⁴⁷. Daar moet de dader de stof opzettelijk toedienen aan het slachtoffer (in 404 Sw. volstaat schuld voor het veroorzaakte gevolg : de dood⁷⁴⁸). De drugwet breidt die straf uit tot al de gevaarzettingsgedragingen die zij zelf bevat. De wetgever stelt de invoerder of verkoper van drugs dus gelijk aan de « toedieners » van die drugs. Normalerwijze valt er immers veel te zeggen voor het argument dat de vrije keuze van de druggebruiker om zich bepaalde stoffen toe te dienen, het onmogelijk maakt de verkoper, invoerder of producent als « toediener » te beschouwen. Hij zou slechts veroordeeld kunnen worden wegens onopzettelijke doodslag (419 Sw.), met een maximum van twee jaar gevangenisstraf (plus geldboete). Die straf is lager dan de

⁷⁴⁶ **VERWIJZING**

⁷⁴⁷ Een strenge rechter kan in bepaalde omstandigheden oordelen dat er zelfs sprake is van vergiftiging (art.397 Sw.), omdat er eventueel opzet aanwezig is. Wanneer een dealer bijvoorbeeld weet dat een dosis heroïne uitzonderlijk puur is en hij niettemin zonder enige waarschuwing de gewone dosis verkoopt, neemt hij de mogelijke dood van de gebruiker « op de koop toe ». Art. 397 Sw. voorziet daarvoor de zwaarste straf : levenslange opsluiting en slorpt dan conform art.65 Sw. de lichtere straf van de drugwet op.

⁷⁴⁸ Indien het opzet tot doden bestaat en de dood inderdaad intreedt, gaat het om het misdrijf vergiftiging van art.397 Sw..

drie (art.2 drugwet) of vijf (art.2bis drugwet) jaar voor het loutere gevaarzettingsmisdrijf en zou dus opgeslorpt worden. Het veroorzaken van de dood (mede) door het drugs misdrijf zou dan (in de ogen van de wetgever) straffeloos blijven. Hoewel het verlies aan belang van de gevolgen het logisch gevolg is van het naar voor schuiven van de strafbaarheid, bevalt die situatie de wetgever niet. De effectieve schade aan een concreet rechtsgoed, die verdwenen is als beslissend criterium voor strafbaarheid, komt terug als grond voor strafverzwaring.

5.1.3.Aandacht voor de collectieve dimensie

VERENIGING- Voornoemde verzwarende omstandigheden geven aan hoe de idee van « preventief straffen » veld wint. Uit een andere verzwarende omstandigheid blijkt dat Amerikaanse en internationale impulsen ook leiden tot een bijzondere aandacht voor de organisaties die achter de drugsvoorziening zitten. Art.2bis, § 3, b van de drugwet maakt van het feit dat een drugsmisdrijf (zoals bezit, verkoop, uitvoer, e.d.) een daad van deelneming uitmaakt aan de hoofd- of nevenactiviteit van een vereniging, een verzwarende omstandigheid van dat misdrijf. In dat geval zijn de misdrijven immers ernstiger voor de maatschappij. De hoven en rechtbanken gebruiken, op grond van de toelichting tijdens de parlementaire voorbereiding⁷⁴⁹, de interpretatie van bendevoorming in het Strafrecht dan ook om na te gaan of aan de verzwarende omstandigheid van "vereniging" in de drugwet voldaan is⁷⁵⁰. De volgende paragraaf (art. 2bis, § 4, b) voorziet een « nog-meer-verzwarende » omstandigheid, namelijk het hebben van de « hoedanigheid van leidend persoon » in dergelijke vereniging.

DRUGBENDE- Door de betrokkenheid van een vereniging bij een drugsmisdrijf als een verzwarende omstandigheid op te vatten, zaait de wetgever verwarring. Normalerweise maakt iemand die drugsmisdrijven pleegt in het kader van een bende, zich schuldig aan dat misdrijf zowel als aan bendevoorming. De gewone regel voor dergelijke situaties is die van de eendaadse samenloop : art.65 Sw. Dat zegt dat slechts één straf, namelijk die van het zwaarste misdrijf, mag opgelegd worden. Dit komt er op neer dat de straf van het zwaarste misdrijf eigenlijk die van de andere misdrijven zal « opsloppen ». Omdat op bendevoorming een lichtere straf staat, zal de zwaardere straf van het effectief gepleegde misdrijf de lichtere straf « neutraliseren ». Het afzonderlijke misdrijf bendevoorming heeft dan geen « toegevoegde waarde ».

⁷⁴⁹ *Parl.St., Senaat 1974-75, nr.454/2, verslag Lepaffe, 2.*

Dat is niet helemaal onlogisch, omdat de historische rechtvaardiging van de art. 322 e.v. Sw. precies ligt in hun « preventief » karakter : zij moeten voorkomen dat het tot krenkings- of consensuele misdrijven komt. Eens die misdrijven er zijn, staan de straffen in verhouding tot de werkelijk aangerichte schade aan rechtsgoederen. Indien de wetgever aan het « extra sociaal gevaar » dat blijkt uit het gezamenlijk optreden van de daders ook een « extra ontradende straf » wil koppelen, liggen er eigenlijk twee wegen open.

MEERDAADSE SAMENLOOP- De eerste is die van de meerdaadse samenloop (art.60-62 Sw.), maar daar hebben rechtspraak en rechtsleer stokken in de wielen gestoken. Aangezien bendevoorming en drugsmisdrijven verschillende rechtsgoederen beschermen, kan de rechter vaststellen dat het om twee afzonderlijke misdrijven gaat, zodat de regels van de meerdaadse samenloop van toepassing zijn. Dit laat een beperkte cumul toe van de respectieve straffen op elk van die misdrijven toe, zodat de uiteindelijke straf zwaarder kan zijn. Helaas zal dit slechts uitzonderlijk kunnen. Niet alleen zal er vaak eendaadse samenloop zijn, omdat het drugsmisdrijf precies de enige (bewezen) bijdrage aan de bende vormt. Daarenboven zal in andere gevallen de rechter vaak « eenheid van crimineel opzet » vaststellen, zodat op grond van de leer van het collectief misdrijf de regels van straftoemeting bij eendaadse samenloop bij analogie toepassing vinden. Opnieuw gaat dan van de straffen op bendevoorming geen extra ontrading uit.

OBJECTIEVE VERZWARENDE OMSTANDIGHEID- Het voor de hand liggend alternatief is dan ook het invoeren van de pluraliteit van deelnemers als verzwarende omstandigheid bij afzonderlijke misdrijven (*supra*, Hoofdstuk 1, 2.2.). Toch leidt, wanneer een verzwarende omstandigheid bestaat in een gedraging die op zichzelf al strafbaar is, dat onvermijdelijk tot verwarring met (eendaadse) samenloop van misdrijven. De al vermelde controverse in de rechtsleer over de « doodslag bij diefstal met geweld en bedreiging » illustreert dat duidelijk. De rechtspraak en de meerderheid van de rechtsleer geloven dat de doodslag een verzwarende omstandigheid is, meer bepaald een « objectieve ». Bijgevolg is zij toepasselijk op alle deelnemers, zelfs op de deelnemers wier deelnemingsopzet zich niet uitstrekt tot die verzwarende omstandigheid. Verhaegen en Henneau-Hublet daarentegen betogen dat doodslag ter vergemakkeling van diefstal eigenlijk een geval is van eendaadse samenloop waar de wetgever een uitzondering heeft gemaakt op art.65

⁷⁵⁰ DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 113.

Sw.⁷⁵¹. Hij wilde in dat geval immers een zwaardere straf voor de combinatie van deze twee ernstige misdrijven dan louter de zwaarste van die twee misdrijven. De wetgever zou zich dus uitzonderlijk hebben verzet tegen de opslorping van de straf voor het lichtere misdrijf door die voor het zwaardere. Een dergelijke lezing, dat het eigenlijk gaat om « een eendaadse samenloop tussen twee misdrijven, bij wet in de vorm van een verzwarende omstandigheid gegoten »⁷⁵², voldoet veel beter aan de vereiste van persoonlijke schuld als voorwaarde voor strafbaarheid. Dan moet de feitenrechter voor elk van de deelnemers immers nagaan of zij aan het vereiste schuldbestanddeel voldoen. Volgens Verhaegen en Henneau-Hublet kunnen de deelnemers bij wie het deelnemingsopzet ontbreekt voor de moord, bijvoorbeeld omdat zij gedwaald hebben over het gebruik van wapens, dan enkel voor de diefstal met geweld en bedreiging worden bestraft.

GEEN BENDE IN ZIN 322 e.v. SW.- Dat het invoeren van bendevorming als verzwarende omstandigheid bij drugsmisdrijven tot vergelijkbare verwarring heeft geleid, wekt dan ook weinig verbazing. Sommige auteurs menen dat bendes gevormd met het oog op drugsmisdrijven niet strafbaar zou zijn op grond van 322 Sw.⁷⁵³ Bij de invoering van bendevorming sloeg « aanslagen tegen personen of eigendommen » immers op alle misdaden en wanbedrijven in het Strafwetboek. Nu de drugsmisdrijven niet alleen buiten dat Strafwetboek blijven, maar eigenlijk misdrijven zijn tegen de volksgezondheid, blijven zij volgens die auteurs buiten het toepassingsgebied van 322 e.v. Sw. De drugsmisdrijven zijn zelf al consensuele of eenzijdige gevaarzettingsmisdrijven, waarbij *mogelijke* schade aan een *abstract* rechtsgoed de strafbaarstelling rechtvaardigt (*supra*)⁷⁵⁴. De afstand tussen de geïndiceerde gedragingen en werkelijke schade aan tastbare individuen is soms nog behoorlijk groot. Bij gebruik van deelneming⁷⁵⁵ en poging⁷⁵⁶ geldt dat *a fortiori*. De

⁷⁵¹ VERHAEGEN, J., "Le vol avec meurtre: un "conours idéal" érigé par loi en circonstance aggravante subjective", *Rev.dr.pén.* 1997, 185-195.

⁷⁵² VERHAEGEN, J., *op.cit.*, 185.

⁷⁵³ MAHIEU, W., "Drugs: de straffen" in: *Comm.Sr.Sv.*, nr.9; LUYTEN, D. en BOUTMANS, E., *Drugs*, Antwerpen, 1981, 167.

⁷⁵⁴ Vandaar dat wij sceptisch staan ten aanzien van DE NAUW en DERUYCK (*op.cit.*, 117), wanneer zij met Bodson de "vereniging" bij drugsmisdrijven vergelijken met de "voorbedachtheid": "*l'existence d'une association permettant de démontrer l'existence d'un iter criminis complet*". Wij geloven dat bij gevaarzettingsmisdrijven er nauwelijks nog sprake kan zijn van een "iter criminis": *infra*, Hoofdstuk 5 onze koorddanstheorie.

⁷⁵⁵ Art.6 Drugwet maakt heel Boek I, met inbegrip van de deelneming toepasselijk op de drugwet. Zo kan iemand die een drugkoerier vergezelt, om hem te controleren, noodzakelijk zijn in de *modi operandi* van drugtraffieken en kan hij dus veroordeeld worden (Cass. 14 januari 1997, nr.P.96.1469.N, *Arr. Cass.* 1997, 65, *R.W.* 1998-99, 434).

⁷⁵⁶ Op de misdrijven van art.2bis, §2-4 staan criminele straffen zodat de poging strafbaar is overeenkomstig art.52 Sw. (Cass.17 oktober 1990, *J.T.* 1991, 581.)

toepassing op dergelijke abstracte gevaarzettingsmisdrijven van het abstracte gevaarzettingsmisdrijf bendevoering betekent een « abstractie in het kwadraat », met alle nodige bezwaren vandien inzake rechtszekerheid en rechtsbescherming . Vanuit het legaliteitsbeginsel valt dergelijke misdrijfomschrijving dan ook te verwerpen⁷⁵⁷. Sommige auteurs delen blijkbaar deze bekommernis niet en vinden het zelfs « *évident que la législation sur les stupéfiants concernent des infractions contre les personnes* »⁷⁵⁸. Dit heeft vooral belang wanneer de betrokkenheid van een verdachte bij het drugmisdrijf zelf niet bewezen kan worden (maar wel bij voorbereidingshandelen of belemmering van de rechtsgang achteraf) en wanneer verdachten wel bij de bende, maar niet bij het concrete drugsmisdrijf betrokken zijn.

5.1.4.Aandacht voor de internationale dimensie

INTERNATIONALISERING- Het valt ook op dat de uitvoer van drugs strafbaar gesteld wordt. Nochtans heeft de Belgische volksgezondheid daar hoegenaamd geen baat bij. Het meest voor de hand liggend argument, dat men in staat moet zijn om iemand die België wil verlaten en aan de grens door de Belgische autoriteiten met een valies vol drugs betrapt wordt, te kunnen straffen, houdt geen steek. Eerst en vooral komt het de buitenlandse overheid, die over de volksgezondheid op haar grondgebied moet waken, toe om de invoer te beletten. Daarenboven kan men slechts drugs uitvoeren uit België, wanneer men ze hier ofwel ingevoerd, vervaardigd of zich aangeschaft heeft (al dan niet tegen betaling). Deze (overbodige) strafbaarstelling heeft dan ook vooral een politieke signaalfunctie. Ons land drukt er mee uit dat het zich mee wil inspannen in de strijd tegen internationale drughandel, zelfs al brengt de crimineel hier niets of niemand in gevaar. Door ook uitvoer strafbaar te stellen helpen wij niet alleen onze volksgezondheid, maar die van de hele wereld te beschermen. En wij rekenen erop dat de rest van de wereld hetzelfde zal doen en door de uitvoer te beletten ook ons grondgebied te vrijwaren van drugs. De ijver om te straffen bereikt bij internationaal akkoord de grenzen van de obsessie. Zo heeft een Verdrag van de Verenigde Naties landen ertoe aangezet om bij de uitvoer van land A naar land B en dus invoer uit land A in land B als twee aparte misdrijven te behandelen. De twee landen moeten dus eendaadse samenloop

⁷⁵⁷ Nog andere argumenten steunen een dergelijke lezing. Zo voert de drugwet een eigen strafverzwarend regime in voor wie « leiding geeft » en valt het niet gewoon terug op 323 Sw. dat gaat over « aanstokers », « hoofden » en « bevoerders ». Ook voor « spijtoptanten » wijkt de drugwet af van 326 Sw.

⁷⁵⁸ Aldus DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 113, met verwijzing naar DE SWAEF, MARCHAL en JASPAR. “*Vanzelfsprekend*” lijkt ons alleszins een overmoedige woordkeuze.

uitsluiten en elk het misdrijf bestraffen zonder rekening te houden met de straffen voor het andere "deel van het traject"⁷⁵⁹.

5.1.5. Aandacht voor de tegenwerking

OBSTRUCTIEMISDRIJF- Opmerkelijk, in het licht van de contrastrategieën die criminele organisaties plegen te hanteren, is art.8 Drugswet. Dat gaat immers niet over drugs, maar over het belemmeren van controles op of onderzoeken naar legale en illegale medicijnen en roesmiddelen. De gedraging die strafbaar wordt is « *het zich niet lenen tot of zich verzetten tegen bezichtiging, inspectie of monsterneming door politie, douane of bij K.B. aangewezen inspectie-ambtenaren* ». Wanneer het gaat over drugs die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen of planten waaruit deze stoffen kunnen worden getrokken, staat daarop een gevangenisstraf van drie maanden tot vijf jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 100.000 frank. Wanneer de onderzoekers geen drugs vinden, omdat zij bij hun onderzoek gehinderd zijn, riskeert de persoon die roet in het eten gooit, dus zware correctionele straffen.

5.2. Witwaswet

5.2.1. Inleiding

UITGEBREIDE WETGEVING- Eigenlijk is de strijd tegen het witwassen één van de grote assen van de internationale aanpak van georganiseerde criminaliteit, namelijk de vermogensgerichte benadering. Op vrij korte termijn heeft België een indrukwekkend, en - volgens de rechtsleer - misschien niet altijd gelukkig doch niettemin erg vernieuwend wettelijk kader ontworpen (*infra*, Deel V).

5.2.2. Aandacht voor preventieve dimensie

WET 1993- De strafbaarstelling van witwassen in 1990 werd in 1993 aangevuld met een andere wet, de zogenaamd "administratieve witwaswet". Die legt financiële instellingen een aantal verplichtingen op waarmee witwaspraktijken vermeden of opgespoord zouden kunnen worden. Zij moeten alle transacties registreren en die

⁷⁵⁹ De basis hiervoor is art.36, §2, a van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, opgemaakt te New York op 30 maart 1961 en goedgekeurd bij Belgische wet van 20 augustus 1969. Cfr. Cass. 5 juni 1990, Nr.4566. Voor een recente toepassing: Cass. 29 juni 1999, Arr. Cass.1999, nr.408.

gegevens gedurende vijf jaar bewaren. Bovendien moeten ze verdachte transacties melden, waarna die eventueel kunnen worden verboden ⁷⁶⁰.

5.2.3. Aandacht voor de collectieve dimensie

INVESTEERDERS, HELERS EN HULP ACHTERAF- De criminologisch-politieke « ontdekking » van het fenomeen witwassen is een uitloper van de strijd tegen de drugshandel, waarmee sommigen duidelijk reusachtige winsten maken. Al vlug beseftte elke waarnemer dat voor de winsten uit andere misdrijven gelijkaardige (ver)werkwijzen gehanteerd worden. De Code Napoleon bestrafte helers nog als deelnemers, maar onze wetgever verzelfstandigde heling en verberging tot aparte misdrijven (*supra*, Hoofdstuk 1). Helers spelen een belangrijke rol voor de daders van de « klassieke » (krenkings)misdrijven (*supra*, Hoofdstuk 2). Vandaar het belang van de wetten van 17 juli 1990 en 7 april 1995 die art.505 Sw. hebben "aangevuld". Dat de internationale inspiratie heeft doorgewerkt in de formulering, staat buiten kijf. In Deel V komen we terug op deze wetten, maar enkele opmerkingen zijn hier al nodig. Omdat het om een veelbesproken stuk wet gaat, kennen de meesten mensen uit rechtshandhaving, rechtsleer en wetgevende macht ze vrij goed. Vandaar dat er bij de redactie van latere wetten naar verwezen of teruggegrepen wordt en we begrippen en formuleringen herkennen in de wetteksten.

OVERNEMERS- Het nieuwe art 505, 2° Sw. stelt person en strafbaar »*die [vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of inkomsten uit de belegde voordelen] hebben gekocht, in ruil of om niet hebben ontvangen, in bezit, bewaring of beheer hebben genomen, ofschoon zij de oorsprong ervan kennen of moesten kennen* ». De materiële gedraging lijkt zo "weggelopen" uit het bijzonder strafrecht: "*kopen, in ruil of om niet ontvangen, in bezit, bewaring of beheer nemen*". Ook de gelijkenis met de drugwet valt op: op "vermogensvoordelen" komt een strafrechtelijk taboe vergelijkbaar met dat op drugs: iedereen moet er zoveel mogelijk van weg- en afblijven. Het schuldbestanddeel van het misdrijf is aanwezig als de persoon die koopt, in ruil of om niet ontvangt, enz., dat doet terwijl hij de oorsprong kent of moest kennen. De wetgever verduidelijkt dus enkel de kenniscomponent van het schuldbestanddeel en zwijgt over de wilscomponent, zodat volstaat dat de koop, ruil e.d. vrijwillig is.

⁷⁶⁰ Cfr. STESENS, G., *De nationale...*, op.cit., 165-253.

OMZETTERS- Art.505, 3°breidt de strafbaarheid uit tot personen die *"[vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of inkomsten uit de belegde voordelen] omgezet of overgedragen hebben met de bedoeling de illegale herkomst ervan te verbergen of te verdoezelen of een persoon die betrokken is bij een misdrijf waaruit deze zaken voortkomen, te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden»*. De materiële gedraging hier is het omzetten of overdragen van vermogensvoordelen. Het moreel misdrijfbestanddeel is echter bekijzenswaard in het licht van wat we over criminele organisaties gezegd hebben. De "omzetter" of "overdrager" moet dat omzetten of overdragen doen ofwel *"om de illegale herkomst van de vermogensvoordelen te verbergen of te verdoezelen"* of *"om een persoon die betrokken is bij een misdrijf waaruit deze zaken voortkomen, te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden"*. Hier lijkt het duidelijk te gaan om een vorm van « hulp achteraf », « deelneming na de feiten », want het moreel element vertoont grote gelijkenissen met deelnemingsopzet.

VERBERGERS-Tenslotte maken ook *"zij die de aard, oorsprong, vindplaats, vervreemding, verplaatsing of eigendom van [vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of inkomsten uit de belegde voordelen] hebben verheeld of verhuld, ofschoon zij de oorsprong ervan kenden of moesten kennen,»* zich schuldig aan dit zwaar bestraft wanbedrijf. Daarmee valt zowat iedereen die van dichtbij of van ver betrokken is bij de "verwerking" van de buit of de opbrengsten van criminele activiteiten onder de strafwet. Zowel hij die weet het geld dat hij op de bank zet, zwart is, als hij die "zwart" geld ten onrechte aangeeft als legitieme inkomsten of wie de sleutel van een kluis met verdachte inhoud bewaart, vallen eronder.

GEVAARZETTINGSMISDRIJVEN- Ons strafrecht bekeek heling oorspronkelijk als een begunstigingsmisdrijf, vandaar dat het bij de verberging van criminelen gerangschikt stond. Het rechtsgoed dat de wetgever wilde beschermen, was eigenlijk gewoon dat van het basismisdrijf. De rechtvaardiging voor het straffen van wie achteraf helpt, was de aloude wens dat « criminaliteit niet mag lonen ». Doordat men de band met dat basismisdrijf en zijn daders echter zowat helemaal losmaakt, rijst de vraag naar het eigen rechtsgoed dat het witwasmisdrijf zou beschermen. Opnieuw ligt het antwoord niet voor de hand. Geen van de traditionele rechtsgoederen (eigendom, personen, persoonlijke vrijheid,...) lijkt onmiddellijk

schade te lijden. Meestal komt men tot heel vage rechtvaardigingen, zoals het beschermen van de legitieme economie⁷⁶¹ of het ontraden van criminaliteit in het algemeen. Daarmee zitten wij bij rechtsgoederen die nog een stuk vager en abstracter zijn dan het "voorkomen van schade aan de volksgezondheid". Het zal dan ook niet zoveel verbazing wekken dat de nieuwe versie van 505 Sw. in de wereld van de rechtshandhaving een aantal fervente aanhangers telt, doch in de rechtsleer erg veel kritiek heeft uitgelokt (*Infra*, Deel V).

WASLIJST- Art.505 Sw. is uitermate breed geformuleerd. Ook hier staat opnieuw een waslijst van gedragingen die de wetgever allemaal met mekaar gelijkstelt. De eerste bekommernis van de wetgever was kennelijk vooral om toch maar geen enkel mogelijk achterpoortje open te laten. Wij hebben het vroeger al eens een « wetgevend tapijtbombardement » genoemd⁷⁶² dat alles platgooit, zonder de precieze doelwitten te selecteren en de "onschuldige" omwonenden te sparen. Het dekt dan ook de meeste mensen die betrokken zijn bij criminele organisaties, want die zullen vroeg of laat in contact komen met vermogensvoordelen uit misdrijven en zullen hun best doen omdat te verbergen.

AFGELEIDE MISDRIJVEN- Opnieuw staan we voor afgeleide misdrijven. In de misdrijfomschrijvingen zit steeds een verwijzing naar art.42, 3°, dat wil zeggen een verwijzing naar vermogensvoordelen uit een ander misdrijf (*infra*, Deel V). Net zoals bij deelneming moet er een strafbaar hoofdfeit bestaan. Doch anders dan bij deelneming mag het voor 505, 2°-4° Sw. ook om een o vertreding gaan en moet gekeken worden naar de strafbaarheid *in concreto*. De constitutieve schuldbestanddelen in de opeenvolgende leden van 505 Sw. verschillen zoals gezegd ook van een deelnemingsopzet.

5.2.4.Aandacht voor de internationale dimensie

HARMONISATIE- Vanwege het wezenlijk internationaal karakter van de hedendaagse financiële wereld heeft ook witwasbestrijding slechts zin op internationale schaal. De wetgeving tegen witwassen ligt in de lijn van talloze

⁷⁶¹ We zouden kunnen zeggen dat hiermee vereisten inzake onkreukbaarheid, die de staat traditioneel kan opleggen aan zijn vertegenwoordigers, de ambtenaren, nu veralgemeend worden, tot alle rechtsonderhorigen. *Cfr.* wat gebeurt inzake corruptie, een misdrijf dat nu ook uitgebreid is tot de private economische activiteiten.

⁷⁶² VERBRUGGEN, F., "Gebrek aan toestemming als constitutief bestanddeel bij verkrachting van een mentaal gehandicapte minderjarige", *A.J.T.* 1995-96, 473.

internationale initiatieven. Behalve het Verdrag van Wenen uit 1988 stimuleren ook het Verdrag van Straatsburg (Raad van Europa) en een EG-richtlijn de nationale overheden tot witwasbestrijding. Onder impuls van een internationale groep van experts (GAFI-FATF) wordt voortdurend gewaakt over de bijstelling van de wetgeving en - belangrijker - de praktijk (*infra*, Deel V, Hoofdstuk 3).

5.2.5. Aandacht voor de tegenwerking

OBSTRUCTIEMISDRIJVEN- Een aantal gedragingen, zeker die van het verhelen of verhullen van aard, vindplaats e.d. van vermogensvoordelen uit misdrijven, hebben dikwijls weinig of niets met de oorspronkelijke misdrijven te maken⁷⁶³. In feite zitten wij ook hier al heel dicht bij misdrijven die onder de noemer "belemmering van het onderzoek" kunnen vallen. De meeste gedragingen dragen ertoe bij dat het onderzoek naar de dader(s) van het oorspronkelijk misdrijf vast zal lopen en de bewijzen en de opbrengsten uit het oog en de greep van de rechtshandhaving zullen blijven. Het invoeren van schuldbestanddelen als « *met de bedoeling een persoon die betrokken is bij het misdrijf waaruit de vermogensvoordelen voortkomen te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden* » wijst trouwens sterk in die richting. De wetgever lanceert overigens niet alleen in het strafrecht een breed antiwitwas-offensief. Sommigen vinden de invoering van een reeks opvallende medewerkingsverplichtingen voor een steeds uitdeinende groep van "risicosectoren" (bewakingsdiensten, gerechtsdeurwaarders, accountants, advocaten,...) nog belangrijker. De wet verplicht hen witwasmisdrijven "mee op te sporen" en allerlei gegevens bij te houden. Aldus moeten zij bijdragen aan het onderzoek en aan de bewijsverzameling. Opnieuw zal het niet naleven van die verplichtingen, en dus het "saboteren" van het werk van de rechtshandhaving tot sancties leiden: de straffen van 505 Sw. of specifiek voorziene quasi-strafrechtelijke administratieve sancties (*infra*, Deel V).

5.3. Hormonenwet

OPSCHUDDING- De hormonenhandel vormt eigenlijk een van de eerste vormen van georganiseerde criminaliteit « van bij ons ». De namen van daders en verdachten zijn

⁷⁶³ VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., "Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?", *R.W.* 1995-96, 700 geven het voorbeeld van " *iemand die een geschrift opstelt waarin bewust verkeerde informatie wordt opgenomen betreffende de aard, de lokalisatie of het eigendomsrecht van een zaak*".

niet Siciliaans of Russisch, maar West-Vlaams of Kempisch. Hoewel in vele landen moeder natuur in de agro-industrie een beetje meer geholpen wordt dan wettelijk of gezond is, vinden waarnemers in de jaren tachtig steeds meer aanwijzingen dat het in België bijzonder erg gesteld is. Hoewel de handel in de verboden producten even internationaal is als de gewone farmaceutische en (bio)chemische sector, vinden waarnemers van in de jaren tachtig steeds meer aanwijzingen dat in België een aantal bijzonder belangrijke verdelers is gevestigd. Met een kleine kruistocht slagen een politicus en enkele bezorgde mensen uit de sector erin de interesse van media, politieke en gerechtelijke wereld te wekken. Een aantal elementen wijst in de richting van een vorm van georganiseerde criminaliteit : de klachten van kleine landbouwers en veehouders dat eerlijke bedrijven uit de markt gedwongen worden, de vrees van de gebruikers om hun leveranciers te noemen, de intimidatie van inspecteurs, het uitlekken van controle- en onderzoeksgegevens naar verdachten, het feit dat dezelfde mensen steeds weer opduiken, maar de straffen hen niet lijken te raken, de overname van legale bedrijven (apotheken) door familieleden van verdachten, met geld waaraan een hormonenluchtje hangt... De koortspiek komt er met de moord op veearts-inspecteur Van Noppen. Een dergelijke rechtstreekse kaakslag voor de overheid is in België uitzonderlijk, zodat van « Italiaanse toestanden » wordt gewaagd . Het schokeffect dat van de moord uitgaat, is onmiskenbaar en leidt tot het opdrijven van een aanpak waarvoor met de basiswet uit 1985, aangepast en verstrengd in 1993, 1994 en 1997⁷⁶⁴, het « wettelijk instrument » al aanwezig is.

GEVAARZETTINGSMISDRIJVEN- Welke rechtsgoederen wil de wetgever beschermen? Opnieuw gaat het om de volksgezondheid (omdat sommige producten zeker, andere soms en nog andere misschien) schadelijk kunnen zijn voor de gezondheid van de consument. Die consument is niet in staat te controleren wat het product bevat en rekent daarvoor op de overheid. Een soort afgeleid rechtsgoed dat bescherming verdient, is de « eerlijke mededinging » tussen bedrijven die zich aan de voorschriften houden en de « valspelers » die verboden middelen gebruiken⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ Wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische of productiestimulerende werking, *B.S.* 4 september 1985, gewijzigd bij wet 6 augustus 1993, *B.S.* 28 september 1993, bij wet 11 juli 1994, *B.S.* 4 oktober 1994, *err.B.S.* 13 oktober 1995 en wet 17 maart 1997, *B.S.* 15 augustus 1997. Verschillende passages zijn tussendoor bij K.B. gewijzigd, iets waarvoor de wetgever de Koning volmachten heeft gegeven.

⁷⁶⁵ Vandaar dat er sprake is van "stoffen met productiestimulerende werking", zelfs al zijn de stoffen niet noodzakelijk schadelijk. Over de (mogelijke) schadelijkheid van verscheidene stoffen, bestaat er in de wetenschappelijke wereld nog geen overeenstemming. De V.S. en de E.U. hebben daarover een al lang aanslepend dispuut, waarbij de Amerikanen het

Sommige verboden gedragingen leveren niet al te veel problemen op, zoals het « voorschrijven en het toedienen aan dieren » van de verboden producten. Het hormonenmisdrijf bij uitstek is echter dat van art.10, §1, b). Dat verbindt een zware correctionele straf aan het « verhandelen van dieren waaraan verboden stoffen werden toegediend ».

WASLIJST- « *Verhandelen* » is, aldus art.2 « *invoeren, uitvoeren, vervoeren, houden, te koop aanbieden, kopen, verkopen, ter slachting aanbieden, slachten, afstaan om niet of onder bezwarende titel* ». Daaronder vallen zowat alle gedragingen die men ten aanzien van een behandeld dier kan stellen. Opnieuw lijkt de belangrijkste bekommernis geen enkel mogelijk achterpoortje open te laten : verkoop zonder te koop aan te bieden, lijkt moeilijk. De wetgever stelt beide gedragingen gelijk, net zoals het verkopen of het gratis afstaan, het ter slachting aanbieden of het slachten. We kunnen stellen dat « het toedienen » van de verboden producten eigenlijk de kern van het misdrijf vormt, maar dat gedragingen voordien plaatsvinden (voorschrijven) en er ná (verhandelen) ook strafbaar zijn. De strafbaarheid onder de hormonenwet stopt pas bij de verwerking van het geslachte dier. Omdat de materiële gedraging zo weinig onderscheidend is, neemt het relatief belang van het schuldbestanddeel toe. En daar zien wij dat het precedent van de witwaswet wortel schiet. De wet vereist geen opzet bij de verhandelaar, maar dat « *men* » van hem « *redelijkerwijze kan aannemen dat hij weet of moet weten* » dat aan de dieren de verboden stoffen zijn toegediend⁷⁶⁶. Wij nemen aan dat « *men* » op de strafrechter slaat. In welke mate « *redelijkerwijze kan aannemen dat hij moet weten* » afwijkt van de bewijsregel dat de rechter de innerlijke overtuiging moet hebben dat de dader weet wat hij doet, is minder duidelijk⁷⁶⁷.

Europees hormonenverbod nu net als een schending van de eerlijke mededinging bij de Wereldhandelsorganisatie hebben aangeklaagd.

⁷⁶⁶ Men kan zich afvragen welke rol daar de verplichte publicatie van veroordelingen in kranten en landbouwtijdschriften speelt. Moeten “verhandelaars” de krant lezen en dus weten dat hun partners of veeartsen een gerechtelijk verleden hebben? Zo ja, welke controle moeten zij uitoefenen? Cfr. hierover: TIMPERMAN, M., *op.cit.*, 912.

⁷⁶⁷ Volgens de parlementaire voorbereiding is het de bedoeling iedereen die bij de verhandeling betrokken is te “responsabiliseren”: “*Er mag niet uit het oog verloren worden dat een zelfde dier gedurende één dag een paar keer van eigenaar of van bezitter kan veranderen. Er dient te worden vermeden dat al te gemakkelijk aan het toepassingsgebied kan worden ontsnapt door te beweren dat men niet wist dat het dier onwettig was behandeld. Iedereen die bij het verhandelen van levende dieren tussenkomt, zal nu inderdaad dienen na te gaan of deze niet met illegale middelen worden behandeld. Een andere oplossing is er niet indien men voor een doeltreffende aanpak wenst te opteren. De rechtbanken beschikken terzake wel over een interpretatiebevoegdheid*” (Parl.St., Kamer 1992-1993, nr.1064, 5) Cfr. Arbitragehof 6 november 1997 (65/97) , B.S. 20 januari 1998.

OBSTRUCTIEMISDRIJVEN- Het (ver)hinderen of onmogelijk maken van controles op het gebruik van verboden hormonale en productieverhogende middelen is als dusdanig strafbaar gesteld (art.10,§1,1). Dat is bijvoorbeeld ook het geval voor het wegmaken van door controleurs of onderzoekers geblokkeerde dieren of vleesproducten (art.9bis, §2) of het niet-naleven van het beroepsverbod (10,§1, laatste lid, *in fine*)

ORGANISATIE- Het valt op dat de betrokkenheid van een vereniging bij de misdrijven géén verzwarende omstandigheid oplevert en dat de toepassing van de deelneming uit Boek I Sw. op de hormonenmisdrijven uitgesloten is. Een aantal andere wetgevende « technieken » moeten echter toelaten de organisatie achter het individu te raken. Eerst en vooral zijn er de administratieve maatregelen (inbeslagnemingen, verboden, aangifteplichten voor laboratoria,...). Daarnaast ook de zware financiële sancties en de verbeurdverklaringen, zelfs indien de dader geen eigenaar is. Tenslotte is er, opnieuw op grond van een duidelijke analogie met de drugwetgeving, een spijtoptantenregime⁷⁶⁸.

5.4. Mensenhandelwet

OPSCHUDDING- De wet op de mensenhandel vormt een uitvloeisel van de activiteiten van een parlementaire onderzoekscommissie⁷⁶⁹. Een onderzoeksjournalist slaagde er met een schrijnend verhaal in de belangstelling van de publieke opinie voor de mensenhandel met het oog op prostitutie te winnen⁷⁷⁰. Die belangstelling groeide nog toen koning Boudewijn zich aansloot en de slachtoffers ging bezoeken. Het parlement begreep de wenk en richtte een onderzoekscommissie op. Ze analyseerde niet alleen gevallen van (vermeende) corruptie⁷⁷¹, doch ook de achtergrond van het fenomeen en de multidisciplinaire aanpak die nodig is om er wat aan te doen. De aanbevelingen hebben tot belangrijke initiatieven geleid en hebben vooral van het thema een opsporings-en handhavingsprioriteit gemaakt. Doch wat voor volksvertegenwoordigers het makkelijkst is en voor hen de grootste symboolkracht lijkt te hebben, is het stemmen van wetten. Die wet kwam er in 1995 en de "goede wil" om de overheid daarmee een "instrument" te geven om de mensenhandelaars "hard aan te pakken" druipt

⁷⁶⁸ *Infra*, deel IV.

⁷⁶⁹ *Parl. St. Kamer* 1993-94, 973/7, 101 p en 673/8, 371 p.

⁷⁷⁰ DE STOOP, C., *Ze zijn zo lief, meneer*, *op.cit.*, 284 p.

eraf. Of dat een "goede" strafwet oplevert, is een ander vraag: een aantal rechtsgeleerden heeft de formulering van de nieuwe misdrijfschrijvingen grandioos gebuisd⁷⁷². Niettemin wil België zijn aanpak promoten als een model voor Europa.

GEVAARZETTINGSMISDRIJVEN- De wet op de mensenhandel valt uiteen in twee luiken. Eerst en vooral komt er na de bestaande misdrijven in de Vreemdelingenwet, het illegaal binnenkomen of verblijven (artt. 75 en 76) en het binnensmokkelen van illegalen (art. 77) een nieuw misdrijf (art.77bis). Het bestraft het "*op welke manier ook, ertoe bijdragen, rechtstreeks of via een tussenpersoon, dat een vreemdeling het Koninkrijk binnenkomt of er verblijft*", indien dat gebeurt met dwang, misleiding of misbruik van hun zwakke positie. Hoewel de rechtspraak daarvan nog niet overtuigd lijkt, is het beschermde rechtsgoed niet zozeer het grondgebied dat gevrijwaard moet blijven van illegalen, maar de bescherming van de slachtoffers van de mensenhandel⁷⁷³, meer bepaald van hun bewegingsvrijheid en lichamelijke integriteit. Daarnaast komt een opvallende herschrijving van de seksuele misdrijven in een parlementaire stroomversnelling. De Belgische overheid heeft enkel formeel gekozen om prostitutie de wereld (of toch het land) uit te helpen door middel van de strafwet, in feite bestond een zeker gedoogbeleid. De wetgever durfde in 1995 echter niet de hele sector te legaliseren. Daardoor blijven ook allerlei activiteiten die de vrijwillige seksuele dienstverlening door meerderjarigen omringen, in de strafrechtelijke sfeer. Het rechtsgoed dat de wetgever door het opleggen van straffen pretendeert te beschermen, is dus niet de (seksuele of andere) vrijheid van de prostitué(e), maar de "goede zeden" die niet in gevaar mogen komen.

DEELNEMINGSGEDRAGINGEN INBEGREPEN- Werkwoorden als "*opwekken, begunstigen of vergemakkelijken*" in de misdrijfschrijving van 379 Sw., verwijzen naar typische gedragingen die klassiek onder de deelneming aan misdrijven zouden

⁷⁷¹ FIJNAUT, C., *Prostitutie, vrouwenhandel en vermeende politiecorruptie in Antwerpen*, Leuven, Acco, 1994, 132 p.

⁷⁷² DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 133-135 tonen aan dat (p.133) "*la loi a été votée dans la précipitation et présente manifestement des incohérences, des erreurs, voire des difficultés sérieuses d'application. Force est par conséquent de constater que la législation en question est caractérisée par des notions trop larges ou imprécises et par un manque indéniable de cohérence*" ; Cfr. HIRSCH, M., "La traite des êtres humains. Une législation modèle pour l'Europe?", *J.T.* 1995 , 556-557; STEVENS, L. en DEWANDELEER, D., "De zedenwetten van 27 maart en 13 april 1995, wijzigingen van Boek II van het Strafwetboek", *A.J.T. dossier*, 1997-98, 36 p.

vallen : morele daders, noodzakelijke helpers of medeplichtigen. Ook vele andere gedragingen zoals het "*houden van een huis van ontucht of prostitutie*" of het "*verkopen of verhuren of ter beschikking stellen van kamers of andere ruimtes*" zouden normalerwijze zonder al te veel problemen via de strafbare deelneming kunnen aangepakt worden. Dat kan in dit geval echter niet, want het zijn « deelnemingsgedragingen » aan een hoofdfeit dat niet strafbaar is. Want de daad van prostitutie als dusdanig is niet strafbaar, gedragingen daarrond wel. Men kan dit vergelijken met de situatie van medeplichtigheid (nuttige, niet noodzakelijke hulp) aan zelfdoding. Bij gebrek aan een hoofdfeit kan er geen sprake zijn van strafbare deelneming in de zin van art.66 e.v. Sw. (opdrachtgever of helper). Indien de maatschappij de afgeleide gedraging wil bestraffen – en dit wordt al te vlug aangenomen⁷⁷⁴ -, moet zij een zelfstandig misdrijf in het leven roepen. Vele van de middelen die in het klassiek strafrecht door de zedelijke dader worden aangewend om de materiële dader tot het eigenlijke misdrijf aan te zetten, zijn nu een verzwarende omstandigheid: "*listige kunstgrepen, geweld, bedreigingen of enige ander vorm van dwang*". Daarnaast is er ook een nieuwe verzwarende omstandigheid: het "*misbruik van de bijzonder kwetsbare positie waarin een persoon verkeert ten gevolge van zwangerschap, ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid*". De situatie is vergelijkbaar met die in de drugswet. Ook hier ligt de grens voor strafbaarheid niet bij de krenking van de seksuele vrijheid van de prostitué(e) , maar bij het « *in gevaar brengen van de goede zeden* ». De krenking van een individueel rechtsgoed is niet de drempel van de strafbaarheid zelf, maar voor het bestaan van een verzwarende omstandigheid. De straffen weerspiegelen de morele verontwaardiging van de wetgever: tot liefst 20 jaar opsluiting, zware geldboetes en ontzettingen. Indien de wetgever wil dat zijn wetten echt worden toegepast, moet een stroom aan Assisenprocessen volgen. Nochtans lijkt het om typische correctionele zaken te gaan, zodat de vraag rijst of er geen probleem van proportionaliteit bestaat.

⁷⁷³ VERBRUGGEN, F. en GOOSSENS, F., "Virtueel buitenland? Brusselse arresten schieten aanpak mensensmokkelaars in transitzone lek", *A.J.T.* 1998-99, 715, HIRSCH, M., *op.cit.*, 556-557.

⁷⁷⁴ Zich prostitueren is geen probleem, maar het bedrijfsmatig organiseren ervan wel. Velen pleiten voor een "normalisering" van de sector, om zo beter de rechten van prostitué(e)s te kunnen garanderen, de gezondheid en hygiëne te kunnen controleren. (Wetsvoorstel tot regeling van de prostitutie van mevrouw Dua, *Parl.St.* , *Senaat* 1997-98, 1-958/1.) Daarnaast voorziet de legale markt in een alternatief voor de "verboden markt" van kinder- en gedwongen prostitutie, waarop de repressieve aandacht geconcentreerd kan worden. (Cfr.DE FOER, S., "Nederlandse bordelen worden "bedrijven", *De Standaard* 29 januari 1999, 7.)

VERENIGING...- Dat blijkt des te meer bij een blik op de laatste verzwarende omstandigheid. Die slaat op de misdrijven van 379 en 380bis, §§3 en 4: het opwekken, begunstigen of vergemakkelijken van de ontucht, het bederf of de prostitutie van minderjarigen, de niet-helemaal vrijwillige prostitutie van meerderjarigen en een aantal ruim omschreven gedragingen in verband met de (mogelijke) prostitutie van minderjarigen. Indien zij « *daden betreffen van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, ongeacht of de schuldige de hoedanigheid van leidende persoon heeft of niet* », staat daarop 15 tot 20 jaar opsluiting en een geldboete van 1.000 tot 100.000 (x 200) frank.

...IS BENDE- De drugwet heeft de wetgever duidelijk tot deze passage geïnspireerd: bij vereniging denkt hij dus opnieuw aan de « *vereniging van boosdoeners* ». Nochtans zit hij hier, anders dan in de drugwet, in het strafwetboek zelf. Er kan er dus geen twijfel over bestaan dat 322 e.v. Sw. ook bendes met het oog op de seksuele dienstverlening en uitbuiting viseert⁷⁷⁵.

VREEMD- Vreemd genoeg is deze verzwarende omstandigheid voor meerderjarigen slechts toepasselijk als een andere verzwarende omstandigheid (de dwang, misleiding of misbruik van de kwetsbaarheid) al aanwezig is. De Minister wees in de Commissie Justitie van de Senaat op deze onsamenhangendheid. De reflectiekamer die over de kwaliteit van de Belgische wetgeving waakt, besloot echter om de tekst niet te veranderen « *si cela doit entraîner de trops grandes difficultés* »⁷⁷⁶. Al even vreemd is dat deze verzwarende omstandigheid steeds tot een straf van 15 tot 20 jaar opsluiting leidt, zowel voor lichtere als voor zwaardere misdrijven. In de logica van de wetgever is dus het prostitueren van minderjarigen erger dan dat van meerderjarigen en het dwingen tot prostitutie erger dan het uitbuiten van vrijwillige prostitutie. Behalve als het om de activiteit van een vereniging gaat: dan is het allemaal even erg. Men hoeft nochtans geen kenner van het milieu te zijn om te weten dat het bijna altijd om een vereniging zal gaan, dat men al vlug met drie is in de prostitutiebusiness...

⁷⁷⁵ Dat geldt trouwens ook voor de misdrijven in de vreemdelingenwet. Cfr. Cass. 9 mei 2000, P00.0297, niet gepubliceerd: www.cass.be : "Overwegende dat vrijspraak wegens mensenhandel een veroordeling wegens bendevorming met het oog op mensenhandel, met daarbij horende motivering, niet uitsluit"

⁷⁷⁶ DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 135 laten deze *ratio legis* door drie veelbetekende puntjes volgen...

5.5. Besluit

GEVAARZETTING- De wetgever richt zijn pijlen niet uitsluitend, misschien zelfs niet in de eerste plaats op de klassieke dader van een (opzettelijke) krenking van een individueel rechtsgoed. Strafwetten beogen meer en meer de bescherming van collectieve rechtsgoederen zoals milieu, volksgezondheid, het vertrouwen in de markt, e.d. Dergelijke rechtsgoederen zijn zo abstract dat de schending ervan moeilijk aan te tonen valt. Zelfs wanneer de schade onmiskenbaar is, valt de materiële en morele toerekening aan specifieke daders niet mee. Vandaar dat de wetgever terugvalt op gevaarzettingsmisdrijven: hij schuift de grond voor strafbaarheid naar voor. Tot bij gedragingen die een mogelijk gevaar opleveren voor het rechtsgoed.

BIJZONDER- In het Strafwetboek vormen dergelijke omschrijvingen de uitzondering. Zij worden voorbehouden aan de allerernstigste misdrijven (tegen de staat, het staatshoofd e.d.) en de allerlichtste, de overtredingen. Bij die laatste categorie zijn er wel veel gevaarzettings- of preventieve misdrijven. Zo is het niet onderhouden, herstellen of reinigen van ovens of schoorstenen strafbaar (551, 1° Sw.), want dat kan tot enorme branden leiden. Zo ook voorziet 552 Sw. een geldboete voor personen die *“voorwerpen op de openbare weg neerwerpen, plaatsen of achterlaten die door hun val of door ongezonde uitwasemingen kunnen schaden”* of voor hen *“die op de openbare straten, wegen, pleinen, plaatsen of op het veld ploegkouters, tangen, staven, stangen, ladders of andere toestellen, gereedschappen of wapens achterlaten, waarvan dieven of andere boosdoeners misbruik kunnen maken.”*⁷⁷⁷ We hebben gezien dat de negentiende-eeuwse wetgever overtredingen niet voor 100% als “echt” strafrecht beschouwde. Eigenlijk ging het om bestuursrecht, dat in die tijd nog niet ontwikkeld was als aparte rechtstak, omwille van de toen dominante grondwettelijke opvattingen over de scheiding der machten en de bevoegdheden van de uitvoerende macht. Vandaar dat de (straf)wetgever in Titel X van het Strafwetboek (Overtredingen) normen uitvaardigde die vandaag de dag onvermijdelijk in het bestuursrecht zouden belanden. Iets vergelijkbaar zien wij in het bijzonder strafrecht, dat voortdurend aan omvang en belang wint. De rechtsleer ziet in het bijzonder strafrecht een tweedeling. Enerzijds zijn er de “echte” straffen die om één of andere reden geen plaats hebben gevonden in het Strafwetboek .

⁷⁷⁷ Die voorwerpen worden bovendien – en dat is uitzonderlijk bij overtredingen- verbeurdverklaard.

Anderzijds bestaan er echter ook talloze andere wetten, met vooral niet-strafrechtelijke bepalingen, die wel van een strafrechtelijke “handhavingsgarantie” voorzien zijn. Ook hierin springt de wetgever kwistiger om met gevaarzettingsmisdrijven. Dit heeft tot gevolg dat zeer veel materiële gedragingen (een waslijst) in de misdrijfomschrijving worden opgenomen en hun aanwezigheid zelden bewijsproblemen zal opleveren⁷⁷⁸.

SCHULD- Het verschil ligt dus meer en meer in het bewijs van de schuld van de materiële dader. En daar juist verschillen de regels voor de twee categoriën van misdrijven. Enerzijds zijn er de overtredingen en bijzondere wetten met vooral niet-strafrechtelijke bepalingen, die wel van een strafrechtelijke “handhavingsgarantie” voorzien zijn. Voor dergelijke misdrijven geldt dat, indien de wetgever het schuldbestanddeel niet uitdrukkelijk voorziet, nalatigheid volstaat. Anderzijds zijn er de misdaden en wanbedrijven uit het Strafwetboek of uit bijzondere wetten die in de eerste plaats strafrechtelijk van aard zijn. Daarvoor moet het Openbaar Ministerie bewijzen dat het (algemeen) opzet aanwezig is bij de materiële dader. Hoewel schuld naar Belgisch recht steeds nodig blijft als element van het misdrijf, volgt voor de eerstgenoemde categorie van misdrijven een schuldvermoeden uit de aanwezigheid van het materieel element. Bij de tweede blijft de bewijslast rusten op de schouders van het Openbaar Ministerie⁷⁷⁹. Het schuldbestanddeel van een concreet misdrijf omvat steeds een wils- en een kenniscomponent. De verdediging zal meestal kennisgebreken aanvoeren als verdediging voor het materieel gedrag van de verdachte: *"ik wist niet dat ik drugs transporteerde"*, *"ik wist niet dat het geld afkomstig was van een overval"*, *"ik wist niet dat het veevoeder hormonen bevatte"*, *"ik wist niet dat mijn huurder het lokaal gebruikte voor prostitutie"*. Afhankelijk van de school die men volgt, zal de verdediging hetzij op afwezigheid van de voor het misdrijf vereiste schuldvorm, hetzij op verschonende dwaling steunen. De wetgever wil de bewijsmoeilijkheden bij sommige misdrijven overwinnen door specifiek de kenniscomponent te versoepelen. Hij last daartoe zinssneden als *"waarvan hij moest weten dat"* in. Het verschil zou zijn dat ook wanneer een kennisgebrek volgt uit een gebrek aan voorzichtigheid of grondigheid (dus afwezigheid van de effectieve kennis, maar door eigen “schuld”) de volle strafbaarheid behouden blijft.

⁷⁷⁸ Daarenboven zal de wetgever zelden stilstaan bij het al dan niet ogenblikkelijk karakter van het misdrijf. Het levert talloze voortdurende misdrijven op, met alle complicaties van dien.

⁷⁷⁹ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 262-266.

RUIM- De misdrijfschrijvingen zijn zo ruim, dat talloze gedragingen die in het klassieke systeem misschien aan veroordeling “ontsnapt”, hoewel zij belangrijk zijn voor criminele organisaties, nu wel strafbaar zijn. Het gebruik van vage en ruime begrippen heeft bij de afdeling Wetgeving van de Raad van State en de rechtsleer twijfels gezaaid of de wetgever nog wel voldoet aan het legaliteitsbeginsel (*infra*, Hoofdstuk 5).

BOEK I BUITENSPEL- Een ander gevolg van het toenemend gebruik van gevaarzettingsmisdrijven en waslijst-omschrijvingen, is dat voor klassieke constructies als deelneming of poging nauwelijks nog ruimte overblijft. De krenking van een individueel rechtsgoed (leven, lichamelijke zelfbeschikking, eigendom), is van essentieel bestanddeel van het misdrijf “gedegradeerd” tot verzwarende omstandigheid.

DOGMATISCHE COMPLICATIE- Het Strafwetboek kent de vereniging van boosdoeners al als gevaarzettingsmisdrijf. Nu hanteert de wetgever het feit dat een vereniging betrokken is bij een (gevaarzettings)misdrijf ook als verzwarende omstandigheid. Dat maakt de zaak dogmatisch niet altijd eenvoudiger, omdat de wetgever een soort van kortsluiting veroorzaakt tussen verschillende strafbepalingen zowel in als naast het Strafwetboek. De reden daarvoor ligt in de onvrede met art.65 Strafwetboek, al lijkt de wetgever dat zelf niet (voldoende) te beseffen. In Hoofdstuk 5 komen we daarop terug. Eerst bekijken we tot welke keuzes de vele in dit Hoofdstuk 3 belichte impulsen de Belgische wetgever hebben gebracht bij de strafbaarstelling van criminele organisaties in 1999.

HOOFDSTUK 4: DE BELGISCHE KEUZE: de wet betreffende criminele organisaties

"Originele formuleringen zijn nog geen originele inzichten."

(H.Marcuse)

§1.Inleiding

NIEUWE WET- In Hoofdstuk 1 schetsten we het traditionele beeld van het klassieke strafrecht. De bekommernis om de Verlichte beginselen van behoorlijke strafrechtspleging in duidelijke en eenvoudig toepasbare regels te vertalen, mondde

uit in een individualistisch straf-na-schaderecht. Doch bij nader toezicht bleek dat dit ideaal behoorlijk werd bijgeschaafd bij de concrete uitwerking in rechtsregels. Ter bescherming van een aantal uitzonderlijk waardevolle en kwetsbare rechtsgoederen schoof de wetgever de strafbaarheid vooruit naar de samenspanning tot het plegen van misdrijven en stelde hij ook andere “overeenkomsten” tussen individuen strafbaar. Schade was in dat geval niet nodig, gevaar volstond. Daarenboven bleek de wetgever ook oog te hebben voor de collectieve dimensie. Verschillende constructies zorgden ervoor dat wie de extra waarde van het collectief optreden van mensen misbruikte voor het plegen van misdrijven, anders aangepakt kon worden. Het resulteerde in zwaardere straffen en de mogelijkheid een ruimere kring van mensen te straffen, vooral via de figuur van de deelneming. In de strafbaarstelling van bendevorming kwamen de bekommernis om de preventieve en die om de collectieve dimensie samen.

TEKORT- Hoofdstuk 2 leerde hoe allerlei evoluties de klassieke beginselen - en dus ook hun vertaling in concrete strafrechtelijke regels - verder aangetast hebben. Enerzijds gaat het natuurlijk om de vrij diepgaande veranderingen in de juridische context sinds het ontstaan van ons Strafwetboek. Daarnaast klinkt echter sedert enige jaren ook de klacht dat het klassieke strafrecht vooral tegen georganiseerde criminaliteit tekortschiet, steeds luider. Het individualistische straf-na-schaderecht zou er niet in slagen gepast te reageren op de collectieve dimensie van dat verschijnsel. Zelfs de bendevorming zou niet volstaan.

IMPULSEN- In Hoofdstuk 3 gingen we op zoek naar de impulsen tot verandering, die de Belgische wetgever tot initiatief aanzetten. Zowel in de V.S., Italië en Nederland als op Europees vlak bleek de bezorgdheid over georganiseerde criminaliteit zich te fixeren in specifieke verenigingsmisdrijven. De preventieve bestraffing van betrokkenheid bij een steeds ruimer omschreven collectiviteit moet de tekortkomingen van het bestaande strafrecht verhelpen. Ook in het interne recht bleek deze verandering al een tijdje aan de gang, zij het op specifieke deelgebieden. Alles wees er dan ook op dat de Belgische wetgever eveneens een nieuw misdrijf zou scheppen om de collectieve dimensie van georganiseerde criminaliteit aan te pakken. En dat kwam er ook, met de wet van 10 januari 1999 betreffende de criminele organisaties⁷⁸⁰. In dit Hoofdstuk bekijken we de keuze die uiteindelijk in België is gemaakt.

⁷⁸⁰ B.S.26 februari 1999.

LOCOMOTIEF- Zoals in Deel I werd aangegeven, vormde in 1995 de aanpak van georganiseerde criminaliteit een beleidsprioriteit van eerste orde voor de regering Dehaene-II. De ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken stelden een actieplan op, boordevol initiatieven en mogelijke maatregelen, waar de regering zich op 28 juni 1996 achter schaarde. Het wetsontwerp betreffende criminele organisaties, dat op 12 maart 1997 in de Kamer belandde⁷⁸¹, was de allereerste maatregel ter « implementatie » van dat actieplan. De minister zag het als de locomotief die de talloze andere maatregelen op gang moest trekken⁷⁸². Want maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit vereisten volgens de regering dat men « *eerst de fenomenen die men wil bestrijden, juridisch [omschrijft]* »⁷⁸³.

OPHEF- Het oorspronkelijke wetsontwerp geraakte verbazend vlug door de Kamer van Volksvertegenwoordigers. Sommigen wezen wel op het ruime en vage karakter van de misdrijven⁷⁸⁴, maar eigenlijk veranderde de tekst slechts weinig. Aangezien de Senaat net met een onderzoekscommissie over de georganiseerde criminaliteit bezig was, stelde zij wel kritische vragen bij het ontwerp. Academische kritiek zette ook een aantal senatoren aan het denken, zodat allerlei scherpe vragen en amendementen opdoken. De regering, zichtbaar verveeld met de situatie, besloot het ontwerp gedeeltelijk te herschrijven. Want ook buiten het parlement, vooral in de media, was verrassend veel ophef ontstaan over de wet⁷⁸⁵. De « revolutionairen » van de Partij van de Arbeid beseften dat zij wel eens onder de definitie konden vallen⁷⁸⁶, of zeker de door hen gesteunde gewelddadige vakbondseenheden zoals die van de volksmenner d'Orazio uit Clabecq⁷⁸⁷. Het Vlaams Blok vreesde dat het

⁷⁸¹ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 18-19.*

⁷⁸² Vandaar dat wij in een kritische analyse van het ontwerp het hebben gehad over de speerpunt van het offensief van de regering tegen georganiseerde criminaliteit: VERBRUGGEN, F., "Fer de lance...", *op.cit.*, 7.

⁷⁸³ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 1.*

⁷⁸⁴ "De criteria die de persoon die louter deel uitmaakt van een criminele organisatie met de organisatie zelf verbinden, blijven evenwel onduidelijk." (*Parl.St., Kamer 1996-97, 954/6,17*)

⁷⁸⁵ DELTOUR, P., "Actiegroepen beducht voor wet op criminele organisaties", *De Morgen* 27 juni 1997, 5; "Justitie moet populistische neigingen onderdrukken", *De Morgen* 2 augustus 1997, 5; "Wetsontwerp op criminele organisaties zet deur open voor misbruiken", *De Morgen* 26 september 1997, 1.

⁷⁸⁶ PARTIE DU TRAVAIL DE BELGIQUE, *Halte à loi fasciste "relative aux organisations criminelles"*, s.l., juni 1997, 19p.

⁷⁸⁷ Ook organisaties zoals het Nederlandse RaRa (wier leden brand stichtten in vestigingen van bedrijven met belangen of filialen in Zuid-Afrika ten tijde van de apartheid) of de PKK zijn volgens dit pamflet de onterechte slachtoffers van dit soort wetten (*Ibidem*, 13-15)

ook geïmplementeerd zou kunnen worden⁷⁸⁸. Ook mensenrechtenorganisaties hadden vragen bij het ontwerp⁷⁸⁹. Zij zagen geen duistere motieven van een regering op een sluipweg naar de politiestaat, doch waarschuwden toch voor de gevaren van het ontwerp. De wet zou immers gebruikt kunnen worden tegen allerlei groepen van andersdenkenden of voor het criminaliseren van « democratische » vormen van collectieve actie.

DEBAT- Door de opschudding heeft het parlement naar Belgische normen uiteindelijk dan toch nog vrij uitvoerig gedebatteerd over de wettekst. In dit Hoofdstuk kijken we naar de uiteindelijke tekst, met zijdelings enige verwijzingen naar het oorspronkelijk ontwerp. In het volgende Hoofdstuk met de evaluatie zullen we dan nagaan of het parlement meer dan cosmetische veranderingen heeft kunnen aanbrengen.

⁷⁸⁸ Amendement nr.28 van de heer Raes, *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/3*: “...duidelijk dat de regering van de noodzaak om criminele organisaties aan te pakken, gebruik wil maken om ook organisaties die volgens de regering niet politiek correct zijn te treffen.”

⁷⁸⁹ *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 43* (van de 130).

§2.Grond voor de wetgeving

TEKORT- Hoofdstuk 2 leerde hoe, binnen een veel ruimer spanningsveld van verstoorde klassieke evenwichten, de Belgische regering tot de vaststelling kwam dat voor de aanpak van criminele organisaties het klassieke systeem niet voldeed. Zij maakte echter helemaal geen met Hoofdstuk 2 vergelijkbare analyse waarin die klassieke regels stuk voor stuk overlopen worden. Het tekortschieten van dat klassieke strafrecht stond volgens haar vast.

NIEUW- De reden ligt voor de hand: daar het verschijnsel vroeger gewoonweg niet bestond, kon de klassieke wetgever er ook niet aan gedacht hebben. Vandaar dat zijn regels niet kunnen voldoen. *“De minister herinnert eraan dat het begrip bendevorming veeleer betrekking heeft op “klassieke” vormen van banditisme. Aan de term criminele organisatie beantwoordt een ander fenomeen, dat vroeger niet bestond. Daarom moet hieraan een andere strafrechtelijke kwalificatie worden verbonden.”*⁷⁹⁰

VERRUIMING- Eigenlijk zei de wetgever niet met zoveel woorden wat georganiseerde criminaliteit onderscheidt van klassieke groepsriminaliteit. Wij hebben in Deel I verteld dat het verschil vooral ligt in de manier waarop groepen die criminaliteit plegen die ernstig is voor de samenleving in staat zijn zich op betrekkelijk effectieve wijze af te schermten. Wij hebben er daar echter ook op gewezen dat de meesten een ruimere omschrijving van georganiseerde criminaliteit hanteren. Dat doet ook de Belgische wetgever. De nieuwe misdrijven willen vooral een ruimere kring van personen treffen, mensen die ver(der) van het klassieke krenkingsmisdrijf afstaan. Ook die individuen (contacten in de bovenwereld, logistieke helpers e.d.)⁷⁹¹ maken volgens hem op een verwijtbare wijze deel uit van de collectiviteit die de eigenlijke tegenstrever is.

BEWIJS- Volgens de regering blijkt uit de opsomming van de constitutieve bestanddelen van de criminele organisatie dat het bestaan ervan wellicht moeilijker te bewijzen zal zijn dan het bewijs van het bestaan van een vereniging van boosdoeners. Dit kadert evenwel helemaal in de basisfilosofie van het actieplan, die

⁷⁹⁰ *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 38 (van de130)*

⁷⁹¹ *Supra*, Hoofdstuk 2, § 2 en 3.

blijkbaar is : een nieuwe (straf)rechtspersoon creëren, wiens bestaan moeilijker te bewijzen valt, maar die zwaardere en ruimere strafbaarheid, dat wil zeggen zelfs van helemaal niet zo direct betrokkenen, toelaat⁷⁹².

§3.Nieuwe misdrijven

3.1.Omschrijving criminele organisatie

ART. 324bis- De uiteindelijke omschrijving van criminele organisaties staat in een nieuw art.324bis, vlak na bendevoorming⁷⁹³. Daarmee wil de wetgever de verwantschap tussen beiden aangeven⁷⁹⁴. Ook het nieuwe misdrijf komt dus in Hoofdstuk 1 van Titel VI « misdaden en wanbedrijven tegen de openbare veiligheid » van Boek II van het Strafwetboek⁷⁹⁵. Een criminele organisatie is volgens 324bis « *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 misdrijven te verbergen of te vergemakkelijken.* » In het tweede lid volgt de toevoeging : « *Een organisatie waarvan het feitelijk oogmerk uitsluitend politiek, vakorganisatorisch, menslievend, levensbeschouwelijk of godsdienstig is of die uitsluitend elk ander rechtmatig oogmerk nastreeft, kan als zodanig niet beschouwd worden als een criminele organisatie zoals omschreven.* »

STRUCTUUR- Uiteindelijk moet er een « *vereniging van meer dan twee personen* » bestaan. Bij de indiening van haar aanvankelijk wetsontwerp, verwees de regering

⁷⁹² Cfr. *Parl.St.* , *Kamer*, 954/1-96/97, 7.

⁷⁹³ Het aanvankelijke wetsontwerp wilde het onderbrengen in een nieuw art.342 Sw., in een nieuw Hoofdstuk 5, aan het eind van dezelfde titel.

⁷⁹⁴ Verschillende parlamentsleden hadden herhaaldelijk geklaagd dat de regering hen niet kon overtuigen van de verschillen tussen bendevoorming en criminele organisaties. Sommigen hadden voorgesteld om bendevoorming meteen ook aan te passen. (Zie bijvoorbeeld Amendement nr.13 van de heer Lallemand, *Parl.St.*, *Senaat* 1997-98, 1-662/2) De regering diende op een bepaald moment tijdens de bespreking zelf trouwens een amendement in die zin in. Uiteindelijk koos men er, zonder duidelijk aan te geven waarom, niettemin toch voor om de bepalingen inzake bendevoorming onaangeroerd te laten.

⁷⁹⁵ Het eerste Hoofdstuk heet nu: « *vereniging met het oogmerk om een aanslag te plegen op personen of op eigendommen en criminele organisatie.* » (Art.2 wet 10 januari 1999.)

voor de structuur van de vereniging nog naar de bendevoorming⁷⁹⁶. Die vereniging moet «gestructureerd» ("structurée") zijn. Dat is, benadrukt de regering, een belangrijk verschil met bendevoorming⁷⁹⁷. In een «vergelijkende tabel van de respectievelijke strafbaarstellingen» die de minister in de Senaat meedeelt⁷⁹⁸, prijkt in de linkerkolom (bendevoorming) als vereiste structuur: «de groep is georganiseerd» en in de rechter (criminele organisatie) «gestructureerde organisatie». In het Frans heet die «organisation structurée». De regering zegt dat ze zich hiervoor heeft laten inspireren door het Gemeenschappelijk Optreden van de Raad van Justitie en Binnenlandse Zaken van de EU, waarin dat begrip voorkomt (supra Hoofdstuk 3)⁷⁹⁹.

BEOOGDE MISDRIJVEN- De vereniging moet als oogmerk⁸⁰⁰ hebben - er bestaat dus een eigen (straf)rechtspersoon waaraan de regering een eigen gedachtengang toedicht - «het in onderling overleg plegen van misdaden en wanbedrijven die strafbaar zijn met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf»^{801 802}.

Pogingen van parlementsleden om daar begrippen als «en systematisch» aan toe te voegen⁸⁰³, zijn mislukt. Bij de eerste goedkeuring door de Kamer stond er nog het «in onderling overleg en gestructureerd plegen»⁸⁰⁴, maar dat «gestructureerd» slaat nu dus niet langer op het plegen van misdrijven, maar op de aard van de vereniging.

⁷⁹⁶ Volgens de memorie bedoelt de regering daarmee een «verband» dat «in zekere mate gestructureerd is en bijvoorbeeld gekenmerkt wordt door een taakverdeling tussen de verskillende leden». Eigenlijk zegt de regering dat voor de notie «vereniging», best gekeken wordt bij «het misdrijf bendevoorming» (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer* 1996-97, 954/1, 4.)

⁷⁹⁷ *Parl.St., Senaat* 1997-98, 1-662/4, 64 (van de 130)

⁷⁹⁸ *Ibidem.*

⁷⁹⁹ *Parl.St., Senaat* 1997-98, 1-662/4, 63 en 65 (van de 130).

⁸⁰⁰ In het begrippenkader van de regering als «onmiddellijk doel» bestempeld.

⁸⁰¹ In het ingediende wetsontwerp stond dat de vereniging de bedoeling moest hebben «op geconcerteerde wijze» misdrijven te plegen van een zekere zwaarte. Voor die «zekere zwaarte» koos de regering voor de drempel «strafbaar met 3 jaar gevangenisstraf of een zwaardere straf». In de allereerste versie gebruikte de regering 1 jaar, vaak een drempel voor internationale samenwerking, met de bijkomende vereiste «dat de bedoelde feiten elk op zichzelf of in hun totaliteit van aanzienlijke betekenis zijn». De Raad van State zei dat dat criterium een te grote beoordelingsruimte liet aan de rechter en als dusdanig strijdig was met artt.12, lid 2 en 14 G.W.(Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer* 1996-97, 954/1, 4).

⁸⁰² Aangezien misdaden steeds strafbaar zijn met een zwaardere straf dan drie jaar gevangenisstraf, past de vraag waarom de wetgever niet gewoon zegt «misdrijven strafbaar met gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf...».

⁸⁰³ Amendement nr.1 van de heer Barzin, *Parl.St., Kamer* 1996-97, 954/2, 1.

⁸⁰⁴ *Parl.St., Kamer* 1996-97, 954/9, 1.

MOTIEF- Als fictieve persoon heeft ook de vereniging die ernstige misdrijven beoogt haar eigen zielerorselen: een beweegreden voor haar acties, die niet noodzakelijk samenvalt met de motieven van de betrokken mensen⁸⁰⁵. De vereniging moet doen wat zij doet (ernstige misdrijven beogen) « *om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen* ». Deze term, ontleend aan art.42, 3° en 505 Sw., slaat volgens de memorie eigenlijk op « *het realiseren van winst* » als objectief van de vereniging⁸⁰⁶.

GEWRAAKT MOTIEF- Het oorspronkelijke wetsontwerp bevatte nog een tweede beweegredenen die van een "vereniging die misdrijven beoogt" een criminele organisatie kon maken. Dat zou namelijk ook het geval zijn als de vereniging misdrijven beoogt « *om de werking van de publieke overheden of openbare of private ondernemingen te beïnvloeden* ». Naar eigen zeggen dacht de regering daarbij aan « *het destabiliseren van het staatsapparaat of het beïnvloeden van de werking van de economie* »⁸⁰⁷.

TERRORISTEN- Zij had organisaties van extremistische of terroristische aard in haar hoofd, die bijvoorbeeld aanslagen plegen om de publieke overheden (binnenlandse of buitenlandse) te beïnvloeden. Een typevoorbeeld is bijvoorbeeld de Baskische ETA, die (onder meer) ambtenaren, militairen en leden van de in Madrid regerende partij bedreigt of vermoordt om druk uit te oefenen op die regering. Soms richten dergelijke groepen zich tegen ook tegen (openbare of private) ondernemingen, bijvoorbeeld omdat zij willen dat een multinational zich uit een bepaald land of een bepaalde streek zou terugtrekken⁸⁰⁸ of omdat een bedrijf producten verkoopt (bijvoorbeeld een abortuspil) of methodes gebruikt (proeven op dieren) die de « criminele organisatie » verwerpt. Zo werd een bedrijf als McDonalds in de voorbije jaren regelmatig het slachtoffer van aanslagen. Soms fungeerde het als zelfstandig doelwit van bijvoorbeeld fanatieke dierenrechtenactivisten (ALF). In andere gevallen vormde het een symbool van « Amerikaans economisch neokolonialisme » of van « mondialisering ». Deel I leerde al dat zowel de structuur als de methodes of activiteiten van bepaalde terroristische groepen dezelfde zijn als die van maffiagroepen. Tussen beiden kunnen ook gelijkenissen, zelfs mengvormen en

⁸⁰⁵ Dat nemen wij althans aan. De tekst laat immers ook de andere lezing toe, namelijk dat "om vermogensvoordelen te verkrijgen" zou slaan op wat de leden motiveert om zich bij de vereniging aan te sluiten. Die onduidelijkheid is natuurlijk te wijten aan de ellenlange opsomming van bestanddelen, waardoor het niet meer vanzelfsprekend is welk onderdeel op welk ander onderdeel slaat.

⁸⁰⁶ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 4.*

⁸⁰⁷ *Ibidem.*

allianties ontstaan. Studies in bijvoorbeeld Italië⁸⁰⁹, Columbië of de V.S. hebben aangetoond dat criminele organisaties zeer vaak zullen wegen op politieke instellingen, om zo het beleid (bijvoorbeeld subsidies, openbare aanbestedingen, strafbeleid) te beïnvloeden. Sommige auteurs zien machtsaspiraties als de ware drijfveer van criminele organisaties⁸¹⁰. De machtsinspiraties zouden de maffiagroepen trouwens onderscheiden van de « klassieke », louter op winst beluste criminelen.

INFILTRATIE BOVENWERELD- Tenslotte viseerde de regering met de bepaling « *de infiltratie [...] door criminele organisaties van ondernemingen, vennootschappen en wettige socio-economische structuren met het oog op het controleren van heel de socio-economische activiteit.* »⁸¹¹ Dat slaat op de veelbesproken « *infiltratie van de legitieme economie* » door criminelen, dat wil zeggen de drughandelaar of mensensmokkelaar die het restaurant in zijn greep krijgt, de clandestiene hormonenhandelaar die apothekers overneemt enz. Zoals we in Hoofdstuk 3 hebben gezien, lag dergelijke bekommernis ook aan de basis van de Amerikaanse RICO-wetten.

AFKEERREACTIE- Omdat het over dermate uiteenlopende maatschappelijke verschijnselen gaat, gebruikte de regering een zeer algemene formule. Dat had tot onvermijdelijk gevolg dat allerlei groepen, waar de regering waarschijnlijk niet aan gedacht had, ook binnen de omschrijving vielen. Parlementsleden werden geprikkeld met de voorbeelden van een milieu-organisatie, een politieke partij, een vakbond en een sekte⁸¹². Hen uitroepen tot criminele organisaties zou perfect mogelijk zijn op basis van het wetsontwerp, zodat al wie bij hun activiteiten betrokken is, zelfs de personen binnen de groep die zich kanten tegen de criminele activiteiten, strafbaar zijn. Vandaar dat de kritiek op het wetsontwerp zich al vlug op dit tweede motief toespitst. Allerlei parlementsleden wrongen zich in allerlei bochten om

⁸⁰⁸ Zoals RaRa, *supra* voetnoot 787.

⁸⁰⁹ Cfr. *supra* Hoofdstuk 3, 2.3., de uitdrukkelijke opname van het beïnvloeden van verkiezingen en volksraadplegingen

⁸¹⁰ Zij wijzen er dan ook op dat maffiagroepen niet alleen politici, ambtenaren en magistraten trachten te « recrutereren », door omkoping, chantage, bedreiging of door het « leveren » van stemmen. Soms beginnen « maffiafiguren » openlijk aan een politieke carrière. Zo benadrukken die waarnemers ook de controle over een grondgebied (wijk of streek) of over een aantal mensen in machtsposities waarvan sommige groepen hun waarmerk hebben gemaakt.

⁸¹¹ *Ibidem*.

⁸¹² VERBRUGGEN, F., « Fer de lance... », *op.cit.*, 15.

politieke en vergelijkbare bewegingen uit het toepassingsgebied van de nieuwe wet te houden.

SCHRAPPING- De discussie over het « *beïnvloeden van de overheid en van publieke en private ondernemingen* » heeft de meeste parlementaire aandacht opgeslorpt. De minister trachtte de kritiek eerst te ontkrachten door « *beïnvloeden* » te veranderen in « *afwenden* »⁸¹³. Omdat het aanpakken van vakbonden of milieugroepen nooit zijn bedoeling is geweest en hij er maar niet in slaagde de juiste woorden te vinden voor wat hij wel bedoelde, gooide de minister na lang tegenpruttelen de handdoek in de ring. De betwiste zinnsnede is gesneuveld. In art.324bis treffen wij nu enkel nog aan « *om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen* ».

BESTENDIGHEID- De vereniging met de vereiste structuur, die de vereiste misdrijven beoogt met het vereiste motief moet daarenboven « *duren in de tijd* ». Ook voor dit criterium komt de inspiratie uit het Gemeenschappelijk Optreden van de EU⁸¹⁴. De Belgische regering verkoos deze formulering boven het oorspronkelijke « *op duurzame wijze plegen van de misdrijven* ». Waarom ? Omdat die woorden er « *zouden kunnen toe leiden dat echte criminele organisaties buiten het toepassingsveld van de wet vallen* »⁸¹⁵. Daarbij dacht de regering aan een criminele organisatie opgericht « *met een zeer specifieke en duidelijk in de tijd beperkte doelstelling (bijvoorbeeld een maand, zes maanden), die daarna verdwijnt om even later weer in een andere vorm op te duiken (een beetje zoals handelsvennootschappen). Zou de criminele organisatie « voor bepaalde duur » worden opgericht, dan bestaat de kans dat zij niet als « duurzaam » wordt beschouwd, hoewel zij dan ook onder het toepassingsgebied dient te vallen* »⁸¹⁶.

⁸¹³ Amendement nr.5 van de regering, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/3, 2*. Bij de eerste goedkeuring van het ontwerp stemde de Kamer ermee in. Wij hebben erop gewezen dat het probleem bij « *afwenden* » is dat de strafrechter behoort tot de gewone rechterlijke macht. Ons systeem van scheiding der machten verbiedt de gewone rechterlijke macht om de wetten te controleren, behalve op hun conformiteit met internationaalrechtelijke normen. Ook over de opportuniteit van bestuurshandelingen mag zij geen oordeel vellen. Dat maakt het moeilijk voor haar om (zoals ook bij corruptiezaken) het aanwenden van de overheidsmacht (bijvoorbeeld het geven van een vergunning) te onderscheiden van het « *afwenden* » ervan. We geloven echter niet dat de wetgever dergelijke staatsrechtelijke bespiegelingen heeft gemaakt : vakbonden, milieubewegingen en politiek actieven, daar struikelt hij over.

⁸¹⁴ Het allereerste wetsontwerp zei niets over de bestaansduur van de vereniging. Bij het eerste debat in de Kamer had de regering elke toevoeging van toevoegingen van "duurzaam" of "voortdurend" verworpen omdat het om een "feitelijk" element gaat dat niet in een wettekst thuis zou horen (*Parl.St., Kamer 1996-97, 954/6, 14.*)

⁸¹⁵ *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 63 (van de 130).*

⁸¹⁶ *Ibidem.*

MIDDELEN- Het is in Deel I al gebleken, voor de beleidsmakers is het duidelijk : « *de criminele organisatie wordt ook gekenmerkt door de gehanteerde middelen om haar objectieven te realiseren* ». In het nieuwe 324bis Sw. staat er daarom, nog steeds in dezelfde zin die de voorgaande vereisten opsomt : « *en waarbij gebruik gemaakt wordt van intimidatie, bedreiging, geweld, listige kunstgrepen of corruptie*». Voor het voegwoord « *en* » staat een hoofdzin « *met criminele organisatie wordt bedoeld iedere gestructureerde vereniging* » en maar liefst 5 bijzinnen⁸¹⁷. Waar de zinsnede over de middelen op slaat, is dan ook niet vanzelfsprekend. Volgens de minister slaan voornoemde middelen enkel op « *om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen* », niet op « *om het plegen van misdrijven te verbergen of te vergemakkelijken* »⁸¹⁸. Dat betekent dat het volstaat dat de verenigingen bij het plegen hun misdrijven intimidatie, bedreiging, geweld, listige kunstgrepen gebruiken. Bij de meeste misdrijven met straffen van meer dan drie jaar komt er wel een van deze middelen aan te pas. Daarenboven geldt het ook voor verenigingen die slechts consensuele misdrijven of gevaarzettingsmisdrijven beogen, maar daarnaast of in de marge één van de opgesomde middelen gebruiken (bijvoorbeeld om « in te breken » in een gerechtelijk onderzoek). De vereiste dat het middel moet dienen voor het « *verbergen of vergemakkelijken van het plegen van misdrijven* » slaat enkel op « *het gebruik van commerciële of andere structuren*». Verenigingen die géén intimidatie, bedreiging, geweld, listige kunstgrepen of corruptie gebruiken voor het plegen van hun misdrijven, vormen dan toch nog criminele organisaties.

NIET ALS CONTRASTRATEGIE- De wetgever mikt dus duidelijk niet in de eerste plaats op het gebruik van intimidatie, geweld enz. als contrastrategie, op de afscherming van de activiteiten, het belemmeren van detectie, onderzoek of bewijsvoering. Want die moeten het plegen van misdrijven wel degelijk verbergen of vergemakkelijken. Doch zij sluit verenigingen die deze middelen wél gebruiken, ter afscherming van andere misdrijven, ook niet uit. De grote bakkerij, die jarenlang een deel van zijn aankopen en verkopen in het zwart doet en zijn belastingscontroleur geld aanbiedt om de andere kant uit te kijken, valt er dus ook onder.

⁸¹⁷ Respectievelijk “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 een gevangenisstraf van drie jaar of een zwaardere straf” en “om direct of indirect vermogensvoordelen te verkrijgen”.

⁸¹⁸ *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/6, 67 (van 130).*

ORGANISATIECRIMINALITEIT- Daarmee stoten we op de vanzelfsprekende vraag: valt ook de zogenaamde « organisatiecriminaliteit » onder deze omschrijving van criminele organisatie ? De regering schreef in de memorie van toelichting bij haar ontwerp dat deze definitie van criminele organisatie « *geen betrekking heeft op de zogenaamde « organisatiecriminaliteit »* ». Volgens haar sloeg dat begrip op « *misdriven die gepleegd worden door leden van een volkomen wettelijke organisatie (private of publieke onderneming, een vereniging zonder winstoogmerk of een andere), waarbij gebruik wordt gemaakt van de structuren die hun organisatie daartoe biedt, zonder dat de organisatie zelf functioneert als een criminele organisatie* »⁸¹⁹. Organizecriminaliteit is volgens de regering criminaliteit « *door leden van een organisatie die op zich genomen te goeder trouw is, in het kader van de uitoefening van de normale taken van de organisatie* ».⁸²⁰ De kassier die achter de rug van zijn baas een aantal zaken uit de winkel voor eigen rekening verkoopt, maakt zich volgens de regering dus schuldig aan « organisatiecriminaliteit ».

BEGRIPSVERWARRING- Wij hebben in Deel I een andere omschrijving van organisatiecriminaliteit gehanteerd. Voor ons gaat het – zoals voor de meeste auteurs - om een legitieme organisatie (bedrijf, vereniging, vakbond, ...) die systematisch misdrijven pleegt zonder dat die criminaliteit het wezen uitmaakt van haar activiteit. De regering denkt aan criminaliteit « binnen een organisatie » (die eigenlijk het slachtoffer is), terwijl men er doorgaans criminaliteit « van een organisatie » (eigenlijk dader) mee aanduidt. Laatstgenoemde « organisatiecriminaliteit » lijkt nu toch onder dit nieuwe misdrijf te vallen, dat wil zeggen dat drie bedrijfsleiders die samen afspreken om in de onderlinge transacties slechts een deel te factureren en de rest in het zwart te betalen een criminele organisatie vormen. Hun commerciële structuren zullen immers bijna altijd zulke misdrijven verbergen of vergemakkelijken. En zij kunnen zich ook niet beroepen op het tweede lid van 324bis Sw. dat « *organisaties die uitsluitend een rechtmatig oogmerk nastreven* » moet beschermen.

DE-NOOIT-CRIMINELE-ORGANISATIES- Dat tweede lid is, net zoals het schrappen van de gewraakte passage over « *het afwenden...* »⁸²¹, het resultaat van de bekommernis om « misbruik » van het nieuwe misdrijf. Toen het wetsontwerp na aanpassing door de Senaat terugkeerde in de Kamer, was dat voor een aantal

⁸¹⁹ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 5.*

⁸²⁰ *Ibidem, 5.*

kamerleden de gelegenheid om alsnog voor veranderingen te pleiten. Zo ook voor kamerlid Moureaux van de door schandalen geteisterde PS die het amendement heeft ingediend⁸²² dat 324bis aanvult met de woorden : « *het eerste lid is niet van toepassing op de organisaties met een uitsluitend politiek of vakorganisatorisch oogmerk, noch op de organisaties met een uitsluitend menslievend⁸²³, levensbeschouwelijk of godsdienstig oogmerk.* » Samen met collega's uit de meerderheid Landuyt, de T'Serclaes en Van Deurzen stemde hij toe om het over het « *feitelijke oogmerk* » te hebben en er « *of uitsluitend elk ander rechtmatig oogmerk nastreven* » . Een aantal Vlaamse oppositieleden vond het amendement « *onzinnig* »⁸²⁴. Volgens hen had het « *vanuit legistisch standpunt geen enkele zin* »⁸²⁵. Zij wilden de mening van de Raad van State, die hen blijkbaar gelijk gaf. Volgens de verdedigers van het amendement had de Raad het echter verkeerd begrepen, zodat zij voet bij stuk hielden (*infra*).

3.2.Deel uitmaken

TEKST- Aan de verschillende misdrijfomschrijvingen veranderde ondanks de lange parlementaire debatten uiteindelijk weinig. Art.324ter,§1 Sw. stelt een gevangenisstraf van een tot drie jaar en/of een geldboete van 100 tot 5.000 fr. in het vooruitzicht van « *iedere persoon die wetens en willens deel uitmaakt van een criminele organisatie, ook al heeft hij niet de bedoeling een misdrijf in het raam van die organisatie te plegen of daaraan deel te nemen op één van de wijzen bedoeld in artikelen 66 en volgende.* »⁸²⁶. Hiermee wil de regering de chauffeur of het huispersoneel van de maffiabaas straffen, als die « *aan geen enkel misdrijf deelnemen en zelfs niet aan de geoorloofde activiteiten van de criminele organisatie* »⁸²⁷. Ook mensen die zich laten betalen door de organisatie om een cirkel van schijnbaar legitieme sociale relaties te vormen (een vorm van cliëntelisme), vallen hieronder.

⁸²¹ En een matiging van de straffen (*infra*).

⁸²² Amendement nr.35 van de heer Moureaux, *Parl.St., Kamer 1997-98, 954/15, 1.*

⁸²³ Dit vervangt "liefdadig" in het oorspronkelijke amendement: *Parl.St., Kamer 1997-98, 954/21, 2.*

⁸²⁴ Aldus dhr. Dewael, die zegt dat "de definitie in het eerste lid [...] juridisch een sluitende omschrijving [is]" (*Parl.St., Kamer 1997-98, 954/21, 2.*).

⁸²⁵ Aldus dhr.Bourgeois, die de opname van een dergelijke passage in een strafwet "gevaarlijk" vindt. (*Parl.St., Kamer 1997-98, 954/30, 1.*)

⁸²⁶ Het oorspronkelijk voorgestelde 343, §1 had het nog over "iedere persoon die, zelfs zonder deel te nemen aan de voorbereiding of de uitvoering van enig misdrijf, met kennis van zaken deel uitmaakt van een criminele organisatie"

⁸²⁷ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 16.*

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Het materieel misdrijfbestanddeel is dus "deel uitmaken van een criminele organisatie". Een echt materieel element is dat niet. Gelet op 324bis moet men aannemen dat het gaat om het « zich verenigen met twee of meer met mensen ». Het staat wel met zoveel woorden in de tekst dat deelneming aan (de uitvoering van) een misdrijf van de criminele organisatie niet nodig is. Daar het om een verenigingsmisdrijf gaat, zijn de normaal niet strafbare voorbereidingshandelingen het plots wel. Het is zelfs niet nodig aan de voorbereiding van een misdrijf mee te doen. De regering zegt niet welke gedraging dan wel volstaat voor lidmaatschap. Dat laat ze aan de rechter over.

SCHULDVORM- Het schuldbestanddeel is « wetens en willens »⁸²⁸. Nu de omschrijving van criminele organisaties zoveel onderdelen kent, blijft de vraag wat het « lid » moet weten en wat het moet « willen ». Eén ding is zeker : hij moet niet de bedoeling hebben (dus willen) een misdrijf in het raam van die organisatie te plegen of daaraan deel te nemen op een van de wijzen bedoeld in de artikelen 66 e.v. Sw.. Wat moet hij wel willen ? Blijkbaar moet hij alleen de wil hebben om zich te verenigen. Voor alle andere bestanddelen van de omschrijving van criminele organisaties, lijkt het te volstaan dat hij « weet ». Hij moet dus weten dat de vereniging « gestructureerd is », dat zij duurt in de tijd, dat de vereniging misdrijven met meer dan drie jaar gevangenisstraf beoogt, dat zij (de vereniging dus, niet de leden) dat doet om vermogensvoordelen te verkrijgen en dat « er gebruik gemaakt wordt » (door iemand) van een van de opgesomde middelen.

STRAFMAAT- Art.324ter,§1 Sw. voorziet een gevangenisstraf van een tot drie jaar en/of een geldboete van 100 tot 5.000 fr.⁸²⁹ Daar komt de mogelijke verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en een beroepsverbod nog bovenop.

3.3.Deelnemen aan de voorbereiding of uitvoering van enige geoorloofde activiteit

⁸²⁸ Aanvankelijk stond er "*terwijl hij weet heeft van het crimineel karakter van de organisatie*". Dat leek op een soort algemeen opzet, waarbij het kenniselement bijzonder omschreven werd.

⁸²⁹ In het voorontwerp dat naar de Raad van State ging, schakelde de regering lidmaatschap, geoorloofde en ongeoorloofde activiteiten nog gelijk en strafte ze tot vijf jaar en 10.000 fr. (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 11*)

TEKST- Dezelfde straffen als voor wie er wetens en willens deel van uitmaakt, reserveert art.324ter, §2 Sw. voor « *ieder persoon die deelneemt aan de voorbereiding of uitvoering van enige geoorloofde activiteit van die criminele organisatie, terwijl hij weet dat zijn deelneming bijdraagt tot de oogmerken van deze criminele organisatie, zoals bedoeld in artikel 324bis* ». De wetgever heeft vastgehouden aan deze misdrijfschrijving, ondanks de zware academische kritiek⁸³⁰ op een vergelijkbare passage in het oorspronkelijk ontwerp⁸³¹. Het is de bedoeling van dit artikel personen te kunnen treffen die « meewerken aan op zichzelf geldige activiteiten (boekhoudkundige verrichtingen, enz.) »⁸³². Waar het eigenlijk om gaat, aldus de minister, is om « *medeplichtigheid aan de werking van een criminele organisatie* »⁸³³.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- De criminele organisatie kan dus geoorloofde activiteiten hebben⁸³⁴, maar wie eraan deelneemt is strafbaar. Dat geldt niet alleen voor deelname aan de uitvoering, maar ook aan de voorbereiding. In de leer van de poging zijn voorbereidingshandelingen die gedragingen die voorafgaan aan het begin van uitvoering van een misdrijf. Van dat misdrijf kent men de constitutieve bestanddelen, zodat men de gedraging ermee kan vergelijken. Hier gaat het echter om geoorloofde gedragingen, zodat alle gedragingen (behalve het plegen van misdrijven zelf) er altijd onder vallen. Wel is het nodig dat het gaat om een activiteit « van » de criminele organisatie. Dan is vanzelfsprekend de belangrijkste vraag: wanneer is een activiteit die « van » een criminele organisatie? De tekst zegt niets, zelfs de parlementaire voorbereiding geeft daarvoor nauwelijks aanwijzingen. Wel staat er dat de « *medeplichtigheid aan ongeoorloofde activiteiten* » uit het ontwerp is verdwenen⁸³⁵, omdat dat « *reeds strafbaar is* ».

⁸³⁰ VERBRUGGEN, F., "Un fer de lance...", *op.cit.*, 16-17

⁸³¹ Oorspronkelijk sprak de regering over "wie deelneemt aan een zelfs geoorloofde activiteit van de organisatie", indien "die weet of moet weten dat zijn deelneming bijdraagt aan het oogmerk van de criminele organisatie". Na het advies van de Raad van State, veranderde zij het materieel misdrijfbestanddeel in « *deelnemen aan de voorbereiding of uitvoering van elke geoorloofde activiteit van deze criminele organisatie* ».

⁸³² *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 66 (van de 130).*

⁸³³ *Ibidem.*

⁸³⁴ Dit getuigt volgens de minister ervan "dat het wetsontwerp de klassieke paden en concepten van ons strafrecht verlaat." (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 6*)

⁸³⁵ Het oorspronkelijk voorziene 343, §2 stelde een zwaardere straf, twee tot vijf jaar gevangenis en/of 500 tot 10.000 fr., op het « *deelnemen aan de voorbereiding van elke ongeoorloofde activiteiten van de criminele organisatie* ». Aangezien het vaak om buitenstaanders zal gaan (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer, 1996-97, 954/1, 7.*), vermeldde het schuldbestanddeel dat de « *dader* » « *weet of moet weten dat zijn deelneming bijdraagt tot de doelstellingen van de criminele organisatie* ».

SCHULDVORM- Over de wilscomponent staat er in deze misdrijfomschrijving niets uitdrukkelijk. De kenniscomponent krijgt wel aandacht. Wie deelneemt aan om het even welke geoorloofde activiteit van de criminele organisatie, moet weten dat zijn deelneming bijdraagt tot « de oogmerken van deze organisatie, zoals bedoeld in 423bis ». Het gebruik van het meervoud « oogmerken » lijkt erop te wijzen dat hij zowel moet weten dat de organisatie zware misdrijven wil plegen als dat zij dat uit winst oogmerk wil doen en dat zij daar een van de opgesomde middelen bij gebruikt. De regering wilde strafbaarheid voor wie « weet of moet weten ». Die passage sneuvelde echter in het parlement, dat enkel bij werkelijke kennis strafbaarheid wilde aanvaarden.

STRAFMAAT- De strafmaat is dezelfde als bij "deelnemers aan de organisatie", dat wil zeggen een gevangenisstraf van een tot drie jaar en/of een geldboete van 100 tot 5.000 fr.(x200) ⁸³⁶ Daar komt de facultatieve verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en een beroepsverbod bovenop.

3.4. Deelnemen aan beslissingen

TEKST- Deelname aan de geoorloofde activiteiten van een criminele organisatie is dus strafbaar en hetzelfde geldt voor lidmaatschap van wie noch aan misdrijven, noch aan geoorloofde activiteiten deelneemt. Daar komt mogelijk nog de samenloop bij met eventueel gepleegde misdrijven (als medeplichtige of mededader). Maar de straffen zijn blijkbaar niet zwaar genoeg. Vandaar dat §3 van het nieuwe artikel 324ter de strafbaarheid invoert van « *deelneming aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van de criminele organisatie, terwijl hij weet dat zijn deelneming bijdraagt tot de oogmerken van deze criminele organisatie, zoals bedoeld in art.324bis* ». De regering wil met 324ter, §3 Sw. « *vooral de hiërarchie van de criminele organisatie zwaarder bestraffen, hoewel niet specifiek aangetoond moet worden dat de betrokkene lid is van de organisatie* »⁸³⁷. Blijkbaar wil zij daarmee de mensen achter de schermen, die hun « *handen niet vuil maken aan de uitvoering van het misdrijf* », extra hard aanpakken. Maar niet alleen hen, want ook beslissingen « *inzake legale activiteiten* » vallen

⁸³⁶ Cfr. *supra* voetnoot 449

⁸³⁷ « *Personen binnen de hiërarchie van een maffieuze organisatie bijvoorbeeld* » (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 9.*)

eronder⁸³⁸. Het kan in theorie ook gaan om een derde die wetens voor een specifiek onderwerp betrokken wordt bij het nemen van een beslissing (bijvoorbeeld een juridisch raadsman die een beslissingsfunctie heeft bij het opzetten van een mechanisme voor fiscale fraude).⁸³⁹ In Hoofdstuk 2 hebben we hen het etiket « specialisten » opgeplakt.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Het objectief misdrijfbestanddeel is dus het « *deelnemen aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van een criminele organisatie* ». Wat ze precies bedoelt, laat de regering in het ongewisse. In de memorie heeft zij het ook over « *betrokken zijn bij het nemen van beslissingen, zelfs inzake de legale activiteiten, op welk niveau dan ook van de criminele organisatie* ». « *Hierbij speelt het geen rol of deze participatie occasioneel of systematisch is* »⁸⁴⁰.

SCHULDVORM- Het subjectief misdrijfbestanddeel is hetzelfde als bij 324ter,§2 : de wil hebben deel te nemen aan het nemen van welke beslissing dan ook, met een nader bepaald kenniselement. Hij moet weten dat zijn deelneming (dus niet de genomen beslissing) bijdraagt tot de in 234bis Sw. opgesomde oogmerken van de organisatie.

STRAFMAAT- Het gaat om een misdaad, want « *dat is symbolisch bijzonder belangrijk. Het geeft aan dat elke intellectuele bijdrage tot de activiteit van criminele organisaties een zeer zwaarwichtig feit is, zelfs als de bijdrage niet in rechtstreeks verband staat met het plegen van misdrijven.* »⁸⁴¹ De dader kan 5 tot 10 jaar

⁸³⁸ Verderop staat echter « *waarbij gebruik gemaakt wordt van geweld* » en spreekt men over de « *dader* ». Dat lijkt te wijzen op een effectief gepleegd geweld- of bedreigingsmisdrijf. Doch dat is helemaal niet de bedoeling van de regering : het loutere voornemen, dat nooit uitgevoerd wordt, volstaat. « *Evenmin is het van belang of dit misdrijf effectief wordt gepleegd of niet ; enkel de beslissing is bepalend om het ogenblik dat het misdrijf wordt gepleegd, vast te stellen* ». (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1,9*).

⁸³⁹ Zo viseert de regering naar eigen zeggen zowel de « *raakpunten tussen [de criminele organisaties] en de legale socio-economische bovenwereld* » (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 8.*)

⁸⁴⁰ *Ibidem*, 8.

⁸⁴¹ Het aanvankelijk wetsontwerp bevatte nog een specifieke strafbaarstelling voor « *beslissingen inzake misdrijven* ». Hoewel de regering het woord blijkbaar niet in de tekst wil, bleek dat zij daarbij eigenlijk dacht aan « *opdrachtgevers* » (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 8, 9.*) De « *moeilijkheden* » die 66, lid 4 Sw. oplevert, zijn weg : (het bewijs van) de middelen van aanzetting als giften, beloften e.d. en het bestaan van een strafbaar hoofdfeit. Ook zonder hoofdfeit is eenzijdige aanzetting tot zware misdaden al strafbaar op grond van de wet van 1875 (art.1, derde lid wet 7 juli 1875). Als zij mondeling gebeurt, moet zij met giften of beloften gepaard gaan. Allemaal niet meer

gevangenisstraf en/of een geldboete van 100.000 (x200) frank (dus 20 miljoen frank) krijgen. Daar komt de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en/of een beroepsverbod nog bovenop.

3.5. Leiding geven

TEKST- Tenslotte bestraft §4 van art.324ter «ieder(e) leidend persoon van de criminele organisatie ». Het gaat om « *de eigenlijke bestuurders* », niet noodzakelijk degenen die « *de criminele structuur hebben opgezet* », maar in het algemeen « *personen die de topfuncties binnen de organisatie waarnemen* ». Waarom verdienen die dermate zware straffen ? Volgens de regering is dat enerzijds « *omwille van hun bijzonder centrale rol* »⁸⁴² en anderzijds « *omdat in sommige gevallen hun concrete betrokkenheid bij beslissingen inzake het plegen van zware misdrijven niet aangetoond zal kunnen worden* »⁸⁴³.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Welke objectieve gedraging vereist is om als « *leidend persoon* » beschouwd te worden, zegt de wetgever niet. Veel zal natuurlijk afhangen van hoe de concrete criminele organisatie eruit ziet. De bewoordingen zijn ontleend aan de verzwarende omstandigheden in de Drugwet en niet aan bendevoering.

SCHULDVORM- Aangezien het om een (zware) misdaad gaat en de wetgever zwijgt over het schuldbestanddeel, moet men weten dat men leidend persoon is en moet een leider willen zijn.

STRAFMAAT- De leidinggevende persoon kan maar liefst 12 jaar langer achter de tralies gaan dan een gewoon lid. De straf is – zolang de organisatie nog geen enkel misdrijf heeft gepleegd - maar liefst vijf keer zwaarder. Art.324ter, §4 Sw. voorziet immers opsluiting van 10 tot 15 jaar en/of een geldboete van 1000 tot 200.000 frank. Met de opdecimes van vandaag is dat een boete van maar liefst 40 miljoen frank. Daar komt de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en/of een beroepsverbod nog bovenop.

nodig, vindt de regering. Daarenboven geldt dit voor het « plannen » van alle misdrijven met geweld en bedreiging, dus ook het onder bedreiging doen afgeven van een handtas.

⁸⁴² Wie zich afvraagt hoe iemand slechts « een beetje centrale rol » of « een nogal centrale rol » kan hebben, vindt troost in de Franse versie waar hun rol kortweg centraal is. (Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 9.*)

⁸⁴³ Wetsontwerp betreffende criminele organisaties, *Parl.St., Kamer 1996-97, 954/1, 9.*

§4. Procedurele aspecten

AFLUISTEREN ENZ.- De wet voegt de nieuwe misdrijven toe aan het lijstje van misdrijven waarvoor art.90 ter Sv. de gevoelige bewakingsmaatregelen (registratie en observatie van privé- en telecommunicatie) onder bepaalde voorwaarden toelaat. Zowel de regering (in het oorspronkelijk wetsontwerp) als parlementsleden anticiperen regelmatig op het toekomstig belang van 324bis Sw. als ankerpunt voor procedurele keuzes. Vooral voor de proactieve opsporing en de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden maar ook voor het gebruik van spijtoptanten of een "verschuiving" van de bewijslast wil de regering ook een duidelijke koppeling maken naar de nu « omschreven » criminele organisaties. Omdat het debat daarover pas later gevoerd zal worden, bleef de parlementaire discussie hierover beperkt tot die over politieke bewegingen. Die wilden de parlementsleden vooral vrijwaren van observatie, infiltratie of andere indringende overheidsinmenging. Af en toe mopperde ook wel iemand dat de strafbaarstellingen zo ruim zijn dat men dreigt te komen tot een feitelijke omkering van de bewijslast, zodat mensen moeten bewijzen dat zij niet weten dat ze met een criminele organisatie in contact hebben gestaan. Talloze andere procedurele aspecten bleven, hoewel door de rechtsleer aangekaart, in de parlementaire discussie grotendeels buiten beeld..

§5. Besluit

MISDRIJVEN OP MAAT- De Belgische wetgever koos in 1999 voor specifieke misdrijfomschrijvingen, die op maat geknipt zijn voor de aanpak van georganiseerde criminaliteit. Zoals de Italiaanse kiest hij voor misdrijven die in het Strafwetboek naast de ongewijzigde bepalingen inzake bendevoering komen. De regering gaf niet veel uitleg over de *ratio legis*, doch de wetgever besteedde wel veel woorden aan de omschrijving van de criminele organisatie. Er zitten elementen in die verwijzen naar de structuur van de vereniging, de door haar beoogde misdrijven, het eigen motief van de vereniging, haar bestendigheid en tenslotte de gebruikte middelen. Die krijgen bijzondere aandacht, doch één middel uit het lijstje volstaat. Een omstrede tweede lid moet misbruik van de bepaling tegen politieke bewegingen of NGO's uitsluiten. Eénmaal het bestaan van de strafrechtspersoon als rechtsfeit bewezen, zijn verschillende vormen van betrokkenheid strafbaar. Daarbij kiest België voor "open" omschrijvingen: deel uitmaken, deelnemen aan de voorbereiding van enige

geoorloofde activiteit van de organisatie, deelnemen aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van de criminele organisatie en het zijn van een leidinggevende persoon. Als schuldvorm eist de wetgever doorgaans een op de oogmerken van de organisatie toegespitst algemeen opzet. De nieuwe misdrijven komen in aanmerking voor de bewakingsmaatregel van art.90ter Sv. Het is de bedoeling dat de omschrijving van art.324bis Sw. ook voor andere procedurele beslissingen als ankerpunt gaat dienen.

HOOFDSTUK 5. PERSOONLIJKE BEOORDELING: genetisch gemanipuleerde bendevoorming

" Mrs. Conclusion (Chapman): Hullo, Mrs. Premise.

Mrs. Premise (Cleese): Hullo, Mrs. Conclusion.

Conclusion: Busy Day?

Premise: Busy? I just spent four hours burying the cat.

Conclusion: Four hours to bury a cat?

Premise: Yes - it wouldn't keep still.

Conclusion: Oh - it wasn't dead, then?

Premise: No, no - but it's not at all well, so as we were going to be on the safe side.

Conclusion: Quite right - you don't want to come back from Sorrento to a dead cat. It'd be so anticlimactic. Yes, kill it now, that's what I say."

(Monty Python's Flying Circus)

EVALUATIE- Onze wetgever heeft het Belgisch strafrecht nu dus met een reeks misdrijfomschrijvingen verrijkt. Ze vormen het vlaggenschip van een nieuwe strafrechtelijke aanpak van georganiseerde criminaliteit. De beleidsmensen, de wetgever voorop, hebben dus gekozen. Met die in Hoofdstuk 4 beschreven keuzes reageerden ze op de impulsen uit Hoofdstuk 3. Dat waren suggesties voor het verhelpen van de in Hoofdstuk 2 vastgestelde tekortkomingen van de in Hoofdstuk 1 beschreven klassieke regels. In dit vijfde en laatste Hoofdstuk is het tijd voor een balans.

DOGMATISCHE ANALYSE- Voor de dogmatiek komt het er, zoals in Deel I aangestipt, op aan de vooronderstellingen en eventuele redeneerfouten (interne tegenspraak, cirkelredeneringen, tautologieën) in het rechtsvormingsproces bloot te leggen. Eerst gaan we in op de gronden voor de nieuwe wetgeving. (§1). Vervolgens (§2) bekijken we de misdrijfomschrijvingen en wijzen we op

ongerijmdheden en mogelijke gevolgen van de gemaakte keuzes. In §3 houden we de gemaakte keuzes tegen het licht van de klassieke beginselen. In welke mate blijven die eigenlijk nog overeind en welke zijn de mogelijke gevolgen van die evolutie? Na het overlopen van enkele alternatieve pistes die de wetgever had kunnen kiezen (§4), komen we tot een besluit (§5).

§1.Grond voor de wetgeving

1.1.Inleiding: graven naar de ware gronden

HYPOSTASE- Door het verwarde en verwarrende parlementaire debat valt het niet altijd mee vast te stellen op welke gronden deze wetgeving steunt. Dat hebben we in Hoofdstuk 2 al vastgesteld, maar we hebben toch een poging gedaan om motieven uit dat debat te distilleren. Bij nader inzien berust de wet op een flagrant staaltje van hypostase. Met dat moeilijk woord benoemt men de redeneerfout, of de retorische truuk, waarbij een spreker een loutere (veronder)stelling voorstelt als een bewezen feit. In dit geval had de regering eigenlijk in haar memorie van toelichting bij het nieuwe wetsontwerp moeten bewijzen dat het bestaande recht tekort schoot bij de strafrechtelijke aanpak van georganiseerde criminaliteit. Zij maakte er echter een axioma van: het is zo, want wij zeggen dat het zo is⁸⁴⁴. Waarom anders zou georganiseerde criminaliteit als een groeiend probleem worden ervaren, waarom anders zouden er zoveel pleidooien voor een wettelijke regeling zijn⁸⁴⁵? Nergens stelt zij zich uitdrukkelijk de vraag waar het bestaande recht precies faalt en dus zeker niet waarom.

NIEUW- Alle pleitbezorgers van veranderingen hameren erop dat het bij georganiseerde criminaliteit gaat om iets nieuws, een probleem dat tot voor kort niet bestond of geen aandacht kreeg. De “oude” wetgever kan er destijds dus niet aan

⁸⁴⁴ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St.*, Senaat, 1997-98, 1-326/7, 28: “De regering ging uit van de stelling dat de in de Belgische strafwetgeving bestaande kwalificaties ontoereikend zijn, doch specificeerde niet welke bestaande strafbepalingen zij daarmee bedoelde en op welk vlak zij precies tekort schoten.”

⁸⁴⁵ In het parlement zijn er die op dezelfde manier denken: “Indien bendevorming echter voldoende zou zijn, vraagt de spreker zich af hoe het komt dat er zoveel kritiek komt op het feit dat er geen incriminatie is van de bestaande toestand, bijvoorbeeld de voorbereidende handelingen.” (*Parl.St.*, Senaat 1997-98, 1-662/6, 37 (van de 130.)) Dat het bestaande recht onvoldoende gekend is of dat ongebreidelde uitbreiding van het strafrecht altijd niet wenselijk is, komt blijkbaar niet in aanmerking als verklaring.

gedacht hebben. Daarom is de oude wet meteen ook niet meer bruikbaar, niet meer “*geschikt*”⁸⁴⁶.

FOUT- Men hoeft zich echt niet in diepgaand rechtshistorisch onderzoek te storten om deze politieke “verkooptruuk” door te prikken. Deel I leerde dat in de kinderjaren van ons wetboek er wel degelijk vormen van criminaliteit bestonden die vandaag de dag het etiket “georganiseerde criminaliteit” opgeplakt zouden krijgen. Het gaat helemaal niet om onbetreden paden. In Hoofdstuk 1 van dit Deel II bleek daarenboven dat de klassieke wetgever de beginselen behoorlijk uitrekte als het op de aanpak van de bendes aankwam. Dat er niettemin nog steeds problemen waren, is ook geen origineel inzicht. Twijfelaars kunnen volstaan met een vergelijking tussen de gedachtenwisseling omtrent criminele organisaties in het parlement in de jaren 1996-98 en de discussie die de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht in 1954 en 1955 heeft gewijd aan bendes⁸⁴⁷. Terwijl de deelnemers aan eerstgenoemde discussie in de oprechte overtuiging verkeerden dat zij voor iets “*totaal nieuws*” stonden, deden zij eigenlijk gewoon een discussie van meer dan veertig jaar eerder over. Als een Columbus op zoek naar de binnenweg naar Indië herontdekte de wetgever tijdens het debat bijna per ongeluk het vergeten continent bendevorming. De Noormannen van de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht zijn daar echter al lang voor hem geweest, zij het zonder veel blijvende resten achter te laten.

ONGETESTE TESTMOGELIJKHEID- Nochtans beschikten de beleidsverantwoordelijken met de parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit (POC-GC) over het instrument bij uitstek voor een praktische proef op de som. De regering (of het Openbaar Ministerie) had gemakkelijk vijf praktijkgevallen, echte strafrechtelijke onderzoeken en vervolgingen, kunnen meedelen aan de onderzoekscommissie. Dan had die met de “klassieke” wetgeving in de hand kunnen nagaan waar die in een concrete zaak precies tekort schiet. Vervolgens kon met het ontwerp van de nieuwe wettekst in de hand de oefening worden overgedaan. Zo nodig hadden politiemensen, magistraten en advocaten toelichting kunnen geven met de praktijkkennis die de regelmakers doorgaans ontberen. De senatoren zagen een dergelijk nauwgezet onderzoekswerk blijkbaar niet zitten.

⁸⁴⁶ *Supra* Hoofdstuk 4, §2.

⁸⁴⁷ E.L., *op.cit.* 531-541.

GEVOLG- Bijgevolg doordrenkt een theoretische, louter op veronderstellingen gebaseerde aanpak de hele discussie over de voor- en nadelen van het wetsontwerp betreffende criminele organisaties met een uitermate abstract karakter. Zij dreigt op bepaalde momenten uit te monden in droogzwemmerij. De gebruikte beelden zijn niet die van mensen van vlees en bloed, maar van “organisatoren”, “personen die beslissingen nemen”, enz.⁸⁴⁸ De minister wist dat zijn ontwerp delicate vragen oproep, doch voelde zich blijkbaar niet geroepen om die te beantwoorden of om uit te leggen welke nieuwe wegen en concepten in de plaats van de “verlaten” klassieke wegen en concepten komen. Wie concrete vragen stelde, stuurde hij met het klassieke kluitje in het klassieke riet: de feitenrechter zal aan de hand van de concrete feiten moeten beslissen⁸⁴⁹.

GRAAFWERK- Een dogmaticus krijgt het door de hypostase moeilijk om vast te stellen wat nu de grond voor de nieuwe wet is. De zwakte van de memorie van toelichting en de veranderingen die de tekst in het parlement onderging, dwingen hem ertoe in het lange en soms bevreemdende wetgevingsdebat te gaan graven naar de - vaak half verborgen - gronden.

1.2. Het tekortschieten van de bestaande rechtsregels voor collectieve en preventieve aanpak

1.2.1. Impliciete frustratie

FRUSTRATIE- Bij gebreke aan duidelijke motieven van de regering waagt de waarnemer zich dus aan een soort Freudiaanse dieptepsychologie. Uitspraken en halve versprekingen tijdens het parlementair debat wijzen alleszins op enkele

⁸⁴⁸ De voorbeelden die de wet moeten rechtvaardigen zijn bijna zo vaag als de wetteksten zelf. Hier en daar trachten parlamentsleden concrete antwoorden te krijgen op concrete voorbeelden. Zo vragen zij wat een bankbediende moet doen wanneer er een gerucht is dat de bank waarin hij werkt witwasactiviteiten verricht. Volstaat dat om zijn kennis van het criminele karakter van de organisatie aan te tonen? De minister antwoordt dat “*een gerucht op zich zeker niet voldoende zal zijn. Evenmin zal het volstaan dat er één verdachte transactie is geweest. Het verrichten van dergelijke transacties moet kenmerkend zijn voor de criminele organisatie die onder de dekmantel van de bank opereert. Het moet gaan om een structureel gegeven. Het is evenwel niet vereist dat er reeds personen worden veroordeeld.*” (Parl.St. Kamer 1996-978, 954/6, 17)

⁸⁴⁹ Hij blijft steken in het blazen van zeepbellen van het genre “*elk woord in het wetsontwerp heeft zijn belang en zal door de rechtspraak moeten worden geïnterpreteerd.*” (Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 6 van 130 en 7 van 130): “*als reactie op [allerlei opmerkingen] vestigt de minister er nogmaals de nadruk op dat in het ontwerp met nieuwe concepten wordt gewerkt die door de praktijk nog zullen moeten worden ingekleurd.*”

bronnen van frustratie. We stellen met name frustratie vast over de deelneming (1.2.2.) en de poging (1.2.3.), de klassieke strafrechtelijke instrumenten voor de aanpak van de collectieve, respectievelijk de preventieve dimensie van criminaliteit. In heel het debat kwamen ze nauwelijks of niet ter sprake, doch ons inziens vormden de te lichte straffen en de strafbegrenzende werking van art.65 Sw. ook een bron van ergernis (1.2.4.).

1.2.2.Deelneming

FRUSTRATIE- Eerst en vooral vond de regering dat het bestaande strafrecht tekortschoot voor de aanpak van de *collectieve dimensie* van georganiseerde criminaliteit. Dat de regels van strafbare deelneming in Boek I Sw. frustreerden, blijkt onder meer uit het gebruik van subjectieve misdrijfbestanddelen als “*ook al heeft hij niet de bedoeling een misdrijf te plegen [...] of daaraan deel te nemen op één van de wijzen bedoeld in de artikelen 66 e.v.Sw.*”. De regering geloofde dat het gebruik van de klassieke deelnemingsleer ertoe leidde dat kopstukken, investeerders, contacten in de bovenwereld en logistieke helpers de dans ontsprongen.

ONRECHT- De analyse in Hoofdstuk 1 heeft nochtans duidelijk gemaakt dat de rechtsfiguur deelneming voor een enorme toename van het aantal strafbare personen kan zorgen. De regering stond op geen enkel moment stil bij de redenen waarom de klassieke wetgever handelingen die op zichzelf niet verboden zijn, pas strafbaar maakte wanneer zij een *objectief en subjectief verband* vertonen met een strafbaar hoofdfeit. Nochtans is die band van wezenlijk belang. Hij vormt het kanaal waarlangs het “onrecht” dat bestraffing rechtvaardigt (en dat in het hoofdfeit zit) tot bij de op zich legitieme handeling stroomt. Telefoneren is een volkomen eerbare bezigheid. Iemand telefonisch een smoes vertellen is misschien moreel verwerpelijk, maar niet strafbaar. Telefoneren om iemand met een smoes naar buiten te lokken, zodat twee anderen hem kunnen beroven is dat wel, maar alleen wanneer de beroving echt wordt geprobeerd. Als de smoes haar effect totaal mist en het slachtoffer niet buitenkomt, is er niets aan de hand. Het onrecht zit hem in de beroving, de inbreuk op het eigendomsrecht. De band daarmee verandert de geoorloofde smoes in een strafbare. Als de smoes faalt, moet het recht zich niet. De rechtshandhaving heeft zo al genoeg werk. Als de beller weliswaar een smoes gebruikt om iemand naar buiten te lokken en die daardoor toevallig in de armen loopt van twee overvallers die daar net voorbij komen, bestaat er weliswaar een objectieve

band tussen het telefoontje en de beroving, maar niet de subjectieve. Dan kunnen de rovers wel gestraft worden, maar niet de beller.

VERBORGEN GROND- Behalve de algemene dreiging van georganiseerde criminaliteit werd van regeringszijde geen enkele reden te berde gebracht waarom de beller zo nodig moet worden bestraft. Wij vrezen dat de regering eigenlijk struikelt over bellers die met de overvallers wel degelijk een band vertonen, maar een band die moeilijk te bewijzen is. Met de nieuwe wet riskeert het drietal wel een straf en dan nog een behoorlijk zware straf ook⁸⁵⁰.

ONDERSCHATTING DEELNEMING- We hebben de stellige indruk dat de wetgever de bestaande regels van deelneming onderschat. Het lijkt helemaal niet tot hem te zijn doorgedrongen dat de leer van de deelneming voor de toerekening aan de verschillende individuen al een beroep doet op een "gemeenschappelijke wil", die los staat van de concrete bedoeling van die afzonderlijke individuen⁸⁵¹. De - ons inziens verkeerde (*infra*, §4) - toerekening van objectieve verzwarende omstandigheden aan alle deelnemers vormt de illustratie daarvan. In tegenstelling tot wat de regering lijkt te geloven, lijkt er geen probleem te bestaan om bijvoorbeeld boekhouders van criminelen als deelnemers te veroordelen, op voorwaarde dat zij wetens en willens bij strafbare zaken betrokken zijn. Zo zag het Hof van Cassatie er geen graten in de veroordeling als deelnemer te bevestigen van iemand die zonder officieel enige functie in een handelsvennootschap te bekleden er toch een vooraanstaande rol in speelde⁸⁵², of van iemand die met bedrieglijk opzet het ontwerp van een valse balans had opgemaakt⁸⁵³. Als een boekhouder of lijfwacht niet weet waar zijn opdrachtgever eigenlijk mee bezig is, vinden wij hun bestraffing ongepast. De straffeloosheid van deelneming *post factum* lijkt ons slechts een marginaal probleem.

⁸⁵⁰ Doch als er geen overval komt, hoe kan men dan bewijzen dat de drie die overval aan het plannen waren? Alleen wanneer men hen al aan het observeren is. Dat wil zeggen dat er al opsporing of bewaking bezig is vooraleer er aanwijzingen zijn van een misdrijf. De overheid is dus "proactief" aan het speuren (*infra*, Deel III). Dat zal ze enkel doen bij bepaalde categorieën geselecteerde "verdachte figuren". De logica is dus dezelfde als vroeger bij landlopers (*supra*, Hoofdstuk 1): een categorie van personen is bijzonder verdacht en voor hen geldt een uitzonderingsregime. Waar normaal krenking en onrecht vereist zijn, volstaat voor hen gevaarstelling.

⁸⁵¹ Cass.16 oktober 1939, *Pas.* 1939, I, 417; Cass.6 maart 1950, *Arr.Cass.* 1950, 443: het opzet bij deelneming is de gemeenschappelijke band die deelnemers aan een misdrijf tot een actie-gemeenschap maakt en toelaat ze allen voor het ene misdrijf strafbaar te stellen.

⁸⁵² Cass.4 december 1939, *Pas.* 1939, I, 67.

⁸⁵³ Cass.14 oktober 1940, *Pas.* 1940, I, 249. Cfr. de paragraaf over "de aansprakelijkheid van raadgevers" bij fiscale misdrijven: VERSTRAETEN, R., "Actualia van fiscaal strafrecht", in: TILLEMANN, B. (ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 260-266.

Niet alleen betwist Van Halewijn die straffeloosheid⁸⁵⁴. Het toenemend aantal voortdurende misdrijven maakt deze situatie ook steeds zeldzamer. Daarenboven zijn de belangrijkste vormen van hulp achteraf afzonderlijk strafbaar gesteld als heling, witwassen of ander verbergingsmisdrijf. Een beter uitgewerkt kader van precies omschreven obstructiemisdrijven (strafverzwaring voor het bedreigen van getuigen of meeneed bijvoorbeeld) was dan waarschijnlijk beter geweest dan de gekozen nieuwe misdrijven. Wij vrezen dat de wetgever de deelnemingsleer gewoon uit het oog verliest. Daarom zet hij art.66-69 Sw. steeds vaker buitenspel door iedereen die van ver of dichtbij betrokken zou kunnen zijn, meteen in de misdrijfomschrijving op te nemen⁸⁵⁵. Dit marginaliseren van het algemeen deel, met regels die gelden voor alle misdrijven, zorgt voor nutteloze ondoorzichtigheid en versnippering van de criteria voor de toerekening van strafbaar gedrag. Die versnippering lijkt in internationale zaken geen haar beter dan de bestaande situatie van uiteenlopende deelnemingsleeren.

VRAAG- De grote vraag is dan ook waarom, als het parlement die frustratie over deelneming deelt, het dan op geen enkel moment heeft stilgestaan bij mogelijkheid de regeling van deelneming in Boek I te herzien. Zelfs bij de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen lijkt de wetgever daar geen behoefte aan gevoeld te hebben. Zou de schrapping van de specifieke opsomming van middelen waarmee de zedelijke dader de materiële dader moet aanzetten, echt veel verschil maken in de praktijk? Zou het echt veel verschil maken als we deelneming na de feiten (zoals in sommige Angelsaksische landen) strafbaar maken dan wel specifieke "begunstigingsmisdrijven" invoeren?

1.2.3.Frustratie over de poging

VOORBEREIDING- Een tweede opvallend element is de systematische toevoeging in de misdrijfomschrijvingen van het woord "voorbereiding". Daaruit blijkt niet nader toegelichte frustratie over het tekortschieten van de poging. In haar actieplan stelde de regering de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen (zoals in Nederland) trouwens in het vooruitzicht. Ze heeft die bekommernis "meegenomen" in de wet op de criminele organisaties.

⁸⁵⁴ *Supra*, Hoofdstuk 1, 2.4.3.

KRITIEK- Nochtans kwam in het hele debat over het wetsontwerp die tekortkoming nergens tot uiting. Voorbereidingshandelingen blijven in het klassiek strafrecht immers slechts straffeloos wanneer er niets uit voortkomt. Deelnemen aan voorbereidingshandelingen is strafbaar als mededaderschap of (meer waarschijnlijk) als medeplichtigheid, als er werkelijk een misdrijf (of strafbare poging) op volgt (*supra*, Hoofdstuk 1). Die voorbereidingshandelingen kunnen op zichzelf geoorloofd zijn, de objectieve en subjectieve deelnemingsband met het misdrijf maakt hen onrechtmatig. Wie een rechtspersoon opricht, die daarna dienst doet voor een oplichting door anderen, is strafbaar als hij het nodige deelnemingsopzet heeft ten aanzien van de oplichting. Slechts wanneer voorbereidingshandelingen op zichzelf zo gevaarlijk zijn dat de overheid bestraffend moet tussenkomen, omdat stilzitten te riskant is, kan de wetgever strafbaarheid verantwoorden. Het bezit van bepaalde giftige stoffen, zoals zenuwgassen, biologische wapens of nucleair materiaal, levert dermate groot gevaar op voor de volksgezondheid, dat de rechtshandhaving verplicht is op te treden vooraleer het echt tot begin van uitvoering van een krenkingsmisdrijf komt. Bij sommige wapens en explosieven geldt een vergelijkbare redenering.

RISICO'S- Heel deze discussie draait natuurlijk om de inschatting van risico's. Vele huishoudelijke producten, zoals meststoffen, spijkers, zeep, gasflessen kunnen gemakkelijk gebruikt worden voor het maken van vernietigende bommen. Wie zo doorgaat, komt tot het besluit dat zowat elk voorwerp (een auto, een bloempot, een slaapkussen, een spuitbus, een computer⁸⁵⁶...) een potentieel wapen is. Het verschil ligt in het gebruik dat de dader ervan wil maken. Krenking van individuele rechtsgoederen of minstens een poging daartoe vormt het enig mogelijke criterium om daar strafrechtelijk tegen op te treden.

VERBORGEN GROND- Niets wijst erop dat de wetgever zich met dergelijke overwegingen heeft bezig gehouden. De regering gaf zelfs hints dat ze helemaal niet wil dat de rechtshandhaving bij de nieuwe misdrijven al in een allervroegste fase zou ingrijpen. Ze benadrukt dat een moderne aanpak van georganiseerde criminaliteit het nu net nodig maakt het ingrijpen, ondanks de vaststelling van strafbare feiten, een tijdje uit te stellen. Dat geeft de afwachtende overheid de kans

⁸⁵⁵ Cfr. *supra*, Hoofdstuk 3, 5.4: "er op om het even welke wijze, rechtstreeks of onrechtstreeks toe bijdragen dat...".

om een beter beeld te krijgen van de verbanden tussen betrokken personen, van de gebruikte technieken en routes, van de zwakheden van het systeem. Bovenal laat het de speurders toe (betere) bewijzen te verzamelen tegen de personen die zich niet met hun vingers in de taart van het materieel zichtbare misdrijf laten betrappen. De misdrijven zijn meestal niet zo erg dat het pogen (of voor vele feiten zelfs het plegen) in geen enkel geval tijdelijk kan worden getolereerd. Het moment waarop de overheid werkelijk verplicht is preventief in te grijpen, hangt af van het gevaar. Het gevaar voor de gezondheid wanneer een lading hash op de markt belandt, is minder erg dan dat voor het leven van iemand tegen wie een moordaanslag wordt beraamd. Het voorkomen van misdrijven is volgens ons niet de ware reden voor het naar voor schuiven van de grens van strafbaarheid. De verklaring moet liggen in de wens om gevoelige opsporingsmethoden zo vroeg mogelijk in te zetten (al beschikt men nog niet over rechtstreekse aanwijzingen van een (poging) tot een misdrijf) en/of dergelijke politiespeurwerk onder de controle van de rechterlijke macht te brengen.

1.2.4. Frustratie over te lichte straffen en art.65 Sw.

ZWARE STRAFFEN- Een andere constante in de wet van 1999 zijn de zware straffen. Dat de gevangenen al overvol zitten, betekent blijkbaar niet dat de straffen in het wetboek niet wat hoger mogen. Hoewel het in theorie over gevaarzetting gaat, zijn de straffen, zeker voor 324ter, §§3 en 4 Sw., opmerkelijk zwaar. Vele gedragingen die onder het klassiek regime als medeplichtigheid een lichtere straf kunnen krijgen (deelneming aan voorbereiding en aan beslissingen) zitten nu in het zelfstandig misdrijf met zijn zware straffen. De nieuwe gevaarzettingsmisdrijven zullen vaak samenlopen met effectief gepleegde misdrijven. Dit geeft opnieuw blijk van een frustratie, één waar de wetgever zich zelfs nauwelijks bewust van lijkt: het ongenoegen met art.65 Sw. Wij hebben in onze beschouwingen over de Drugwet⁸⁵⁷ geïllustreerd dat door die straftoemingsregel de voor bendevorming voorziene straffen worden opslorpt wanneer, en dat is meestal, de rechter het bendelid ook voor (deelneming aan) een niet te licht misdrijf veroordeelt. Nog meer opgekropte frustratie bestaat er over het gebruik van de constructie van eenheid van delictueel opzet (art.65, lid 2 Sw.), die toelaat om veel misdrijven als één misdrijf te beschouwen. Criminele organisaties houden zich bezig

⁸⁵⁶ Een van de eerste cybermoorden gebeurde (vanzelfsprekend) in de V.S.. De dader brak in (hackte) in de computer van het ziekenhuis en veranderde daar de gegevens over de aan de patiënt toe te dienen medicijnen, met dodelijke gevolgen.

⁸⁵⁷ *Supra*, Hoofdstuk 3, 5.1.

met misdrijven van drie jaar of meer en op lidmaatschap staat maximum drie jaar. Zeker bij een eerste veroordeling wegens lidmaatschap, leidt art.65 Sw. tot opsorping van de straffen voor dat lidmaatschap. Ze verdwijnen helemaal in die voor deelneming aan het effectief plegen van de misdrijven die het oogmerk uitmaken van de organisatie. Indien de criminele organisatie gewone diefstallen pleegt (maximum vijf jaar gevangenisstraf), kunnen de deelnemers aan die diefstal niet zwaarder gestraft worden dan gewone dieven. Maar voor de beslissers en de leidinggevende personen daarentegen kan de nieuwe wet in de praktijk tot een belangrijke strafverzwaring kan leiden. Wij kunnen ons hoe dan ook afvragen waarom de wetgever op geen enkel moment heeft overwogen om artikel 65 Sw. te veranderen (*infra*).

1.2.5.Besluit

KRITIEK- Hoofdstuk 2 beweest dat er inderdaad gevallen denkbaar zijn waarin de deelneming en poging tekort lijken te schieten. De beweerde tekortkomingen wijzen echter vooral op het ongenoegen bij de rechtshandhavers over de bewijslast die zij torsen bij krenkingsmisdrijven. De in het parlement gegeven voorbeelden waren niet bepaald de meest voor de hand liggende. Wij vrezen (bij gebrek aan feiten kunnen we het ook niet bewijzen) dat de zonet gesuggereerde test (door een parlementaire onderzoekscommissie) duidelijk zou maken dat zowat alle menselijke gedragingen die de regering wil strafbaar stellen (ook de in Hoofdstuk 2 opgesomde voorbeelden) eigenlijk al strafbaar zijn. Het probleem zal, zowel met de nieuwe als met de oude wetgeving, hetzelfde zijn. Hoe abstracter de formulering van de misdrijven, hoe belangrijker en hoe moeilijker bewijs van het vereiste schuldbestanddeel. Vroeger viel het voor een aantal personen moeilijk aan te tonen dat zij de vereiste kennis en voldoende engagement hadden om van deelnemingsopzet te spreken. Nu zal het Openbaar Ministerie moeilijk kunnen bewijzen dat de verdachten wisten dat de mensen met wie zij handelden tot een criminele organisatie behoorden, dat zij de oogmerken of gebruikte middelen kenden of dat zij de wil hadden om bij te dragen aan die oogmerken. Hetzelfde geldt voor de voorbereiding, die ook strafbaar was als het uiteindelijk tot een poging of een voltooid misdrijf kwam. Ook daar lijkt de vooruitschuiving van strafbaarheid vooral te dienen om de bewijslast te verlichten en zonder problemen onderzoekshandelingen te richten op personen die ver van een krenkingsmisdrijf af staan. Tenslotte lijkt de wetgever vooral voor beslissers (324ter, §3) en leidinggevende personen (324ter,§4) een ernstige strafverzwaring mogelijk te maken. Zo wil hij komaf maken met de praktijk dat de straf voor de gevaarzettings

(het verenigingsmisdrijf), opgeslorpt wordt door die van het effectief gepleegde krenkingsmisdrijf (dat binnen het oogmerk van de vereniging viel).

BESTAAND ALTERNATIEF- De tekortkomingen van deelneming en poging zijn dus door de regering slecht gemotiveerd en alleszins overdreven, maar niet totaal uit de lucht gegrepen. Doch Hoofdstuk 1 leerde dat net daarom ooit de bendevorming als uitzonderlijkste uitzondering op de algemene beginselen van behoorlijke strafrechtspleging werd ingevoerd. De vraag naar de toegevoegde waarde van de "nieuwe concepten" ten opzichte van de voorheen bestaande misdrijfschrijvingen van 322 e.v. Sw. blijft dan ook uitermate prangend.

1.3.Het tekortschieten van bendevorming

1.3.1.Impuls

MODEBEGRIJ- Waarschijnlijk ging het om de gebruikte woorden. Termen als "bende" of "gangster" ondergingen in de loop der decennia een soort betekenisverandering. De Nederlandse term "criminele organisatie" kreeg sinds de jaren tachtig veel weerklank en vond ook bij ons ingang als benaming voor groepen in de sfeer van georganiseerde criminaliteit. De Belgische wetgever wist goed dat het Nederlands strafwetboek, anders dan het onze, sinds 1988 met art.140 NI.Sr. een specifiek misdrijf had dat "deelneming aan criminele organisatie" heette. Ook op EU-niveau ontstond consensus rond het gebruik van dit begrip (*supra* Hoofdstuk 4). Toen de regering haar oorspronkelijk misdrijf naar het parlement stuurde, verkeerde zij (waarschijnlijk onder die buitenlandse invloed) in de waan dat zij met de strafbaarheid van louter lidmaatschap een doorbraak realiseerde.

1.3.2.Verkeerd uitgangspunt

FOUT- Het drong echter niet helemaal tot de Belgische regering door dat het Nederlandse misdrijf "deelneming aan een criminele organisatie" eigenlijk hetzelfde is als onze bendevorming. Onze Noorderburen hanteren weliswaar andere, misschien minder oubollige, begrippen en ook de straffen verschillen. Doch de historische voorlopers in het Franse recht, de *ratio legis* en de door de misdrijfschrijving geviseerde gedragingen zijn dezelfde. De Belgische regering maakte dus eigenlijk een vergissing door criminele organisaties naast de bendevorming in te willen voeren. Waarschijnlijk ligt de oorzaak in de heisa die

sommige landen maakten over het “revolutionaire” van het strafbaarstellen van loutere lidmaatschap van een (maffiose of RICO-)vereniging⁸⁵⁸. De regering ging dus uit van een fout beeld van bendevoering. Haar verkeerde uitgangspunt was immers dat bendeleden persoonlijk zouden moeten deelnemen (in de zin van 66 e.v. Sw.) aan de misdrijven van de bende, of minstens de persoonlijke intentie daartoe moesten hebben⁸⁵⁹. Hoewel de tekst van art.322 Sw. een zekere dubbelzinnigheid bevat⁸⁶⁰, strookte deze lezing hoegenaamd niet met de bedoeling van de wetgever⁸⁶¹ en al evenmin met de bestaande rechtspraak⁸⁶² of de rechtsleer⁸⁶³. Niet de afdeling wetgeving van de Raad van State, maar de rechtsleer⁸⁶⁴ en de Senaat⁸⁶⁵ wezen de regering op die – pijnlijke - vergissing. Eigenlijk ontdekte de regering pas tijdens de debatten in het parlement de ware draagwijdte van bendevoering. Vanaf dat moment ging zij daarom met veel moeite op zoek naar andere argumenten om de toegevoegde waarde van het nieuwe begrip criminele organisaties aan te tonen. Zo trachtte de minister bij te sturen: “*bij bendevoering hebben alle leden persoonlijk de bedoeling om misdrijven te plegen of*” -en dat is een nieuwe aanvulling- “*lid te zijn van de bende*”. Een pathetische verklaring: dat alle leden persoonlijk de bedoeling hebben om lid te zijn, is nogal wieses. Met die tweede mogelijkheid zei de regering eigenlijk zelf dat de eerste vereiste geen echte vereiste is. De “aanvulling” zegt niets meer en niets minder dan dat qua strafbaarstelling van loutere lidmaatschap er geen verschil is tussen bendevoering en de nieuwe misdrijven. “Ja maar,” probeert de minister nog, “bendevoering is een ‘*tenlastelegging die traditioneel wordt toegepast op criminaliteit [...] waarbij alle leden deelnemen aan het plegen van een misdrijf.*” Als redenering slaat dat natuurlijk ook nergens op. Hij vergelijkt de bedoeling van de nieuwe misdrijven niet met de bedoeling van de oude (want die is dezelfde) maar met de feitelijke toepassing ervan. Dat betekent volgens ons geenszins dat de

⁸⁵⁸ *Supra*, Hoofdstuk 3, §§1 en 2.

⁸⁵⁹ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St. , Senaat, 1997-98, 1-326/7, 47.*

⁸⁶⁰ In de uitdrukking “*elke vereniging met het oogmerk om een aanslag te plegen...*” kan “*met het oogmerk...*” zowel slaan op het oogmerk van elk individu dat zich verenigt met anderen, als op een verzelfstandigd oogmerk van de vereniging, de organisatie als dusdanig, los van de motieven van de individuele leden.

⁸⁶¹ *Supra*, Hoofdstuk 1, §4.

⁸⁶² Cass. 4 december 1984, nr.8290, *Arr.Cass. 1984-85, 466, Rev.dr.pén. 1985, 580*; Brussel, 2 november 1988, *J.T. 1989, 29*; Corr.Brussel, 3 oktober 1995, *J.Procès 1995, nr.290, 26.*

⁸⁶³ BERKVENS, J., *op.cit.*, 9; DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 61-63; DE SWAEF, M., V° Bendevoering, *Comm.Sr.Sv., op.cit.*, 4.

⁸⁶⁴ VERBRUGGEN, F., “Un fer de lance...”, *op.cit.*, 19.

⁸⁶⁵ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St. , Senaat, 1997-98, 1-326/7, 48*; “*Zoals hiervoor is aangestipt, is de hoofddoelstelling van het ontwerp, met name de bestraffing van het loutere lidmaatschap van een criminele organisatie, niet bijster origineel omdat dit reeds strafbaar is krachtens de artikelen 322 e.v. van het Strafwetboek inzake bendevoering.*” (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 26 (van de 130)*).

nieuwe strafbaarstelling daarom wenselijk is. Hooguit kan het een aanwijzing zijn dat ook de nieuwe misdrijven in de praktijk slechts zullen toegepast worden op de mensen die het meest bij effectief gepleegde misdrijven betrokken zijn. Het doel van de nieuwe misdrijven, bestraffing van de “*vele personen [die de organisatie helpen] zonder zelf de bedoeling te hebben misdaden of wanbedrijven te plegen die hen medeplichtig maken aan deze strafbare feiten*”, zal dus geen haalbare kaart blijken. In beide gevallen is het probleem hetzelfde: het oogmerk misdrijven te plegen, kan meestal maar bewezen worden aan de hand van effectief gepleegde misdrijven.

1.3.3. Andere rechtvaardiging

ANDER VERSCHIJNSEL- De regering zag in dat de enige poot waarop haar ontwerp rustte, in het parlement vakkundig werd weggezaagd. Zij weerde zich echter als een duivel in een wijwatervat en trachtte door herformulering van talloze "begrippen", "termen" en "concepten" kost wat kost aan te tonen dat een criminele organisatie iets anders is dan een bende. Misschien was zij misleid door het Italiaanse voorbeeld met *associazione di stampa mafiosa* naast de *associazione per delinquere*. Misschien vreesde zij gewoon politiek gezichtsverlies (*infra*). Wanneer we de zogenaamde verschillen tussen bendes en criminele organisaties overlopen, raken we alleszins niet overtuigd.

1.3.4. Vergelijking

STRUCTUUR- In beide gevallen kent het strafrecht een “*eigen leven*” toe aan een groep van personen. Dat doet het pas als er een bijzondere “*criminele*” mortel de individuen bindt⁸⁶⁶. Het gerechtelijk verleden van de aangesloten leden geeft zeker niet de doorslag. Ook een louter toevallige of spontane gezamenlijke actie van meerdere personen volstaat niet. Om een bende te hebben moet de groep “*georganiseerd zijn*”, is er “*une organisation du groupement*” nodig. Die is wezenlijk omdat de organisatie bendevorming onderscheidt van strafbare samenspanning. Vanwege het bestaan van de organisatie is, anders dan bij samenspanning, geen rechtstreekse gerichtheid op een concreet misdrijf nodig voor de strafbaarheid. Door zijn loutere bestaan vormt de groep al een gevaar voor de staat en zijn openbare

orde. Het gaat niet langer om een groep individuen, maar om “*un corps*”⁸⁶⁷, een lichaam met eenheid van denken en handelen. Die laat de rechter toe de groep als een (straf)rechtspersoon te behandelen. Normalerweise verzekert, zeker bij groepen van enige omvang, precies de hiërarchie een dergelijke eenheid van handelen en denken (discipline). Rechtsleer en rechtspraak hebben bij bendevoorming om pragmatische redenen van hiërarchie slechts een aanwijzing, geen breekpunt willen maken. Art.322 Sw. vereist dus slechts dat een groep gelijkgezinden “organisatie” vertoont. Complexiteit van die organisatie is niet nodig, maar zeker geen beletsel.

COMPLEXER?- Het argument van de regering om criminele organisaties “afzonderlijk te behandelen, omdat ze veel complexer zijn dan de verenigingen die de wetgever voor ogen stonden met de bepalingen over bendevoorming”(supra) overtuigt dan ook niet. In Deel I hebben we al aangegeven dat het zo niet fout, dan toch minstens betwistbaar is dat de bendes van vroeger veel verschillen van de criminele organisaties van nu. In het beste geval hebben de criminele organisatie dus dezelfde structuur als bendes, met nog iets erbij⁸⁶⁸. Wat is er dan nog meer nodig? Volgens de nieuwe wet is een criminele organisatie “een gestructureerde organisatie van meer dan twee personen⁸⁶⁹ opgericht in de tijd”⁸⁷⁰. De “vereniging” van 324bis Sw. heet “organisatie”, dus dat lijkt geen verschil. De complexere structuur van de groep in 324bis Sw. in vergelijking met die van 322 Sw. komt dan tot uiting in de toevoeging van “gestructureerd”(“structurée”). Waar vroeger de “organisatie” van een groep nodig was om er een bende van te maken⁸⁷¹, heet de groep nu “organisatie” en is hij “gestructureerd”. Wat dat betekent, laat de wetgever aan de rechtspraak over. Wij hebben dan maar een Frans woordenboek opengeslagen en vinden daar voor “structuré(e)” enkel dat het een synoniem is voor

⁸⁶⁶ Wanneer een groep mensen samen optreedt zonder dat er van een structuur sprake is, lijkt ons het woord vereniging niet gepast. Vereniging slaat immers op een gezamenlijk optreden en een wil gezamenlijk op te treden.

⁸⁶⁷ *Supra* Hoofdstuk 1, 4.1.3.

⁸⁶⁸ Op een bepaald moment tijdens de behandeling in de Senaat zegt de minister: “*Er is gebleken dat bij bendevoorming het hoofddoel meestal persoonlijke verrijking is, terwijl criminele organisaties een strikte hiërarchie kennen en de winst vooral naar de leidinggevende personen gaat, terwijl de gewone medewerkers voor hun diensten meestal alleen een loon ontvangen.*” (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/6, 32 (van de 130.)*) De minister zegt helaas niet waar of wanneer dit gebleken is en hij legt nergens uit waarom hij dit onderscheid dan niet uitdrukkelijk in 322 resp. 324ter Sw. zet.

⁸⁶⁹ Waarom per se dient toegevoegd “van meer dan twee personen”, weten we niet. Criminele organisaties van twee personen zullen opgelucht ademen....

⁸⁷⁰ *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 64 (van de 130.)*

⁸⁷¹ Hiërarchie, taakverdeling, verdeling van de buit, vergaderingen e.d. kunnen op een dergelijke organisatie wijzen, maar zijn noodzakelijk noch beslissend (*supra*).

“organisé(e)”⁸⁷². Waar als structuur voor 322 Sw. (bendevorming) een “organisatie” vereist is, is voor 324bis Sw. (criminele organisatie) dus een “georganiseerde organisatie” nodig. Wij vinden deze door de regering als cruciaal bestempelde toevoeging een kanjer van een pleonasme. Maar een fundamenteel verschil? Wij zijn niet overtuigd....

BEOOGDE MISDRIJVEN⁸⁷³- Wat doen bendes respectievelijk criminele organisaties? Of beter, wat *beogen* ze: wat willen ze doen? Dat is de vraag naar het eigen oogmerk van de collectiviteit, dat los staat van het oogmerk (moreel element) van individuele personen die betrokken zijn bij het collectief of zijn activiteiten. Zit er dan een groot verschil in de door de groep beoogde misdrijven, de “*sociale activiteiten*” van de twee types vereniging? Aanvankelijk vond de regering van wel.

AANSLAGEN- Een bende heeft als oogmerk het plegen van “*aanslagen op personen of eigendommen*”, een criminele organisatie “*handelingen plegen*”⁸⁷⁴ die misdrijven zijn met een gevangenisstraf van 3 jaar of meer”. De regering zei aanvankelijk dat de beperking in 322 Sw. tot “*aanslagen*” een belangrijk verschil was tussen een bende en een criminele organisatie⁸⁷⁵. Zoals gezegd (*supra*, Hoofdstuk 1) slaat het begrip “*aanslagen op personen of eigendommen*” op alle misdrijven in het Strafwetboek. Onmiskenbaar hadden in 1867 de misdrijven tegen personen en eigendommen meer gewicht dan vandaag. Het aantal consensuele misdrijven en gevaarzettingsmisdrijven, in het wetboek zowel als in het bijzonder strafrecht, is sindsdien exponentieel toegenomen. Wij vinden daarom dat er best wel iets te zeggen valt voor de uitsluiting van gevaarzettingsmisdrijven als “*beoogde misdrijven*” van een bende. Bendevorming is immers zelf een gevaarzettingsmisdrijf: het gevaar is dat “*aanslagen*” gepleegd zullen worden. En dergelijke gevaarzettingsmisdrijven zijn op zichzelf al een vorm van preventief straffen, zij moeten vermijden dat het gevaar kan uitmonden in schade. Uit hun aard slaan zij ook al snel op meerdere mensen. Een vereniging die gevaarzettingsmisdrijven beoogt onder 322 e.v. Sw.

⁸⁷² *Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré*, Parijs, Hachette, 1998, 1791.

⁸⁷³ De Minister is dit aan het einde van de discussie in de Senaat “*onmiddellijk doel/ finalité immédiate*” gaan noemen, te onderscheiden van het “*indirect doel/ finalité m diate*”. Omdat dit laatste eerder een antwoord is op de vraag “*waarom?*”, dan de vraag “*wat?*”, verkiezen wij het als motief van de (straf)rechtspersoon te bestempelen (*infra*, volgende alinea’s).

⁸⁷⁴ In het oorspronkelijk door de Kamer goedgekeurde ontwerp stond ook nog “*in onderling overleg*” voor het “*plegen*”. Als dat plegen van misdrijven zonder onderling overleg zou gebeuren, hoe kan men dan zeggen dat de betrokken personen zich hebben verenigd met het oog op het plegen van misdrijven? Het onderling overleg, wat dus geen gezamenlijk optreden vereist, voegt dus nauwelijks iets toe.

⁸⁷⁵ POC-GC, Eerste tussentijds verslag, *Parl.St.*, Senaat, 1997-98, 1-326/7, 47-48.

rangschikken, komt neer op het strafbaar stellen van “*het creëren van een gevaar dat een gevaar gecreëerd zal worden dat een individueel rechtsgoed schade kan leiden*”. Schuift de wetgever daarmee de strafbaarheid echt niet te ver naar voor? Ligt de strafbare gedraging dan niet te ver van werkelijk onrecht af om aan het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel te voldoen? De Nauw en Deruyck mogen het “*vanzelfsprekend*” vinden dat alle drugsmisdrijven “*aanslagen tegen personen en eigendommen*” zijn⁸⁷⁶, wij zijn daarvan niet overtuigd.

GEEN OPSOMMING- De wetgever oordeelde terecht dat het type van misdrijven niet beslissend is voor het oordeel of een groep al dan niet met georganiseerde criminaliteit bezig is. De ernst van het beoogde of gepleegde misdrijf is niet de enige factor die het gevaar voor de samenleving uitmaakt. Integendeel, het sluipend vergif van talloze middelzware misdrijven tast de samenleving evenzeer aan, het ondermijnt de rechtsstaat ook. In hun samenhang (en die ligt in het “*feit*” dat zij door “*dezelfde organisatie*” gepleegd worden) zijn ze gevaarlijk. Vanuit die optiek was het logisch dat de regering een oppositie-amendement afwees dat de beoogde misdrijven wilde beperken tot een soort opsomming van misdrijven⁸⁷⁷. Daarenboven vloeit haar keuze voort uit nauwelijks verholen pragmatiek. Nu de criminele organisaties er precies op ingesteld zijn - en er goed in zijn - de detectie, het onderzoek en het bewijs van misdrijven te bemoeilijken, is elk bewezen misdrijf een succes. Zo het Openbaar Ministerie de moorden niet kan aantonen, moet het de “*organisatie*” desnoods maar op haar minder zware misdrijven “*pakken*”.

DREMPEL- In de Senaat moest de regering echter toegeven dat bendevoorming eigenlijk in de rechtspraak ook al op allerlei misdrijven slaat. Op een bepaald moment stelde zij zelfs voor om “*aanslagen tegen personen en eigendommen*” in 322 Sw. te vervangen door “*misdaden en wanbedrijven*”, de bestaande situatie te legaliseren en de verwarring uit de wereld te helpen⁸⁷⁸. Sommige senatoren

⁸⁷⁶ *Supra*, Hoofdstuk 3, 5.1.3.. Ook volgens DE SWAEF, M., V° Bendevoorming, *Comm.Sr.Sv., op.cit.*, 6 vallen verenigingen van valsmunters of benden drughandelaars zonder twijfel ook onder de wettelijke incriminatie. Hij verwijst daarvoor naar BROSENS.

⁸⁷⁷ De heren Duquesne en Barzin wilden als “*oogmerk: misdrijven met betrekking tot het witwassen van geld, heling, onwettige handel in drugs, onwettige handel in wapens, goederen of koopwaren, mensenhandel, exploitatie van prostitutie, financiële fraude of fraude gepleegd ter gelegenheid van een aanbestedingsprocedure, onwettig gebruik bij dieren van stoffen met hormonale werking*”. (*Parl.St.* 1997-98, 954/19-96/97, 1-2) Het gaat om het lange lijstje van de witwaspreventiewet (*supra*), dat niet aan misdrijfomschrijvingen, maar aan het dagdagelijks taalgebruik refereert.

⁸⁷⁸ Amendement nr.19 in de Senaat (van de regering) stelt voor om in 322 Sw. “*met het oogmerk om een aanslag te plegen op personen of op eigendommen*” te vervangen door de

vreesden dat zodoende bendevoering toch uitgebreid zou worden en de regering besloot het amendement weer op te bergen. Misschien zijn de lichtste misdrijven van 324bis net iets zwaarder dan die van 322 Sw. De drempel van 3 jaar lag in het eerste ontwerp op 1 jaar, een drempel die in verschillende internationale verdragen als filter voor de minder ernstige misdrijven fungeert. De regering wilde daarmee op voldoende precieze wijze aangeven dat een criminele organisatie zich bezig houdt met “*misdrijven die afzonderlijk of in samenhang met andere een ernstige weerslag hebben op de samenleving*” (*supra* Deel I). Aan de drempel van 3 jaar verbindt het Belgisch strafrecht over het algemeen echter weinig of geen bijzondere rechtsgevolgen. Bestaat er een fundamenteel verschil tussen de in 322 Sw. beoogde “*wanbedrijven en misdaden*” en de in 324bis beoogde “*wanbedrijven strafbaar met drie jaar of meer of misdaden*”? Wij zijn niet overtuigd....

MOTIEF- Over het motief kunnen wij kort zijn. Het motief van de bende (322 Sw.), de beweegreden, het waarom van haar optreden doet er strafrechtelijk niet toe (*supra* Hoofdstuk 1, 4.1.2.). Meestal zal het zucht naar profijt zijn, maar het kan net zo goed om politieke, religieuze of Robin-Hoodmotieven gaan. In de lijn met de klassieke traditie die weinig belang hecht aan het motief van de individuele dader, achtte de "klassieke" wetgever ook de beweegredenen van de “collectiviteit”, van de “(straf)rechtspersoon”, irrelevant. In Deel I bleek immers dat de gelijkenissen tussen sociaal of politiek gemotiveerde opstandigheid en op winst gerichte groepsriminaliteit vaak groot waren, zeker in de ogen van hun tegenstrevers.

POLITIEK- Criminele organisaties hadden daarentegen, volgens het oorspronkelijke ontwerp van de regering, als beweegreden “*het direct of indirect verwerven van vermogensvoordelen*” of “*het beïnvloeden of afwenden van de werking van publieke overheden of van openbare of particuliere ondernemingen*”. Dit tweede motief sneuvelde zoals gezegd in het parlement. Met de uitdrukkelijke vermelding van politieke motieven bij criminele organisaties heeft de regering eigenlijk slapende honden wakker gemaakt. Een aantal senatoren poogde om politiek geïnspireerde bewegingen immers ook uit het toepassingsgebied van 322 Sw. te lichten⁸⁷⁹. Zij vingden echter bot bij hun collega's. Na het parlementair debat vallen dus enkel nog

woorden “*met het oogmerk om een of meer misdaden of wanbedrijven te plegen*” (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/3, nr.19*).

⁸⁷⁹ Als subamendement op het in de vorige voetnoot genoemde amendement van de regering: Amendement Nr.24 van de heer Boutmans en mevrouw Dardenne, *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/3, nr.24*. Ze koppelen dit aan een vrijwaringsclausule voor politiek-ideologische verenigingen.

verenigingen die op winst oogmerk uit zijn onder 324bis Sw. Zij vormen dus hooguit een deelverzameling van de bendes. Voor zover het verschil relevant is, kan het nieuwe misdrijf hooguit een verzwarende omstandigheid van bendevorming opleveren. Het politiek motief is door de regering slechts na lang aandringen van het parlement en niet zonder tegenzin geschrappt⁸⁸⁰. Een fundamenteel verschil? We zijn niet overtuigd....

BESTENDIGHEID- Oorspronkelijk moest een groep kandidaat-criminelen om een bende te vormen, onmiskenbaar voor lange of onbepaalde tijd opgericht zijn, dat wil zeggen een onbepaalde, lange reeks misdrijven beogen. Die vereiste ging verloren: de meerderheid in rechtsleer en rechtspraak verklaarde dat ook groepen gericht op één enkel misdrijf een bende kunnen opleveren in de zin van 322 Sw.

“Duurzaamheid” zou geen vereiste zijn voor een bende; die kan “zeer kortstondig” zijn⁸⁸¹. Bijna hadden zij ons overtuigd, maar nu ook denken wij dat zij het bij het verkeerde eind hebben. Zij halen ons inziens meer uit het Cassatie-arrest van 1961 (Terzijev en co) dan daar eigenlijk in staat⁸⁸². Het "beogen van bestendigheid" is niet hetzelfde als het "verwerven van bestendigheid". Omdat de betrokkenen al vóór de eerste poging ingerekend kunnen worden, valt het bewijs van hun duurzaamheidsambities moeilijk. Cassatie heeft over dat *bewijs* niet te moeilijk willen doen, maar daardoor heeft het ten onrechte de indruk gewekt dat ook een groep die één en slechts één aanslag plant, een bende kan zijn in de zin van 322 Sw⁸⁸³.

PRECISIEGEBOD- Belangrijker dan dit overroepen precedentenargument is het bezwaar dat de meerderheidsinterpretatie leidt tot het invoeren van een soort algemene samenspanningsbepaling zonder concreet beoogd misdrijf. Dat is nu net wat volgens Devries-Leemans, in de meest diepgaande studie over het thema in de Lage Landen, ten allen prijze vermeden moet worden. Het keldert immers het enige argument dat zij heeft gevonden om de “verenigingsmisdrijven” verenigbaar te houden met het precisiegebod⁸⁸⁴. Het strafbaar stellen van samenspanning tot één

⁸⁸⁰ Het gaat om het motief van een fictieve persoon, zodat het niet gemakkelijk zal zijn om het vast te stellen. Buitenstaanders trachten dat motief af te leiden uit materiële gedrag: als men er veel geld mee verdient, zal men daaruit besluiten dat men het doet voor het geld.

⁸⁸¹ *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/4, 64 (van de 130).*

⁸⁸² *Supra*, Hoofdstuk 1, 1.2.

⁸⁸³ Berkvens vergist zich volgens ons (en met hem vele anderen): het “vluchtig (éphémère)” karakter van de bende komt uit het afgewezen middel van de verzoeker en het Hof heeft zich dat niet eigen gemaakt. Dat het Hof het cassatieverzoek afwijst *van* iemand die inroept dat er slechts een vluchtig verband bestond, betekent niet dat de afwijzing gebeurt *omdat* vluchtige verbanden ook bendes zouden zijn.

⁸⁸⁴ DE VRIES-LEEMANS, M., *op.cit.*, 293-296.

niet nader bepaald misdrijf schendt volgens haar daarom het legaliteitsbeginsel. Wanneer mensen zich organiseren voor het gezamenlijk plegen van één enkele (aan)slag, mogen enkel de artikels over deelneming of samenspanning tot een concreet misdrijf toepassing vinden⁸⁸⁵. Strafbaarheid van bendes die slechts één aanslag op het oog hebben, ondermijnt eigenlijk heel de deelnemings- en pogingsleer van Boek I. Niemand zegt waarom dat nodig is.

VERWORPEN AMENDEMENT- Dit alles neemt helaas niet weg dat gedurende heel het debat de wetgever van 1998 overtuigd leek dat ook het beramen van één enkel misdrijf als bendevoorming strafbaar is. Als tegenstanders kunnen wij niettemin hoop putten uit het - enigszins verrassende - feit dat de wetgever nu net het amendement van de regering verwierp dat dat met zoveel woorden in de misdrijfsomschrijving van 322 Sw. wilde zetten⁸⁸⁶. Verschilt de situatie van de bende dan van die van de criminele organisatie, die moet "*opgericht zijn in de tijd*"? De wetgever wilde aangeven dat de vereniging enige duurzaamheid moest hebben, doch worstelde behoorlijk met de verwoording van die vereiste. Deze is immers niet makkelijk te verzoenen met de gelijktijdige eis dat nog geen gepleegd misdrijf nodig is en vooraf al strafrechtelijk opgetreden kan worden. De regering wilde het woord "*duurzaamheid*" niet als bestanddeel in de wet, omdat ook groepen die na korte tijd verdwijnen en later onder een andere hoedanigheid opduiken "*eronder dienen te vallen*". Waarom zij onder het toepassingsgebied « dienen te vallen », zegt zij niet. Nochtans raakt zij hier de kern van de zaak. Menselijke verbanden, ook al stelt men ze voor het gemak van het discours gelijk met « levende wezens », zijn zoals levende wezens voortdurend in beweging. Nu met het klonen zelfs voor elk klassiek individu de « identiteit » niet langer een vanzelfsprekendheid, maar een probleem is geworden, geldt dat nog veel meer voor intermenselijke verbanden. Hoe gaat men na of de verschillende fenomenen die men ziet «dezelfde » criminele organisatie uitmaken? Hoeveel van de oorspronkelijke leden moeten er nog overblijven? Zijn het de personen die de identiteit van de organisatie bepalen, het grondgebied of het vermogen? De parallel die de regering zelf trekt met rechtspersonen, is uitermate interessant. Want daar heeft het recht de identiteit van de rechtspersoon vastgelegd aan de hand van formaliteiten en vormen van openbaarheid. En ook daar geraakt het systeem in de knoop wanneer rechtspersonen komen en gaan, fuseren en splitsen. Het belastingsrecht, een van de takken waar de juridische vernis over

⁸⁸⁵ In dezelfde zin: SWART, A., "Verboden organisaties ...", *op.cit.*, 613-614.

macht en staatsbelang het dunst is, heeft al vlug de juridische werkelijkheid aan de kant geschoven om zich te richten op de economische werkelijkheid. Bij criminele organisaties domineren het informele en de verborgenheid, zodat het daar nog méér de buitenstaander is die bepaalt wie in hetzelfde hokje hoort. De nieuwe wet geeft wel aan dat de vereniging enige tijd moet duren, maar een scherp criterium ontbreekt. Hoe dan ook vallen groepen mét permanentie zeker ook onder 322 Sw. Vormt de bestendigheidsvereiste dan een fundamenteel verschil? We zijn niet overtuigd....

MIDDELEN- In 322 Sw. staat geen opsomming van middelen, in 324bis Sw. wel. De lijst is echter behoorlijk lang en één middel volstaat. Bij zowat elke "aanslag" tegen personen of eigendommen zal wel één van die middelen worden gebruikt. Als het niet intimidatie, bedreiging, geweld of wapengebruik is, dan zal het via listige kunstgrepen of corruptie gebeuren. Voor de overige, consensuele en gevaarzettingsmisdrijven, zal erg vaak een "*commerciële of andere structuur*"⁸⁸⁷ worden aangewend om het plegen van de misdrijven te verbergen of te vergemakkelijken". Vormt de opsomming van middelen een fundamenteel verschil? Wij zijn niet overtuigd....

DE NOOIT-CRIMINELE ORGANISATIES- Deel I leerde dat de discussie over de al dan niet politieke motieven achter botsingen van groepen met de bestaande orde, steeds moeilijk is geweest bij de omschrijving van georganiseerde criminaliteit. Zoals uit Hoofdstuk 4 bleek, heeft de controverse over de wet van 1999 zich toegespitst op haar toepasselijkheid op "socio-politieke actie". Het tweede lid van art.324bis Sw. bevat dus het meest in het oog springende verschil:« *Een organisatie waarvan het feitelijk oogmerk uitsluitend politiek, vakorganisatorisch, menslievend, levensbeschouwelijk of godsdienstig is of die uitsluitend elk ander rechtmatig oogmerk nastreeft, kan als zodanig niet beschouwd worden als een criminele organisatie zoals omschreven.* » Zoals gezegd ging het om een omstreden amendement van kamerleden bij de behandeling na terugzending van het wetsontwerp door de Senaat. Vandaar dat de Commissie voor Justitie een extra

⁸⁸⁶ In het *supra* vermelde amendement 19 staat duidelijk "*een of meer misdaden of wanbedrijven*".

⁸⁸⁷ Uitdrukkingen zoals "*commerciële of andere structuur*" horen niet thuis in een omschrijving, want de toevoeging van "*of andere*" doet elke beperking die het woord commerciële kan hebben teniet. Dan kan je net zo goed kortweg "*structuur*" schrijven.

advies vroeg aan de afdeling wetgeving van de Raad van State⁸⁸⁸. Die bekleeg zich erover dat zij van niemand toelichting had gekregen en dat het haar ook ontbrak aan enige verantwoording van het amendement. Het advies zelf was kort en bondig : »*Indien het voorgestelde art.324bis, tweede lid Sw. ertoe strekt nader te bepalen dat een organisatie die een wettig doel nastreeft niet is opgericht om in onderling overleg misdaden en wanbedrijven te plegen, is het amendement een vanzelfsprekendheid die niet thuishoort in het Strafwetboek. Indien het daarentegen de bedoeling is met het amendement te voorkomen dat tegen een organisatie die een wettig doel nastreeft een opsporingsonderzoek of vervolging wordt ingesteld op beschuldiging van het vormen van een criminele organisatie, holt het amendement het wetsontwerp uit* »⁸⁸⁹.

NIET GESCHRAPT - Het besluit lijkt voor de hand te liggen en kamerlid Bourgeois deed dan ook een ondubbelzinnig voorstel : »*het tweede lid van het voorgestelde artikel 324bis weglaten* »⁸⁹⁰ Dat is dus niet gebeurd. Kamerlid Moureaux, een van de geestelijke vaders van het amendement, antwoordt dat de tweede zin van de Raad « *bevestigt dat het amendement wel degelijk zin heeft, want [hij] bevestigt dat het wetsontwerp onderzoek naar en vervolgingen van voornoemde organisaties toelaat.* » Omdat de Raad niet ingaat op de woorden « *feitelijk* » en « *uitsluitend* », zit er volgens dhr.Moureaux een « *paradox in het advies van de Raad van State* » die « *bewijst dat het amendement moet worden behouden* »⁸⁹¹. Zo wordt volgens hem duidelijk dat organisaties die onder het mom van een legitieme doelstelling eigenlijk criminele objectieven nastreven, toch onderzocht kunnen worden. Het sarcasme van de Raad lijkt hem totaal te ontgaan, want eigenlijk geeft hij zelf nog eens toe dat zijn belangrijkste argument om het amendement te handhaven is, dat het overbodig is. Noteer ook het merkwaardig commentaar van een tegenstrever van het ontwerp als geheel, dhr. Lozie, dat « *het advies van de Raad van State duidelijk is en het tweede lid behouden dient te blijven indien men wil uitsluiten dat bonafide organisaties het slachtoffer zouden worden van onaanvaardbare opsporing en vervolging* »⁸⁹². Dat is

⁸⁸⁸ Die gaf de kamerleden eerst een veeg uit de pan voor hun motivering van de hoogdringendheid, waartoe zij op grond van de wetten op de Raad van State verplicht waren. De motivering van de Commissie Justitie om de hoogdringendheid te rechtvaardigen : « *de Kamer [wil] over dit amendement en over het geheel van het wetsontwerp in de loop van de volgende week stemmen.* » Na ontvangst van het advies werd de zaak terugverwezen naar de Commissie en pas een klein half jaar later raakte de wet gestemd.

⁸⁸⁹ *Parl.St., Kamer 1997-98, 954/24-96/97, 2.*

⁸⁹⁰ *Parl.St. 1998-99, 954/30-96/97, 1.* "Deze bepaling heeft uit legistiek oogpunt geen enkele zin. Het is zelfs gevaarlijk om in een strafwet dergelijke bepaling op te nemen."

⁸⁹¹ *Parl.St. 1998-99, 954/28-96/97, 2.*

⁸⁹² *Parl.St. 1998-99, 954/27-96/97, 6.*

volgens ons net het tegenovergestelde van wat de Raad zegt. Verslaggever Van Deurzen vatte de discussie als volgt samen : iedereen is het er over eens « *dat bepaalde organisaties niet ten onrechte het voorwerp mogen uitmaken van deze wet.* » Het lijkt niet tot hem door te dringen dat hij daarmee eigenlijk zegt dat andere organisaties wél ten onrechte het voorwerp mogen uitmaken van de wet. Eerst vond hij dat het amendement geschrapt moest worden omdat het « *een duidelijke tekst vertroebelt* », doch enkele regels verder was hij al bijgedraaid en wou hij « *de eerste lezing* » van de Raad van State « *in de tekst (...) verankeren* »⁸⁹³. Sommige parlementsleden pruttelden tegen, maar konden niet beletten dat de tekst uiteindelijk wet werd.

BALANS- De Raad van State zei ons inziens terecht dat de toevoeging ofwel overbodig en dus zinloos, ofwel totaal tegenstrijdig en dus ook zinloos is. Elk redelijk mens moet immers aannemen dat de wetgever het in het eerste lid van 324bis Sw. steeds over de “*feitelijke*” oogmerken van de organisatie heeft en niet over haar formele. Daarenboven kunnen we het tweede lid ook lezen als een aanmoediging voor criminelen om vooral de daar genoemde verenigingen uit te kiezen als dekmantel. Want dan is de schroom van de rechtshandhaving het grootst. Vandaar dat sommige kamerleden gelijk hadden toen ze erop wezen dat men dan beter die toevoeging weglaat. De meerderheid en uiteindelijk dus de wetgever besloten daarentegen op grond van dezelfde premissen dat de overbodige toevoeging nodig is om duidelijk te maken dat de tegenstrijdigheid niet de bedoeling is. Niet bepaald een argumentatie die ons overtuigt...

1.3.5. Besluit

WIEL- Men mag zich niet laten verwarren door iemand die het heeft over een “rotulerende ronde schijf voor progressie door omwenteling” : hij vindt gewoon het wiel opnieuw uit. Met de invoering van 324bis Sw. bezondigde ook de Belgische wetgever zich aan dat euvel. Volgens ons slaagde de wetgever er niet in aan te geven op welke punten de bendevoering fundamenteel tekortschiet.

VALSE START-De regering lanceerde het project strafbaarheid van lidmaatschap van criminele organisaties vanuit een verkeerde visie - namelijk een grove onderschatting van zijn reikwijdte - op het bestaande misdrijf bendevoering. Met het

⁸⁹³ *Parl.St.* 1998-99, 954/27-96/97, 7.

schaamrood op de wangen moest zij dat in de Senaat toegeven. Hoogdravende woordenkramerij over nieuwe concepten en sociologische werkelijkheden moest daarna deze erfzonde camoufleren. Aan het einde van de parlementaire discussie waren de meeste van de oorspronkelijke gronden waarop de regering het ontwerp baseerde, ingezakt.

GENETISCH GEMANIPULEERDE BENDE- Een nauwgezette vergelijking van vereiste structuur, de beoogde misdrijven, de motieven, de bestendigheid en de gebruikte middelen, leerde ons dat er, ondanks de andere verwoording, geen enkel wezenlijk verschil bestaat tussen de bendes van 322 Sw. en de criminele organisaties van 324bis Sw. Deze laatsten zouden in het beste geval een deelverzameling (verzwarende omstandigheid) van de bendes kunnen uitmaken⁸⁹⁴. De regering had geen beter antwoord dan dat een nieuwe strafbaarstelling en geen verzwarende omstandigheid bij bendevorming nodig was omdat "*de criminele organisatie uit meer dan twee personen moet bestaan en dit is niet het geval voor bendevorming.*"⁸⁹⁵ De wegen van de wetgever zijn ondoorgrondelijk en dit wanhopig grijpen naar strohalmen heeft hem blijkbaar ontroerd. Want ondanks een barrage van kritiek, slikt hij deze uitleg en keurt hij art.324bis Sw. goed. De "beperking" van dat overbodige artikel door een al even overbodig tweede lid, is even opmerkelijk als onzinnig. Het truïsme is immers geen vergissing die door een onzorgvuldigheid bij de tekstverwerking bleef plakken. Het gaat om een bewuste keuze van een geïnformeerde, maar koppige wetgever.

RISICO- Niettemin valt het te vrezen dat mensen zich zullen beroepen op de algemene juridische interpretatieregel dat wanneer de wetgever voor andere woorden kiest, hij ook iets anders bedoelt. De bewoordingen zijn het DNA van een misdrijfschrijving. De mutatie mag dan op het eerste gezicht weinig verschil opleveren, pas op lange termijn zal de werkelijke weerslag duidelijk worden....

1.4. De behoefte aan procedurele ankerpunten

WARE REDEN, VERKEERD WETBOEK- Zoals de regering in haar niet helemaal geslaagde Memorie van Toelichting heeft verraden, ligt de ware *ratio legis* achter

⁸⁹⁴ Senator Lallemand kwam trouwens tot dezelfde bevinding en stelde een amendement in die zin voor (*Parl.St.*, *Senaat 1997-98*, 1-662/2, nr.13.)

324bis Sw. in de zoektocht naar een kader voor een aantal veranderingen in de strafprocedure. Regering en parlement zijn het er roerend over eens dat er een wettelijke regeling moet komen voor de bijzondere opsporingsmethoden en de proactieve opsporing. Daar ligt volgens ons de verklaring voor de nadruk op de preventieve elementen. Niet omdat men al zo vroeg wil straffen, maar omdat men al zo vroeg wil onderzoeken of omdat men die vroegste speurfase onder de controle van de magistratuur wil brengen. Ook een wettelijk regime voor spijtoptanten en een bewijsrechtelijk uitzonderingsregime met het oog op vermogensstraffen staan op de agenda. Nochtans hebben wij in heel het debat geen doorslaggevend argument kunnen vinden dat verklaart waarom daarvoor zo nodig een nieuw misdrijf moet ingevoerd worden. Het is normaal dat het wetboek van strafvordering (Sv.) een aantal bevoegdheden, dwang- of bewakingsmaatregelen of procesrechtelijke handelingen koppelt aan het vermoeden of vaststellen van misdrijven zoals zij omschreven zijn in het materieel strafrecht. Wanneer voor sommige misdrijven bijzondere procedures nodig zijn, moet de wetgever het Wetboek van Sv. maar aanpassen.

ACHTERSTEVOREN- De regering wekt echter de indruk de kar voor het paard te spannen: zij voert een misdrijf specifiek in omwille van door haar geplande veranderingen in de procedure⁸⁹⁶. Voor ons is dat geen *ratio*, maar een *aberratio legis*. De parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit in België heeft erop gewezen dat het best mogelijk is om een specifieke “procedurele” definitie uit te werken voor georganiseerde criminaliteit⁸⁹⁷. Die kan zowel strenger als flexibeler zijn dan de eventuele omschrijving in het materieel strafrecht. Indien bendevorming inderdaad te veel vormen van crimineel gedrag omvat, kan de opsporingsdefinitie strenger zijn⁸⁹⁸. Uiteindelijk lijkt de onderzoekscommissie niet gevonden voor een omschrijving in het procedurerecht. De overwegingen tegen een procedurele omschrijving zijn helaas meestal naast de kwestie⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ Dat er minstens drie leden nodig zijn, kan de criminele organisatie onderscheiden van de gewone samenspanning, doch niet van een bende. Wij kennen trouwens geen enkel voorbeeld van een als strafbaar beschouwde bende van twee leden.

⁸⁹⁶ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St. , Senaat, 1997-98, 1-326/7, 40.*

⁸⁹⁷ POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St. , Senaat, 1997-98, 1-326/7, 40-43.*

⁸⁹⁸ De POC-GC wijst erop dat Nederland de bijzondere procedures niet koppelt aan art.140 Sr. over criminele organisaties. (*Parl.St. , Senaat, 1997-98, 1-326/7, 40-43.*)

⁸⁹⁹ De vertegenwoordiger van de minister zei kortweg dat de “*koppeling moet gebeuren aan de definitie die in het Sw. zal worden opgenomen.*” Hij zei niet waarom. Senatoren vonden dat “*omschrijvingen altijd gevaarlijk zijn*” en dat een derde definitie, naast de criminologische

1.5. Lessen over het wetgevend proces in België

LEERRIJK- Naar het schijnt zou Bismarck beweerd hebben dat "*als je van wetten en worsten houdt, je best niet toekijkt wanneer ze gemaakt worden*". Hier hebben we dat toch gedaan en de ontstaansgeschiedenis van de wet betreffende criminele organisaties is leerrijk voor wie wil nagaan hoe moderne strafwetten tot stand komen.

NORMSCHEPPING- Het legaliteitsbeginsel vormt nog steeds een onomstootbare hoeksteen van het strafrecht (*supra*, Hoofdstukken 1 en 2). De tussenkomst van de verkozenen des volks (en de kinderen van de Koning) geldt als wezenlijke waarborg voor de rechtsonderhorige⁹⁰⁰. De onverwachte opschudding die het wetsontwerp veroorzaakte buiten het Paleis der Natie, gaf parlementsleden de kans zich inderdaad te profileren als bewakers van de rechtsstaat. Daarom leert de parlementaire voorbereiding van de wet betreffende de criminele organisaties ons veel over het wetgevingsproces in het federale België.

INITIATIEF- Eerst en vooral nam de regering het initiatief. Waarom? Omdat het in haar actieplan stond. Waarom stond het daar in? Omdat op allerlei nationale en internationale fora gewaarschuwd werd voor georganiseerde criminaliteit en ook de regering er een beleidsprioriteit van wilde maken. Ministers, magistraten of politiemensen die terugkeerden uit het buitenland hadden van hun collega's te horen gekregen hoe handig het is over een misdrijf te beschikken dat lidmaatschap van een criminele organisatie als dusdanig strafbaar stelt⁹⁰¹. De regering bleef niet doof voor

en de strafrechtelijke te veel verwarring zou wekken. Zij vergaten dat de procedurele definitie de strafrechtelijke definitie overbodig zou kunnen maken.

⁹⁰⁰ Weliswaar kan sinds het Verdrag van Amsterdam de regering zijn toestemming geven tot Europese kaderbesluiten met het oog op harmonisering van strafwetgeving die de Belgische parlementen binden.

⁹⁰¹ Een van de opvallendste stemmen was bijvoorbeeld die van het hoofd van de Centrale Dienst voor de bestrijding van Georganiseerde Economische en Financiële Delinquentie. Het ging om een bekwaam politiemans, van opleiding accountant en als politiemans natuurlijk beslagen in het strafrecht. Doch blijkbaar niet genoeg om alle finesses ervan te kennen. Vandaar dat zijn pleidooien voor veranderingen, hoewel ongetwijfeld goed bedoeld en wanneer abstract geformuleerd enigszins verleidelijk, bij grondige strafrechtelijke analyse door de mand vallen. Zij houden immers nauwelijks of geen rekening met typische rechtsfiguren als samenloop, verzachtende omstandigheden e.d. Wie dat wel doet, beseft al vlug dat het impact van door hem gesuggereerde veranderingen minimaal is. Dhr. Doraene werkte bij de Gerechtelijke Politie, waar de verdeling van het werk tussen afdelingen of diensten traditioneel gebeurde op grond van de verschillende misdrijfgroepen in de strafwetgeving (moorden, misdrijven tegen personen, diefstallen, drugmisdrijven, enz.). De rijkswacht bijvoorbeeld gebruikte bij taakverdeling en prioriteitenstelling eigen begrippen, die niet te nauw aan het wetboek gekoppeld waren. Vandaar dat die dienst gemakkelijk werk kon maken van georganiseerde criminaliteit, zonder dat begrip in een strafwet te zetten. Wanneer een man van de Gerechtelijke Politie daarentegen er ook een prioriteit van wilde maken,

die pleidooien en lanceerde dus een wetsontwerp. Ze nam aan dat wanneer zoveel intelligente mensen zegden dat het nodig was, het zo wel zou zijn. Een voorafgaande analyse van de bestaande wetgeving of een zoektocht naar de precieze tekortkomingen bleef uit. De memorie van toelichting bevatte veel meer politieke dan juridische argumenten. Iedereen vond georganiseerde criminaliteit een probleem, daarom moest het als dusdanig strafbaar zijn. Iets vergelijkbaar was voordien trouwens gebeurd met “witwassen” en “mensenhandel- en smokkel”. De politieke aandacht ervoor kristalliseerde al vlug in nieuwe strafbepalingen.

PARLEMENT- Vervolgens valt het op dat het parlement, als "kloppend hart van de natie" blijkbaar vaak net iets te snel klopt om weldoordacht wetgevingstechnisch werk te leveren. De eerste versie van het ontwerp kwam, ondanks toch wel grote twijfels bij de Raad van State en een aantal kamerleden, zonder veel kleerscheuren door de Kamer⁹⁰². Toen de tekst in de Senaat belandde, klonk de kritiek van buitenuit op het ontwerp steeds luider. De Senaat die zich op het thema georganiseerde criminaliteit aan het profileren was, legde de regering het vuur aan de schenen. Zij bood ook organisaties zoals de Liga voor Mensenrechten en haar Franstalige tegenhanger een platform voor kritiek⁹⁰³. Doch opnieuw leek het *horen* van mensen niet noodzakelijk mee te brengen dat er ook naar *geluisterd* wordt. Van de vele punten van kritiek maakte het parlement er maar één echt hard: dat politieke bewegingen als dusdanig zeker niet tot criminele organisaties mogen worden gebombardeerd⁹⁰⁴. Talloze andere kritiekpunten doken wel ergens op in de voorbereidende werken, doch de gestelde vragen kregen geen antwoord of een antwoord dat naast de kwestie is. Iedereen ventileerde standpunten dat het een lieve lust was⁹⁰⁵, zonder dat het duidelijk is of dat gevolgen heeft voor de (interpretatie van) de tekst of niet⁹⁰⁶. De rommelige discussie resulteerde in een

voelde die zich veel beter wanneer hij houvast had in de strafwet. Ook een aantal parketmagistraten reageerden op een vergelijkbare manier.

⁹⁰² Een aantal leden, vooral oppositieleiden, zoals dhr. Bourgeois of Duquesne wrongen wel een beetje tegen. Zo stelde eerstgenoemde al in de eerste lezing voor de passage over het “beïnvloeden van overheid of bedrijven” te laten vallen. Uiteindelijk leidde dit enkel tot verandering van “beïnvloeden” in “afwenden”. Ook dhr. Barzin en Lozie kloegen over “geoorloofde activiteiten”, niet over de mogelijke tegenstrijdigheid, maar over de vaststelling van het moreel element. (*Parl. St., Kamer 1996-97, 954/6, 16.*)

⁹⁰³ *Supra*, Hoofdstuk 4, §1.

⁹⁰⁴ De andere belangrijke aanpassing slaat op de herformulering van de schuldvorm (*infra*).

⁹⁰⁵ Zo weet “een lid” van de Commissie Justitie van de reflectiekamer ons mee te delen dat de verplichting van de overheid om de veiligheid van haar burgers te waarborgen “*geen inspanningsverbintenis, maar een resultaatsverbintenis*” is. (*Parl. St., Senaat 1997-98, 1-662/6, 29 van 130.*)

⁹⁰⁶ *Supra*: de intrekking van het amendement dat duidelijk moest maken dat ook verenigingen die slechts één enkele aanslag beogen uitdrukkelijk onder 322 Sw. zouden vallen.

even rommelig verslag⁹⁰⁷. Wanneer we de uiteindelijke wet bekijken, zien wij dat het parlement het eigenlijk niet erg lijkt te vinden dat vele pertinente vragen niet beantwoord zijn. Als een tweederangswielrenner nemen de leden van de wetgevende kamers er blijkbaar genoeg mee “in beeld te komen”. De inhoudelijke discussie was dus te moeilijk of te technisch om er een breekpunt van te maken. Zo valt het op dat de voorgestelde strafbaarheid van criminele organisaties geleid heeft tot de parlementaire herontdekking van bendevoering. Vele parlementsleden verhulden nauwelijks hun verbazing over hoe verregaand dat al zo lang bestaand misdrijf is. Hoewel op bepaalde momenten alles erop leek te wijzen dat het ontwerp voor de nieuwe wet onvermijdelijk moest leiden tot het opnieuw bekijken van het bestaande misdrijf bendevoering, verdween dat idee zonder veel argumenten van de agenda. De parlementsleden lijken vooral terug te schrikken voor het werk dat een coherente hervorming zou vragen. De termijnen waaraan de Senaat gebonden is bij evocatie van ontwerpen van de Kamer, vormen dan een welgekomen vijgenblad. Even opvallend is dat een hele reeks Kamerleden die bij de eerste behandeling nauwelijks hadden dwarsgelegen over een tekst die nog verder ging, na de terugzending plots moeilijk begonnen te doen. Uiteindelijk uitten zij hun bezorgdheid in een toevoeging die ofwel overbodig, ofwel onzinnig is. Andere knelpunten kregen wel aandacht, maar de wettekst bleef onaangeroerd.

REGERING- Ook de houding van de regering verdient de aandacht. Zij leek zelf de draagwijdte van haar voorstellen niet te beseffen. Het wetsontwerp belandde in het parlement in volle Dutroux-crisis, op een moment dat de Minister van Justitie en zijn mensen talloze andere bekommernissen hadden. De hevigheid van de reactie tegen het ontwerp verraste de regering duidelijk, vooral omdat sommigen buiten het parlement haar een snode verborgen agenda toedichten, die helemaal niet bestond. In een onbewaakt moment flapte de Minister er tijdens een interview zelf trouwens uit dat het best mogelijk was dat de nieuwe wet misschien niet echt nodig was. Dat standpunt zal later door oppositiepartij Agalev worden ingenomen: de regering kan gemakkelijk van de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit een prioriteit maken

⁹⁰⁷ De Senaat maakt de zaak nog erger door de deelnemers aan het debat te anonimiseren: “een lid zegt...”, “een ander lid vindt ...”. Dat maakt het volgen van de discussie voor buitenstaanders zo goed als onmogelijk. Het heeft ongeveer evenveel zin als het vervangen van alle namen in een roman van Tolstoj door “een personage”. Omdat de amendementen wel op naam zijn, geeft dit “gebruik” weliswaar de mogelijkheid voor “wie-is-wie?-spelletjes, doch het maakt de reflecties van de reflectiekamer tijdens het wetgevingsproces geenszins verhelderend. Dat is des te erger nu de wettekst zelf zoveel ruimte voor speculatie openlaat.

zonder de invoering van deze specifieke misdrijven⁹⁰⁸. De medewerkers-vertegenwoordigers van de Minister in het parlement leken echter minder te voelen voor dergelijke fundamentele zelfkritiek. Hoewel de argumenten die oorspronkelijk aan de basis lagen van het ontwerp ofwel verkeerd waren, ofwel niet overtuigden, hielden zij hardnekkig vast aan de noodzaak van een nieuwe wet. De enige verklaring hiervoor is in onze ogen het politiek-bureaucratisch prestige. De regering had “naar de buitenwereld toe” al te veel politiek kapitaal in het project geïnvesteerd. Zij kon een goedgekeurde wet inschrijven op de balans van haar “verwezenlijkingen”, bij de “instrumenten die zij ter beschikking stelt van de rechtshandhaving”. Ook de ambtenaren en kabinetsmedewerkers vreesden dat “gezichtsverlies” in het parlement, het “buizen” van een ontwerp, hun prestige en hun carrière niet echt vooruit zouden helpen. Hoe scherper de kritiek in het parlement, hoe dieper zij de hakken in het zand zetten om stand te houden. Wanneer de vertegenwoordiger van de regering met argumenten in de hoek gedwongen wordt, kan hij nog steeds de trouw van de meerderheid invoeren. Het “buizen” van een ontwerp zou de regering immers zwak doen lijken. In ons politiek systeem zorgt dat voor negatieve neerslag, ook op de meerderheid in het parlement. Het valt op dat er aanvankelijk nauwelijks verschil bestond tussen meerderheid en oppositie. Parlementsleden van alle kleuren hadden in de grond dezelfde bekommernissen en vragen. Bijna niemand in het parlement geloofde dat de regering de bedoeling had op sluike wijze een heksenjacht op politieke bewegingen te openen, maar iedereen vreesde dat de gekozen formulering daar ooit wel voor zou kunnen worden gebruikt. Op het einde van het debat bleek echter dat de stemming over de concrete formulering meer en meer langs partijlijnen ging verlopen. Parlementsleden van de regeringspartijen milderden hun kritiek of slikten hem in. Zij zochten compromissen om de tekst te redden en keurden gezamenlijk de tekst goed, al of niet met steun van oppositieleden. Beter een slecht geformuleerde wet, dan helemaal geen wet.

ACADEMISCHE WERELD- De academische wereld had van in het begin kritiek op het wetsontwerp. Wanneer hij zijn technische kritiek enkel ventileert in gespecialiseerde tijdschriften of op studiedagen⁹⁰⁹, bereikt de boodschap de geadresseerde echter niet. De meeste leden van de wetgevende macht zijn (zoals de meeste academici) met zoveel dingen tegelijk bezig, dat zij niet de tijd vinden om zich te verdiepen in te moeilijke of te lange artikels. Academische boodschappen die

⁹⁰⁸ *Infra*, voetnoot 934 .

niet in de “opmaak” van de opiniepagina van de ochtendbladen passen, zullen met moeite op de politieke agenda geraken. In dit geval heeft een aantal mensen uit de academische wereld via hun band met de mensenrechtenbeweging en hun persoonlijke of beroepsmatige contacten met parlementsleden de verdienste dat er hoe dan ook een debat kwam. Wanneer we echter de uiteindelijke balans maken, blijkt het netto-impact van hun kritiek op de tekst gering. Academics hebben de plicht vragen te stellen, politici om antwoorden te zoeken. Dat vele vragen onbeantwoord blijven, kan aan de academics niet verweten worden, maar het zal bij hen toch een wrang gevoel nalaten⁹¹⁰.

RAAD VAN STATE ALS MUURBLOEMPJE- De regering blies gedurende het hele debat warm en koud. Enerzijds benadrukte zij het revolutionaire van de nieuwe bepalingen om aan te geven dat zij een grote sprong voorwaarts deed, een “moderne” aanpak van het fenomeen. De scherpe reacties dwongen haar anderzijds om olie op de golven te gieten, het uitzonderlijke van het voorstel te benadrukken en de verbanden met het bestaande recht te onderstrepen. Gaat het echt om een fundamentele hervorming van het wetgevend denken: van individuele aanpak naar de aanpak van een organisatie? Als de moeilijkheid om die nieuwe ideeën te “formuleren” zoveel “misverstanden” heeft veroorzaakt, kan een waarnemer zich enkel verbazen over de marginalisering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Die vervult immers de rol van kwaliteitsbewaker bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving. Twee vaststellingen dringen zich op.

NIET ERNSTIG GENOMEN- Ten eerste neemt de wetgever de Raad niet ernstig. Dat heeft te maken met de manier waarop die tussenkomt: hij geeft een advies over de oorspronkelijke tekst. De regering doet daar dan mee wat zij wil. Niet zelden negeert de wetgever delen van het advies omdat de Raad de zaak “verkeerd begrepen heeft”. In andere gevallen beweert hij gevolg te geven aan het advies. Omdat de zaak niet teruggaat naar de Raad, toetst zelden iemand of dat inderdaad gebeurt. De Raad is, zoals het land, de voorbije jaren bedolven onder een lawine van wetgevende initiatieven. Dat maakt zijn taak steeds moeilijker, want wie tracht te

⁹⁰⁹ Zie VERBRUGGEN, F., “Fer de lance...”, *op.cit.*, 8-25 en DE NAUW, A. en DERUYCK, F., *op.cit.*, 156-161.

⁹¹⁰ Sommige academische commentaren achteraf klonken wel bezorgd en op specifieke punten kritisch, zonder dat zij echter de zin van de nieuwe bepalingen fundamenteel in twijfel trokken: VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 327-330; ONSEA, I., “De wet betreffende de criminele organisaties: een eerste effectieve stap in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit”, *Panopticon*, 1999, 278-286 (vooral 284-285).

waken over de coördinatie en coherentie in de wetgeving, speelt zowat voor priester in een bordeel. Die heeft meestal geen gebrek aan klanten voor een biecht op grond van vaak oprechte gêne of voor andere vormen van steun en hulp. Doch wanneer men al te enthousiast met zedenpreken begint, kan men weinig meer verwachten dan geduld te worden als een komische excentriekeling. In de dagdagelijkse praktijk wordt men echter totaal genegeerd. De werklast maakt dat de molens van Raad trager draaien dan de camera's van de media. Die slaan echter mee het ritme waarop politici dansen en die ergeren zich dan ook aan de "wachtijden" bij de Raad. Het resultaat zijn vragen om advies waarin de parlementsleden de wettelijke verplichting om hoogdringenheid te motiveren afdoen met de zin "*omdat de Kamer er volgende week over wil stemmen*". Uiteindelijk bleef de stemming nog een half jaar uit. Een dergelijk misprijzen van de wetgevende macht voor haar eigen wetten bevordert de motivatie van de Raad waarschijnlijk niet.

TEKORT GESCHOTEN- Daarenboven lijkt de werk- en tijdsdruk ook de kwaliteit van de adviezen niet ten goede te komen. Bij dit wetsontwerp valt het op dat de Raad van State blijkbaar ook niet gemerkt heeft dat de regering opnieuw de bendeforming aan het uitvinden is, zij het met meer woorden. Het is dus de hoogste tijd om de rol van de afdeling Wetgeving van de Raad van State opnieuw te bekijken. Zo kan de Raad als een echte "adviseur" zijn rol spelen in het wetgevingsproces. Nu zien politici hem eerder als een "hindernis". De leden van de Raad hebben een "magistraal" statuut. Zij zullen dan ook behoorlijk wat koudwatervrees hebben tegenover een actievere rol in het politieke wespennest van de wetgeving. Het enige alternatief ligt dan in een grote kwaliteitssprong bij de administratie van Justitie. Nu zijn wetsontwerpen vaak geesteskinders van onderbetaalde ambtenaren, overwerkte kabinetsmedewerkers of moeilijk te situeren belangengroepen.

AFWEZIGE BALIE- Een opmerkelijk afwezige in dit debat, zoals trouwens in zowat alle debatten over justitie in de voorbije jaren, is de advocatuur. Nochtans ligt zij als "risicogroep" midden in de vuurlijn van dit "wetgevend tapijtbombardement" tegen de contacten van criminelen in de "legale bovenwereld". Waarschijnlijk ligt de passiviteit van de balie aan het traditionele individualisme dat het balieleven kenmerkt en de vele dagdagelijkse beslommeringen. De grote verschillen en tegenstrijdige belangen binnen de advocatuur als beroepsgroep zorgen voor problemen in de vertegenwoordiging van het geheel. Waarschijnlijk rekenen de advocaten ook op hun buiten verhouding grote vertegenwoordiging in regering, parlement en universiteit om de belangen van de beroepsgroep te vrijwaren. Zij zouden er wel

eens bedrogen uit kunnen komen. Cynici kunnen natuurlijk ook beweren dat de advocatuur baat heeft bij slecht gemaakte wetten, omdat die veel juridische conflicten en dus veel werk voor advocaten genereren. Wij durven te hopen dat advocaten zich even veel ergeren over slechte wetten als gewone burgers en dat de balie als “actor van justitie” haar stem zal laten horen in belangrijke debatten.

BESLUIT- De beweegredenen van de regering waren ofwel betwistbaar, ofwel manifest verkeerd. Vooral de argumenten over het beweerdelijke verschil tussen de bende en de criminele organisatie overtuigen niet. Het parlement heeft dat aan de kaak gesteld, maar uiteindelijk toch de tekst van de regering in licht aangepaste versie goedgekeurd. Het hele proces illustreert op overduidelijke manier de pijnpunten bij de totstandkoming van strafwetgeving in ons land.

§2. Nieuwe misdrijven

2.1. Deel uitmaken

RECHTSFEIT- De mogelijke verschillen tussen bende en criminele organisatie zijn dus allesbehalve wezenlijk. Neem dat het bestaan zelf van de bende respectievelijk criminele organisatie als (straf)rechtspersoon vaststaat. Dan vormt dat rechtsfeit nog altijd maar één van de constitutieve bestanddelen van de concrete misdrijven. Misschien zorgen de andere bestanddelen ervoor dat de als misdrijf omschreven gedragingen van de betrokken individuen toch nog kunnen verschillen. De regering suggereerde zelf dat ook andere bestanddelen van de nieuwe misdrijven baanbrekend waren.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- We betwijfelen of dat inderdaad het geval is. Noch 323 Sw. noch 324ter, §1 Sw. beschrijft eigenlijk de strafbare gedraging. Volgens ons volstaat het nu een handeling of gekwalificeerde onthouding te stellen die op enigerlei wijze nuttig is voor het collectief. Aangezien zowat elke mogelijke gedraging (handelen of stilzitten) kan volstaan als materieel element, herleidt de wetgever het misdrijf zowat helemaal tot het subjectief bestanddeel.

SCHULDVORM- Art. 324ter, §1 Sw. eist dat men wetens en willens deel uitmaakt van de vereniging, ook al heeft men niet de bedoeling een misdrijf in het raam van die

organisatie te plegen of daaraan deel te nemen op één van de wijzen bedoeld in de artikelen 66 en volgende Sw. Doch dat gold ook voor bendeleden⁹¹¹.

PROBLEEM- Tot het bestaan van het rechtsfeit "bestaan van een criminele organisatie", komt men door de samenvoeging van een hele reeks elementen. Zodoende blijft de vraag op welke ervan het "wetens", maar meer nog het "willens" moet slaan. In welke mate kan het gebruik van de opgesomde middelen (bijvoorbeeld intimidatie) door één individueel lid aan de anderen toegerekend worden? Volstaat het dat iemand *weet* dat een vereniging « gestructureerd is », dat zij duurt in de tijd, dat de vereniging misdrijven met meer dan drie jaar gevangenisstraf beoogt, dat zij (de vereniging dus, niet de leden) dat doet om vermogensvoordelen te verkrijgen en dat « er gebruik gemaakt wordt » (door iemand) van een van de opgesomde middelen? Of moet hij het ook willen? Welke bedoeling moet hij wél hebben? Voor de regering zou het "weten" volstaan. Het parlement leek dat minder vanzelfsprekend te vinden. Toch vereist volgens ons ook de uiteindelijke tekst, met zijn uitdrukkelijk uitsluiten van wat al op deelnemingsopzet zou kunnen wijzen, niet dat alle leden de gehanteerde methoden ook zouden willen. Bijgevolg zijn ook de leden van een groep (bijvoorbeeld een motorbende) die het door andere leden gebruikte geweld niet willen, op grond van art.324ter§1 Sw. strafbaar. Of een werknemer die weet dat een groep binnen het bedrijf waar hij werkt (bijvoorbeeld de directie) de bedoeling heeft om politici om te kopen, al wil hijzelf dat niet. Hij wil daar niets mee te maken hebben, hij wil er ook niet aan meedoen. Hij wil wel zijn loon, dus een vermogensvoordeel, hij wil het bedrijf ook niet verlaten. Is hij dan een lid van de organisatie? Zo neen, valt hij dan niet onder §2 van art.324ter Sw.?

2.2.Deelnemen aan voorbereiding of uitvoering van geoorloofde activiteiten

DEELNEMEN AAN GEOORLOOFDE ACTIVITEITEN- Dat art.324ter, §2 Sw. bevat immers als objectief misdrijfbestanddeel het deelnemen aan de voorbereiding of uitvoering van enige geoorloofde activiteit van die criminele organisatie. We hebben nooit begrepen hoe een gedraging tegelijkertijd geoorloofd en toch strafbaar kan zijn. Gedragingen die "op zichzelf" geoorloofd zijn (nota's nemen), worden weliswaar strafbaar wanneer ze nuttig zijn voor de bende (nota's nemen over het doelwit van

⁹¹¹ Of wil de wetgever strafbaarheid van personen die niet de *bedoeling* moeten hebben deel te nemen (subjectief), maar het *materieel* gezien (objectief) wél doen? Uit de tekst valt dat niet onmiddellijk af te leiden.

een inbraak, een ontvoering of aanslag door anderen). Doch in dit geval denken we dat het om een tegenspraak gaat, waarmee de wetgever zijn gebrek aan kennis van zowel de deelneming als de bendevoering etaleert. Dat gedragingen die op zich niet strafbaar zijn, het worden door hun band met andere feiten is immers normaal in dat geval. Zij houden dan wel op "geoorloofd" te zijn... De wetgever had ons inziens ook nog een ander bestaand "dogmatisch vehikel" kunnen gebruiken, namelijk het gewoontemisdrijf. Dat bestraft sociaal ongewenste gedragingen, die *op zichzelf* niet strafbaar zijn (dus geoorloofd), doch dat wel worden als de dader er een gewoonte of een beroep van maakt. Samen openbaren ze immers de "delictuele ingesteldheid" van de dader⁹¹². De klassieke voorbeelden zijn een gewoonte maken van woeker (494 Sw.) of een beroep maken van waarzeggerij (536,1° Sw.). Bij de "*geoorloofde activiteit van de criminele organisatie*" van 324ter Sw. daarentegen bestaat de strafbaarheid vanaf de allereerste gedraging, die bijgevolg *nooit* geoorloofd is. Dat klopt dus niet. Een ander groot verschil is dat het bij gewoontemisdrijven gaat om specifieke, vrij makkelijk vast te stellen en aan individuen toe te rekenen gedragingen. Het begrip "activiteit van de criminele organisatie" daarentegen is uitermate abstract. De vaststelling of een handeling daar nu al dan niet onder valt, zal zeker bij clandestiene groepen dus niet vanzelfsprekend zijn. Wanneer de minister zegt dat het eigenlijk handelt om "medeplichtigheid aan de werking van een criminele organisatie", ontgaat het ons wat het verschil is met "deel uitmaken" van de organisatie. Doordat de straf dezelfde is, maakt het eigenlijk ook weinig uit⁹¹³.

VOORBEREIDING OF UITVOERING- Zoals gezegd (*supra*, 1.2.) valt het op dat de strafbaarheid steeds meer vooruit schuift, omdat met name het woord « voorbereiding van » steeds vaker in de misdrijfomschrijving sluipt. Art. 324ter§2 Sw. stelt deelneming aan de voorbereiding gelijk gesteld met deelneming aan uitvoering. Klassiek werd het eerste doorgaans als medeplichtigheid, het tweede als mededaderschap (dus zwaarder) gestraft. Niet minder opvallend is het gebruik van « *geoorloofde activiteit van de organisatie* ». Is de voorbereiding van een activiteit van de organisatie dan geen activiteit van de organisatie? Door het toevoegen van voorbereiding aan een zo vaag en algemeen woord als activiteit (in de plaats van het klassieke veroorzaken van een schade) struikelt de regering over haar eigen voeten.

⁹¹² DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, *op.cit.*, 114.

⁹¹³ Eigenlijk is het enige effect dus het afschaffen van de strafvermindering die medeplichtigen normaal op grond van art. 69 Sw. genieten ten aanzien van de daders.

2.3. Deelnemen aan beslissingen

WOORDKEUZE- Ook het "*deelnemen aan beslissingen*" inzake de activiteiten van de organisatie lijkt ons niet bepaald een staaltje van duidelijkheid. De menselijke gedraging die hiermee strafbaar wordt, is het nemen van welke beslissing dan ook : het licht aandoen op een vergadering, kiezen tussen een Duvel of een Palm bij het overleg over criminele activiteiten, opstaan of gaan zitten, al « goeie avond » zeggen en niet « goeie middag » of « hallo ».... Op bijna elk wakker moment van de dag nemen wij (deel aan) beslissingen. Meestal zijn die juridisch irrelevant. Nu staat er plots tot tien jaar opsluiting op, wanneer de beslissing genomen is « *in het raam van de activiteiten van een criminele organisatie* ». Alles draait er dus om te weten wanneer iets « in dat raam » gebeurt. Zoals gezegd zal men vergeefs zoeken naar een criterium om activiteiten « van » de organisatie te onderscheiden van « activiteiten van individuele leden of activiteiten van losse medewerkers ». Wanneer de rechter dan toch een activiteit heeft gevonden die hij objectief kan toerekenen aan de « organisatie », moet hij nagaan of er een beslissing genomen is. Dat zal helaas altijd het geval zijn, omdat elke « activiteit » als tegenovergestelde van « passiviteit » steeds een beslissing inhoudt.

GEEN SAMENSPANNING- Deelnemen aan een beslissing lijkt minstens twee personen te vereisen, zodat men zich kan afvragen waarom de wetgever niet voor samenspanning heeft gekozen. Dat niet enkel beslissingen inzake misdrijven, maar ook die inzake legale activiteiten eronder vallen, kan niet de reden zijn. Ook elke betrokkenheid bij de geoorloofde activiteiten van een criminele organisatie zal een misdrijf opleveren. Dus ook een beslissing over « legale activiteiten » of een beslissing inzake het plegen van misdrijven. Dat de regering ook medeplichtigheid van buitenstaanders (specialisten) aan een dergelijke samenspanning wil omvatten, kan evenmin de reden zijn. Want daarvoor kon ze op Boek I van het Strafwetboek terugvallen.

SCHEREN OVER EEN KAM- De woordkeuze van de wetgever is uitermate ongelukkig. Het gebruik van "deelneming aan" zorgt voor een vreemd soort collectieve aansprakelijkheid: ook wie zich tegen de uiteindelijk genomen beslissing had gekant, blijft strafbaar. Zelfs wie de andere leden overhaalt om een bepaald misdrijf niet te plegen of wie als buitenstaander hen overtuigt om helemaal met hun criminele activiteiten op te houden, kan eronder vallen. Ook wie louter informatie geeft, waarop de beslissers zich steunen voor hun beslissing, valt eronder. We

twijfelen er aan of dit de bedoeling was, doch de wetgever heeft ondanks voorafgaande waarschuwingen aan de formulering vastgehouden. De voorziene straf is daarenboven zeer zwaar. De regering wilde de hiërarchie treffen. We vragen ons af of het strafbaar stellen van "*deelnemen aan beslissingen*" de gepaste keuze is om het verschil met gewoon deel uitmaken uit te drukken. Vooral omdat het hebben van een leidinggevende hoedanigheid een apart (nog zwaarder) misdrijf oplevert.

BIJDRAGEN TOT DE OOGMERKEN- Het parlement heeft dit nog verergerd door de nadere bepaling van de schuldvorm, namelijk "*terwijl hij weet dat zijn deelneming bijdraagt tot de oogmerken van deze criminele organisatie, zoals bedoeld in art.324bis*". De rechter moet nagaan of de deelneming aan de beslissing, dus niet noodzakelijk de beslissing zelf, bijdraagt tot de oogmerken van de criminele organisatie. De wetgever lijkt zelf het woord oogmerk slordig te gebruiken: soms slaat het op de beoogde misdrijven, dan weer op de motieven voor die misdrijven. In dit geval lijkt het om het tweede motief (vermogensvoordelen) te gaan. Het is een stap vooruit t.a.v. het oorspronkelijk ontwerp. Toch blijft het twijfelachtig of deze toevoeging echt het toepassingsgebied aanzienlijk beperkt.

ILLUSTRATIE- Zoals gezegd lijkt de misdrijfschrijving vooral te slaan op personen die net niet meedoen, doch eigenlijk wel het beste voorhebben met de anderen die dat wel doen. Wanneer iemand bijvoorbeeld beslist niet mee te doen aan de oplichtingen van een criminele organisatie omdat hij met zijn gerechtelijk verleden teveel aandacht zou trekken van de rechtshandhaving, is hij dus op grond van dit lid van art.324ter, § 3 strafbaar. Hij hoeft geen andere betrokkenheid bij de organisatie te hebben dan zijn "beslissing" niet mee te doen, al kan hij er door familiale, vriendschaps- of beroepsrelaties wel regelmatige omgang met de leden hebben. Hij riskeert tien jaar opsluiting, zelfs al gaan de oplichtingen uiteindelijk niet door of mislukken ze. De personen die tot de oplichtingen overgaan, riskeren daarentegen slechts vijf jaar gevangenisstraf. Als ze afzien van oplichtingen, kunnen zij die zich bereid hadden verklaard mee te doen of te helpen en met de voorbereidingen begonnen waren, nog drie jaar gevangenisstraf krijgen. Daarmee lijkt de wetgever alle logica op zijn kop te zetten. Wij kijken daarom reikhalzend - zij het enigszins ongerust - uit naar de eerste toepassing van dit artikel, vooral naar de elementen die nodig zijn en volstaan als bewijs....

2.4. Een leidend persoon zijn

BEGRIP- Het lijkt ons onmogelijk een leidend persoon te zijn zonder deel te nemen aan de beslissingen in het raam van haar activiteiten, zodat 324ter §4 Sw. eigenlijk een verzwarende omstandigheid is van §3. Waar het verschil precies ligt, weten we niet. We veronderstellen dat het hier gaat om de personen die deelnemen aan het nemen van beslissingen en hun gelijk halen, dat betekent dat gepoogd wordt die beslissingen inderdaad uit te voeren. Daarnaast lijkt het ons ook moeilijk een criminele organisatie te leiden zonder lid te zijn of deel te nemen aan de voorbereiding of uitvoering van geoorloofde activiteiten. Het is dus eigenlijk een verzwarende omstandigheid van zowel §1 als van §2 en §3.

PROBLEEM- Het probleem, in informele zowel als in formele organisaties, is dat hiërarchisch leiderschap en feitelijk leiderschap dikwijls uiteen lopen. We herinneren ook graag aan onze vaststelling in Deel I dat de zogenaamde criminele organisaties vaak netwerken blijken te zijn, waarin het onduidelijk is wie leiding geeft aan wie. Zo heeft de vrouw van de « baas » misschien in theorie niets te zeggen, maar heeft zij in de praktijk wel een belangrijke invloed. Zo kan iemand van "lagere rang", via zijn specialistische kennis of ervaring, een belangrijke invloed uitoefenen op anderen. Is dat dan een leidend persoon? Wij hebben de indruk dat eerder art.324ter§ 3 nu net dient om mensen aan te pakken die om hun functie of talent belangrijk zijn, zonder dat ze leden of leiders zijn. Al vinden we de verwoording, strafbaarheid van "deelneming aan een beslissing", een misbaksel.

STRAFMAAT- Zoals gezegd zien wij in hiërarchie de sleutel om de eenheid van handelen en denken binnen een groep van individuen vast te stellen die van het collectief een "afgezonderde" strafrechtspersoon maken. De wetgever heeft echter uitdrukkelijk die hiërarchie verworpen als noodzakelijke voorwaarde. Dit maakt het bombarderen tot "leider" van iemand niet zelden nattevingerwerk van speurders (of journalisten). Dat zou niet zo erg zijn, bij kleinere verschillen in straf. De leidinggevende persoon kan nu echter liefst twaalf jaar langer achter de tralies gaan dan een gewoon lid. De straf is – zolang de organisatie nog geen enkel misdrijf heeft gepleegd - maar liefst vijf keer zwaarder⁹¹⁴. Art.324ter, §4 Sw. voorziet immers opsluiting van 10 tot 15 jaar en/of een geldboete van 1000 tot 200.000 frank.

⁹¹⁴ Indien de persoon in kwestie zich in staat van herhaling bevindt (en dat is toch niet zo onwaarschijnlijk) kan hij 20 jaar opsluiting en een geldboete van maar liefst 80 miljoen frank krijgen, met daar bovenop de verbeurdverklaring van alle vermogensvoordelen die hij door zijn leiderschap aan de organisatie verwierf.

Met de opdecimes van vandaag is dat een boete van maar liefst 40 miljoen frank. Natuurlijk kan aan leiders uiteindelijk net zo goed een geldboete van slechts 26 (x200) frank worden opgelegd (art.83 Sw.), eventueel met uitstel.

PARACHUTE- Door de plaatsing van de nieuwe misdrijven in het wetboek is de verschoningsgrond van aangifte aan de overheid van 326 Sw. (*supra*) ook van toepassing. Doch de draagwijdte van die verschoningsgrond blijft in de praktijk natuurlijk beperkt.

2.5.Besluit

VOOR en NA- Het verschil tussen "gewone" en "georganiseerde" criminaliteit ligt niet zozeer in het gezamenlijk plegen van de roof of het consensueel misdrijf, maar eerder in de gezamenlijke gedetailleerde planning vooraf en de efficiënte nazorg voor zowel de daders als de buit⁹¹⁵. Het is in de fases vóór en na het "klassieke" materiële misdrijf dat de organisatie haar toegevoegde waarde en sterkte toont. De nieuwe misdrijven lijken in te zoemen op de mensen die de "materiële misdrijfplegers" bijstaan in deze fases.

FORMULERING- De afdeling Wetgeving van de Raad van State besteedde in haar advies opvallend veel aandacht aan de grondwettelijke en internationaalrechtelijke plicht van de Belgische wetgever om duidelijke wetten te schrijven. Zij vreesde dat het wetsontwerp door de "open" bewoordingen van de misdrijfomschrijvingen een ongrondwettige overheveling van wetgevende bevoegdheid aan de rechterlijke macht opleverde. De rechtsleer heeft zware kritiek uitgeoefend op de ongelukkige bewoordingen van het wetsontwerp, hun vaagheid en onderlinge overlapping. Het blijft gissen naar verschil tussen « deel uitmaken van » en « deelnemen aan » activiteiten van criminele organisaties of "deelnemen aan" beslissingen in het raam. Het enige wat we weten, is dat "deelnemen" niet mag worden gelezen in de zin van Boek I. Wat het dan wél is, krijgen we, ondanks herhaaldelijk aandringen, niet te horen. Dat weerhield de regering er niet van tijdens het debat herhaaldelijk te verklaren dat de feitenrechter later zou moeten uitmaken wanneer precies een gedraging onder de nieuwe misdrijven zou vallen. Hoe dan ook kan die feitenrechter alleen de tekst van 324ter Sw. hanteren, een misdrijfomschrijving met een hallucinant slechte redactie. De bezorgdheid om toch maar niemand te laten

⁹¹⁵ VERBRUGGEN, F., "The general part...", *op.cit.*, 57.

ontsnappen is uitgedomd in een vlag van wetgevende zinsverbijstering. Bij gebrek aan onderscheidend karakter zijn de in de misdrijfomschrijving gehanteerde begrippen nauwelijks geschikt voor de scheiding van de daders en onschuldigen. Soms zijn de begrippen ronduit tegenstrijdig. Daarenboven neemt de zwaarte van de straffen bijna exponentieel toe naarmate men verder van de eigenlijke misdrijven afstaat. Volgens de letter van 324ter Sw. riskeert wie helemaal niets heeft gedaan, louter op grond van associatie (deelnemen aan gezamenlijke beslissingen), tot 10 jaar opsluiting.

ONDOORDACHT- De wetgever heeft onvoldoende over de mogelijke gevolgen van deze betwistbare keuzes nagedacht. Door hun vaagheid kunnen 324bis en ter Sw. al te veel mensen treffen. Een voorbeeld kan illustreren hoe een gebeurtenis (lang) na de feiten plots relevantie en enorme, onvermoede gevolgen kan krijgen. Drie werknemers van een bank zijn al een klein jaar (duurt in de tijd) van plan oplichtingen (strafbaar met meer dan drie jaar gevangenis) te plegen. Behalve een verkennend bezoek aan een aantal plaatselijke beleggersclubs en de navraag bij advocaten in belastingsparadijzen over de formaliteiten bij oprichting van een rechtspersoon in het buitenland, hebben ze nog niets gedaan. Toch zijn ze al strafbaar wegens bendevoorming, wat aantoonde aan hoe ver dit misdrijf strekt. Eén van hen geeft het op en vertelt ronduit over de plannen aan wie het horen wil in de wereld van de beleggersclubs. De bendevoorming (maximumstraf drie jaar) is daarmee afgelopen. De twee anderen zien in dat het plan daarmee in duigen valt en geven er ook de brui aan. Daarna is niets of niemand strafbaar : er is tenslotte weinig gebeurd en niemand heeft schade geleden. De twee zijn wel behoorlijk boos op de « spelbederver ». Zijn op vele spreekbeurten en recepties opgerakeld verhaal schaadt hun reputatie bij beleggers en andere cliënten, zodat zij vrezen omvangrijke premies en commissielonen (vermogensvoordelen) mis te lopen. Eén van hen zegt tegen de « klikspaan » dat hij ervoor zal zorgen dat die zijn job verliest als hij nog één keer iets zegt over het « crimineel plan ». Dat is intimidatie. Gevolg : het vroegere trio kwajongens wordt op dat moment door art.324bis retro-actief tot criminele organisatie gebombardeerd en de drie riskeren plots tot 10 jaar opsluiting wegens deelneming aan een beslissing in het raam van haar activiteiten. Ook de man die de zaak heeft uitgebracht en gekelderde, ontkomt niet. Om zich op de verschoningsgrond van 326 Sw. te kunnen beroepen had hij de plannen aan de overheid moeten melden, wat hij niet heeft gedaan. Voor hij geïntimideerd wordt, is hij hooguit met 3 jaar strafbaar, maar het feit dat hij het slachtoffer wordt van intimidatie (hijzelf doet niets !) maakt plots dat hij 10 jaar opsluiting kan krijgen. Ook

de derde, die zich al lang niet meer met de zaak bemoeit, ziet de strafbedreiging plots met 7 jaar omhoog gaan... Absurd? Eigenlijk wel en we durven hopen dat in de praktijk de wet nooit op dergelijke gevallen zal toegepast worden. Dat neemt niet weg dat de tekst tot het Belgisch strafrecht behoort. Hij is met grote meerderheid en na lange debatten gestemd in beide kamers van het parlement. De enige uitweg zou zijn dat iedereen systematisch allerlei mogelijke geruchten over allerlei mogelijke misdrijven van vrienden, familieleden of collega's systematisch aan de overheid gaat melden.... Is dat echt de bedoeling?

§3.Misdrijven van de toekomst? Collectieve aansprakelijkheid voor abstracte gevaren in het licht van de beginselen

3.1.Inleiding: kritische bedenkingen bij onderliggende grond

NUANCERING NIEUWIGHEID- Het tromgeroffel en bazuingeschal waarmee de regering een "nieuwe" strafrechtelijke benadering aankondigde, was misplaatst. De achterliggende ideeën van de wet van 1999 zijn dezelfde als bij bendevoorming. Wij vrezen echter dat met bendevoorming eigenlijk al de uiterste rekbaarheidsgrens van de beginselen bereikt was. Vooral in zijn voortvarende keuze van begrippen voor de misdrijfomschrijvingen ging de wetgever nog verder, volgens ons tot voorbij het kritisch punt waarop de elastiek van de beginselen alle spankracht verliest.

GEEN BENDE- Dat de wetgever aparte misdrijven "betreffende criminele organisaties" invoerde en dat van bendevoorming onaangeraakt liet, kan niet met logische of dogmatische argumenten worden verklaard. Misschien moeten we de diepere gronden waarop het initiatief berust zoeken in het geloof dat velen hebben in de magische kracht van woorden: als men een beangstigend verschijnsel een naam kan geven, is men al begonnen het te bedwingen. Het bedwingen van georganiseerde criminaliteit kan dan het best beginnen met de uitdrukkelijke strafbaarstelling van betrokkenheid bij criminele organisaties. Het gaat om een soort "verbaal Lourdes", waarin de woorden de intentie van wonderlijk wijwater krijgen en zeker hetzelfde effect zullen hebben⁹¹⁶.

⁹¹⁶ De vergelijking komt van schrijver Robert Hughes, wanneer die het over politiek correcte woordenschat heeft.

PSYCHOLOGISCH AXIOMA- De *ratio legis* achter het gevaarzettingsmisdrijf bendevoorming (*association de malfaiteurs*), achter het Nederlandse art.140 Sr. of achter de Italiaanse « *associazione per delinquere* » is immers dezelfde. Bij gebreke aan andere zinvolle motieven (*supra* §1), moeten wij ervan uitgaan dat hij ook die achter 324bis en ter Sw. is. Hij komt er op neer dat het bestaan van een organisatie die van plan is voortdurend de maatschappij te teisteren met misdrijven op zich zo gevaarlijk is dat het preventief straffen rechtvaardigt. Deze verklaring ligt in een als onomstotelijke waarheid verkochte psychologische veronderstelling : wanneer meerdere mensen zich jegens mekaar verbinden om een misdrijf te plegen en zich daartoe organiseren, zal dat misdrijf noodzakelijk gepleegd worden tenzij iemand van buitenuit het belet. De individuele vrijheid, met inbegrip van de vrijheid tot terugtrekken, is verdwenen en vervangen door een collectief opzet dat steeds tot misdrijven leidt⁹¹⁷. Het ontstaan van een « crimineel collectief », een (straf)rechtspersoon, verantwoordt een uitzondering op de regel van de individuele toerekening. Bestrafing wegens de relatie met dat collectief wordt mogelijk. Wij hebben dit beschreven als de *iter criminis*, de weg naar het misdrijf, die een eenrichtingsstraat geworden is en waar de wetgever al in het begin van de straat een streep mag trekken⁹¹⁸.

KRITIEK- Vreemd genoeg lijken de meeste waarnemers dit zomaar te slikken. Wie de praktijk bekijkt, ziet nochtans dat de beweerde preventieve toepassing van de strafwet eerder de uitzondering dan de regel is. De wil om misdrijven te plegen uit zich nog altijd het duidelijkst in het effectief plegen van een misdrijf. Het effectief gepleegde misdrijf, de manier waarop het gepleegd wordt, dat vormt meestal het belangrijkste bewijs van het bestaan van de « criminele vereniging ». In feite komt dat vaak neer op een verkapte aansprakelijkheid voor de verwijtbare gedragingen van anderen, omdat de onder het mom van preventie ingevoerde associatiemisdrijven falen bij het voorkomen van de overgrote meerderheid van misdrijven. Daardoor fungeert de tenlastelegging als een verkapte verzwarende omstandigheid of als een soort bewijsverlichting. Zij biedt het Openbaar Ministerie

⁹¹⁷ Een andere *ratio*, dat de organisatie de pakkans voor de materiële dader verkleint, lijkt minder aangevoerd te worden. Zij geldt immers ook voor deelneming, waar wel een hoofdfeit nodig blijft.

⁹¹⁸ *Supra* Hoofdstuk1, § 3.

immers een terugvalpositie wanneer dat dreigt te falen in het bewijs van de deelneming aan het effectieve misdrijf⁹¹⁹.

PSYCHOLOGIE- Soms zal de veronderstelling inderdaad wel juist zijn en leidt psychologische druk tot een verhoogde kans op het misdrijf. Veel hangt echter af van de structuur van de groep. De op de *association de malfaiteurs* geënte misdrijfomschrijvingen zijn geschreven met vrij hechte, hiërarchische groepen in het hoofd, zelfs al correspondeert dat beeld niet noodzakelijk met de sociologische werkelijkheid. Onderzoek van klinische psychologen heeft inderdaad aangetoond dat de conformiteitsdruk in groepen zeer sterk kan zijn. Het bewijst echter ook iets anders : dat zodra er een dissident optreedt, vele andere groepsleden ook hun autonomie herwinnen.

CONTRAPRODUCTIVITEIT- We herinneren de wetgever daarom graag aan de in Hoofdstuk 1 uitvoerig belichte verklaring voor de klassieke nadruk op individualistisch strafrecht. Die was niet alleen ethisch maar ook pragmatisch van aard: collectieve bestraffing versterkt immers vaak de cohesie van groepen. Vandaar dat criminele organisaties zo vaak gebruik maken van primitieve bloedwraak op medestanders of familieleden. Het weinig gesofisticeerd, ook collectief geweldgebruik vormt vaak het enige handhavingsmiddel waarover criminele organisaties beschikken om geschillen te beslechten. Niet zelden werkt het contraproductief. De rechtsstaat mag niet de fout maken op dergelijke "primitieve" manieren van doen te reageren vanuit dezelfde "primitieve" logica. Een beleid tegen georganiseerde criminaliteit moet precies gericht zijn op het verzwakken van de samenhang binnen criminele groepen. Vanwege het wantrouwen dat in dergelijke groepen de regel is, is dat niet altijd zo moeilijk als men op basis van sommige mythische beeldvorming zou denken.

NETWERKEN- Strafrechtelijk en criminologisch onderzoek heeft, zoals bleek in Deel I, aangetoond dat ondanks het beeld van piramides en octopussen, er in werkelijkheid er veel meer sprake is van netwerken. Netwerken zijn moeilijker uit te schakelen omdat na het wegvallen van een knooppunt talloze alternatieve routes overblijven. Ze zijn echter ook minder gevaarlijk, omdat er geen hiërarchie bestaat. Dat betekent dat alle schakels over redelijk veel autonomie beschikken en dus ook veel makkelijker « neen » durven zeggen of verraad durven plegen. Er bestaat ook

⁹¹⁹ Zie het voorbeeld van vrijspraak voor mensenhandel, maar veroordeling voor bendevoering met het oog op mensenhandel: *supra*: voetnoot 775. Cfr. DE SWAEF, M.,

zoiets als collectieve « onverantwoordelijkheid » : hoe meer betrokken personen, hoe meer redenen om lastige karweitjes zoals het plegen van ernstige misdrijven aan anderen over te laten. Het informele en clandestiene karakter van de netwerken en hun activiteiten maken dat de verschillende schakels mekaar vaak niet kunnen controleren en dus naar believen trachten op te lichten of te verraden.

LOYALITEITEN- Een ander nadeel van de collectivisering van bestraffing is dat ze miskent dat loyaliteit met criminelen vaak ook door affectieve relaties of familiebanden, dan wel door ideologische sympathieën is ingegeven. Loyaliteit en solidariteit tussen personen zijn het cement van elke samenleving. De klassieke wetgever hield dan ook rekening met "natuurlijke" loyaliteiten. De hedendaagse Belgische wetgever geeft de indruk dat mensen in staat zouden zijn alle relaties met andere mensen totaal te verbreken omdat die in de georganiseerde criminaliteit zitten. De rest van de maatschappij zou hen als een groep "melaatsen" kunnen afzonderen. Dat is natuurlijk onzin. Ook deze mensen hebben een familie, vrienden, eventueel een werkgever, hobby's, een bank, een advocaat, enz. De grenzen van de "boycotplicht" voor hun medemensen moeten dan ook duidelijk getrokken worden.

SAMENVATTING- De psychologische wet die eigenlijk dient als verantwoording van de verenigingsmisdrijven, vormt volgens ons toch maar een smalle basis voor de steeds verdergaande uitzonderingen op de leer van deelneming en poging. De collectivisering van aansprakelijkheid kan daarenboven net het tegenovergesteld effect hebben en de samenhang van de groep versterken. Criminele organisaties beschikken zelden over een hiërarchie die verzekert dat alle leden als organen van één (straf)rechtspersoon in het gemeenschappelijk belang optreden. Vaker gaat het om netwerken waarbinnen de individuele prioriteiten in geval van nood de voorrang krijgen op die van de anderen. Niet alleen om ethische, maar ook om pragmatische redenen heeft de rechtsstaat daarom belang bij een individualistisch strafrecht.

3.2. De klassieke beginselen als maatstaf

NOG OVEREIND?- De klassieke beginselen behouden nog steeds volledig hun geldigheid en zijn zelfs opgewaardeerd tot afdwingbare grondrechten (*supra*, Hoofdstuk 2). De Belgische wetgever heeft nooit aan die beginselen verzaakt,

V°Bendevorming, *Comm.Sr.Sv., op.cit.*, 6a.

integendeel. Vandaar dat wij graag terugkoppelen naar deze in Hoofdstuk 1 aangehaalde basisregels. Wij kijken dan hoeveel er van die beginselen nog overblijft en of de evolutie een verbetering is.

TERRITORIALITEIT EN MONISME- Ondanks het aandringen van rechtsgeleerden⁹²⁰ en eigenlijk ook vanwege de EU heeft de Belgische wetgever nauwelijks stilgestaan bij de toepassing van de nieuwe misdrijven in een grensoverschrijdende context. De Belgische wetgeving geldt normaal enkel in België. De constitutieve bestanddelen van het misdrijf zijn echter zo vaag en ruim dat ze allerlei gedragingen kunnen omvatten. Zodoende zal vrij gemakkelijk een aanknopingspunt gevonden worden dat toelaat om het misdrijf in België te localiseren. Dat schept het risico op conflicten met andere landen, zeker als die minder ruime misdrijfomschrijvingen hanteren. De vaagheid ondermijnt ook de kritiek die ons land zou kunnen hebben op buitenlandse processen tegen dissidenten wegens "lidmaatschap van contrarevolutionaire bewegingen" of "ketterij". De met de Belgische federatie concurrerende rechtsorden (regionaal en supranationaal) kwamen in het debat eigenlijk weinig aan bod. Nochtans zal de strafbaarstelling zich ook uitstrekken tot groepen die de in regionale decreten vervatte misdrijven (bijvoorbeeld inzake milieu) beogen. Aan de wensen van de EU-regeringen (*supra*, Hoofdstuk 3, §4) lijkt wel voldaan. Het desbetreffende Gemeenschappelijk Optreden laat immers veel marge aan de nationale wetgever en dringt geenszins aan op "scherpe aflijning" van de gedragingen. De eigenaardige formulering van 324ter Sw. zorgt ons inziens niettemin voor een paradox. Terwijl de nood aan harmonisatie een van de impulsen achter de wet was, levert die uiteindelijk misdrijven op die meer verschillen van hun tegenhangers in de buurlanden dan wat wij vroeger hadden (de bende)⁹²¹. Dat de EU niet moeilijk zal doen, neemt trouwens niet weg dat België een toetsing aan de mensenrechtenverdragen met een veel minder gerust geweten toegemoet kan zien.

LEGALITEIT- In die verdragen ligt immers ook het legaliteitsbeginsel vervat. We beseffen dat de bewering dat een kersverse strafwet het legaliteitsbeginsel schendt, iets is als vloeken in de kerk. Dat verklaart waarschijnlijk waarom de meeste commentatoren wel bezorgdheid en bedenkingen uiten, maar terugschrikken voor dit radicaal verdict. Niettemin vrezen we dat geen ander besluit mogelijk is: als het precisiegebod zich niet verzet tegen een omschrijving van misdrijven zoals in

⁹²⁰ VERBRUGGEN, F., "Un fer de lance...", *op.cit.*, 19-20.

⁹²¹ *Parl.St., Senaat*, 1997-98, 1-662/4, p.8 (van de 130.)

art.324ter Sw., dan heeft het geen bestaansreden meer. De mensen in « risicosectoren », die de regering tot waakzaamheid wil aanzetten om criminelen te isoleren, kunnen met deze tekst in de hand bijna nooit zeggen of hun gedragingen nu al dan niet strafbaar zijn of het later buiten hun wil zullen worden. De bepalingen van 324ter Sw. (deelnemen aan enige beslissingen in het kader van de activiteiten van...) zijn zo ruim dat ze geen bescherming opleveren tegen overheidswillekeur. Daarenboven is de uiteindelijke omschrijving van criminele organisaties veel ruimer dan de regering laat uitschijnen. De strafbaarstelling van deelneming aan « geoorloofde activiteiten » is en blijft volgens ons een *contradictio in terminis*. Wij raden iedereen die op grond van 324ter, §2 wordt vervolgd aan om onoverwinnelijke rechtsdwaling in te roepen. Tenslotte kan men zich afvragen of het galactische verschil tussen de minimum- en de maximumstraffen nog wel te verzoenen valt met het legaliteitsbeginsel⁹²². Bij wettelijke herhaling na correctionalisering kan de rechtbank immers net zo goed enkel een geldboete van 26fr.(x200) (met uitstel) opleggen⁹²³ als 20 jaar opsluiting plus 80 miljoen geldboete plus een ontzetting van 10 jaar, met een verbeurdverklaring van vermogensvoordelen (waarvoor geen plafond bestaat⁹²⁴) en een beroepsverbod er bovenop.

EVENREDIGHEID- Daarmee is meteen duidelijk dat de wetgever ook niet te veel heeft nagedacht over het evenredigheidsbeginsel. In Hoofdstuk 1 stond dat de strafmaat het belang van het beschermde rechtsgoed moest weerspiegelen. Omdat dat rechtsgoed zo abstract is (de openbare orde), is zowat alles toegelaten inzake strafmaat. Het voorbereiden van een misdrijf krijgt dezelfde straf als het effectieve plegen. Hetzelfde geldt voor allerlei gedragingen die vroeger als vormen van medeplichtigheid (en dus minder zwaar) werden beschouwd⁹²⁵. Daarenboven

⁹²² Meer bepaald met het in het legaliteitsbeginsel vervatte "taxativiteitsbeginsel", dat zegt dat de (potentiële) dader op voorhand min of meer moet weten welke strafmaat hij voor zijn strafbaar gedrag kan verwachten. We komen hierop terug in Deel V, dat over bestraffing gaat.

⁹²³ VERBRUGGEN, F., "Fer de lance...", *op.cit.*, 20 wijst erop dat de enorme marge eigenlijk op een verkapte spijtoptantenregeling zou kunnen neerkomen.

⁹²⁴ *Infra*, Deel V.

⁹²⁵ *Cfr.* de opmerkelijke beslissing van het Spaanse Grondwettelijk Hof, dat de veroordeling van alle leden van de koepel van de politieke partij Herri Batasuna door het Opperste Gerechtshof tot 7 jaar gevangenisstraf teniet deed. Ze hadden het plan opgevat tijdens de hun toegestane verkiezingszendtijd op televisie een video uit te zenden waarin de terreurbeweging ETA zijn "vredesvoorstel" deed aan de Spaanse staat. Een inval van de politie belette de uitzending, maar de politici werden veroordeeld tot de minimumstraf voor "medewerking met een gewapende bende". Die minimumstraf stond volgens het Grondwettelijk Hof buiten verhouding tot de geringe ernst van de feiten en was daarom ongrondwettig. De Spaanse wetgever zou daarna de minimumstraf verlagen.(Tribunal

riskeert wie verder van het effectieve misdrijf afstaat zwaarder te worden bestraft dan de effectieve pleger, in sommige absurde situaties wie niets doet of misdrijven tracht te voorkomen, zelfs zwaarder dan wie misdrijven pleegt. De verklaring ligt in de gedachte aan perfide "breinen" wiens gedrag "extra immoreel" is omdat ze zelfs niet de "moed" hebben het aan het "klassieke" misdrijf verbonden risico te lopen. Volgens de traditionele deelnemingsleer werden zij aan *dezelfde* straffen onderworpen als de materiële daders.

Het verenigingsmisdrijf doet ook vaak de evenredigheid tussen het strafrisico en het door het "oogmerk^{misdrijf}" beschermde rechtsgoed teniet. De straffen voor een "gewoon lid" van een criminele organisatie die gewone diefstallen beoogt, zijn dezelfde als die voor een die diefstallen met geweld wil plegen als voor een die huurmoordenaars wil aanbieden. Dat vormt een belangrijk verschil met de deelneming of de poging, waar de koppeling van de straf aan die van het hoofdfeit wel degelijk respect voor die evenredigheid verzekert⁹²⁶. Zelfs bij de klassieke bende maakte de wetgever nog een onderscheid naargelang de zwaarte van de beoogde misdrijven⁹²⁷.

SUBSIDIARITEIT- De argumenten die de nieuwe strafbepalingen moesten rechtvaardigen, bleken stuk voor stuk op drijfzand te berusten. Wanneer de overheid zware strafbepalingen invoert zonder er de absolute noodzaak van aan te tonen, miskent zij het subsidiariteitsbeginsel. In dit geval rees meermaals het vermoeden dat de invoering van de misdrijven slechts diende als ankerpunt voor een latere regeling van bepaalde strafvordelijke procedures. Het subsidiariteitsbeginsel verbiedt dat daarvoor nieuwe - niet strikt noodzakelijke - misdrijven worden geschapen. Sommige kamerleden deden terecht opmerken dat de wetgever de omschrijving van criminele organisaties als doelwit van de rechtshandhaving immers ook in het wetboek van Strafvordering kon opnemen.

RISICO- Men kan de opsporingsbekommernissen achter de wet hanteren voor de relativering van de gevaren van 324bis en ter Sw. Die zouden eigenlijk niet geschreven zijn om te worden gehandhaafd, enkel om procedures aan te koppelen. Zelfs dan blijft het ontoelaatbaar. Wanneer de rechtshandhaving extra mogelijkheden krijgt tegen criminele organisaties en bijvoorbeeld niet tegen andere

Constitucional 20 juli 1999, *El País* 21 juli 1999, <http://www.elpais.es>). Het risico van te lage minimumstraffen bestaat in België niet.

⁹²⁶ *Supra*, Hoofdstuk 1, 2.4.2.

⁹²⁷ *Supra*, Hoofdstuk 1, 4.2. en 4.3.

misdrijven (zoals bendevoering), heeft zij er natuurlijk alle belang bij de verdachte groep of het vermoedelijke misdrijf als mogelijke inbreuk op 324ter Sw. te behandelen. Met die uitgebreide mogelijkheden kan het parket dan misschien niet het misdrijf van 324ter Sw., doch waarschijnlijk wel een ander misdrijf bewijzen. Misschien komen er weinig veroordelingen op grond van 324ter Sw. De regering beweert immers dat de bewijslast zwaar is. Door 324ter Sw. (mee) ten laste te leggen krijgt de opsporing of het onderzoek via een achterpoort toegang tot de "procedurele instrumenten" die men normaal niet mag gebruiken. Het Openbaar Ministerie kan bijvoorbeeld een heel onderzoek voeren op grond van 324bis en ter Sw. en alle voor die tenlastelegging toegelaten opsporingsmiddelen gebruiken, om uiteindelijk te besluiten dat de op misdrijven beluste organisatie geen winstoogmerk, maar politieke beweegredenen had. De rechter kan de leden vervolgens probleemloos veroordelen wegens bendevoering in de zin van 322 e.v. Sw..

3.3. Functie van het misdrijf en voorkeur voor gevaarzettingsmisdrijven

INGEWIKKELD- De klassieke keuzes waren geenszins onberedeneerd (*supra*, Hoofdstuk 1). De codificatiebeweging bracht een bewuste vereenvoudiging van de ingewikkelde werkelijkheid. Zo moest er een einde komen aan de chaos van normen, waarin zowel de rechtsonderhorige als de rechtshandhaving verloren liep. De wet op criminele organisaties staat daarmee in schril contrast. Die antwoordt immers met een ingewikkelde beschrijving op een complexe realiteit. De eigenlijke norm (324ter Sw.) bevat geen echt gedragsvoorschrift en verwijst naar een andere bepaling (324bis) die op haar beurt weer verwijst naar nog andere regels (alle misdrijven die met meer dan drie jaar gevangenis strafbaar zijn). Daardoor verdwijnt het zicht op de onderlinge verhouding tussen de verschillende samenstellende bestanddelen van het misdrijf, bijvoorbeeld de persoonlijke ingesteldheid van een medewerker en het oogmerk van de vereniging of de door haar gebruikte methoden. Ook het uniek strafrechtssubject deemstert zodoende weg. Veeleer zullen mensen worden beoordeeld vanuit hun eigen beroepsgroep. Een accountant die op financieel vlak werkt met "louche figuren" zal volgens andere criteria worden bekeken dan de restauranthouder die hen eten voorschotelt of de advocaat die hen verdedigt in rechte.

AFWEZIGHEID COÖRDINATIE- Eén probleem zou ook best door één makkelijk vindbare wet geregeld moeten worden. De klassieke verzameling van het

kernstrafrecht in één wetboek weerspiegelde die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende bezorgdheid om logische samenhang. Hoofdstuk 2 leerde dat de explosie van het bijzonder strafrecht die illusie heeft opgeblazen. Door eerst haar plannen inzake georganiseerde criminaliteit op een rijtje te zetten in één groot actieplan gaf de regering de indruk ook een coherente en gecoördineerde aanpak voor te staan. Die ambitie lijkt achteraf volledig weggesmolten. Bepalingen voor de strafrechtelijke aanpak van "organisaties" blijven versnipperd over de strafwetgeving. Hoewel 324bis Sw. aan een groep fysieke personen « (straf)rechtspersoonlijkheid » toekent, behandelde de wetgever de criminele organisaties helemaal los van de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Die joeg de regering nauwelijks enkele maanden na de verbeterde strijd om de wet van 13 januari 1999 zonder al te veel politieke ophef door het parlement.⁹²⁸ De wetgever heeft de eigen identiteit van rechtspersonen dus nog versterkt en met misdrijven zoals "misbruik van vennootschapsgoederen" hen nog meer beschermd tegen misbruik door de natuurlijke personen die er zeggenschap over hebben. Dat maakt voor de overheid dan wel moeilijker die rechtspersoonlijkheid aan de kant te schuiven bij verregaande, doch onvolledige vermenging tussen de vermogens en belangen van de rechtspersoon en verdachte of veroordeelde natuurlijke personen. Daarenboven blijft niet alleen de bende gewoon in het wetboek prijken naast 324bis Sw. De wetgever heeft ook totaal geen behoefte gevoeld om bijvoorbeeld de specifieke bepalingen over organisaties in de drugwet of de bepalingen bij mensenhandel aan te passen. Een zekere wildgroei van strafrechtelijke bepalingen die zich eerder op organisaties dan op individuen richten, kan niet ontkend worden.

INSTRUMENT- Door de vaagheid van de beschreven gedragingen en hoge graad van abstractie van het beschermde rechtgoed in de nieuwe strafbepalingen gaat er eigenlijk geen waarschuwingfunctie van uit. De rechtsonderhorige zal bij het maken van zijn dagdagelijkse keuzes aan de tekst van 324bis en ter Sw. geen houvast hebben om uit te maken of hij een gedraging al dan niet kan stellen, laat staan dat hij zou weten welke straf hij precies riskeert. De formulering lijkt veeleer ingegeven door de behoefte die de overheid voelt om een aantal "immorele figuren" aan te pakken. De nieuwe bepalingen legitimeren die aanpak, ze vormen het "instrument" om het doelwit te kunnen treffen. Men herleidt het legaliteitsbeginsel daarmee tot een van zijn dimensies, die van legitimatie van het overheidsoptreden. De

⁹²⁸ Het was de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, cfr. DE NAUW, A. en DERUYCK, F., "De strafrechtelijke

miskening van het even onlosmakelijk met het legaliteitsbeginsel verbonden precisiegebod is onvergeeflijk

MOTIEF CENTRAAL- Klassiek was schade aan concrete rechtsgoederen de maatstaf. Daardoor was het motief van de strafbare gedragingen irrelevant. Nu komt het "kwade" dat bestraffing rechtvaardigt volledig in de beweegredenen te liggen. Daarbij gaat het vreemd genoeg niet zozeer om de beweegredenen van de individuele daders (al zullen die bewijsrechtelijk wel veel gewicht krijgen), maar over die van de (straf)rechtspersoon. Deed die het om "vermogensvoordelen te verkrijgen"? Het vaststellen van het innerlijk geestesleven van die fictieve persoon is natuurlijk een nog meer speculatieve bezigheid dan bij natuurlijke personen.

GEVAARZETTINGSMISDRIJVEN- De gedragingen zijn dus geen handelingen waarbij de dader schade veroorzaakt aan een concreet individueel of collectief rechtsgoed. De wetgever verwijt de dader dat hij door aan te sluiten bij de groep het risico op misdrijven vergroot. Het gaat om een "abstract gevaar", dat blijft bestaan zolang de criminele organisatie blijft bestaan. De concrete schade aan het concrete rechtsgoed die vroeger de grond voor strafbaarheid was, wordt nu vaak gedegradieerd tot verzwarende omstandigheid⁹²⁹.

CONTAINER- Het grote voordeel van afgeleide of associatiemisdrijven is dat zij een soort container vormen, een gestandaardiseerde doos waar allerlei misdrijven "ingestopt" kunnen worden: diefstallen zowel als drugsmisdrijven of computerfraude. Dat heeft in het intern recht het voordeel voor de politie dat zij de aanpak op de organisatie als geheel kan richten. Talloze zaken op talloze plekken komen terecht bij één onderzoeksrechter of (team van het) parket. Die hebben dan niet alleen het nodige overzicht om de zwaarte van de afzonderlijke feiten in te schatten. Ze lopen ook minder risico om hun bevoegdheid te buiten te gaan wanneer de speurders al te ver afdrijven van het concreet misdrijf waar zij aanvankelijk naar speurden. Het Openbaar Ministerie moet de onderzoeksrechter niet steeds opnieuw vatten voor nieuwe gerechtelijke onderzoeken of voor uitbreiding van het bestaande onderzoek. Dat vermindert de kans op procedurefouten⁹³⁰. Doch veel belangrijker is de internationale samenwerking. Zoals de container het wereldwijd transport heeft

verantwoordelijkheid van rechtspersonen", *R.W.* 1999-2000, 897-914.

⁹²⁹ *Supra*, Hoofdstuk 3, 5.5.

⁹³⁰ Cfr. DE NAUW, A., "Welgekomen verfijning van de regels betreffende de adiëring van de onderzoeksrechter, Cassatie 4 februari 1997", *Rec. Cass.* 1997, 383-393.

veranderd, zo kunnen containermisdrijven de internationale samenwerking in strafzaken ingrijpend veranderen. Wij hebben in Hoofdstuk 2 gewezen op de moeilijkheden: de verschillen tussen de deelnemingsleren vermenigvuldigen de verschillen tussen de misdrijven. Harmonisering is moeilijk. Vandaar dat men kiest voor het harmoniseren van de containers: wanneer die (ongeveer) hetzelfde zijn in de verschillende landen, is aan de vereiste van dubbele strafbaarheid voldaan. De concrete inhoud van de container doet er dan weinig toe. Het is geen probleem om in de Euro-container "criminele organisatie" een medeplichtigheid aan een oplichting in Frankrijk, een fiscaal misdrijf in België, een bedreiging in Duitsland en een poging tot omkoping in Nederland samen te stoppen. Door in alle landen het onderzoek te voeren onder de misdrijfomschrijving "deelneming aan een criminele organisatie" kunnen eventuele verschillen tussen de onderscheiden landen in regels inzake omkoping, bedreiging of belastingontduiking worden omzeild.

ONDOORZICHTIG- De nadelen van containermisdrijven bleken duidelijk in 3.2.: eerst en vooral valt het moeilijk te controleren of zij inderdaad bevatten wat zij moeten bevatten. Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht eist daarentegen duidelijkheid en precisie. Vervolgens krijgt de vorm voorrang op de inhoud: een container fruit krijgt dezelfde behandeling als een container met kleren of computeronderdelen. Een groep die moorden beoogt, verschilt formeel niet van een groep die diefstallen beoogt. Het evenredigheidsbeginsel dwingt de strafwetgever nochtans om het verschil in ernst en verwijtbaarheid tussen de verschillende gedragingen ook in de wetgeving en bestraffing weer te geven.

DOGMATISCHE NADELEN- De auteurs van ons Strafwetboek waren rechtsgeleerden die de zegen kregen van de elitaire amateurs in het toenmalige parlement. Het hedendaagse wetgevingsproces is gedemocratiseerd. Talloze leden van de wetgevende macht bemoeiden zich actief met de concrete formulering. Ze doen dat echter niet met dogmatische voorkennis of met de bekommernis van de professionele penalist. De strafrechtsdogmatiek raakt gefrustreerd door het toenemend gebruik van steeds abstractere gevaarzettingsmisdrijven. De klassieke middelen en begrippen om feiten toe te rekenen aan daders, om strafbare van andere gedragingen te onderscheiden, helpen immers niet meer. Het strafrechtsdogmatisch denken draagt diepe sporen van het wetenschappelijk denken van de achttiende en negentiende eeuw, dat in wezen gedomineerd werd door oorzakelijke verbanden. Krenkingsmisdrijven passen perfect in dat « opmaakprofiel ». Hetzij de oorzaak, hetzij het gevolg kan op een bepaalde plaats

of een bepaald moment vastgepind worden. Het beeld van de *iter criminis* laat toe grenzen te trekken tussen misdrijven, strafbare pogingen en nog-net-geen-misdrijven. Ook in de toerekeningsmechanismen voor (zedelijke) deelnemingsgedragingen spelen de oorzakelijke verbanden een levensbelangrijke rol.

KOORDDANSEN- Uit de gevaarzettingsmisdrijven verdwijnt die « oorzakelijkheid ». Eerder dan van een « weg naar het misdrijf » die sommige mensen besluiten in te slaan, past het beeld van koorddansen. Wij wandelen allemaal, ieder voor zich, over een netwerk van balken en koorden en proberen het evenwicht te bewaren. Het evenwicht is het gedrag dat maatschappelijk van ons kan verwacht worden in de gegeven situatie. Sommige balken zijn breder dan andere, sommige koorden hangen slapper dan andere. Wanneer er meerdere personen op een koord staan, veroorzaakt het gewiebel van de ene vaak de val van de anderen. Wat alleszins verschilt met de «weg naar het misdrijf », is dat er geen sprake is van een (al dan niet gezamenlijke) reis naar het misdrijf, naar het intreden van het gevolg. De mogelijkheid om onderweg rechtsomkeer te maken verdwijnt : het is blijven staan of vallen. Om dat goed te maken voorziet de wetgever steeds meer vangnetten : verschoningsgronden voor sommige categorieën van « gevallen » personen⁹³¹.

HECHTINGSPUNT CONSTRUCTIES- Doch verschoningsgronden moeten zoals allerlei andere dogmatische constructies (toepassing in de tijd, ruimte, rechtvaardiging, e.d.) vastgehecht worden aan het misdrijf (*supra*, Hoofdstuk 1). Wanneer dat zoals bij krenkingsmisdrijven een concreet punt is, valt dat nog mee. De nieuwe abstracte gevaarzettingsmisdrijven zijn eerder als een wolk: als men er ver genoeg afstaat, kan men ze wel herkennen en ook als men er middenin zit. Wat echter vaak niet valt uit te maken, is waar een wolk precies begint. En een wolk is natuurlijk ongeschikt als ankerpunt voor dogmatische constructies.

3.4. Aftakeling schuld, soort collectieve aansprakelijkheid

RISICO-AANVAARDING- Het gevoel dat collectieve aansprakelijkheid "primitief" en "onrechtvaardig" was, zorgde voor beklemtoning van de vereiste van persoonlijke schuld (*supra*, Hoofdstuk 1). Daarmee bedoelde de klassieke wetgever een persoonlijk verwijt voor de krenking van andermans rechtsgoed. De strafbaarstelling van abstracte gevaarzetting zorgt dan ook voor belangrijke complicaties. De

⁹³¹ *Infra*, Deel IV.

abstractie maakt het immers uitermate moeilijk vast te leggen in welke plicht iemand precies tekort geschoten is. Vaak legt men het verwijt in een volgens de achteraf oordelende maatschappij ontoelaatbare risico-aanvaarding. Vandaar dat bijvoorbeeld Italiaanse critici erop wijzen dat de moderne verenigingsmisdrijven dreigen mensen te pakken omwille van een soort "Lebensführungsschuld". Niet wat iemand gedaan heeft of doet, maar wat of hoe hij "is", vormt de basis van het maatschappelijk verwijt.

GEEN ALTERNATIEF- Wij treffen in de nieuwe wetten helaas geen bevredigende alternatieven voor de klassieke beginselen of dogmatische criteria aan. Zoveel gedragingen zijn strafbaar dat de selectie van wie uiteindelijk wordt gestraft, niet meer door de strafwet zelf gebeurt. Ze hangt uitsluitend af van de de gehanteerde opsporings-, vervolgings- en bestraffingscriteria. Deze verschuiving van legaliteit van de gedraging zelf naar legitimiteit van de repressieve overheidsreactie erop is gevaarlijk. Zij vormt een terugkeer naar de preklassieke tijd van overheidswillekeur. Dat die overheid inmiddels meer democratische legitimiteit heeft, neemt niet weg dat dit een onwenselijke en ons inziens met internationale grondrechten moeilijk verzoenbare evolutie betekent.

3.5. Besluit

UITSCHUIVER- Na Hoofdstuk 2 wisten we al dat de klassieke beginselen reeds flink waren geërodeerd. De wet van 13 januari 1999 vormt eigenlijk slechts een extreme uitvergroting van een evolutie die al sedert lange tijd (*supra* Hoofdstuk 1, §4, Hoofdstuk 3, §5) bezig is en trouwens ook niet typisch is voor ons land (*supra* Hoofdstuk 3, §§1-4). Toch geloven we dat de vertaling in het materieel strafrecht van de aanpak van de organisatie een uitschuiver is. Eerst en vooral betwijfelen of de psychologische wet waarop de aanpak impliciet steunt eigenlijk wel opgaat voor de collectieven (netwerken) waartegen de wetten gericht zijn.

BEGINSELEN- Een doorlichting van de wet betreffende de criminele organisaties vanuit de klassieke beginselen valt ronduit negatief uit. Vooral het in het strafrecht primordiale legaliteitsbeginsel levert een catalogoog van argumenten op om de wet te verwerpen. Het precisiegebod en de overeenkomstige waarschuwingsplicht van de wetgever vallen niet te rijmen met de vaagheid, abstractie en interne tegenstrijdigheid van de wetgeving. De enorme kloof tussen minimum- en maximumstraffen en het gebrek aan coördinatie met andere wetgeving maken dat

alleen nog maar erger. De focus op de "organisatie achter de klassieke misdrijven" levert ook problemen op vanuit het evenredigheidsbeginsel. De wetgever koos voor onevenredig zware straffen voor sommige gedragingen. Hij had ook geen oog voor de feitelijke nivellering van de straffen van de "oogmerk-misdrijven" die verdrongen werden door die van de verenigingsmisdrijven. Tenslotte roepen zowel de buitensporige straffen als de weinig overtuigende argumenten voor de invoering van de misdrijven de vraag op of het subsidiariteitsbeginsel ook niet werd miskend.

CONTAINER- De wetgever heeft besloten de organisaties aan te pakken met wat we een containermisdrijf noemen. Voor de rechtshandhaving zitten daar, zowel naar intern recht (bewijslast en procedurerisico's) als voor de samenwerking met andere landen, verschillende voordelen aan vast. Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming en vanuit dogmatisch perspectief roept deze aanpak daarentegen vragen op die tot nu toe onbeantwoord zijn gebleven.

SCHULD- Wat de nieuwe teksten gemeenschappelijk hebben, is de uitbreiding van de collectieve aansprakelijkheid en de verwatering van schuld in het algemeen en persoonlijke schuld in het bijzonder. Daarmee tasten ze ons inziens één van de wezenlijke scheidingsmuren tussen het strafrecht en sanctierecht in andere rechtstakken aan.

§4. Alternatieven

4.1. Bestaande constructies

AANPASSING- Een evaluatie van de wet van 13 januari 1999 valt dus ronduit negatief uit. Aangezien de wetgever de toegevoegde waarde van de nieuwe bepalingen niet heeft kunnen aantonen, is de voor de hand liggende conclusie dat hij beter géén wet had gemaakt. Niets doen valt te verkiezen boven een verslechtering van de situatie. Het project bleek grotendeels te steunen op een gebrekkige kennis van de leerstukken van de deelneming en de bendevoering. Een modernere en preciezere woordkeuze in desbetreffende bepalingen had misschien meer zoden aan de dijk gezet.

NIEUWE DEELNEMINGSVORM- Gelet op de algemene roeping van 324bis en ter Sw., kon misschien beter worden nagedacht over een nieuwe vorm van daderschap

in Boek I Sw. Naast zedelijke uitlokking door geweld, list en de andere opgesomde middelen zou misschien ook een toevoeging worden gedaan in de geest van "*door misbruik van de verenigingsband*" (voor de juiste formulering kan 416bis It.Sw inspiratie bieden). De discipline binnen de organisatie vervangt dan de behoefte aan rechtstreekse aanzetting. Dit soort van "functioneel daderschap" zou dan een soort parallel zijn met dat binnen de formele rechtspersonen. De leidinggevende figuur moet niet alleen de plicht, maar ook *de mogelijkheid hebben, in staat zijn* voor normconform gedrag van anderen te zorgen. In een netwerk kan men meestal van de ene persoon niet verwachten of verlangen dat hij persoonlijk verantwoordelijk is voor alle verdere schakels. Enkel bij bewijs van een effectieve hiërarchie en interne discipline in een organisatie zal het aanpakken van de "topmensen" verzoenbaar zijn met het schuldbeginsel, als zij de door hen gekende misdrijven van de lagere rangen makkelijk hadden kunnen beletten doch bewust nalieten dat te doen.

GEWOONTEMISDRIJF- Zelfs indien beleidsmensen ons zouden overtuigen dat bijkomende misdrijven in Boek II Sw. nodig zijn om georganiseerde criminaliteit effectief te bekampen, dan zouden we willen suggereren dat zij daarbij aanknopen bij bestaande rechtsfiguren. Bij de "strafbare geoorloofde activiteiten" hebben we erop gewezen dat de wetgever totaal voorbij is gegaan aan de mogelijkheid om voor een gewoontemisdrijf te kiezen.

4.2. Verzwarende omstandigheid

VERZWARENDE OMSTANDIGHEID- Bijna nooit spreekt men echt van een criminele organisatie, zeker niet van een met winstoogmerk, zolang er nog geen enkel misdrijf is gepleegd. De preventieve pretenties zijn dan ook niet oprecht. Daarom moet men overwegen of het niet beter is om van de betrokkenheid van (het beroep doen op, gebruik maken van) de toegevoegde waarde van een criminele organisatie een verzwarende omstandigheid te maken, zoals dat het geval is bij drugsmisdrijven of mensenhandel. Dan nog rijst de vraag of het dan moet gaan om een algemene verzwarende omstandigheid, zoals het geval is bij de regeling van herhaling in Boek I, dan wel een verzwarende omstandigheid die bij specifieke misdrijven moet worden ingelast⁹³². Daarmee zou alleszins tegemoet worden

⁹³² Dit werd tevergeefs voorgesteld door de senatoren Boutmans en Dardenne: hun amendement nr.10 stelde voor een algemene strafverzwarende omstandigheid in te voeren als art.69bis, §1 Sw.: "*wanneer het misdrijf is gepleegd in het raam van een criminele organisatie, worden de straffen als volgt verhoogd:...*" §2 omschrijft dan criminele

gekomen aan de frustratie over de te lichte straffen en over art.65. De band met het misdrijf (en het onrecht) is dan veel duidelijker en de straf zal gekoppeld zijn aan die van dat misdrijf zodat ook de evenredigheid gewaarborgd blijft.

4.3.Aanpassing art.65 Sw.

ART.65 SW.- Anderzijds had de wetgever ook art.65 Sw. kunnen aanpassen om tegemoet te komen aan de kritiek dat het een te laag plafond plaatst op de straffen. Er valt immers wat voor te zeggen om, misschien niet bij eendaadse samenloop, maar wel bij voortgezette of collectieve misdrijven een beperkte cumul van de straffen voor de afzonderlijke misdrijven toe te laten. Het is zelfs logischer dan het huidige art.65 Sw. De theorie van het Strafwetboek is immers - we gaan hier niet in op de gegrondheid ervan - dat van de voor het misdrijf voorziene straf een ontradend effect moet uitgaan. Wanneer bij een voortgezette diefstal de maximumstraf al na de eerste diefstal eigenlijk vastligt, heeft de dader volgens de straftoemetingstheorie "niets te verliezen" bij het volgende misdrijf. Natuurlijk weten we intussen al wel dat in de praktijk de verwachte pakkans en andere minder theoretische beschouwingen veel meer doorwegen in het beslissingsproces van de dief. Dat neemt niet weg dat een aanpassing van art.65 Sw. logischer is dan de creatie van nieuwe misdrijven.

COLLECTIEF MISDRIJF- Praktisch zal de wet op de criminele organisaties neerkomen op het vaststellen van "eenheid van delictueel opzet" (een band tussen afzonderlijke misdrijven) in hoofde van een fictief persoon, een collectief dat door de strafrechter als een individu wordt behandeld (een band tussen afzonderlijke personen). Eigenlijk past het begrip collectief misdrijf veel beter op dergelijke groepen dan op het gedrag waar het nu op toegepast wordt: meerdere misdrijven van verschillende aard waartussen eenheid van crimineel opzet bestaat. Zoals gezegd geloven we immers dat zelden een criminele organisatie gevat zal worden die nog helemaal geen misdrijven heeft gepleegd, zelfs geen poging daartoe heeft ondernomen.

organisaties maar bevat een vrijwaringsclausule voor politieke of ideologische organisaties of misdrijven (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/2, nr.10*) "In het raam van" is natuurlijk vatbaar voor kritiek (*supra*.)

4.4. Specifieke obstructiemisdrijven of een algemene strafbaarstelling van begunstiging

OBSTRUCTIEMISDRIJVEN- Natuurlijk kan bijsturing ook nodig zijn voor een strengere aanpak van personen die achteraf nuttige hulp verlenen, zoals het afleggen van valse verklaringen, het vernietigen van bewijsmateriaal, het bedreigen van getuigen e.d.. Dat zou de wetgever dan best doen door specifieke misdrijven of verzwarende omstandigheden te scheppen om de individuele daders te straffen. Het zijn immers mensen die deze handelingen stellen, niet de onzichtbare (straf)rechtspersoon. Het spreekt vanzelf dat de overheid heel voorzichtig moet omspringen met dit soort misdrijven en de vervolging ervan. Zij dreigen immers in strijd te komen met een aantal grondrechten, vooral de rechten van de verdediging.

BEGUNSTIGING- Eventueel kan hij zelfs de rechtsfiguur van "verberging" terugbrengen naar Boek I, misschien zoals bij de poging beperkt tot de zwaardere misdrijven. Een dergelijk algemene strafbaarstelling van begunstiging zou dan de deelneming kunnen complementeren, als een soort strafbare deelneming-na-de-feiten. Zij zou echter een veel sterkere band vertonen met het oorspronkelijk misdrijf en dus met het daaruit voortvloeiende onrecht dan de nu gehanteerde vage zelfstandige misdrijven. Zodoende zullen het legaliteits-, evenredigheids- en subsidiariteitsbeginsel minder gevaar lopen. Opnieuw zal het moeilijke bewijs van die band en het begunstigingsopzet worden opgeworpen als bezwaar. Hoe dan ook is de behoefte aan een dergelijk begunstigingsmisdrijf behoorlijk verminderd door de steeds ruimere misdrijfomschrijvingen en de uitgebreide strafbaarstelling van witwassen (505 Sw.⁹³³). De overgrote meerderheid van wat in klassieke tijden straffeloze deelneming-na-de feiten heette, is daardoor vandaag de dag al strafbaar.

4.5. Besluit: individualisering en aanpassing procesrecht

BETER- In het debat over de wet betreffende criminele organisaties werd nauwelijks nagedacht over alternatieve constructies. Hier hebben we kort gewezen op enkele dogmatisch beter verdedigbare alternatieven. Zij zouden aan een aantal van de in Hoofdstuk 2 vastgestelde klachten tegemoet komen, zonder de hierboven beschreven nadelen van 324bis en ter Sw.

⁹³³ *Supra*, Hoofdstuk 3, §5 en *infra*, Deel V.

INDIVIDUALISERING- Hoe dan ook geloven wij dat de fundamentele vergissing is dat de wetgever de aanpak van organisaties in plaats van individuen ten onrechte heeft vertaald in de strafbaarstelling van organisaties. Wij geloven dat inderdaad met de bijzonderheden van criminele organisaties rekening moet worden gehouden bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit. Vandaar dat wij geen probleem hebben met het omschrijven van criminele organisaties voor bijzondere maatregelen in de strafprocedure. Daarvoor is echter geen verenigingsmisdrijf nodig. Behalve de groenen⁹³⁴ leek helaas niemand in het parlement deze mening te delen. Hoe dan ook pleiten wij ervoor een bocht van 180 graden te maken en te stoppen met de uitholling van de individualisering van de schuld. Voor de rechtsstaat komt het erop aan de criminele organisatie als collectief te herkennen, maar haar niet als dusdanig te erkennen. Integendeel moet alles eraan gedaan worden om individuen los te weken. Dat betekent dat hun eigen persoon en eigen belangen gaan primeren op die van het collectief. Daarom moet de staat het goede voorbeeld geven en individuen straffen voor persoonlijk verwijtbare gedragingen. Sommigen zullen de normen van hun tegencultuur trouw blijven tot het bittere einde, doch veel minder dan de maffiamythes willen doen geloven.

NUANCERING- Tenslotte kunnen wij er niet om heen dat in de overgrote meerderheid van de gevallen de moeilijkheden van de rechtshandhaving niet liggen in de wetgeving. Werklast, gebrek aan expertise, trage uitvoering van rogatoire commissies, te grote doorstroming van het personeel, te dure of te trage expertises, lekken, bureaucratische oorlogjes, gebrekkige coördinatie binnen de rechtshandhaving, enz. zijn zeker even belangrijke problemen. Soms kan een zaak ook niet hard gemaakt worden omdat men daarvoor afhankelijk is van landen waarmee samenwerking niet eenvoudig is: Turkije, Algerije, Afghanistan of Nigeria. Geen Belgische wet die daar iets aan kan doen...

§5. Besluit

BEETJE ANDERS, ZEKER NIET BETER- « *Hij sprak zo slecht, dat we hem bijna*

⁹³⁴ Amendement nr.8 van de heer Boutmans en mevrouw Dardenne (*Parl.St., Senaat 1997-98, 1-662/2, nr.8*) stelden de invoering van een art.143quater Ger.W. voor. De in 143bis en ter Ger.W. genoemde richtlijnen van strafrechtelijk beleid moeten aangeven op welke wijze het bestrijden van criminele organisaties (die dan gedefiniëerd worden) voorrang moet krijgen.

geloofden. », grapte Karel Jonckheere ooit. Dat geldt ook een beetje voor de wet over criminele organisaties die de regering door het parlement heeft geloodst. Het project klonk logisch genoeg. Onze samenleving wordt bedreigd door criminele organisaties. Toen onze wetgeving werd gemaakt, bestonden die niet, bijgevolg is die wetgeving ongeschikt. Het is tijd voor een nieuwe aanpak, die zich niet richt op de individuen, die vervangbaar en dus onbelangrijk zijn, maar op de organisatie zelf. Dus moeten we een misdrijf hebben dat die organisaties strafbaar stelt.

KLASSIEK- De regering stelde het tekortschieten van het klassieke recht als onomstotelijk feit voorop. Omdat regeringen nooit op hun woord geloofd mogen worden, gingen wij in Hoofdstuk 1 na wat nu die klassieke regels waren en op welke argumenten zij berusten. Daarbij stelden we vast dat noch de preventieve, noch de collectieve dimensie bij criminaliteit uit het oog verloren werd. Weliswaar ging het om uitzonderingen, doch die waren behoorlijk ruim. Voor bendes, de naam die criminele organisaties bij de opstelling van het Wetboek kregen (*supra*, Deel I), vielen de preventieve en collectieve uitzonderingen samen in hun strafbaarheid wegens "collectieve gevaarstelling", waarbij dat gevaar behoorlijk abstract was. Het louter bestaan van de bende bedreigde de "openbare orde en rust".

CRISIS- Hoe dan ook stelden we in Hoofdstuk 2 problemen vast met die klassieke regels. Voor een deel zijn die te wijten aan de evolutie van de maatschappij en het strafrecht in het algemeen. Doch ook de aanpak van criminele organisaties zorgt voor specifieke problemen.

IMPULSEN- In Hoofdstuk 3 keken we naar de impulsen die misschien geleid hebben tot de keuze van de Belgische wetgever. De fixatie op de organisatie "als dusdanig" bleek een belangrijk thema in de Verenigde Staten. De samenspanning en haar meer moderne en ingewikkelde nakomeling, de RICO-wet, verwierven wereldwijde bekendheid als "materieelrechtelijk instrument" om criminele organisaties te treffen. Italië, dat qua bestrijding van georganiseerde criminaliteit in Europa toch model staat, koos voor het misdrijf van "organisatie van maffiose aard" naast het bestaande delict van de bendevoering. Dit nieuwe misdrijf was wel geheel op het lijf van de plaatselijke variant van georganiseerde criminaliteit geschreven. Het werd bovendien zwaar bekritiseerd, temeer daar het vooral dient voor zgn. "preventieve" bestrijding van de maffia. Dat betekent dat verdenking de plaats van schuld inneemt en het criterium wordt voor inbeslagneming van vermogens of de vrijheidsberoving van verdachten. We keken ook naar Nederland, dat zijn versie van bendevoering

heeft omgedoopt tot "deelname aan een criminele organisatie". De EU, in de hoop de initiatieven van de Lidstaten zo niet te harmoniseren, dan toch compatibel te maken, stimuleert de strafbaarstelling van het lidmaatschap van criminele organisaties en samenspanningen. Dat bleek zowel uit een Gemeenschappelijk Optreden als uit het *Corpus Iuris*-project. Tenslotte konden we vaststellen dat eigenlijk al lang voor de wet van 1999 het met zoveel woorden zei, verschillende Belgische strafwetten reeds een zekere aandachtsverschuiving van de individuele dader naar de achterliggende organisatie "voorspelden". Meestal gebeurde dat door steeds ruimere misdrijfomschrijvingen, waarbij de schade aan concrete rechtsgoederen steeds minder vereist is. Het volstond dat een risico op schade aan steeds abstractere rechtsgoederen werd geschapen. De vrees ongewenst gedrag onbestraft te laten zorgde voor misdrijfomschrijvingen die steeds meer op waslijsten gingen gelijken. Ook het toenemend gebruik van obstructiemisdrijven verraadt echter dat de moeilijkheid niet zozeer lag in het misdrijf zelf, maar in de problemen om het effectief op te sporen en te bestraffen. De organisaties zijn er immers op ingesteld dat te vermijden.

KEUZE- In Hoofdstuk 4 zagen we dat de Belgische wetgever ervoor koos een nieuw artikel in het Strafwetboek in te voeren met een omschrijving van wat een criminele organisatie is. Om dat collectief aan te pakken voegde hij er verscheidene misdrijfomschrijvingen aan toe. De bekommernis over de repressie van politieke dissidentie onder het mom van bestrijding van georganiseerde criminaliteit die zoals Deel I heeft aangetoond van alle tijden is, zorgde voor de beperking tot op winst gerichte organisaties.

GRONDEN- Het is pas bij de kritische evaluatie in Hoofdstuk 5 dat we durven roepen dat de keizer met zijn nieuwe kleren eigenlijk weinig om het lijf heeft. Eerst en vooral blijken de gronden waarop het nieuwe initiatief berust allesbehalve stevig. Het discours van de regering bleek doorspekt met verkeerde vooronderstellingen, redeneerfouten en woordenkramerij die de inhoudelijke zwakte van de argumenten moest verbergen. Criminele organisaties verschillen niet wezenlijk van aloude bendes, hooguit vormen ze er een deelverzameling van.

SCHENDING BEGINSELEN- De nieuwe formulering maakt het de rechtshandhaving waarschijnlijk wel gemakkelijker. Maar de prijs is te hoog. De wetgever druist met de uiteindelijke formulering van de misdrijfomschrijvingen in tegen zowat alle beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. Vooral vanuit het aan het legaliteitsbeginsel

inherente precisiegebod (*lex certa*) kan het nieuwe 324ter Sw. niet door de beugel. Bovendien toont 324ter Sw. ook op extreme wijze de praktische en dogmatische problemen die deze "moderne" misdrijven opleveren in vergelijking met de klassieke krenkingsmisdrijven.

ALTERNATIEVEN- Minder verregaande aanpassingen van het bestaande recht, die veel beter in de bestaande dogmatische logica passen, hadden al een deel van de problemen kunnen oplossen. Daarenboven geloven we dat het een fundamentele vergissing is de leden van organisaties collectief te bestraffen. De rechtsstaat zou integendeel door een hernieuwde individualisering van schuld en straf een duidelijk alternatief moeten bieden voor de primitieve regels van onvoorwaardelijke solidariteit en collectieve aansprakelijkheid die in criminele organisaties gelden. Zoniet zal bestraffing eerder de samenhang binnen de criminele organisatie versterken dan verzwakken.

OPSPORING EN PROCEDURE- Hoe dan ook zijn misdrijfomschrijvingen, hoe breed en ambitieus ook, in de praktijk veel minder belangrijk voor de bestrijding van criminele organisaties dan een goede opsporing en vervolging. Uit het debat blijkt trouwens dat de invoering eigenlijk wel eens ingegeven zou kunnen zijn door de bekommernis een ankerpunt te hebben voor vernieuwingen in de opsporing en de strafprocedure. Vandaar dat in het volgende deel, Deel III, wordt nagegaan of het als dusdanig in het vizier nemen van organisaties voor vernieuwingen in de strafprocedure heeft gezorgd.

DEEL III. VAN REACTIEF MET GEWONE, NAAR PROACTIEF MET BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODEN

INLEIDING- Deel II leerde dat de misdrijfomschrijvingen fundamenteel van aard aan het veranderen zijn. De specifiek op criminele organisaties gerichte verenigingsmisdrijven zijn slechts een uitvergroting van ruimere tendensen, voor een deel onvermijdbaar, voor een deel het gevolg van ondoordacht wetgevend werk. De eigenaardigheid van misdrijfomschrijvingen, die niet meer overeenstemmen met de “klassieke” modellen, zal ook zijn weerslag hebben op de detectie, het onderzoek, het bewijs en de bestraffing van die misdrijven. Deel II maakte duidelijk dat het verband tussen de evoluties in strafbaarstelling en die in de strafprocedure niet lineair oorzakelijk is. Het gaat om een wisselwerking, een kettingreactie waarbij materieelrechtelijke en procedurele evoluties mekaar constant versterken. Zo bleek de belangrijkste drijfveer achter de misdrijven betreffende criminele organisaties eigenlijk de behoefte aan een materieelrechtelijk ankerpunt voor een wettelijke regeling van een nieuwe aanpak van de rechtshandhaving. Deel III neemt deze “vernieuwde aanpak” in het strafprocesrecht onder de loep. Uitgangspunt is de aanpak die hedendaagse waarnemers als “klassiek” voorstellen (Hoofdstuk 1). Het wezen daarvan zou gezeten hebben in het reactief, openlijk, oprecht en onpartijdig optreden van de personen die het recht handhaafden. Velen schetsten dit beeld nogal scherp. Nochtans was de werkelijkheid genuanceerder en hadden die wezenlijke kenmerken van de klassieke rechtshandhaving allesbehalve absolute gelding. Vervolgens beschrijft Hoofdstuk 2 hoe de spanning tussen de klassieke uitgangspunten en de moderne behoeften is opgelopen. Enerzijds werd de macht en de handelingsvrijheid van de overheid beknot door de versterkte grondrechtenbescherming. Anderzijds zou de overheid om het hoofd te bieden aan georganiseerde criminaliteit net meer mogelijkheden en nieuwe methoden nodig hebben. De aanpak van georganiseerde criminaliteit maakt opnieuw deel uit van een bredere vernieuwingsgolf. Hoofdstuk 3 kijkt waar de impulsen voor een moderne opsporingsbenadering vandaan komen en welke de mogelijke keuzes zijn. België heeft nog geen definitieve keuzes gemaakt, doch het beslissingsproces is volop bezig. Er liggen voorstellen en rapporten op tafel met suggesties voor een toekomstige wettelijk kader voor deze methoden. Deze toekomstige regeling van de opsporingsmethoden komt aan bod in Hoofdstuk 4. Hoofdstuk 5 vormt het sluitstuk

van dit Deel III: een persoonlijke beoordeling van Belgische keuzes. Waardoor zijn zij ingegeven, zijn zij juist en wat zijn de alternatieven? De aandacht gaat daarbij niet zozeer naar de details van concrete procedures, maar naar de onderliggende dogmatische en materieelrechtelijke basisvragen.

HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE: reactief en "gewoon"

"Wer kann was Dummes, wer kan was Kluges denken,

Das nicht die Vorwelt schon gedacht?"

(J.W. von Goethe, Faust II (1831))

§1. Voorgeschiedenis

1.1 .Accusatoir, irrationeel en met zwakke opsporingsorganisatie

ACCUSATOIR- Het Oudgermaans recht was een schuchtere poging van de zich opwerkende vorsten om de collectieve bloedwraak in goede banen te leiden (supra, Deel II, Hoofdstuk1, §1). Het was dan ook logisch dat het strafproces accusatoir verliep, dat wil zeggen als een strijd tussen een private aanklager en een aangeklaagde, met de vertegenwoordiger van de overheid als passieve scheidsrechter.

IRRATIONEEL- Die baseerde zijn beslissing dan meestal op irrationele bewijsmiddelen waarbij hij als aardse rechter het oordeel aan God overliet. God hakte dan de knoop door in tweegevechten of uitte Zijn wil in vuur- of waterproeven. Zeker voor minder zware misdrijven kon de beklagde het geschil echter met een financiële bijdrage afkopen (infra Deel V, Hoofdstuk 1, §1) of een beroep doen op een eedaflegging (infra Deel IV, Hoofdstuk 1, §1).

ZWAKKE RECHTSHANDHAVING - De Middeleeuwse steden kampten met het probleem dat wie zich niet op heterdaad liet betrappen bij het plegen van een misdrijf⁹³⁵, meestal straffeloos bleef. De overheid reageerde door strenge strafbepalingen uit te vaardigen tegen daders die zich niet kwamen aangeven en

⁹³⁵ Vandaar het grote belang dat de steden hechtten aan het onderhouden van een nachtwacht die door de straten patrouilleerde.(BERENTS, D., *Misdaad in de Middeleeuwen, een onderzoek naar de criminaliteit in het laat-middeleeuwse Utrecht*, Bloemendaal, Stichtse Historische Reeks, 1976, 24-25)

tegen al wie hen onderdak bood of hen kende en niet aangaf⁹³⁶. Premies werden uitgelooft voor wie daarbij hielp. Dit optimistisch beroep op de goede wil van daders en anderen ging daarenboven niet gepaard met middelen om de dreigementen hard te maken. Veel succes kenden deze methodes dan ook niet⁹³⁷. De voorlopers van onze hedendaagse politie, de baljuw met zijn helpers, hadden wel een vergelijkbare taak (ontdekken misdrijven en daders), maar niet de nodige middelen. Een zekere compensatie zat in de inspanning die familieleden van het slachtoffer leverden om het misdrijf op te helderen en de dader te vatten⁹³⁸.

1.2. Inquisitoire procedure met strikte bewijsregels

ACTIEVE WAARHEIDSVINDING- Vanaf de dertiende eeuw begonnen onder invloed van het kerkelijk recht de procedures op het Europees geleidelijk continent meer en meer inquisitoire trekjes te vertonen. Dat betekende dat de rechter steeds meer actief naar de waarheid ging zoeken. Deze interesse voor de waarheid leidde tot de intrede van de bekentenis en, om die af te dwingen, de foltering als onderzoeksmethode⁹³⁹. Zoals andere bewijsmiddelen (getuigenis of eedaflegging) werd zij met zeer strikte regels omkleed. In 1532 codificeerde Keizer Karel V de procedure⁹⁴⁰. Zij bleef echter voorbehouden voor de zwaarste zaken, vele kleinere misdrijven of misdrijven die we nu in het bijzonder strafrecht zouden onderbrengen, konden de daders zonder al te veel onderzoek met mindere straffen afkopen.

GEHEIMHOUDING ALS WAPEN- Inquisitoir vooronderzoek gebeurde steeds in het geheim, afgeschermd van de buitenwereld⁹⁴¹. De op het einde van de vijftiende eeuw opgerichte en tot op de dag van vandaag beruchte Spaanse Inquisitie erfde deze praktijk uit de kerkelijke procedures van de dertiende eeuw. Zij ging echter nog

⁹³⁶ De dader werd dan vaak opgeroepen om zich binnen de acht of veertien dagen aan te geven, met een zware strafbedreiging als hij dat niet deed. Iedereen die de dader kende, moest hem aangeven. Wanneer zou blijken dat iemand de identiteit van de dader kende, maar had gezwegen, werd hij veroordeeld alsof hij het misdrijf zelf gepleegd had. Ook wie onderdak aan de schuldige van mishandeling verleende, was net zo strafbaar als de dader. Wanneer de verdachte de stad uitgevlucht was, gebruikte men zowel stok (verbanning, terechtstelling bij vangst) als wortel (vrijgeleide voor eventuele andere misdrijven) om hem te overtuigen terug te keren. De overheid trachtte dan ook de medewerking van de burgers te verkrijgen, door hoge premies uit te reiken, waarbij ze zelfs het recht hadden de vluchteling dood te slagen (BERENTS, D., *op.cit.*, 22-23.).

⁹³⁷ BERENTS, D., *op.cit.*, 24.

⁹³⁸ VAN CAENEGHEM, R., *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Brussel Paleis der Academieën, 1956, 69.

⁹³⁹ VAN CAENEGHEM, R., *op.cit.*, 117, 124-127, 222-229.

⁹⁴⁰ VAN DEN AUWEELE, D., "De renaissance van de 12^{de} eeuw en de Verlichting: ideologie, canonistiek en strafrechtsbedeling", *Panopticon*, 1993, 465-484.

een stap verder. Terwijl de pausen nog hun twijfels hadden over het systematisch geheim houden van de namen van aangevers of getuigen, hakten de in Castilië gevestigde rechtbanken vlug de knoop door. De Spaanse vorsten zagen in de Inquisitie een bondgenoot bij het uitschakelen van hun belangrijkste schuldeisers (zoals joodse bankiers) en rivalen (vooraanstaande edellui). De aangeklaagden waren dus vaak machtige personen en die macht kon potentiële getuigen afschrikken. Om toch de aangifte aan te moedigen en de aangevers te beschermen konden inquisiteur en bisschop hun namen geheim houden. Deze bijkomende mogelijkheid tot geheimhouding, waarbij de verdachte de bronnen van informatie tegen hem niet kende en dus niet kon aanvechten, groeide al vlug uit tot een algemene praktijk van het Heilig Officie. De praktijk werd het kenmerk dat de Inquisitie onderscheidde van andere rechtbanken: “*maximale efficientie met een minimum aan publiciteit*”⁹⁴² werd haar motto. De geheimhouding bleek al vlug een belangrijk psychologisch wapen. De verdachte, die niet wist van waar de slagen kwamen, werd op zijn beurt verleid om familieleden, verwanten of relaties te beschuldigen om zo aan de pijnbank te ontkomen of de rechters milder te stemmen⁹⁴³. Doordat haar informanten en aangevers geheim bleven, groeide ook de mythe van het Heilig Officie zelf. Het wekte een indruk van alomtegenwoordigheid en alwetendheid en boezemde daardoor nog meer vrees in⁹⁴⁴. Bovendien begon de Inquisitie ook geheime archieven uit te bouwen, waarin bekentenissen en beschuldigingen werden verzameld. Het resultaat was dat dit tribunaal waarvan men niets afwist, zelf (van)alles wist: vanaf de zestiende eeuw was een niet onaanzienlijk deel van de Spaanse bevolking “geficheerd”. Die enorme archieven waren de kracht van de Inquisitie en bezorgden haar een zelden geziene greep op de maatschappij. Uiteindelijk bleken zij echter ook haar zwakte, omdat het apparaat zich erin verslikt heeft en de procedures erdoor verstopt geraakten: de Inquisitie kon haar eigen overvloed aan informatie niet langer baas⁹⁴⁵. De inquisiteurs moesten naar nuttige gegevens op zoek gaan in een zee van nutteloze informatie.

OPGESPOORDE CRIMINALITEIT- De Inquisitie moest haar onderzoeksmethoden natuurlijk ook afstellen op het type misdrijven dat zij bestreed. De verdachten

⁹⁴¹ VAN CAENEGHEM, R., *op.cit.*, 207-222 over voordelen van en kritiek op het geheim onderzoek.

⁹⁴² ESCAMILLA-COLLIN, M., *Crimes et châtements dans l'Espagne inquisitoriale*, Paris, Berg International, 1992, 191.

⁹⁴³ ESCAMILLA-COLLIN, M., *op.cit.*, 195.

⁹⁴⁴ ESCAMILLA-COLLIN, M., *op.cit.*, 196.

⁹⁴⁵ ESCAMILLA-COLLIN, M., *op.cit.*, 197.

moesten zich immers niet verantwoorden voor de persoonlijke beschadiging van andermans concreet rechtsgoed. Veeleer pakten de Inquisiteurs hen aan omdat zij tot een groep behoorden die een bedreiging zou vormen voor zeer abstracte rechtsgoederen, zoals het Ware Geloof of de veiligheid van de staat. Misdrijven als "ketterij", "hekserij", "jodendom" of het "veinzen van bekering" vielen moeilijk aan de hand van materiële bewijselementen aan te tonen, als wij de legendarische zwarte kat of het in de ogen van de inquisiteurs al te geheimzinnige boek buiten beschouwing laten.

VERDACHTE CATEGORIEËN- Ook de burgerlijke overheden maakte trouwens tot op het einde van Ancien Régime zonder veel mededogen korte metten met andere als gevaarlijk beschouwde groepen zoals rovers of zigeuners (*supra*, Deel I). Zij hechtten daarbij veel belang aan medewerking van de "gevestigde bevolking". De wet verplichtte dorpelingen bijvoorbeeld tot het luiden van de klokken wanneer iemand een bende signaleerde⁹⁴⁶.

OPPAKKEN EN (DOEN) BEKENNEN- Zowel in sociaal opzicht als qua rechtsbescherming heerste er een fundamentele rechtsongelijkheid tussen gevestigde leden van de gemeenschap en buitenstaanders. De baljuw, schout of drossaard en zijn helpers konden een zwerver gemakkelijker aanhouden dan een lokale inwoner. Dan volgde een verhoor, dat eigenlijk tegelijk al een aanklacht was. De eerste vragen beoogden identificatie. Daarna ging men op zoek naar een bekentenis van misdrijven. De verdachte moest antwoorden. Bij weigering of ontkenning kon de rechtbank hem naar de pijnbank verwijzen "*om hem beter te doen bekennen*"⁹⁴⁷. De ondervragers zochten niet naar het motief, belangstelling daarvoor ontstond slechts langzaam in de tweede helft van de achttiende eeuw. Ook de analyse van de structuur van de groep waartoe de verdachte behoorde of van misdrijven die de verdachte had gepleegd in andere rechtsgebieden interesseerde hen normalerwijze niet⁹⁴⁸. Egmond wijt de afwezigheid van nieuwsgierigheid naar de samenstelling van dievennetwerken en hun werkwijzen aan het particularisme, de "kerktorenmentaliteit" als gevolg van de administratief-gerechtelijke verbrokkeling.

⁹⁴⁶ In de iets rustiger Verenigde Provinciën daarentegen verliep de ondervraging grondiger, vooral met het oog op het verzamelen van informatie over de overige bendeleden (cfr. EGMOND, F., *Underworlds, Organized Crime in the Netherlands 1650-1800*, Cambridge, Polity Press, 1993, 256 p.)

⁹⁴⁷ BLOK, A., *op.cit.*, 13.

⁹⁴⁸ In het verdeelde en roerige Duitsland volgde executie blijkbaar al vlug na een korte ondervraging, waarvoor een lijst met vragen opgesteld was (ROTH, A., *op.cit.*, 170-171).

Doch ook de hoge kosten, verbonden aan het vasthouden van verdachten, speelden volgens haar mee⁹⁴⁹. Vele verdachten bekenden trouwens vlug, zeker als het om lichtere of eerste misdrijven ging. Zij beschouwden blijkbaar straffen als verbanning, kastijding of brandmerking als een risico van het vak en waren het met de rechtbanken eens dat het proces best zo vlug mogelijk vooruit ging⁹⁵⁰.

BEKENNEN NIET GENOEG- Wanneer het niet ging om stelende landlopers, maar om belangrijke zaken zoals overvallen door roversbendes⁹⁵¹, andere geweldmisdrijven of gevallen van recidivisme, koos de baljuw in de Lage Landen normalerwijze voor een radicaal verschillende aanpak. Nog steeds bleef de bekentenis centraal staan, maar was zij niet langer voldoende. De baljuw trachtte integendeel een onderzoek te voeren tot in de kleinste details. Tegenstrijdigheden in een verklaring van een verdachte of tussen de verklaringen van verschillende verdachten, het opduiken van bewijsmateriaal dat niet spoorde met de verklaring: de baljuw ploos de zaak helemaal uit. De kosten van het vasthouden beschouwde hij dan blijkbaar niet als buitensporig, hij deed zelfs een beroep op collega's in andere rechtsgebieden om bijvoorbeeld hun gevangenen opnieuw te ondervragen. Het in kaart brengen van de relaties binnen bendes, van criminele carrières en het strafrechtelijk verleden kreeg veel meer aandacht van de rechtbanken⁹⁵². De beklagde kreeg geen informatie over de procedure of over het bewijs tegen hem en had al evenmin recht op rechtsbijstand. De ongelijke machtsverhouding tussen ondervrager en ondervraagde nam evenwel niet weg dat sommige beklagden handiger wisten om te springen met de ondervragingstechnieken dan anderen. Zij voerden verzachtende of verschonende omstandigheden aan, zij bekenden mindere misdrijven om feiten waarop de doodstraf stond in de schaduw te houden⁹⁵³. Wel speelde de - volgens strikte regels georganiseerde⁹⁵⁴ - foltering een grote rol als opsporings- en bewijsmiddel in de grote zaken⁹⁵⁵. Op het einde van de zeventiende

⁹⁴⁹ EGMOND, F., *Underworlds...*, op.cit., 24.

⁹⁵⁰ EGMOND, F., *Underworlds...*, op.cit., 24-25.

⁹⁵¹ BLOK, A., heeft aangetoond dat bendes als die van de Bokkenrijders niet uit zwervers, deserteurs of zigeuners, maar vooral uit gevestigde burgers bestond (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1).

⁹⁵² EGMOND, F., *Underworlds...*, op.cit., 25.

⁹⁵³ EGMOND, F., *Underworlds...*, op.cit., 27.

⁹⁵⁴ Egmond wijst erop dat, welke mening men vandaag de dag over de rechtsregels- en praktijken van het Ancien Régime ook kan hebben – vooral de ongelijkheid, het gebruik van foltering en de wreedheid van de straffen -, doorgaans de procedure wel volgens de regels verloopt. Het gaat zeker niet over het opzetten van fictieve rechtszaken, het systematisch uitvinden van misdrijven, het tolereren van buitengerechtelijke massa-executies of willekeur in de bewijswaardering (EGMOND, F., *Underworlds...*, op.cit., 28.)

⁹⁵⁵ BLOK, A., op.cit., 13.

eeuw verdedigde men in Duitsland bijvoorbeeld de toelaatbaarheid van de foltering nog steeds met het argument dat alleen daarmee een gevangene ertoe gebracht kon worden zijn kompanen aan te geven⁹⁵⁶.

1.3. Zwakke rechtshandhaving, vooral in het vooronderzoek (opsporing)

ONTBREKEN DEGELIJK POLITIEAPPARAAT- Doordat een politiebesteding die naam waardig ontbrak, had het overheidsoptreden tegen criminaliteit slechts matig succes. De lokale wetsdienaren waren geen partij voor georganiseerde roversbendes. Daarom vormde de activiteit van roversbendes mee de aanleiding tot de oprichting van rijkswacht in postrevolutionair Frankrijk⁹⁵⁷, net zoals de *banditi* in Italië tot die van de *carabinieri* door de koning van Piëmonte (1814)⁹⁵⁸. Ook in Spanje was de stichting van de *guardia civil* nauw verbonden met het bendewezen (de zgn. *bandoleros*)⁹⁵⁹. Deze bereden paramilitaire politiekorpsen slaagden er met hun gewapende klopjachten wél in talloze bendes militair uit te roeien en gewapend de rust op het platteland te verzekeren. De (uitzonderings)rechtbanken deden dan weinig meer dan het juridisch bezegelen van de paramilitaire overwinning (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1). De nieuwe bereden politiekorpsen vertegenwoordigden ook de centrale overheid die voor het eerst rechtstreeks de absolute controle over heel het nationaal grondgebied kon waarmaken.

1.4. Verlichting als reactie op wantoestanden en grondslag Wetboek Strafvordering

VERLICHTING- Verlichte filosofen, politici en rechtspractici leverden tijdens de achttiende eeuw decennialang kritiek op de bestaande praktijken (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1)⁹⁶⁰. De Franse Revolutie zou de hervormingsbewegingen uiteindelijk bekronen. De ingewikkeldheid van de toenmalige procedures en het onbegrijpelijke formalisme waarmee de rechters tijdens het Ancien Régime strafzaken benaderden, vormden belangrijke pijnpunten. Hoewel veel tijdgenoten de tortuur een

⁹⁵⁶ ROTH, A. *op.cit.*, 171.

⁹⁵⁷ Zie: <http://www.rijkswacht.be/rw/biblio/geschied.htm> ;
<http://www.defense.gouv.fr/gendarmerie/histoire/index.html>

⁹⁵⁸ Zie: <http://www.sinet.it/carabinieri/arma/origini.htm>

⁹⁵⁹ Zie: <http://www.guardiacivil.org/> (guardia civil/ informacion G.civil/ historia)

⁹⁶⁰ Het ging om een zeer geleidelijke ontwikkeling, die al ingezet was voor de Franse Revolutie. Daarenboven zorgde na de revolutie de onrust (met ondermeer politiek-criminele bendes (*supra*, Deel I)) ervoor dat machtsuitoefening zwaarder woog dan rechtsbescherming. (DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke...*, *op.cit.*, 197.)

vanzelfsprekendheid bleven vinden⁹⁶¹, bepleitten voornamelijk filosofen en rechtspractici de afschaffing ervan. Zij slaagden er zelfs in een aantal verlichte despoten te overtuigen. De grote beginselen van behoorlijke strafrechtspleging kwamen geleidelijk uit de verf. Naast het *legaliteitsbeginsel* kreeg ook het *gelijkheidsbeginsel* veel aandacht. Het vroeg om een gelijke procedure voor alle burgers: geen klasse- of kastejustitie meer en geen uitzonderingsrechtbanken. Dat bleek in de praktijk makkelijker gezegd dan gedaan⁹⁶². Verder legde het *onschuldvermoeden* de bewijslast op de schouders van de vervolgende instantie en zaten ook aan het *evenredigheidsbeginsel* gevolgen vast voor de procedure: voor een onderzoek naar lichte misdrijven mochten niet langer zware dwangmiddelen worden gebruikt. Het *subsidiariteitsbeginsel* moest er bovendien voor zorgen dat deze dwangmiddelen slechts ingezet werden indien en voor zover nodig, dat wil zeggen dat mindere zware onderzoeksmiddelen of –methoden moesten als ze een vergelijkbaar resultaat konden opleveren. Het allerbelangrijkste pleidooi voor veranderingen in de procedure, was dat voor meer *openbaarheid*. Voor de Verlichte filosofen stond de Spaanse Inquisitie niet alleen symbool voor bijgeloof en machtsgeilheid van de klerus, maar ook voor alle buitensporigheden van een uitermate onrechtvaardige en dus ten alle prijze te hervormen strafprocedure. Naast het gebrek aan legaliteit en dus aan een precieze tenlastelegging hekelden de critici vooral de geheimhouding. De geheimhouding bemoeilijkte immers de controle op de betrouwbaarheid van bronnen, waar zij veel belang aan hechtten. De afschaffing van de tortuur betekende immers geenszins dat de filosofen minder belang zouden hechten aan de materiële waarheidsvinding, integendeel.

1.5. Besluit

REACTIE- De klassieke strafprocedure kwam voort uit een reactie op de voorafgaande wantoestanden. De strikt geregelde inquisitoire onderzoeksmethode had de oude accusatoire procedures geleidelijk teruggedrongen, doch kende haar eigen onvolkomenheden. Het typevoorbeeld van de gevaren van uit de hand gelopen inquisitoir onderzoek was het Heilig Officie. Deze "Spaanse Inquisitie" was in de achttiende eeuw al lang op de terugweg, doch diende voor Verlichte strafrechtshervormers als veelgebruikt symbool voor de buitensporigheden en

⁹⁶¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 8 geeft het voorbeeld van keizerin Maria Theresia die nochtans als "verlicht" te boek stond.

⁹⁶² Zo werden uitzonderingsrechtbanken uitsluitend samengesteld uit magistraten en militairen (dus zonder jury) terug ingevoerd voor misdaden tegen leden van de rijkswacht, misdrijven gepleegd door bedelaars, vagebonden, recidivisten en misdadigersbenden.(DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke...*, *op.cit.*, 215-216.)

onrechtvaardigheden waartegen de vernieuwers reageerden. Haar methoden - die ook in vele andere rechtbanken navolging hadden gekregen - waren volledig in diskrediet gebracht. Voor de grondleggers van het klassieke strafrecht moest het gedaan zijn met foltering, met onduidelijke of ontbrekende tenlasteleggingen en met massale informatiegaring op basis van anonieme bronnen en geheime procedures⁹⁶³. De aangeklaagde wantoestanden in strafprocedures van het *Ancien Régime* waren niet alleen onverzoenbaar met de opkomende ideeën over menswaardigheid, ze waren bovendien ook inefficiënt. Een op de in Deel II aangekaarte beginselen steunende vernieuwing van de strafprocedures moest daar verandering in brengen. Ons klassiek systeem, vrucht van de grote codificatiebewegingen van de achttiende en negentiende eeuw, vormt dan ook een reactie tegen deze *Ancien Régime*-praktijken.

§2. Reactieve rechtshandhaving op zoek naar daders en bewijzen

GEEN REACTIE ZONDER ACTIE- Rechtszekerheid en rechtsbescherming moesten in de plaats komen van het overdadig gebruik van het strafrecht, de onduidelijke normen en overeenkomstige willekeur in de handhaving. Vandaar de voorkeur voor codificatie in een Strafwetboek als ordelijk gerangschikt systeem met vooral krenkingsmisdrijven (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1). Zolang er geen schade bestond aan concrete rechtsgoederen, bleef de staat nogal terughoudend. Pas na het intreden van de schade, wanneer het misdrijf voltooid was, kon de overheid dat bestraffen (*supra* Deel II, Hoofdstuk 1). Het Wetboek van Strafvordering legde dan op zijn beurt vast *hoe* de geschonden regels van het materieel strafrecht moesten worden gehandhaafd⁹⁶⁴, dat wil zeggen hoe de dader de door de wetgever aan het misdrijf verbonden straf moest krijgen. Daarom bestempelt men in de rechtsleer, maar ook elders, zoals in de politiewereld of de politiek, de klassieke aanpak van de rechtshandhaving als « *reactief* »⁹⁶⁵. Een *actie* van de dader (het misdrijf) veroorzaakte een *reactie* van politie en gerecht. Vanuit die klassieke logica

⁹⁶³ Ook de sfeer van wantrouwen gekoppeld aan het belonen van “verraad” en het misbruik van het strafrecht ter verrijking van de bestraffende overheid vormden stenen des aanstoots voor de grote strafrechtshervormers (*infra*, Delen IV en V).

⁹⁶⁴ CORSTENS, M., *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 4; DE SMET, B., “De handhaving en relativering van strafvorderlijke voorschriften”, in: TRAEST, P. en DE NAUW, A., *Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 92.

⁹⁶⁵ IJZERMAN, P., “Verschillende methoden, pro-actief en re-actief: de reguliere politie”, *Delikt en Delinkwent* 1995, 557.

gebeurde er dus eerst een misdrijf en het gerecht trad pas op nadat dat misdrijf haar ter kennis was gebracht.

INITIATIEF- Dikwijls nam het slachtoffer, de persoon wiens rechtsgoed (eigendom, lichaam, seksuele vrijheid,...) was geschaad, die kennisgeving op zich. Hij rekende immers op de overheid voor schadevergoeding en bestraffing. Daarnaast brachten ook anderen, eerlijke burgers met verantwoordelijkheidsgevoel, de overheid op de hoogte van het misdrijf, ook al leden zij geen schade in hun persoonlijke belangen. Dat waren dan belangeloze getuigen van een misdrijf of van de gevolgen van een mogelijk misdrijf. Vaak ging het om gewone burgers, zoals de voorbijganger die getuige was van een diefstal of de wandelaar die een lijk vond in een bos. Net zoals in de Middeleeuwen of tijdens het *Ancien Régime* verplichtte de wetgever getuigen tot aangifte bij de overheid. Voor gewone burgers (art.30 Sv.)⁹⁶⁶ was en is die plicht iets beperkter dan die voor voor ambtenaren die misdrijven vaststellen (art.29 Sv.)⁹⁶⁷.

VAN MISDRIJF NAAR DADER- De opsporing nam dus het gepleegde of beweerdelijk (volgens de persoon die zegde dat hij slachtoffer was) misdrijf als uitgangspunt⁹⁶⁸. Er lag een lijk op de grond, er was een schilderij verdwenen uit het museum, oma had haar geld aan een vriendelijke man gegeven in ruil voor enkele waardeloze papieren,... Van daaruit begon er een onderzoek dat bewijzen moest opleveren dat er inderdaad een misdrijf was gepleegd en moest leiden tot het vinden en veroordelen van de dader(s). Omdat de klassieke misdrijven normalerwijze krenkingsmisdrijven waren, fungeerde de wettelijke misdrijfschrijving als

⁹⁶⁶ Art.30 Sv.: "Ieder die getuige is geweest van een aanslag, hetzij tegen de openbare veiligheid, hetzij op iemands leven of eigendom, is eveneens verplicht daarvan bericht te geven aan de procureur des Konings, hetzij van de plaats van de misdaad of van het wanbedrijf, hetzij van de plaats waar de verdachte kan worden gevonden"

⁹⁶⁷ Art.29 Sv.luidt vandaag : "Iedere gestelde overheid, ieder openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, is verplicht daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten te doen toekomen. (De ambtenaren van de Administratie der directe belastingen, de ambtenaren van de Administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, registratie en domeinen, de ambtenaren van de Administratie van de bijzondere belastinginspectie en de ambtenaren van de Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit, kunnen echter de feiten die, naar luid van de belastingwetten en van de ter uitvoering ervan genomen besluiten, strafrechtelijk strafbaar zijn, niet zonder de machtiging van de gewestelijke directeur onder wie zij ressorteren, ter kennis brengen van de procureur des Konings.)"

⁹⁶⁸ Ook als het misdrijf nog voortduurt, dat wil zeggen wanneer een toestand in strijd is met de strafwet is er al een misdrijf gepleegd. Niettemin zullen wij erop wijzen dat zulks enkele complicaties oplevert.

wijsvinger: ze wees de dader aan (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1). Van *vaststaande feiten naar de onzekere dader*, via een misdrijfschrijving die de speurder met bewijzen trachtte op te vullen: dat was in een notendop de marsrichting van heel het klassieke opsporings- en onderzoeksgebeuren.

§3. Openlijk, Oprecht en Onpartijdig

3.1. Openlijk gebruik van dwangmiddelen

ZICHTBAAR- Volgens de liberale grondwettelijke beginselen vormde vrijheid de regel en elke beperking van die vrijheid door de staat een uitzondering, waarin door de wetgever moest worden voorzien. Zo rechtvaardigde een in de strafwet beschreven gedraging allerlei vormen van machtsuitoefening door de overheid, die onvermijdelijk inbreuken op de vrijheid van burgers meebracht. Het Wetboek van Strafvordering verleende de overheid de nodige bevoegdheden en dwangmiddelen om misdrijven te bestraffen. De foltering werd voorgoed afgeschaft, maar voor het overige veranderden de opsporings- en onderzoeksmethoden niet spectaculair. “Klassieke” dwangmiddelen waren de aanhouding en de voorlopige hechtenis, de (huis)zoeking en de inbeslagneming van voorwerpen of documenten. Het onderzoek naar de dader berustte bijna uitsluitend op de opname van beschrijvingen door getuigen en de ondervraging van verdachten. In de loop van de door enthousiasme voor wetenschap en technologie gekenmerkte negentiende eeuw groeide wel het besef dat beiden ook bij het onderzoek naar misdrijven welgekomen hulp konden leveren: de forensische wetenschap hielp het strafonderzoek met fotografie, vingerafdrukken, lijkschouwingen of ballistische gegevens. Met het verdwijnen van de foltering was immers ook het aantal ontkenkende verdachten gestegen en het wetenschappelijk bewijs kon de ontkenning soms weerleggen. Al deze onderzoeksmaatregelen hadden gemeen dat de overheid openlijk optrad: met medewerking van de burger als die daartoe bereid was, onder dwang in het andere geval. De overheid trad nadrukkelijk als overheid naar buiten. Zij legitimeerde zich aan de hand van gerechtelijke documenten, legitimatiepapieren en uniformen. Zo wisten omstaanders dat de gedragingen die anders niet konden (geweldsgebruik, het inbeuken van deuren, wapendracht,...) toch rechtmatig waren. Zij wisten meteen ook wie aan te spreken als ze wat te melden hadden. Het openlijk en dus zichtbaar optreden liet een eerste maatschappelijke controle toe. De onderzoekers moesten de aanleiding, het verloop en de gevolgen van de dwangmaatregelen ook zorgvuldig registreren en opnemen in de belangrijkste documentatiebron: het strafdossier. Wie dergelijk

onderzoekswerk op zich nam (volgens het wetboek van 1808 de onderzoeksrechter en zijn medewerkers) moest ook het vertrouwen wekken van zijn informatiebronnen: slachtoffers of wetsgetrouwe burgers. Hij had het meest kans op succes wanneer hij eruit zag en zich gedroeg zoals burgers van een magistraat of overheidsambtenaar verwachtten. Kwaliteiten bij iemand die een dergelijk werk deed, waren gezag, geduld en wakkerheid bij vaak heel monotone taken, nauwgezetheid, vriendelijke en begrijpende omgang met mensen. Veel van het onderzoekswerk gebeurde op de plaats van het misdrijf of op kantoor, al lagen de werkuren niet altijd strikt vast.

3.2. Oprecht en legaal optreden politie en gerecht

RESPECT STRAFRECHT- In de klassieke tijd gold onverkort de regel dat wie respect voor de wetten wou afdwingen, zelf ook respect moest tonen voor regels en wetten. Dat betekende dat de politie en het gerecht steeds wettelijk en correct moesten optreden. In de eerste plaats mochten zij handelingen die in strijd waren met de *strafwet* slechts stellen wanneer een andere wet hen daartoe machtigde (art.70 Sw.). De strafwetten beschermden immers de rechtsgoederen die de kern uitmaken van de geordende maatschappij: de persoonlijke vrijheid, het briefgeheim, de echtheid en waarachtigheid van officiële documenten, de eigendom en de lichamelijke onschendbaarheid⁹⁶⁹. De opsporing en bestraffing van misdrijven vormde zoals gezegd ook een belangrijk rechtsgoed dat de aantasting van andere rechtsgoederen rechtvaardigde, want ze beschermden onrechtstreeks alle andere rechtsgoederen. De door art.70 Sw. geëiste wet die politie en gerecht machtigde tot handelingen die eigenlijk onder een misdrijfomschrijving vielen, vond men dan ook in de eerste plaats terug in de wetten die de strafprocedure regelden.

RESPECT STRAFPROCEDURERECHT- Het was in de klassieke tijd ook een onomstootbare vanzelfsprekendheid dat wie beweerde het recht te handhaven, daarbij niet alleen door de strafwetten was gebonden, maar ook door de regels van de strafprocedure zelf. Die dienden niet alleen om de verhouding tussen overheidsdiensten onderling vast te leggen en hen richtlijnen te geven voor de organisatie van hun optreden. Zij vormden, zoals gezegd, ook vaak de door art.70

⁹⁶⁹ Onder invloed van de Verlichte denkers kreeg dit laatste zelfs een bijna absolute waarde: zelfs ter handhaving van de strafwet mocht de wetgever er geen uitzonderingen op voorzien. Naast een "gehumaniseerde doodstraf" was noodweer de enige beperking, dat wil zeggen een inbreuk op de lichamelijke integriteit die noodzakelijk is om de lichamelijke integriteit van anderen te beschermen. Hiermee brak de klassieke wetgever met de preklassieke strafrechtspraktijk waarin bij zware misdrijven de foltering het « ideale » instrument vormde om bekentenissen te bekomen, het bewijsmiddel bij uitstek.

Sw. geëiste rechtvaardiging voor als misdrijf omschreven handelingen van politiemensen of magistraten. De huiszoeking zonder toestemming was bijgevolg geen inbraak of woonstschennis, althans niet als zij volgens de procedureregels gebeurde. Terwijl het *strafrecht* zich tot *alle* burgers richtte, met inbegrip van *ambtenaren en magistraten*, vormden laatstgenoemden natuurlijk de eerste bestemmingen van deze *procedureregels*. De naleving ervan was voor hen dan ook een plicht, zelfs al leverde de schending van die procedureregels geen inbreuk op een regel van materiële strafrecht op. Dat zal bij voorbeeld het geval zijn voor regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen rechtscolleges, te hanteren formules en voor sommige toestemmingsvereisten, registratieverplichtingen of termijnen. Het Wetboek van Strafvordering voorzag soms zelf het gevolg van een schending van de specifieke procedureregels die het bevatte. Toch lag in het Napoleontische Wetboek uit 1808⁹⁷⁰ al bij al de nadruk veel meer op de regeling van bevoegdheden, werkwijzen en organisatie van de repressie dan op de bescherming van de individuele rechtsonderhorige tegen de uitoefening van overheidsmacht⁹⁷¹.

BETROUWBARE BRONNEN- De foltering was op het einde van de achttiende eeuw officieel afgeschaft en de onderzoekers trachtten niet langer ten allen prijze een bekentenis te bekomen. Het ontluikende forensisch onderzoek kon vooral bij ernstige misdrijven een belangrijke bijdrage leveren aan de bewijsvoering tegen ontkennende verdachten (*supra*, 3.1.). Zoals vroeger werden ook nog steeds premies uitgelooft voor wie de bendeleden kon vangen of informatie over hen kon geven. De overheid trommelde soms ook nog burgermilities op voor klopjachten (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1 en §1 van dit Hoofdstuk). In de negentiende eeuw moest de overheid minder beroep doen op burgers voor aanhoudingen, omdat er zich een professioneel politiewezen ontwikkelde. De overheid rekende echter nog steeds erg op de getuigenissen van eerlijke burgers. Wat deze belangrijke informatiebronnen (deskundige wetenschappers, politiemensen en eerlijke burgers) gemeen hadden, was dat er een vermoeden van objectiviteit, betrouwbaarheid en eerlijkheid aan hun verklaringen kleefde. Het burgerlijk-religieus ritueel van de eedaflegging gekoppeld aan een straf voor meened moesten de waarachtigheid van verklaringen verzekeren.

⁹⁷⁰ Het dateerde uit een tijdperk waar criminaliteit welig tierde en de wetgever eerder het herstel van zijn gezag beoogde dan de beperking van de staatsmacht die in eerdere fases van de Franse Revolutie opgeld had gemaakt.

⁹⁷¹ Die later ontleed zullen worden in het recht op een eerlijk proces en de ervan afgeleide rechten van de verdediging.

GEWANTROUWDE BRONNEN- Omgekeerd behandelde het systeem andere verklaringen wel met argwaan. Dat was het geval voor de uitleg van de verdachte zelf en die van het slachtoffer omdat die een groot rechtstreeks belang hebben. Oprechtheid ligt ook niet voor de hand bij verwanten van de beklaagde of (gewezen) echtgenoten (artt.156 en 322 Sv.⁹⁷²). De wetgever wil hen niet voor een keuze tussen de op grond van de eed verplichte waarheid en hun "natuurlijke" loyaliteit tegenover de partijen in het geding plaatsen. Dit vormde een opmerkelijke breuk met het preklassiek strafproces, waar aan de verklaring onder eed van de verdachte of van zijn familie soms doorslaggevend belang toekwam. De wetgevende bekommernis om de oprechtheid van verklaringen bleek ook uit het verbod om onder eed te getuigen voor aangevers die met geld waren beloond (art. 322,6° Sv.) of uit de ontzetting van sommige veroordeelden uit het recht onder ede te getuigen (art.31,4° Sw.). Door hun "onbetrouwbaarheid" zouden zij volgens de klassieke visie de waarheidsvinding eerder storen dan vooruithelpen. Andere aangevers dan degenen die de wet met geld beloont, kunnen wel als getuige worden gehoord, maar de jury wordt gewaarschuwd dat zij aangevers zijn (art.323 Sv.).

3.3. Geheim en schriftelijk onderzoek, openbaar en mondeling strafproces

ONDERZOEK TER TERECHTZITTING- Het verwerpen van het geheim karakter van de strafprocedure door het omarmen van het openbaarheidsbeginsel vormde een belangrijke verwezenlijking van de Verlichting in het strafrecht. De absolute geheimhouding die met de ergste "inquisitoire onderzoeksmethoden" werd geassocieerd, moest volgens de Verlichte hervormers verdwijnen. Voor het Napoleontisch Wetboek van Strafvordering vormde het onderzoek ter terechtzitting het wezen van de strafprocedure. Vandaar dat het wetboek uitgebreid, soms zelfs op overdreven gedetailleerde wijze, voorschreef wat er moest gebeuren⁹⁷³. Voor de

⁹⁷²Art.322 Sv.: "De volgende personen worden niet toegelaten om te getuigen :
1°De vader, de moeder, de grootvader, de grootmoeder en de andere bloedverwanten in de opgaande lijn van de beschuldigde of van een van de medebeschuldigden die aanwezig zijn en in hetzelfde debat betrokken zijn;
2°De zoon, de dochter, de kleinzoon, de kleindochter en de andere bloedverwanten in de nederdalende lijn;
3°De broeders en de zusters;
4°De aanverwanten in dezelfde graden;
5°De man of de vrouw, zelfs nadat echtscheiding is uitgesproken;
6°De aangevers wier aangifte door de wet met geld beloond wordt;
Zonder dat evenwel het horen van de voormelde personen nietigheid kan teweegbrengen, wanneer noch de procureur-generaal, noch de burgerlijke partij, noch de beschuldigden zich er tegen hebben verzet dat zij gehoord werden."

⁹⁷³ DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", op.cit., 101. Hij illustreert dit met art.348 Sv. over de manier waarop de juryhoofdman de beslissing moet bekendmaken.

belangrijkste misdrijven kwam er een volksjury en alle relevante elementen en getuigenissen kregen een mondelinge behandeling op de terechtzetting, niet onbelangrijk in een tijd waarin het analfabetisme nog heel ruim verspreid was en geschriften nog iets “magisch” hadden. De rechter of de jury moesten, conform het “onmiddelijkheidsbeginsel”, ook de oorspronkelijke bron van de informatie (getuige, deskundige, slachtoffer, politieman, bewijsstuk, ...) te zien krijgen. Dat moest hen toelaten alle informatie kritisch te beoordelen en te komen tot een zo objectief mogelijke waarheidsvinding⁹⁷⁴.

VOORONDERZOEK- Aangezien de fase van behandeling op de openbare terechtzitting het hart van de hele strafprocedure vormde, besteedde de wetgever in verhouding weinig aandacht aan het vooronderzoek. Het ging immers slechts over een voorfase, waarin elementen werden verzameld die vervolgens in het “echte” strafproces moesten worden beoordeeld. Na een korte revolutionaire periode van uitsluitend accusatoir onderzoek ter zitting voor de volksjury, keerde de wetgever met het Wetboek van Strafvordering in 1808 toch terug naar een inquisitoir vooronderzoek⁹⁷⁵. Hoewel het niet uitdrukkelijk in het Napoleontisch wetboek stond, hanteerde ook het jonge België de regel dat het strafrechtelijk vooronderzoek geheim was. Twee argumenten schraagden dit geheim karakter van het vooronderzoek⁹⁷⁶. Enerzijds verdiende de goede naam van allerlei personen die in het onderzoek betrokken geraken bescherming omdat in de loop van dat onderzoek kon blijken dat zij met de zaak niets te maken hadden. Anderzijds - en dat was waarschijnlijk veel belangrijker - was er de tactische overweging: de efficiëntie van de waarheidsvinding. Net zoals vroeger voor de preklassieke Inquisiteurs was ook voor de klassieke negentiende-eeuwse onderzoekers de kans op succes nu eenmaal groter wanneer zij de verdachten niet in hun kaarten lieten kijken. Misschien werden dwangmaatregelen openlijk toegepast (*supra*), doch ook niet meer dan dat. Dit pragmatisme leidde ertoe dat de openbaarheid beperkt bleef tot de fase voor het vonnisgerecht. De geheimen van het vooronderzoek openbaarden zich in het schriftelijke strafdossier. Dat vormde de basis waarop het onderzoeksgerecht, dat na afsluiting van het gerechtelijk onderzoek moest beslissen over de verdere behandeling van de zaak, zijn beslissing kon steunen. Dit kon het slechts op zinvolle

⁹⁷⁴ DE SMET, B., “De handhaving en relativering...”, *op.cit.*, 103; “Het onmiddelijkheidsbeginsel in het strafproces: een anachronisme of een waarborg voor een kwalitatief goede rechtspleging?”, *R.W.* 1996-97, 65.

⁹⁷⁵ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke...*, *op.cit.*, 197 e.v.

⁹⁷⁶ VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 273 verwijst hiervoor naar de parlementaire voorbereiding.

wijze doen als de onderzoekers alle belangrijke feiten en handelingen tijdens het vooronderzoek nauwkeurig in officiële geschriften hadden vastgelegd. Wanneer het onderzoeksgerecht besloot dat er voldoende gronden waren om verdachten naar een vonnisgerecht te sturen, zou dat dan wel alle relevante elementen uit het vooronderzoek opnieuw behandelen op de openbare zitting. Zo bestond er uiteindelijk toch ook op deze "geheime voorfase" openlijke controle.

3.4. Politie en gerecht zijn niet persoonlijk betrokken

PARKET APART- Door haar inquisitoir karakter stak de Frans-Belgische strafprocedure af tegen de burgerlijke rechtspleging, maar ook tegen vroegmiddeleeuwse strafprocedures en tegen de strafprocedures uit de *common law* traditie die "accusatoir" waren (*supra*). In accusatoire systemen had de rechter een rol van conflictbeslechter, in de eerste plaats van het conflict tussen de vertegenwoordiger van de maatschappij en de verdachte. De bijdrage van partijen aan de informatie waarop de rechter (vaak een volksjury) zijn beslissing moest baseren, was wezenlijk. De rechter bleef lijdzaam, als een scheidsrechter die zelf niet deelnam aan het spel en boven de partijen stond. Als er al iets zoals een Openbaar Ministerie bestond, dan was dat in een accusatoir systeem dus onmiskenbaar een partij, een tegenstrever voor de verdachte. Vervolgende instantie en verdediging hadden ieder "hun" getuigen, die respectievelijk "tegen" of "voor" de verdachte getuigden⁹⁷⁷. In het inquisitoire continentaal systeem dat België bij zijn onafhankelijkheid van Frankrijk overnam daarentegen stond het Openbaar Ministerie niet naast de verdediging en de burgerlijke partij als een gelijkwaardige tegenstrever, als een partij in het conflict. Het kwam apart te staan, naast de rechtbank, met de bescherming van het algemeen belang als eigen taak, die het onpartijdig, dat wil zeggen los van partijbelangen, moest trachten te verzekeren⁹⁷⁸.

HOOFDROL ACTIEVE RECHTER- De rechter zelf speelde ook een veel actievere rol in de strafprocedure. Hij liet zich niet binden door eventuele afspraken tussen partijen (en het Openbaar Ministerie) over de grond of de omvang van het conflict. Het inquisitoir proces draaide immers om een zoektocht naar de waarheid, niet de "afgesproken juridische waarheid" van de partijen. De Verlichte strafrechtsrevolutie in de achttiende-eeuw hadden de onvoldoende onafhankelijke rechters van het

⁹⁷⁷ De "tegenstrever" heeft recht op het wezenlijke kruisverhoor.

⁹⁷⁸ Cass.16 oktober 1996 *Arr. Cass.* 1996, nr.385: het Openbaar Ministerie en de verdachte zijn geen tegenstrevers zoals de partijen in een burgerlijk proces dat zijn.(DECLERCQ, R.,

Ancien Régime zwaar op de korrel genomen. Toen - na enkele experimenten in de jaren na de Franse revolutie - Napoleon opnieuw koos voor een inquisitoire strafprocedure, toonde hij daarmee integendeel een groot vertrouwen in de integriteit en bekwaamheid van die rechterlijke macht. De onafhankelijkheid van die rechterlijke macht werd wel beter gewaarborgd. In 1808 speelde de politie in de ogen van de wetgever slechts een marginale rol, als hulpje van Openbaar Ministerie en vooral van de onderzoeksrechter. Art.29 Sv. verplichtte alle ambtenaren die een misdrijf vaststellen de procureur des Konings te waarschuwen (*supra*, §2). Bijzondere ambtenaren die met de controle op de naleving van wetten waren belast, zoals politiemensen, stonden daarbij op de eerste rij. De wetgever van 1808 verplichtte de ambtenaren het misdrijf « dadelijk » te melden aan het Openbaar Ministerie. Dat moest de zaak doorspelen aan een magistraat van de zetel: de onderzoeksrechter⁹⁷⁹. Van dan af nam deze onafhankelijke magistraat de touwtjes in handen, bijgestaan door Openbaar Ministerie en politie, die bijvoorbeeld de sterke arm leverden bij de uitvoering van dwangmaatregelen. De onderzoeksrechter was geen tegenstrever van de verdachte, maar onderzocht zowel elementen tegen de verdachte als elementen die in zijn voordeel speelden.

3.5. Belgische opsporing van Belgische misdrijven

SOEVEREINITEIT- Belgisch strafrecht was in beginsel beperkt tot het Belgisch grondgebied (*supra*, Deel II), met slechts enkele specifieke uitzonderingen. Extraterritoriale aanspraken leidden weliswaar pas echt tot problemen wanneer een staat werkelijk mensen en middelen inzette om buiten het grondgebied op te treden. Daarom moesten de personen die het strafrecht moesten handhaven letterlijk stoppen aan de grens, waar het grondgebied van een ander land begon. Het nemen van dwangmaatregelen vormde als machtsuitoefening immers een uitdrukking van de soevereiniteit van een staat. De basisregel in het klassieke internationaal recht, dat de uitoefening van soevereiniteit gebonden was aan een grondgebied, liet eenzijdige extraterritoriale machtsuitoefening niet toe. Had men voor de oplossing van een strafzaak elementen nodig die zich buiten het eigen grondgebied bevonden, dan moest men een beroep moeten doen op de hulp van de staat op wiens grondgebied men die elementen kon aantreffen. Vandaar dat landen overgingen tot het sluiten van verdragen over het uitleveren van verdachten of veroordeelden. Om

Beginnelsen..., *op.cit.*, 25.) Zie b.v. voor het belang dat Duitsland hieraan hecht: BEIJER, A., *Bedreigde getuigen in het strafproces*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 55.

⁹⁷⁹ DE SMET, B., *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen, Intersentia, 1996, 76-96.

diplomatieke incidenten te voorkomen, ging het om zeer strenge procedures waarbij de uitvoerende macht het laatste woord had. Als klein en jong land (met veel buitenland) speelde het negentiende-eeuwse België op dit vlak een voortrekkersrol⁹⁸⁰.

§4. Nuancering : controle op en sanctionering van onbehoorlijk optreden rechtshandhaving

4.1. Relatief reactief

NUANCE- Het forensische onderzoek, de medewerking van de bevolking en de uitbouw van de reguliere politie waren erg belangrijk voor de negentiende-eeuwse criminaliteitsbestrijding, doch mogen niet worden overschat. De criminaliteitsbestrijding aan de hand van strafrechtelijk onderzoek en bewijs bleven grotendeels afhankelijk van bekentenissen en getuigenverklaringen. Gedurende lange tijd hield de rijkswacht zich vooral bezig met de van het leger geërfde taak van het neersabelen van groot oproer of protest en slechts in geringe mate met de strafrechtelijke beknotting van moeilijk te bewijzen misdrijven⁹⁸¹. De vorige twee paragrafen spiegelen een klassiek systeem voor zoals het in de boeken, vooral dan in de wetboeken bestond. Er bestond echter een werkelijkheid naast die wetboeken.

GERECHTELIJK ONDERZOEK- Het Wetboek van Strafvordering vermeldde eigenlijk alleen het door een onpartijdig onderzoeksrechter gevoerde onderzoek. Dat gebeurde nadat het Openbaar Ministerie (en/of een burgerlijke partij) een dergelijk onderzoek op gang had gebracht. Ondanks de verregaande bevoegdheden die het de onderzoeksrechter⁹⁸² - de Verlichte reïncarnatie van de Inquisiteur - (en de Kamer van Inbeschuldigingstelling) kregen, regelde het Wetboek van Strafvordering het door hem gevoerde gerechtelijk onderzoek slechts op beknopte wijze. Het bood de rechtsonderhorige eigenlijk weinig concrete rechtsbescherming.

⁹⁸⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *De uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven: de delicate balans van de bescherming van de rechten van het individu tegenover de internationale openbare orde*, Brussel, VUB, 1979. Over de voorgeschiedenis: MACOURS, G., *Ne crimina impunita maneat: de achttiende-eeuwse Frans-Zuidnederlandse uitleveringspraktijk*, Heule, UGA, 1996, 327 p.

⁹⁸¹ Het feit dat het korps tot 1993 mede afhankelijk was van de Minister van Oorlog/Defensie en de generale staf over vrij veel autonomie beschikte, zorgde trouwens voor een behoorlijk grote afstand tot de magistratuur.

⁹⁸² Dat Napoléon de onderzoeksrechter de machtigste man in Frankrijk heeft genoemd, is ondertussen al tot in de treure herhaald.

OPSPORINGSONDERZOEK- Het wetboek zelf bevatte aanwijzingen dat de ontdekking van misdrijven het Openbaar Ministerie verplichtte een gerechtelijk onderzoek te vorderen en dus verbod op eigen houtje te verder te speuren⁹⁸³. De enige uitzonderingen waren betrapting op heterdaad en zaken die zo eenvoudig waren dat ze geen verder onderzoek behoeften, zodat het Openbaar Ministerie ze rechtstreeks voor het vonnisgerecht kon brengen⁹⁸⁴. De klassieke houding in België kwam vreemd genoeg neer op het tegendeel : het Openbaar Ministerie kon wel degelijk, met bijstand van de politie, zelfstandig op onderzoek uitgaan wanneer het had vernomen dat een strafbaar feit was gepleegd. Het kon daarmee doorgaan zolang geen uitdrukkelijke dwangmaatregelen nodig waren waarvoor het wetboek de toelating van een rechter en dus de instelling van een gerechtelijk onderzoek vereiste. Deze informele procedure ging opsporingsonderzoek heten en werkte zich in de praktijk in de overgrote meerderheid van strafzaken op tot het enige vooronderzoek. Zij kreeg de zegen van het Hof van Cassatie⁹⁸⁵ en zou op het einde van de twintigste eeuw uiteindelijk bij wet worden geregeld (*infra*). Aangezien het opsporingsonderzoek tot 1998 niet in het wetboek stond, ontbrak de regeling in deze fase helemaal. Zodoende bestond er behoorlijk wat marge voor de speurders, zolang zij geen dwangmaatregelen nodig hadden.

GEVAARLIJKE BEVOLKINGSGROEPEN- De principiële terughoudendheid van de overheid die werd neergelegd in de klassieke wetboeken, gold voor de elites en de « gevestigde» burgers. De maatschappij telde voor de vroegnegentiende-eeuwse overheid echter een aantal gevaarlijke groepen, die aan bijzonder toezicht werden onderworpen. Fijnaut waarschuwt daarom dat wie beweert dat de politie slechts met de informatie-inzameling begon nadat er een concreet misdrijf vastgesteld was, een behoorlijk vertekend beeld geeft van de toenmalige praktijk⁹⁸⁶. Dag in dag uit verzamelde de politie inlichtingen over de gevaarlijke bevolkingsgroepen of organisaties, hun leden en onderlinge verhoudingen. Zo hield de (geheime) politie vreemdelingen bijzonder in de gaten. Onder hen zaten immers vaak mensen die uit hun eigen land gevlucht waren, politieke oproerkraaiers, deserteurs of gemeenrechtelijke criminelen. In het woelige Europa van die tijd was men ook

⁹⁸³ Dat kon afgeleid worden uit art.8, 47, 53 en 64 Sv.: VERSTRAETEN, R., "Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk", *Delikt en Delinkwent* 1995, 605.

⁹⁸⁴ HELIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, Brussel, Bruylant, 1863, II, 232; DE NAUW, A., "Het opsporingsonderzoek nu en morgen", *R.W.* 1974-75, 1609; DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 104.

⁹⁸⁵ Cass.20 maart 1916, *Pas.* 1915-16; I, 310.

beducht voor buitenlandse spionnen. Vandaar dat vreemdelingen onderworpen werden aan registratieverplichtingen, al vielen die in de praktijk niet altijd gemakkelijk af te dwingen. Vooral de revolutionaire bewegingen, die in golven door de negentiende eeuw rolden, vormden het doelwit van dat geheim politiewerk⁹⁸⁷. Maar ook de binnenlandse oppositie, met name de arbeidersbeweging, de orangisten of republikeinen werd in het oog gehouden. Evenmin als vandaag⁹⁸⁸ was honderdvijftig jaar geleden het onderscheid tussen politieke tegenstrevers en criminelen duidelijk (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1). Inlichtingendiensten verzamelden zowel politieke inlichtingen als gegevens die van nut konden zijn in een latere strafprocedure. Hoewel geüniformeerde politiediensten in de loop van de negentiende eeuw in de lift zaten, bleef « politiewerk » voor een groot deel een zaak van « geheime politie »⁹⁸⁹. Tenslotte bleven zwervers, landlopers en rondtrekkende verkopers eveneens als gevaarlijke categorie een doelwit van politie en gerecht, net zoals de stedelijke « onderwereld » van gauwdieven, bedelaars en straatrovers. Daarom voorzag het Strafwetboek de maatregel van het bijzonder politietoezicht. Dat moest bepaalde veroordeelden na het uitzitten van hun straf in hun bewegingsvrijheid beperken. De idee was dat zij in hun nieuwe activiteiten door de plaatselijke politie op de voet zouden worden gevolgd.

INFORMATIEF ONDERZOEK- Fijnaut noemt het verkennend inlichtingenwerk dat voorafging aan het opsporingsonderzoek « informatief onderzoek ». Omdat alle onderzoek neerkomt op het verzamelen, opslaan, verwerken en analyseren van gegevens, gaat het om een ietwat pleonastische uitdrukking. Hij wil ermee aangeven dat het gaat om (nog-) niet-strafrechtelijk inlichtingenwerk door de politie. Dat moest dan de oplossing van concrete misdrijven vergemakkelijken en meer betrapingen op heterdaad toelaten. Met het verdwijnen van het folterverbod was natuurlijk een "effectieve" methode om achteraf inlichtingen over een misdrijf te bekomen, verdwenen. De heterdaadbetrapping werd dus belangrijker. Fijnaut onderstreept

⁹⁸⁶ FIJNAUT, C., "Back to Basics", *Delikt en Delinkwent* 1995, 528-532.

⁹⁸⁷ VAN OTRIVE, L. en CAPPELLE, J., "Twenty Years of Undercover Policing in Belgium: The Regulation of a Risky Police Practice", in: FIJNAUT, C. en MARX, G.(eds.), *Undercover, Police Surveillance in Comparative Perspective*, Den Haag-Londen-Boston, Kluwer Law International, 1995, 142-143 geven voorbeelden van "vuile knepen" tegen Belgische republikeinen kort na de onafhankelijkheid, tegen de linkervleugel van de Werklieden partij.

⁹⁸⁸ *Supra*, Deel I, Hoofdstukken 1, 2 en 3 en Deel II, Hoofdstuk 5 cfr. KEUNINGS, L., "Geheime en politieke politie in België van 1830 to 1914", *Panopticon* 1988, 128-158.

⁹⁸⁹ Volgens Van Otrive en Capelle ging vooral de Staatsveiligheid, waarvan het jonge België besloot geen « politiedienst » te maken, in tegenstelling tot de reguliere politie door met « verdekt politiewerk en uitlokking van misdrijven ». VAN OTRIVE, L. en CAPELLE, J., *op.cit.*, 142-144.

echter dat het niet alleen wezenlijk is voor een goed begrip van de toenmalige situatie, maar ook een belangrijke les voor de toekomst dat het inlichtingenwerk niet met uitsluitend gerechtelijke doelstellingen gebeurde. De verkregen informatie kon net zo goed als grond dienen voor het nemen van bestuurlijke beslissingen, waarmee dat bestuur misdrijven kon voorkomen.

4.2. Niet altijd openlijk en oprecht

VERDEKT- Dwangmiddelen konden alleen tijdens het gerechtelijk onderzoek. Doch niemand beschouwde het verdekt optreden van de politie, zoals het visueel observeren (schaduw) van verdachten⁹⁹⁰ of informatie-inwinning met behulp van informanten in het « criminele milieu »⁹⁹¹ als dwangmaatregelen. Door heimelijk op te treden dwongen politie en gerecht het « voorwerp » van het onderzoek immers tot niets. Daar dergelijke opsporings- of onderzoeksmethoden niet verboden waren, waren ze toegelaten. Om tactische redenen waakten de speurders er evenwel over dat deze verdeckte methoden zoveel mogelijk buiten beeld bleven. Vaak gebruikte de politie ze « buiten » de strafprocedure, dat wil zeggen ernaast of ervoor. Om ontdekking en argwaan te vermijden, dus om « verdekt » te blijven, waren de agenten gedwongen ook minder oprecht op te treden. Enkel met gebruik van listen, vermommingen of valse hoedanigheden konden zij dicht genoeg bij de geobserveerde mensen geraken.

LISTIG- Verdekt optreden kon de politie in die tijd dus bijna uitsluitend door niet helemaal oprecht te zijn. Sterker nog, hoe beter de misleiding van de geïmagineerde persoon, hoe groter de kans op succes. Het gebruik van listen bleef dan ook niet beperkt tot het verbergen van de officiële hoedanigheid. Vaak zocht de politieman zelf contact met de geïmagineerde persoon of diens omgeving, om meer informatie of zo mogelijk betrapting op heterdaad te bekomen. Volgens Van Oustrive en Capelle deïnsden in de politieke sfeer sommige overheidsagenten er niet voor terug om werkelijk misdrijven uit te lokken⁹⁹². Daarenboven schakelde de overheid, zeker voor onderzoek naar de « onderwereld » niet-zo-keurige medewerkers in om informatie te bekomen. Mensen op strategische posities, zoals herbergiers, koetsiers, prostituées,

⁹⁹⁰ FIJNAUT, C., "Back to Basics", *op.cit.*, 531 schrijft dat in de grote steden in Nederland tussen de vorige eeuwwisseling en de Tweede Wereldoorlog observatie al tot een specialisme werd uitgewerkt.

⁹⁹¹ FIJNAUT, C., "Back to Basics", *op.cit.*, 531: hoewel er in het publiek laatdunkend over werd gedaan, werkte men volop met informanten en trok geen recherchechef hun belang voor de opsporing in twijfel.

⁹⁹² VAN OUSTRIVE, L. en CAPPELLE, J., *op.cit.*, 143.

bedelaars of niet-echt-loyale vakbondsmilitanten verstrekten tegen betaling of een andere wederdienst aan de politie inlichtingen die voor buitenstaanders moeilijk te bekomen zouden zijn. Deze « informanten » gaven niet zoals de brave modelburger spontaan en belangeloos informatie, maar deden het uit eigenbelang. Daardoor viel aan de oprechtheid van de door hen verstrekte informatie te twijfelen, om nog maar te zwijgen over de vraag of zij geen misdrijven hadden gepleegd (het openen van brieven, deelneming aan diefstallen, het verbergen van misdadigers,...) om aan de informatie te geraken. Het verbod voor « aangevers die voor hun verklaring betaald zijn » om onder ede te getuigen (art.154 Sv., *supra*), bevestigde *a contrario* dat de wetgever het « *kopen van informatie door de overheid* » als een toegelaten werkwijze beschouwde. Alleen moest er in de procedure voorzichtig mee worden omgesprongen en mocht ze geenszins gelijkgesteld worden met verklaringen van belangeloze brave burgers.

FRANSE ERFENIS- In het Frankrijk van 1808 waren de grenzen tussen spionage, contraspionage en een ontluikende politie vaag en de gebruikte methoden vergelijkbaar. Van Outrive en Capelle schrijven terecht: « *undercover work in police law enforcement is older than the Belgian state itself.* »⁹⁹³ Net als vele anderen, beginnen zij - niet helemaal terecht - hun overzicht bij de Parijse gangster-die-politiefchef-werd Vidocq. Als model voor hen die beweren dat stropers de beste boswachters zijn, is die legendarisch geworden⁹⁹⁴. Welk lot waren dergelijke van een autoritair Frankrijk geërfde dubieuze praktijken na de stichting van het liberale België beschoren? Volgens Van Outrive en Capelle zou de Staatsveiligheid wel met « undercoverwerk » doorgaan, maar de reguliere politie er integendeel de handen van afhouden⁹⁹⁵. Misschien is dat wel waar voor de meest flagrante « vuile knepen » en voor de pure uitlokking, doch in zijn algemeenheid lijkt het een te « onschuldig » beeld te schetsen van de toenmalige politiepraktijken. De verklaring ligt waarschijnlijk bij de omschrijving van « undercoverwerk ». Van Outrive en Capelle houden het systematisch werk met informanten, het kopen van informatie, het in vermomming schaduwen van verdachten of het achterhouden van informatie bij verbalisering daar blijkbaar buiten. Want hoewel er in de officiële literatuur over het strafprocedurerecht kuis gezwegen werd over dergelijke onderzoeksmethoden, lijkt het weinig twijfel dat de politie er ook in de "klassieke" tijd gebruik van maakte.

⁹⁹³ VAN OTRIVE, L. en CAPPELLE, J., *op.cit.*, 141.

⁹⁹⁴ Zie voor literatuur over deze markante figuur: VAN OTRIVE, L. en CAPPELLE, J., *op.cit.*, 141, voetnoot 1.

⁹⁹⁵ VAN OTRIVE, L. en CAPPELLE, J., *op.cit.*, 144.

Sterker nog, ze behoorden tot de kern van het politioneel werk. Politie mensen vertelden in hun mémoires trouwens zonder schroom over het gebruik van listen en truuks. Zowel de vaardigheid om criminelen te recruteren voor politiewerk als « sluwheid » van de politieman beschouwden zij als een standaard voor de beroepsbekwaamheid van een politieman, een sleutel tot zijn succes.

ONGEREGELDE ASPECTEN VAN ONDERZOEK- Zelfs in de fase waarin de overheid als dusdanig naar buiten trad, bijvoorbeeld na een aanhouding, bleef er ruimte voor minder oprecht of zelfs ronduit illegaal optreden. Het Wetboek van Strafvordering regelde de voorlopige hechtenis slechts summier en voorzag zeer weinig rechtsbescherming voor de van zijn vrijheid beroofde verdachte. Er bestonden geen uitdrukkelijke spelregels inzake verslaggeving of bijstand van een advocaat tijdens het verhoor. De ondervraging vond meestal plaats in alle beslotenheid en zonder onafhankelijke controle van buitenuit. Mishandeling of vernedering van verdachten, zeker van verdachten uit de lagere klassen, kon dus makkelijk bijdragen tot het bekomen van bekentenissen of verklaringen. Ook listen, truiks en valse beloften allerhande konden daarbij helpen. Men kan zelfs zeggen dat in de interactie beroeps-crimineel-politie beide partijen zulks op basis van ongeschreven regels als de « gewone » wijze van optreden aanvaardden. Registratie en onafhankelijke controle ontbraken, te meer omdat de magistratuur vaak enige afstand nam van de politie of er stilzwijgend solidair mee was. Het proces-verbaal dat de resultaten van het verhoor vastlegde, vormde dan ook een behoorlijk gefilterde neerslag van de onderzoekswerkelijkheid. Het verhaal van openlijke, oprechte, legale en onpartijdige rechtshandhaving moet voor aangehouden verdachten met een flinke korrel zout worden genomen. De aanhouding zelf mocht dan openlijk en volgens de regels gebeuren, daarna brak vaak een troebele fase aan.

4.3. Rechtshandhaving betrokken

TEGENSTANDER- Daarmee blijkt dat ook een afstandelijke en neutraal onderzoek door politie en gerecht een ideaal was en geen feit. Ondanks hun formele onpartijdigheid werden politie en Openbaar Ministerie door de verdachte louter als vervolgende instellingen gezien. Zelfs de onderzoeksrechter, die vaak dicht bij Openbaar Ministerie en politie stond, ontsnapte niet aan die kritiek. Zo zegde de politieman meestal aan belangrijke bronnen anonimiteit toe. Hij hield dus bewust informatie achter. Dat engagement ten aanzien van de informant maakte hem echter tot een tegenstander van de verdachte. Wanneer de politie zelf twijfelachtige of

illegale handelingen stelde (*supra* 4.2.), deed zij er alles aan om te beletten dat deze aan het licht kwamen. Hoe actiever de politie zich opstelde, des te groter dit gevaar. De rechterlijke macht koos gedurende bijna anderhalve eeuw voor een struisvogelpolitiek. Ze bemoeide zich weinig of niet met de voorgeschiedenis van de strafzaak, de aan het misdrijf voorafgaande allereerste fase van politiewerk die formeel nog niet tot haar bevoegdheden behoorde.

4.4. Staatsgrenzen zijn relatief

UITLEVERING- Het beginsel van de staatssoevereiniteit mocht geen vrijgeleide opleveren voor criminelen. Al vlug sloten staten samenwerkingsverdragen met het oog op de aanhouding van buitenlandse en gevluchte misdadigers en uitlevering aan de staat waar zij vermoedelijk misdrijven hebben gepleegd en/of hun straf moesten uitzitten. Het kleine, maar soevereine België speelde op dit vlak een belangrijke voortrekkersrol. De rechtstreekse band tussen de staat en zijn burgers, belette – in de lijn van een eeuwenoude traditie - dat een staat zijn eigen onderdanen zou uitleveren. Daar kon evenwel een mouw aan worden gepast, hetzij door eigen onderdanen te vervolgen voor in het buitenland gepleegde misdrijven (actief personaliteitsbeginsel als basis voor rechtsmacht) of door mensen eenvoudigweg hun nationaliteit af te nemen. België, als liberale staat, koos wijselijk voor de eerste mogelijkheid (art.6-9 V.T. Sv.). Gelet op de zware administratieve last, bleef dergelijke samenwerking beperkt tot de zwaarste misdrijven.

POLITIEKE- Ook politieke misdrijven bleven als globale categorie uitgesloten uit de internationale samenwerking⁹⁹⁶, als gevolg van de idee van nationale soevereiniteit⁹⁹⁷. Door deze categorieke uitsluiting werd vermeden dat de aangezochte staat partij zou moeten kiezen in een intern conflict van het verzoekend land. Fysieke verwijdering van het nationale grondgebied van politieke opposenten

⁹⁹⁶ Voor een nauwkeurige analyse: VAN DEN WYNGAERT, C., *De uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven*, *op.cit.*, 483 p.

⁹⁹⁷ Dat begrip brak eigenlijk al door met Vrede van Westfalen in 1648 en kende zijn bekroning in 1919 met de creatie van de Volkerenbond. Het schraagde de rechtsregels die aangaven hoe staten zich in de internationale context onderling moesten verhouden. Wat binnen de op de kaartgetrokken staatsgrenzen gebeurde was de zaak van wie daar de macht uitoefende en van niemand anders (*supra*). Soevereiniteit van een land betekende voor het buitenland een verbod van inmenging in interne aangelegenheden. Het ging over een compromis met voor- en nadelen. Het grote voordeel was dat vrede kon worden gewaarborgd doordat buitenlandse machten niet langer de interne disputen konden aangrijpen voor invasies (een van de redenen waarom zoveel landen zich in de godsdienstoorlogen hadden laten meeslepen. Het grote nadeel was dat niet-inmenging de elites in staten het recht gaf met de eigen bevolking te doen wat zij wilden, hoe erg ook (X, "The last ideology", *The Economist*, *A Survey of the New Geopolitics, The Road to 2050*, 31 juli 1999, 13.)

kwam in die tijd vaak neer op hun eliminatie uit het politieke spel, zodat de druk op de staat om uitlevering te bekommen niet zo groot was⁹⁹⁸.

INFORMELE SAMENWERKING- Ondanks de officiële lijn om niet samen te werken tegen politieke misdrijven zagen de regeringen van verschillende landen er geen graten in om dat toch te doen tegen gezamenlijke vijanden. Socialisten en anarchisten bijvoorbeeld bedreigden de bestaande orde zowel in burgerlijke staten met hun elitaire democratie als in autoritaire regimes (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1). De geheime (politie)diensten wisselden informatie uit, lieten verdachte figuren in het buitenland schaduwen, uitwijzen of monddood maken. Dergelijke samenwerking gebeurde echter strikt op het niveau van de uitvoerende macht, in het domein « staatsbelang » dat buiten parlementaire of gerechtelijke controle bleef.

PRIVATE OPSPORING- Naast de geheime politie ontstond trouwens, vooral - maar niet alleen - in Angelsaksische landen waar de politiediensten van de uitvoerende macht niet zo uitgebouwd en territoriaal beperkt waren, een belangrijke private opsporing. Die sprong in twee gaten in de markt : enerzijds het gebied van de listige, geheime onderzoeksmethoden om gesofisticeerde criminelen « in de val te lokken », anderzijds dat van de interstatelijke en internationale opsporing. Banken, spoorweg- en verzekeringsmaatschappijen, als slachtoffers van de criminaliteit, betaalden de private speurders voor het geleverde werk. De *private investigators* speelden een belangrijke rol in de professionalisering van het undercoverwerk⁹⁹⁹.

4.5. De kloof tussen wet en praktijk : gebrekkige controle en sanctionering

VOORFASE- Wie zegt dat de klassieke strafvordering reactief optrad, met openlijke dwangmaatregelen en oprechte ambtenaren, verzwijgt dus wel belangrijke elementen. De gerechtelijke instanties betoonden weinig belangstelling voor deze « voorfase » van het strafrecht: zij beschouwden haar als procedureel niet relevant. Vandaar dat de klassieke procedureregels er niet echt op van toepassing waren. Daarenboven waren, zelfs in de loop van het gerechtelijk onderzoek, de meeste

⁹⁹⁸ VERBRUGGEN, F., "Ook zonder Madrid en Dublin kunnen Garcia en Moreno uitgeleverd worden, als Spanje een degelijk dossier heeft...", *Panopticon*, 1997, 163; In het woelige Europa (net zoals trouwens in het woelige Latijns-Amerika waar het begrip politiek asiel gesmeed zal worden) wisten de elites van vandaag dat zij de bannelingen van morgen, maar niettemin ook de elites van overmorgen kunnen zijn. Verbanning van politieke tegenstrevers vormt een belangrijke humanisering voor de alternatieve praktijk van fysieke opruiming van oppositie na opstanden of revoluties.

bevoegdheden van de politie niet wettelijk geregeld. Zowel qua onderzoeksbevoegdheden als qua bewijsvoering gold de "permissieve regel": alles wat niet uitdrukkelijk verboden was, was toegelaten.

RELATIEVE WERKING STRAFRECHT- Het bleef de ambtenaren natuurlijk wel verboden zelf inbreuken op de strafwet te plegen. Het klassieke strafrecht greep evenwel minder en minder vlug in (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1). De misdrijfomschrijvingen omvatten normalerwijze geen voorbereidingsgedragingen, criminele contacten of criminele contracten: meestal waren opzettelijke krenkingsmisdrijven nodig. Veel van de verdeckte inlichtingenverzameling door of voor rekening van politie en gerecht kon dan ook gebeuren zonder enige schending van strafrechtelijke bepalingen. Wanneer dat toch het geval was, werd het overigens helemaal niet gemakkelijk ontdekt, onderzocht of bestraft. De kans dat een politieman bij valsheid in geschrifte of uitlokking van een diefstal straffeloos bleef, was groot, wanneer hij dat misdrijf pleegde met het oog op het vangen van « boeven ». In de *voorfase* genoot de politie immers behoorlijk wat zelfstandigheid. De meest voor de hand liggende slachtoffers van dergelijke politiemisdrijven hadden noch vertrouwen in de overheid, noch de nodige geloofwaardigheid in de ogen van diezelfde overheid om de ambtenaar met enige kans op succes te beschuldigen.

RELATIEVE WERKING STRAFPROCESRECHT- Het strafprocesrecht bevatte zoals gezegd talloze voorschriften van hoe de overheid op misdrijven moet reageren. De eerste grote vraag was wat er moet gebeuren bij schending van één of meer van die strafprocessuele regels, zonder dat er sprake was van een inbreuk op de strafwet. Het feit dat eigenlijk tot 1998 het gerechtelijk onderzoek nauwelijks en het opsporingsonderzoek helemaal niet door het Wetboek geregeld waren, leidde dan al vlug tot de tweede vraag. Welke sanctie stonden er op « oneerlijk spel » vanwege politie en gerecht in deze fases, wanneer er géén schending van een uitdrukkelijk voorziene regel plaatsvond ? De opstellers van het Wetboek van Strafvordering van 1808 stelden de regelmatigheid van de procedure gelijk met de eerbied voor de wettelijk voorgeschreven vormvereisten¹⁰⁰⁰. De wetgever leek ervan uit te gaan dat hij zelf alle mogelijke afwegingen had gemaakt en dat een strafprocedure die volgens

⁹⁹⁹ FIJNAUT, C. en MARX, G., "Introduction: The Normalization of Undercover Policing in the West; Historical and Contemporary Perspectives", in FIJNAUT, C. en MARX, G. (eds.), *Undercover...*, *op.cit.*, 11.

¹⁰⁰⁰ HELIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, Brussel, Bruylant, 1863, III, 766.

de regels verliep dus automatisch ook evenwichtig en correct was¹⁰⁰¹. Naleving van die regels was een doel op zich¹⁰⁰², het kwam er niet op aan te kijken naar de concrete situatie van de concrete verdachte in de concrete zaak. Vandaar ook dat sommige voorschriften tot in de kleinste details waren uitgewerkt.

BEPERKT TOT ONWETTIGHEID- De suprematie van de wetgever leidde tot een gelijkstelling van *rechtmatigheid* met *wettigheid*. De wetgever wou zich zo ontdoen van de praktijk tijdens de Franse Revolutie, waarbij de rechters de regelmatigheid van de bewijsvoering konden toetsen aan een reeks vage beschermingsnormen¹⁰⁰³. Dat zou immers de handhaving van het strafrecht kunnen belemmeren, niet alleen omdat het systeem ondoorzichtig was, maar ook omdat de rechters wel eens te strenge eisen zouden kunnen stellen aan de toelaatbaarheid van het bewijs¹⁰⁰⁴. Dit perspectief relativeerde de strengheid van het strafprocedurerecht in de klassieke wetboeken als rem op opsporings- en onderzoekspraktijken meteen behoorlijk: enkel bij schending van de wet ontstond er een probleem. Tot diep in de twintigste eeuw bestonden er voor het gerechtelijk onderzoek slechts algemene, voor het opsporingsonderzoek en het politieel werk in de vroegste fase helemaal géén wettelijke regels. Zonder regels kan « regelmatigheid » geen echt thema zijn.

BEPERKTE SANCTIONERING - De tweede relativering lag besloten in de sanctionering van inderdaad geschonden wettelijke regels. Vanwege het monopolie dat hij opeiste, zou men van de wetgever verwacht hebben dat hij zelf zou hebben voorzien welke sanctie de rechter aan de schending van elke procesrechtelijke regel moest koppelen. Uit art.408 Sv. bleek echter dat de Napoleontische wetgever zijn strikt-formalistische beginselen in een flinke saus pragmatisme dipte¹⁰⁰⁵. Die wettelijke bepaling onderscheidde immers de vormvereisten die op straffe van nietigheid waren voorgeschreven van de « gewone » voorschriften, waarvoor de wetgever geen sanctie vastlegde. Slechts voor de eerste categorie was de rechter verplicht de nietigheid van de proceshandeling uit te spreken (408, § 1 Sv.). Voor de andere voorschriften volgde nietigheid pas wanneer een procespartij ze tijdig opwierp en de rechter naliet er uitspraak over te doen (art.408, §2 Sv.). De rechter kreeg met

¹⁰⁰¹ DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 97

¹⁰⁰² DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 97.

¹⁰⁰³ FRANCHIMONT, M. en DERENNE-JACOBS, C., "Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences", Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, 1991, 123.

¹⁰⁰⁴ DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 101.

andere woorden de vrijheid te beslissen wat hij met een onregelmatige procedurehandeling wilde doen en besloot slechts tot uitsluiting ervan wanneer hij dat nodig achtte om het evenwicht in de strafprocedure te bewaren¹⁰⁰⁶. Slechts voor een klein aantal van de vele procedurele voorschriften voorzag de wetgever inderdaad uitdrukkelijk de nietigheid. Voor de uitsluiting van categorieën van onbetrouwbare getuigen in § 3 bijvoorbeeld was dat niet het geval. In het vooronderzoek was het zelfs geen enkele maal het geval¹⁰⁰⁷. Opnieuw blijken het formalisme en de eruit voortvloeiende rechtsbescherming grotendeels gezichtbedrog.

§5. Besluit

REACTIE- Ook bij de regeling van opsporing en onderzoek van misdrijven, vormt ons "klassiek" systeem een reactie op de wantoestanden van het Ancien Régime. De foltering verdween uit onze « klassieke » wetboeken als onderzoeksmethode. Ook de grote geheimhouding, die Verlichte denkers als één van de belangrijkste oorzaken voor de onbetrouwbaarheid en corruptie van het preklassiek systeem beschouwden, sneuvelde. De « rationalisering » van het bewijsrecht, die eigenlijk al lang daarvoor begonnen was, geraakte daarmee in een stroomversnelling.

REACTIEF- In Deel II werd aangetoond dat het legaliteitsbeginsel de as was, waarrond het « klassieke » strafrecht wilde draaien. Het legaliteitsbeginsel werkte niet alleen rechtsbeschermend (geen overheidsingrijpen zonder schending van de wet), maar ook legitimerend (overheidsingrijpen kan, zodra de wet werd geschonden). Vandaar dat de liberale wetgever zich terughoudend toonde en vastlegde dat de staat in beginsel slechts ernstige straffen mocht opleggen wanneer iemand opzettelijk andermans persoonlijk rechtsgoed had gekrenkt (*supra*, Deel II). Het procedurele spiegelbeeld daarvan was de « reactieve » rechtshandhaving, dat wil zeggen dat de overheid slechts met onderzoek mocht beginnen en de daaraan verbonden dwangmaatregelen mocht gebruiken wanneer er effectief een misdrijf was gepleegd. Het onderzoek vertrok vanuit het misdrijf en moest via het bewijs naar de dader(s) leiden.

¹⁰⁰⁵ En dus ondanks zijn voorbehoud toch een groot deel van de verantwoordelijkheid aan de rechters overliet.

¹⁰⁰⁶ HELIE, F., *op.cit.*, 767, DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", 101.

¹⁰⁰⁷ DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", 101.

OPENLIJK, OPRECHT EN ONPARTIJDIG- In de hervormde, de Verlichte strafprocedure gebeurde het onderzoek op de openbare zitting. Weliswaar bleef het vooronderzoek geheim, maar het gebeurde dan wel door een onpartijdig magistraat, de onderzoeksrechter, onder controle van onderzoeksgerechten. De overheid trad bij de toepassing van dwangmiddelen steeds openlijk op, als overheid herkenbaar, en zij deed dat eerlijk, oprecht en wettelijk. De overheid was geen partij die het eigen of een particulier belang nastreefde, maar stond boven de persoonlijk in het strafproces verwickelde individuen en ging op onpartijdige wijze te werk. De geleidelijke uitbouw van een professioneel politiesysteem evenals de vooruitgang van de wetenschap moesten helpen rationeel en betrouwbaar bewijs te verzamelen.

NUANCERING-Het beeld van de klassieke overheidsoptreden als « reactief, openlijk, oprecht en onpartijdig » vertekent de historische werkelijkheid echter behoorlijk. Die was prozaïscher : het geheime vooronderzoek was nauwelijks (gerechtelijk onderzoek) of niet (opsporingsonderzoek) geregeld. Bepaalde categorieën van mensen stonden als gevaarlijk of verdacht geboekt en genoten dan ook de voortdurende aandacht van de overheid. Er werd daarvoor niet noodzakelijk gewacht tot zij verdacht werden van een effectief gepleegd misdrijf. Daarenboven gebruikten (al dan niet geheime) politiediensten allerlei verdeckte methoden en listen. De uitlokking van misdrijven was weliswaar verboden, doch de betrapte dader kampte vaak met moeilijkheden om te bewijzen dat er inderdaad sprake van was. De politie rondde eerst de « duistere » voorfase af en wanneer dit "voorbereidend werk" duidelijkheid over het bestaan van een misdrijf of het bewijs ervan had opgeleverd, speelde zij de zaak door aan het gerecht. Zelfs in de gerechtelijke fase bleken de witte handschoenen in werkelijkheid iets grijzer dan de grote beginselen in boeken en wetten deden uitschijnen. De sociologische verklaring lag voor de hand : bij de meeste misdadigers en verdachten was er geen sprake van een evenwicht tussen hen en de personen die het recht handhaafden. De « beschaafde » burgerij die aan de maatschappelijke touwtjes trok, voelde ook nauwelijks mee met een onderklasse die ze als gevaarlijk beschouwde. De personen die met het strafrecht ook de bestaande maatschappelijke orde moesten handhaven, kregen dan ook enige bewegingsvrijheid. Aangezien de strafwet destijds niet zo voortvarend en ruim geformuleerd was, stelde de overheidsagent niet zo vlug gedragingen die als misdrijf omschreven waren. Wanneer hij dat toch deed, viel dat moeilijk vast te stellen en nog moeilijker te bewijzen. Ook onoprecht, oneerlijk of slordig optreden tijdens de procedure maakte niet noodzakelijk alle tijdens het onderzoek geleverde inspanningen nutteloos. Alleen bij schending van een uitdrukkelijke wettelijke

bepaling waren er problemen. Daar er voor het vooronderzoek nauwelijks regels bestonden, was de kans op onregelmatigheden ook niet zo groot. Daarenboven was de sanctie slechts nietigheid, wanneer de wet dat zelf voorzag. Dat was in het vooronderzoek nooit, verderop in de strafprocedure slechts uitzonderlijk het geval. Bijgevolg bleven vele inbreuken op de procedureregels in werkelijkheid zonder gevolg.

HOOFDSTUK 2: CRISIS: Spanningen in het klassieke systeem bij aanpak van georganiseerde criminaliteit

"Those are my principles. If you don't like them, I have others."
(Groucho Marx)

§1. Klassieke beginselen worden harde grondrechten

1.1. Einde van de suprematie van de nationale wetgever

VAN VERKLARINGEN NAAR VERDRAGEN- De grote beginselen die in de klassieke leer de opsporing en bestraffing van misdrijven bepaalden, zijn nooit van hun voetstuk gehaald. Niemand zou durven beweren dat het legaliteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel of het openbaarheidsbeginsel bijvoorbeeld niet langer van tel zijn in onze strafprocedure. Integendeel, zij zijn "opgewaarderd". In de klassieke tijd waren de beginselen filosofische, natuurrechtelijke waarheden achter het recht, geen regels van positief recht. Het kwam de wetgever als vertegenwoordiger van de soevereine natie toe de beginselen te "vertalen" in positief recht, in harde rechtsregels. In Deel II zowel als in het vorige Hoofdstuk werd echter aangetoond dat op die vertaling soms wel een en ander aan te merken valt. De suprematie van de wetgever liet in de klassieke visie echter niet toe dat iemand zijn keuzes in twijfel zou trekken in naam van de (als te vaag beschouwde) algemene beginselen. Beetje bij beetje is die ijzeren wet afgebrokkeld. De Franse Verklaring over de Rechten van de Mens en de Burger van 1789 en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 waren nog "verklaringen" over de "rechten": zij waren zelf geen bron van hard, positief recht. Dat zijn de grondrechten wel geworden met internationale mensenrechtenverdragen, waarvan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens uit 1950 en het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten uit de meest vooraanstaande zijn. De Raad van Europa en de V.N. hebben die

instrumenten gepatroneerd en van internationale afdwingingsmechanismen voorzien. Het Europees Unieverdrag (EUV), het daarin opgenomen EG-Verdrag (EGV) vormen een andere, niet te onderschatten bron van nieuwe grondrechten. Hetzelfde geldt voor het van deze verdragen afgeleid recht, dat door de Europese instellingen wordt geschapen (verordeningen en richtlijnen vooral). Dit EG-recht dwingt de nationale wetgevers, zoals de Belgische, nieuwe vrijheden te respecteren: het vrij verkeer van goederen, van personen, van kapitaal of van diensten en de vrijheid van vestiging. De nationale wetgevers kunnen door de Europese regels ook bepaalde vormen van discriminatie (op grond van nationaliteit of geslacht bijvoorbeeld) niet meer in hun normen opnemen. Aanvankelijk leek het of de Europese regels gewoon een nieuwe variant van het klassiek internationaal publiekrecht waren, dat wil zeggen juridisch bindende, onderlinge afspraken tussen soevereine staten. Voor een individu leverde dat slechts de rechtsbescherming op die de nationale wetgever hem wilde toekennen, wanneer die de verdragsrechtelijke verplichtingen in nationale wetten omzette.

RECHTSTREEKSE WERKING- Een cruciale ommeslag kwam er in de jaren zestig en zeventig toen de rechtspraak besloot dat individuen uit sommige internationaalrechtelijke bepalingen rechtstreeks rechten konden putten. De rechter moest daaraan dan voorrang geven boven eventueel strijdige nationale wetten. Dat betekende het doodvonnis voor de negentiende-eeuwse idee van suprematie en absolute soevereiniteit van de nationale wetgever. Terwijl vooral de rechtspraak van het Hof van Justitie van bovenuit knaagde aan de nationale almacht, werd die in België ook van onderuit (door de verschillende gemeenschappen) gecontesteerd. Uiteindelijk heeft de Belgische grondwetgever gekozen voor de soevereiniteit te "verdelen" tussen deelstaten en federatie, het einde van het vroegere dogma van absolute macht voor de nationale wetgever. Vandaag de dag mag de wet dus niet langer blind worden toegepast, vaak moet zij nog eens getoetst worden aan "hogere" regels, zoals de Grondwet.

VERBINTENIS VAN DE STAAT- Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens heeft de strafrechtspraktijk in België beïnvloed op een manier die de Vaders van dat Verdrag bij de ondertekening in 1950 waarschijnlijk niet hadden durven dromen. Het Verdrag is immers tot stand gekomen vanuit de bekommernis om een herhaling te voorkomen van wat in fascistisch Europa en vooral in nazi-Duitsland was gebeurd. De beginselen van de nationale soevereiniteit en niet-inmenging in interne aangelegenheden hadden ertoe bijgedragen dat een staat binnen zijn eigen

nationaal rechtssysteem de “mensonwaardige” behandeling van grote bevolkingsgroepen had georganiseerd. Het E.V.R.M. bouwde in zijn oorsprong eigenlijk voort op een klassiek beginsel uit het internationaal publiek recht, dat van diplomatieke bescherming. Dat laat een staat toe zijn eigen onderdanen bij te staan bij een geschil met een buitenlandse overheid. De les na de Tweede Wereldoorlog was dat burgers ook tegen hun eigen overheid moesten worden beschermd. Het E.V.R.M. gaf de Lidstaten van de Raad van Europa de kans om ook de burgers van andere Lidstaten “diplomatiek” te beschermen. De Lidstaten verbonden zich onderling de grondrechten te respecteren. De schending van de rechten van een eigen onderdaan is meteen ook een inbreuk op het internationaal publiekrecht, waarvoor men door andere staten kan worden aangesproken. De organisatie die schendingen moest verwerken, hechtte conform de logica van het systeem veel belang aan politieke onderhandelingen als uitweg uit het conflict. Zo werden oplossingen in de eerste plaats gezocht in onderhandelingen achter gesloten deuren tussen ambtenaren of in een zogenaamd Comité van ministers. Regeringen konden ook steeds een “blamage” vermijden door met de klager een minnelijke schikking te sluiten. Slechts in laatste instantie en slechts indien de staat zich daartoe had verbonden, kon zaak voor een internationale rechterlijke instantie komen. De West-Europese liberale democratieën wilden bij de ondertekening van het Verdrag vooral een symbolisch gebaar stellen. Zij leken er toen nog van uit te gaan dat hun eigen wetgevingen volledig in overeenstemming waren met dat E.V.R.M.. Dit Verdrag zou er wel toe kunnen bijdragen dat dit ook in de toekomst ook zo zou blijven¹⁰⁰⁸.

INDIVIDUELE KLACHTEN- Slechts in een klein aantal gevallen waren het Lidstaten die procedures begonnen wegens inbreuken op het E.V.R.M. door andere Lidstaten. Het respect voor de mensenrechten was immers slechts een van de vele belangen die de relaties tussen twee staten en hun regeringen bepaalden. Tenzij daar uitzonderlijke binnenlandse redenen voor bestonden, aarzelden staten overeenkomstig het beginsel van niet-inmenging om mekaar aan te klagen voor een “interne” zaak van grondrechten. Dat het E.V.R.M. uiteindelijk toch een onverhoopt succes kende, was dan ook het gevolg van de mogelijkheid die sommige staten aan individuen hebben toegekend om persoonlijk klacht in te dienen en hun *a priori*-aanvaarding van de bevoegdheid van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om zulke klachten te behandelen. Het ging om een gestaag proces dat

¹⁰⁰⁸ MYER, E., “Nu toch maar in de revisie?”, *NJCM-Bulletin* 1998, 13.

uiteindelijk zijn bekroning heeft gevonden in het Elfde Protocol bij het E.V.R.M.¹⁰⁰⁹ Het Hof voor de Rechten van de Mens dat de organisatie van het toezicht op de naleving van het E.V.R.M. grondig heeft hervormd. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is nu een permanent rechtscollege dat dag in dag uit massa's klachten van individuele burgers behandelt. Het individueel klachtrecht en de *a priori*-aanvaarding van de rechtsmacht van het Hof zijn nu eigenlijk de regel¹⁰¹⁰. De procedure voor het onafhankelijke Europese Hof heeft de afwikkeling achter gesloten deuren op het politiek niveau van het Comité van Ministers definitief verdrongen. Daarenboven hebben nationale rechtscolleges in sommige Lidstaten aan de meeste inhoudelijke bepalingen van het E.V.R.M. rechtstreekse werking toegekend, zodat zij ermee strijdige nationale regels en wetten opzij kunnen zetten. Het gevolg daarvan is dat het E.V.R.M. meer en meer als een soort "*Bill of Rights*", een extra hoofdstuk van de nationale grondwet, wordt behandeld. Strafrecht en – nog veel meer – strafprocedurerecht ondergaan een belangrijk proces van "constitutionalisering". Het valt daarbij ook op dat *supranationale* en internationale rechtscolleges zoals het Hof voor de Rechten van de Mens (Raad van Europa), maar ook het Hof van Justitie (Europese Unie), zichzelf meer en meer gaan gedragen als een soort "Grondwettelijke Hoven", *Supreme Courts*. Dat heeft vanuit een standpunt van rechtsbescherming een aantal onmiskenbare voordelen. In België wordt relatief weinig stilgestaan bij de politieke en juridische gevaren van deze belangrijke machtsverschuiving.

"STORENDE" GRONDRECHTEN- De opkomst van de grondrechten heeft het evenwicht tussen maatschappelijke en individuele belangen dat de klassieke wetgever meende te hebben geschapen, behoorlijk verstoord. De keuzes van de nationale wetgever verliezen hun "vanzelfsprekendheid" en worden vanuit het grondrechtelijk perspectief voortdurend in vraag gesteld. Vooral tijdens de laatste twee decennia is het Hof voor de Rechten van de Mens zich steeds actiever gaan opstellen en heeft het aan vele bepalingen van het E.V.R.M. een reikwijdte gegeven die niet zomaar uit de verdragstekst af te leiden viel. Daarbij is het belangrijk dat het Verdrag en vooral het Hof veel belang hechten aan formele wetten als bron van rechtszekerheid en aan rechterlijke controle. De illusie bij de ondertekening, dat er in landen als België vanuit E.V.R.M.-perspectief geen vuiltje aan de lucht was, zijn we inmiddels al lang kwijt. Met de regelmaat van de klok heeft het Hof ons land

¹⁰⁰⁹ ETS nr.155.

veroordeeld wegens schending van de door het Verdrag verzekerde rechten van de mens. Daarenboven zal de verdediging in Belgische strafzaken vaak ook aan Straatsburgse veroordelingen van andere Lidstaten argumenten kunnen ontleen die de bewegingsvrijheid van de Belgische rechtshandhaving aan banden leggen. Tenslotte zal vanuit het E.V.R.M. en de arresten van het Hof voor de Rechten van de Mens niet zelden een impuls uitgaan tot het uitwerken of aanpassen van nationale wetten inzake gevoelige thema's. Door zich te beroepen op het Internationaal Verdrag over Burgerlijke en Politieke Rechten kunnen eventuele leemten in het E.V.R.M. opgevuld worden. Tenslotte heeft het Europees Hof van Justitie onder druk van de grondwettelijke hoven van de Lidstaten de taak op zich genomen om ook te waken over de grondrechten. In de Verdragen van Maastricht en Amsterdam bevestigde de Europese Unie het belang van de grondrechten nog eens uitdrukkelijk in art.6 EUV (ex art. F)¹⁰¹¹. Het op de top van Nice in 2000 plechtig ondertekende "Handvest van Grondrechten" heeft dan wel niet officieel de status van verdrag, door het koppelen aan art. 6 EUV kan het in de praktijk hetzelfde effect krijgen. Al deze grondrechten, waarop ook personen die betrokken zijn in een strafprocedure zich kunnen beroepen, beperken de mogelijkheden van politie en gerecht. Daarenboven dwingen zij de moderne wetgever tot een formele regeling van situaties en praktijken waarmee de klassieke wetgever zich niet wilde moeien. Wie zich met de handhaving van het strafrecht bezig houdt, wijst er vaak op dat de verzekering van sommige grondrechten een rem zet op de aanpak van criminaliteit in het algemeen en van georganiseerde criminaliteit in het bijzonder. De georganiseerde criminaliteit tracht de overheid te vloeren met diens eigen middelen, dat wil zeggen dat zij op gewiekste manier van haar rechten gebruik (volgens tegenstrevers misbruik) maakt om de overheid te dwarsbomen wanneer die haar activiteiten tracht te kortwieken. Het resultaat is dat de "nieuwe" grondrechten de klassieke "mogelijkheden" beperken.

¹⁰¹⁰ Art.34 E.V.R.M., voor de aanvaardingsverklaringen van de Lidstaten: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/005-1.htm>

¹⁰¹¹ Art.6 (ex art. F): "1.De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben. 2.De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekend Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van gemeenschapsrecht". Als uitdrukking van de beginselen die de lidstaten gemeen hebben en van gemeenschappelijke constitutionele tradities, zal het Handvest natuurlijk uitermate belangrijk zijn in de praktijk.

1.2. Artt.3 en 5 E.V.R.M. als beperking van de "klassieke opsporingsmethoden"

FOLTERVERBOD- In de klassieke opsporing speelden getuigenverklaringen en bekentenissen een erg belangrijke rol, zodat de druk op politie en gerecht om ze te bekomen, groot was. Bij onwillige verdachten of getuigen kon de vrijheidsberoving en het ermee verbonden isolement daartoe een belangrijk middel zijn. Het ging om een zware dwangmaatregel die vooral op niet zo geharde criminelen (zoals de zogenaamde contacten in de bovenwereld) diepe indruk kon maken. De lamentabele omstandigheden waarin de vrijheidsberoving plaatshad, droegen daar dikwijls nog toe bij. De speurders konden soms in de verleiding komen de voorlopige hechtenis tegen hen als drukkingsmiddel te gebruiken. Geharde criminelen werkten echter op geen enkele manier mee, zelfs niet wanneer ze werden gevangengezet. Vandaar dat politie en gerecht de druk moesten opvoeren. Er zijn gevallen bekend waarin ze dat deden met fysieke mishandeling, die weliswaar strafbaar was, maar door de gevangene vaak uiterst moeilijk kon worden bewezen. De bekende klap met het telefoonboek op het hoofd van de verdachte, het onderdompelen van zijn hoofd in water of het plaatsen van een plastic zak op zijn hoofd: vaak lieten zij geen ondubbelzinnige, blijvende lichamelijke sporen na. Naast dit rechtstreeks en klaarblijkelijk onwettig geweld werd soms ook getracht de weerstand van de verdachte psychologisch te breken zonder dat daarbij steeds een formele wet werd geschonden: door het onthouden van slaap, het creëren van angst over het lot van familieleden of allerlei vormen van vernedering. Een moderne rechtsstaat kan dergelijke praktijken niet dulden. Vandaar dat art.3 E.V.R.M. foltering, maar ook minder verregaande vormen van onmenselijke of vernederende behandeling verbiedt¹⁰¹². Er zijn geen uitzonderingen mogelijk, zelfs niet bij een maatschappelijke noodtoestand¹⁰¹³. Het Hof voor de Rechten van de Mens heeft al herhaaldelijk West-Europese landen veroordeeld omdat zij tekort zijn geschoten in hun verplichtingen onder art.3 E.V.R.M.¹⁰¹⁴. Aan de kwetsuur bij iemand die op het moment van vrijheidsberoving niet gehavend was, verbindt het Hof een weerlegbaar vermoeden

¹⁰¹² Art. 3 E.V.R.M.: "*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*"

¹⁰¹³ Art.15 E.V.R.M. dat uitzonderingen inzake mensenrechten toelaat in situaties van oorlog of noodtoestand kan niet gelden voor het in art.3 vastgelegde recht.

¹⁰¹⁴ Cfr. Hof Mensenrechten 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, vol.25 over sommige Britse ondervragingstechnieken en de behandeling van verdachten bij de terrorismebestrijding in Noord-Ierland.

van een aan de overheid verwijtbare mishandeling¹⁰¹⁵. Als aanvulling op dit art.3 E.V.R.M. (dat slechts achteraf enig soelaas kan brengen), heeft de Raad van Europa met een apart verdrag tegen foltering een regime ingesteld dat mistoestanden moet helpen voorkomen¹⁰¹⁶. Daartoe voeren de onafhankelijke deskundigen van het Europees Comité ter voorkoming van Foltering grondig voorbereide inspectiebezoeken uit aan plaatsen in de Lidstaten waar mensen van hun vrijheid beroofd zijn¹⁰¹⁷. Zowel in de rechtspraak van het Hof voor de Rechten van de Mens als in de verslagen van dit Comité ter voorkoming van Foltering¹⁰¹⁸ wijst men op enkele maatregelen waarmee staten het risico op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling van verdachten kunnen helpen voorkomen. Zo beklemtoont men dat het belangrijk is dat verdachten vlug voor een rechter worden gebracht en dat ook daarna een onafhankelijk rechter blijft toekijken op het voortduren van de vrijheidsberoving. Een andere vorm van controle is dat de van zijn vrijheid beroofde persoon zo vlug en zo ruim mogelijk contact moet kunnen hebben met een raadsman en/of een arts. Overigens bekrachtigde België in 1999 ook een onder de vleugels van de Verenigde Naties gesloten verdrag tegen foltering, dat ons land al in 1985 had ondertekend¹⁰¹⁹.

RECHT OP BEWEGINGSVRIJHEID- Art.5 E.V.R.M. bepaalt dat eenieder recht heeft op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Niemand mag van zijn vrijheid worden beroofd, behalve in een reeks limitatief opgenoemde gevallen en langs wettelijke weg¹⁰²⁰. Weliswaar geeft art.5 de nationale overheid nog behoorlijk wat marge. Het staat vrijheidsberoving toe van iemand die op rechtmatige wijze is gearresteerd of gevangen gehouden teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, "*wanneer redelijke termen aanwezig zijn om te vermoeden dat hij een strafbaar feit heeft begaan of indien er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan*". Wanneer de voorhechtenis aansleept, moet de rechter (in

¹⁰¹⁵ Hof Mensenrechten 27 augustus 1992 Tomasi t. Frankrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, 241-A.

¹⁰¹⁶ Verdrag van Straatsburg van 26 november 1987 ter voorkoming van foltering, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing, *ETS* nr.126 ; <http://www.cpt.coe.int/en/refdocs/ecpt.htm>

¹⁰¹⁷ Voor het verslag van het inspectiebezoek aan België: <http://www.cpt.coe.int/en/states/bel.htm> .

¹⁰¹⁸ <http://www.cpt.coe.int/en/docsannual.htm> .

¹⁰¹⁹ Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing, *B.S.* 28 oktober 1999.

¹⁰²⁰ KOHL, A., "Implications de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme en procédure pénale", *J.T.* 1989, 485-496 en 505-511.

België de onderzoeksgerechten) op regelmatige tijdstippen nagaan of de hechtenis nog verantwoord blijft. Niettemin kampte België met het probleem dat een groeiend aantal mensen voor steeds langere tijd in voorlopige hechtenis kwam te zitten in steeds krupper wordende gevangenissen¹⁰²¹. Art.5 legitimeert trouwens ook de vrijheidsberoving als maatschappelijke verweermaatregel tegen leden van bepaalde groepen die een gevaar uitmaken voor die maatschappij. Het stelt daaraan echter voorwaarden, waaraan volgens het Hof voor de Rechten van de Mens de oude Belgische wetgeving op landlopers niet voldeed¹⁰²².

WEERSLAG OP BELGISCH RECHT- Die veroordeling van België in 1982 voegde zich bij de in eigen land al lang bestaande kritiek en heeft uiteindelijk geleid tot de afschaffing van de wetgeving op de landloperij¹⁰²³. Ook specifieke bepalingen over landlopers in het Strafwetboek werden geschrapt¹⁰²⁴. Weinigen treuren om het verdwijnen van een regeling die als voorbijgestreefd gold in een Europa dat binnen zijn grenzen met het vrij verkeer van personen, de vrije vestiging en dienstverlening zelfs een soort modern zwerven aanmoedigt. Formeel verdween daarmee de idee van een gevaarlijke *categorie binnen de bevolking* dus uit de Belgische wetgeving (een verschil met bijvoorbeeld Italië, *infra* Deel V, Hoofdstuk 3). In principe gebeurt de controle van "gevaarlijkheid" voor de maatschappij nu *strikt individueel*, al is de gedachte van "gevaarlijke groepen" met het sociaal verweer tegen bepaalde seksuele delinquenten misschien wel in een andere gedaante weer opgedoken. Ook voor de totstandkoming van de Wet van 1990 op de voorlopige hechtenis ging een onmiskenbare invloed uit van art.3 en art.5 E.V.R.M.. Een Assisenproces en het eerste parlementair onderzoek over de overvallen van de Bende van Nijvel hadden duidelijk gemaakt dat een aantal verdachten in deze zaak fysiek en/of psychologisch waren mishandeld tijdens de voorlopige hechtenis of het verhoor door de politie¹⁰²⁵. Samen met de overbevolking van de gevangenissen, die een publiek thema wordt naar aanleiding van de mediabehandeling van het Heizelproces¹⁰²⁶ en de

¹⁰²¹ Zoals iedereen heeft ook een persoon die van zijn vrijheid is beroofd op verdenking van een misdrijf, op grond van art.6 E.V.R.M. (*infra*) recht op de behandeling van zijn strafzaak binnen een redelijke termijn.

¹⁰²² Hof Mensenrechten 24 juni 1982 Van Droogenbroeck t. België, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.50.

¹⁰²³ Wet 17 juli 1990 tot wijziging van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers, *B.S.* 9 augustus 1990.

¹⁰²⁴ Art.28 wet 12 januari 1993 schrapt artt.342-347 Sw.

¹⁰²⁵ FIJNAUT, C. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 109.

¹⁰²⁶ Britse persartikels schetsten een zeer pijnlijk beeld van de situatie in een aantal Belgische gevangenissen naar aanleiding van de uitleveringsprocedures die de Britse hooligans te wachten stonden wegens hun aandeel in het Heizeldrama. In een reactie hierop gaf de

gevangenisrelen, leidt deze vaststelling tot de Wet op de voorlopige hechtenis van 1990. Bij de redactie van die Wet staan het E.V.R.M. en de interpretatie ervan door de Straatsburgse instellingen voortdurend op de voorgrond. Toegang tot het strafdossier is een noodzakelijke voorwaarde voor de aangehouden verdachte om zijn grondrechten zinvol te verdedigen. Vanaf de aanhouding van een verdachte, wordt het geheim van het onderzoek dan ook aanzienlijk gerelativeerd. Wanneer die verdachte deel uitmaakt van een criminele organisatie, kan hij dus alle in het dossier aanwezige gegevens doorbrieven aan zijn medestanders. De meeste waarnemers beschouwden de nieuwe wet bij haar invoering in 1990 als een goed en evenwichtig instrument. Tien jaar later blijft het de vraag of zij de verwachtingen van haar auteurs in de praktijk heeft kunnen inlossen.

NADEEL VOOR SPEURDERS- Toch beknot de wet de vrijheid van de politie en gerecht onvermijdelijk. De periode dat een verdachte kan worden afgezonderd van de buitenwereld is gevoelig gekrompen. Het contactverbod met de buitenwereld duurt hooguit drie dagen en dan nog zal zijn raadsman hem al eerder kunnen bijstaan (*infra*, 1.3.)¹⁰²⁷. Het gevaar van psychologische of fysieke mishandeling van de verdachte door de ondervragers verkleint daardoor. Voor de speurders zit daar natuurlijk een keerzijde aan. Eerst en vooral zal de verdachte de rest van de organisatie kunnen waarschuwen. Dat heeft tot gevolg dat die geplande misdrijven kan afblazen, sporen en bewijsmateriaal vernietigen, druk uitoefenen op getuigen, verklaringen afspreken en instuderen of op zoek gaan naar de bron van mogelijke lekken in de organisatie. Daarnaast zullen kleine verhoortruuks zoals liegen tijdens de ondervraging over het lot of de reactie van mededaders of de rest van de organisatie zo goed als kansloos zijn. Nog moeilijker wordt het om de verdachte te overhalen om de kant van de rechtshandhaving te kiezen, als spijtoptant of informant (*infra*, Deel IV). Dat zal slechts kunnen wanneer men het individu voor enige tijd kan isoleren van de rest van de organisatie en de ondervrager al over voldoende basisinformatie beschikt. Niet zelden zal de organisatie de raadsman betalen of sturen, eventueel onrechtstreeks via de familie van de aangehouden persoon. Om

Belgische regering een rondleiding in de "keurige" cellen waar de Britten zouden worden ondergebracht. Wanneer de gedetineerden in andere Belgische gevangenissen zoals die van Vorst en Sint-Gillis de beelden van die "luxeverblijven" te zien kregen, braken er rellen uit.¹⁰²⁷ Art.20 Wet Voorlopige Hechtenis: " *Onmiddellijk na het eerste verhoor kan de verdachte vrij verkeer hebben met zijn advocaat. Wanneer zulks voor het onderzoek noodzakelijk is, kan de rechter het vrije verkeer met andere personen dan de advocaat verbieden. Hij geeft te dien einde een met redenen omklede beschikking, die zal worden overgeschreven in het register van de gevangenis. Het verbod geldt ten hoogste voor drie dagen na het eerste verhoor. Het kan niet worden vernieuwd.*"

de zwijgzaamheid van de aangehouden en te verkrijgen, zullen ook bezoekers zowel steun toezeggen aan de verdachte als hem inlichten over de risico's die hij loopt wanneer hij zijn mond voorbij praat.

MEER GEREGELD ONDERZOEK- De Straatsburgse (en grondwettelijke) nadruk op de vereiste van een wettelijke basis voor de beperking van grondrechten heeft mee bijgedragen tot de Wet op het Politieambt in 1992¹⁰²⁸. De (bestuurlijke) aanhouding moet een wettelijke basis en regeling krijgen, net zoals een aantal andere dwangmaatregelen die onmisbaar zijn voor het dagdagelijks politiewerk, zoals de fouille of andere vormen van zoekingen. Het ging in 1992 om een van de eerste gedetailleerde wettelijke regelingen van hoe de politie moest optreden. In 1998 kreeg deze wet met de zogenaamde Wet Franchimont een aanvulling voor het gerechtelijk politiewerk. Die voerde bijvoorbeeld enkele basisregels in voor het verhoor (art. 47bis Sv.)¹⁰²⁹, wat volledig in de lijn lag van de meer algemene trend tot formalisering van het vooronderzoek.

NUANCE- Art. 6 (1) E.V.R.M. geeft de verdachte recht op een proces binnen een redelijke termijn, maar ook onder art.5 E.V.R.M. wordt de langdurige vrijheidsberoving tijdens het vooronderzoek problematisch. Een staat die al te veel treuzelt, riskeert een veroordeling in Straatsburg. Toch toont het Europees Hof voor de Rechten van Mens begrip voor de moeilijkheden voor de rechtshandhaving. Of een termijn nog redelijk is, hangt af van allerlei elementen¹⁰³⁰. Het Hof erkent dat de ingewikkeldheid van het onderzoek een langere voorhechtenis kan verantwoorden. In de zaak Van der Tang¹⁰³¹ ging het om een vrij eenvoudige, uitgemaakte zaak van een Nederlandse vrachtwagenchauffeur die in Noord-Spanje gevat werd met een lading drugs. Het onderzoek tegen de man werd echter toegevoegd aan een nationaal mega-onderzoek tegen de meest beruchte drughandelorganisaties van het land, operatie Nécora geheten. Het ging op dat moment om het grootste gerechtelijk onderzoek in de Spaanse geschiedenis, gericht tegen enkele groepen die van de Noord-Westelijke kustregio Galicië één van de belangrijkste invoerroutes van drugs in Europa hebben gemaakt. De loutere toevoeging van het kleine aan het grote dossier heeft voor Van der Tang tot gevolg dat zijn voorhechtenis twee jaar langer duurt. Het Hof bracht begrip op voor het standpunt van Spanje, dat ingewikkelde

¹⁰²⁸ Art. 14-44 wet 5 augustus 1992, B.S. 22 december 1992, sindsdien herhaaldelijk gewijzigd.

¹⁰²⁹ Art.47bis Sv., ingevoerd door art.8 van de wet van 12 maart 1998.

¹⁰³⁰ VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering, op.cit.*, 590-595.

onderzoeken tegen zeer grootschalige en professionele drugscriminaliteit waarin veel meer informatie moest worden verwerkt en gecontroleerd nu eenmaal meer tijd vroegen en de twee jaar vertraging door koppeling aan het mega-onderzoek niet onredelijk was. Ook Italië, dat talloze keren tegen de Straatsburgse lamp is gelopen in redelijketermijnzaken, ontsnapte aan een veroordeling in de zaak Contrada¹⁰³². De man in kwestie was met zijn topfunctie binnen de geheime dienst in Palermo één van de belangrijkste figuren van de maffiabestrijding in heel Italië. Doch aan het eind van 1992 werd hij op basis van verklaringen van spijtoptanten gearresteerd op verdenking van maffiaconnecties. Toen hij vijf jaar daarna nog steeds in voorlopige hechtenis zat, besloot hij Italië in Straatsburg aan te klagen. Het Hof wees erop dat de voortdurende vrijheidsberoving door de E.V.R.M.-beugel kon, onder meer omdat het natrekken van de verklaringen van spijtoptanten een moeilijke en tijdrovende taak was. Tenslotte zal het Hof ook nagaan welke houding de verdediging tijdens de procedure heeft ingenomen. Wanneer, en dat gebeurt bij georganiseerde criminaliteit wel meer, die verdediging zelf tegenwerkt of zelf vertraging veroorzaakt, zal zij zich met minder kans op succes zal kunnen beroepen op onredelijkheid van de termijn.

1.3. Art.6 E.V.R.M. als beperking van de klassieke “mogelijkheden”¹⁰³³

1.3.1. Vooronderzoek wordt probleem

EERLIJK PROCES- Misschien wel het belangrijkste voor de nationale strafprocedures is art.6 E.V.R.M.. Het eerste lid bevat een algemene bepaling die niet beperkt is tot strafprocessen: “*Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij wet is ingesteld.*” Deze algemene regel vult het verdrag aan met een reeks van uitdrukkelijke rechten die iemand krijgt die het voorwerp is van een strafzaak¹⁰³⁴:

¹⁰³¹ Hof Mensenrechten 13 juli 1995, Van der Tang t. Spanje, Série A, nr.321.

¹⁰³² Hof Mensenrechten 24 augustus 1998 Contrada tegen Italië, nr.27141.

¹⁰³³ VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering, op.cit.*, 1999, 615 e.v.; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 651 e.v.

¹⁰³⁴ Art.6, 2 E.V.R.M.: “*Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.*”; art.6, 3. E.V.R.M.: “*Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten: (a) onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging; (b) te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging; (c) zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij*

informatie over de aanklacht, voorbereiding van een verweer, rechtsbijstand, oproeping van en confrontatie met getuigen en bijstand van een tolk. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voelt zich niet gebonden door de kwalificatie die het recht van een lidstaat aan een procedure geeft, maar gaat op basis van haar eigen criteria na of er sprake is van strafvervolging¹⁰³⁵. Dat betekent dat sommige sanctieprocedures die naar nationaal recht bestuursrechtelijk¹⁰³⁶, fiscaal¹⁰³⁷ of tuchtrechtelijk¹⁰³⁸ van aard zijn, niet alleen aan de vereisten van het art.6,1 maar ook aan de bepalingen van art.6, 2 en 3 E.V.R.M. moeten voldoen.

VAN EERLIJK PROCES NAAR EERLIJKE PROCEDURE- In het verlengde van de klassieke visie op de strafprocedure heeft het E.V.R.M. het zelf over het "eerlijk proces". Het spreekt dus niet uitdrukkelijk over het vooronderzoek. Weliswaar gelden in dat vooronderzoek wel andere E.V.R.M.-artikelen zoals art.3 en 5. Het Hof voor de Rechten van de Mens heeft evenwel gezien dat het strafproces-in-enge-zin onlosmakelijk vastzit aan het voorafgaand onderzoek, dat in verhouding tot het onderzoek ter zitting meer en meer aan belang heeft gewonnen¹⁰³⁹. Het is evenwel niet de bedoeling om alle regels van art. 6 E.V.R.M. meteen ook op het vooronderzoek toe te passen. Dat zou het einde betekenen van de geheime en niet-tegensprekelijke inquisitoire procedure van talloze landen¹⁰⁴⁰. Vandaar dat het Hof de procedure als een geheel bekijkt. Een aantal rechten uit de procesfase werpen bij wijze van spreken hun schaduw vooruit op het onderzoek. Sommige feiten uit het vooronderzoek kunnen de verdere zaak dermate beïnvloeden dat zij "onherstelbaar" zijn: de procedure als geheel kon nooit eerlijk zijn¹⁰⁴¹. Op minder ernstige fouten kan achteraf nog gepast worden gereageerd, zodat het proces als geheel wel eerlijk is en voldoet aan de vereisten van art.6 E.V.R.M.. De rechten van de verdediging, en dan

niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen; (d) de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge; (e) zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt."

¹⁰³⁵ Hof Mensenrechten 8 juni 1976, Engel t. Nederland, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.22.

¹⁰³⁶ Hof Mensenrechten 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.73.

¹⁰³⁷ Hof Mensenrechten 24 februari 1994, Bendenoun t. Frankrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.248.

¹⁰³⁸ Hof Mensenrechten 10 februari 1983, Albert en Lecompte t. België, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.58.

¹⁰³⁹ Hof Mensenrechten 24 november 1993, Imbroscia t. Zwitserland, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.275.

¹⁰⁴⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 639.

¹⁰⁴¹ Commissie Mensenrechten 4 juli 1983, H t. Verenigd Koninkrijk, *D.R.*, vol.33;

vooral de tegenspraak van de door de vervolgende instantie aangebrachte elementen, speelt daarin een cruciale rol. De Belgische Wet van 12 maart 1998 waarbij het vooronderzoek werd hervormd, heeft de rechten van verdachte en slachtoffer in die eerste fase van de procedure behoorlijk uitgebreid.

1.3.2. Twijfel onpartijdigheid

ONPARTIJDIGHEID IN TWIJFEL- Het E.V.R.M. vormt een experimentele, en daarom uitermate interessante, mengeling van elementen uit de inquisitoire en accusatoire tradities. Voor landen als België heeft dat tot gevolg dat tegenspraak van de verdediging tegenover handelingen van de overheid die het strafrecht handhaaft, aan belang heeft gewonnen. Conform de Angelsaksische traditie, en met de totalitaire wanpraktijken nog vers in het geheugen, klinkt in het verdrag een zeker wantrouwen tegenover de overheid door. De formele opdracht tot onpartijdigheid die politie, Openbaar Ministerie en onderzoeksrechter naar Belgisch recht mogelijks hebben, overtuigt het Hof voor de Rechten van de Mens niet. Het gelooft ook niet dat de politie slechts uitvoert wat het Openbaar Ministerie bedenkt of beveelt. Het heeft daarin natuurlijk gelijk. In vergelijking met de “klassieke” tijden is de politie waarschijnlijk de instelling die het meest is veranderd¹⁰⁴². Hoewel de situatie nog niet vergelijkbaar is met die in het Verenigd Koninkrijk of Ierland, zal het groter aandeel van de politie in het onderzoek in combinatie met een ondergeschiktheid aan

¹⁰⁴² De negentiende-eeuwse rijkswacht en gemeentepolitie bleken noch de opleiding noch de ambitie te hebben om de toenemende lasten van het gerechtelijk onderzoek mee te helpen dragen. De onafhankelijkheid van de rijkswacht (die onder het bevel van de eigen generaals en van de Minister van Oorlog staat) en de gemeentepolitie onder het bevel van de burgemeester, frustreert de magistratuur.

Vandaar dat het parket decennialang heeft gepleit voor “eigen” speurders in een “eigen” gerechtelijke politiedienst. De weerstand tegen een “gevaarlijke” staatspolitie heeft ervoor gezorgd dat zij die niet kregen tot na de Eerste Wereldoorlog. De regering gebruikt een noodtoestandsargument, dat van bendes die het kapotgeschoten land onveilig maakten, om het taboe van decennia te doorbreken. Na een debat dat in elke kamer van het parlement één dag in beslag neemt, ziet de gerechtelijke politie bij de parketten het levenslicht. Dat deze politie ook gerechtelijk speurwerk naar staatsgevaarlijke mensen, zoals bolsjewieken, anarchisten of flaminganten kan voeren, heeft waarschijnlijk ook meegespeeld. Het vasthechten van de dienst aan de lokale parketten moest vermijden dat hij tot een “tsaristische” geheime politie in handen van de regering zou uitgroeien. Sinds 1919 in het politielandschap echter verregaand veranderd: de verschillende politiediensten zijn aanzienlijk gegroeid en geprofessionaliseerd. De rijkswacht gaat zich na de Tweede Wereldoorlog met zijn BOB's meer en meer toeleggen op het gerechtelijk politiewerk en komt daarmee in het vaarwater van de GPP. De organisatorische zwakte en de band met het parket die meer en meer als te strakke halsband gaat functioneren, leiden tot een toenemende marginalisering van de GPP. Uiteindelijk moet de grote politiehervorming tot de fameuze integratie op twee niveaus leiden. De magistratuur is in verhouding veel minder geëvolueerd. Dat heeft tot gevolg dat politiemensen niet alleen een groter deel van het onderzoekswerk op zich nemen, maar ook dat zij meer autonomie verwerven. Vele magistraten slagen er niet in het onderzoekswerk werkelijk te leiden of zelfs niet om het gewoonweg te controleren.

de uitvoerende macht dat onderzoek “partijdiger” maken¹⁰⁴³. Dat het Openbaar Ministerie de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het werk moet opnemen, kan daaraan niet verhelpen. Ook de leden van het parket zijn vanwege hun verhouding tot de uitvoerende macht onvoldoende onafhankelijk, hun statuut is volgens het Hof onvoldoende “magistratelijk” om de controlefuncties uit te oefenen waarvoor E.V.R.M. of Hof op een “rechter” vertrouwen. Vanwege de rol die zij spelen in de opsporing, vervolging of bestraffing van misdrijven zijn politie en, niettegenstaande zijn magistratelijk statuut, het Openbaar Ministerie natuurlijke tegenstrevers van de verdachte of vervolgte persoon¹⁰⁴⁴. Zelfs de onderzoeksrechter, wiens onafhankelijkheid en onpartijdigheid in ons systeem nu net als garantie voor het respect van de grondrechten gelden, is vanuit het standpunt van de verdachte geen onbeschreven blad. In het licht van de Straatsburgse rechtspraak moet wie als onderzoeksrechter in een zaak is opgetreden, daarom worden geweerd uit de vonnisgerechten die de zaak verder zullen afhandelen¹⁰⁴⁵. Art.6 is immers niet alleen geschonden wanneer een rechter zich werkelijk vooringenomen toont, er mag zelfs geen schijn van partijdigheid zijn. Volgens het Hof voor de Rechten van de Mens kan de tegenspraak die de “partijdigheid” van de onderzoekers moet compenseren op om het even welk moment in de procedure plaatsvinden. De wet *Franchimont* van 12 maart 1998 bezegelde in België het toegenomen belang van het vooronderzoek. Ze heeft het opsporingsonderzoek eindelijk van een wettelijke basis voorzien (art.28bis e.v. Sv.) en vervolgens vooral het gerechtelijk onderzoek “gemoderniseerd”. Met deze wet koos de Belgische wetgever voor meer tegensprekelijkheid in gerechtelijk onderzoek, eerder dan het onderzoek ter terechtzitting opnieuw meer prominentie te geven ten nadele van dat vooronderzoek. Enkel het opsporingsonderzoek is nu nog “volledig inquisitoir”¹⁰⁴⁶.

1.3.3. Meer openheid in vooronderzoek

OPENHEID VERGROOT- Tegenspraak en een echte controle door de verdediging op de stellingen van de politie en het parket kunnen pas zinvol gebeuren, wanneer die verdediging weet op welke elementen en argumenten ze moet antwoorden. Zij

¹⁰⁴³ Hof Mensenrechten 23 april 1997, Van Mechelen t. Nederland, *Publ.E.C.H.R.*, 1997-III, 691.

¹⁰⁴⁴ Dat geldt zelfs voor het parket bij het Hof van Cassatie, hoewel dat noch bij onderzoek, noch bij vervolging betrokken is en het het Hof louter over juridische thema's adviseert. (Hof Mensenrechten 30 oktober 1991 Borgers t. België, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.214).

¹⁰⁴⁵ Cass. 23 januari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, nr.302, *R.W.* 1984-85, 2943, noot B.MAES.

¹⁰⁴⁶ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 729.

heeft recht op informatie (art.6, 3 (a))¹⁰⁴⁷. Dat betekent dat zij toegang moet krijgen tot het dossier. Het spreekt vanzelf dat deze toegang nodig is ter voorbereiding van het uiteindelijke proces. Doch ook om na te gaan of de aanhouding of de verlenging van de voorlopige hechtenis aan de door art.5 E.V.R.M. vereiste wettigheidseis (blijven) voldoen, moet de verdediging het dossier kunnen inkijken (*supra*). De wet Franchimont nam het geheim van het vooronderzoek voor het eerst uitdrukkelijk op in de wet, maar breidde het tegelijkertijd voor het gerechtelijk onderzoek¹⁰⁴⁸ de toegang tot het dossier dermate uit dat het woord “geheim” in belangrijke of gevoelige zaken totaal misplaatst is. Vanzelfsprekend had de wetgever goede redenen om ook de niet-aangehouden verdachte en het slachtoffer eerder toegang te geven tot het dossier. Dat neemt niet weg dat het (beweerde) slachtoffer zelf niet altijd “onschuldig” zal zijn en dat de verschillende partijen uit hun aard tegenstrijdige belangen hebben. Het uitlekken van elementen uit het dossier is dan ook bijna onvermijdelijk wel in iemands voordeel. Al verbieden deontologie of strafwet het, meestal zal het moeilijk tot onmogelijk zijn de persoon die verantwoordelijk is voor het lek te betrappen of op een andere manier bewijzen tegen hem te vinden. In Benjamin Franklin’s woorden kunnen drie mensen een geheim bewaren als er twee dood zijn. Het gevolg is dat in vergelijking met de negentiende-eeuwse procedure, de resultaten van dwangmaatregelen vlugger ter kennis komen van de verdachte en de echte of beweerdelijke slachtoffers en ook dus van de buitenwereld. Ook het feit dat art.6, 3 (d) E.V.R.M. de verdediging een ruim confrontatierecht toekent tegenover getuigen en het Hof in Straatsburg daarbij een ruim getuigenbegrip hanteert, dreigt te leiden tot meer openheid over bronnen die de rechtshandhaving traditioneel geheim pleegt te houden (*infra*).

TOLK- Volgens het Hof voor de Rechten van de Mens strekt het in art. 6, 3 (e) E.V.R.M. voorziene recht van eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd om zich kosteloos te laten bijstaan door een tolk, zich ook uit tot het vooronderzoek¹⁰⁴⁹. Deze “buitenstaander” vormt net als de advocaat een getuige die misbruiken tijdens de ondervraging kan voorkomen. Hij of zij vormt voor de onderzoekers echter ook een risicofactor. Vooral bij exotische of ontoegankelijke talen zoals het Tsjetjeens, Georgisch, Albanees, Kantonees, maar zelfs voor het Fins

¹⁰⁴⁷ Zie VERSTRAETEN, R., “Het recht op informatie van de verdachte of beklaagde in het strafproces”, in Om deze redenen. Liber Amicorum Armand Vandeplass, Gent, Mys & Breesch, 1994, 455-484.

¹⁰⁴⁸ Niet in het opsporingsonderzoek, een discriminatie die De Smet op de korrel neemt: DE SMET, B., *De hervorming van het strafrechtelijk ...*, op.cit., 303.

¹⁰⁴⁹ Zie de verwijzingen in VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 678.

of Hongaars staan er niet altijd kandidaat-tolken te drummen¹⁰⁵⁰. Het kan niet uitgesloten worden dat de tolken die de politie dan wel vindt en die soms uit dezelfde lokale etnische gemeenschap komen (al dan niet wegens bedreiging) dubbel spel spelen. De politie zal moeilijk kunnen nagaan of ondervraagde of tolk boodschappen of bedreigingen uitwisselen of zij onderzoeksgegevens doorspelen naar medestanders van de verdachte die nog op vrije voeten zijn.

1.3.4. Versterking positie verdediging

RECHTBIJSTAND- Een ander belangrijk grondrecht (art.6, 3 (c) E.V.R.M.) is dat op de bijstand van een advocaat naar keuze¹⁰⁵¹. Meer en meer zullen verdachten zo vroeg mogelijk in de procedure¹⁰⁵² een beroep doen op de bijstand van een advocaat. Voor de speurders heeft dat twee nadelen. Het werkelijk beoogd gevolg is dat de politie meer op de vingers wordt gekeken, zich minder kan permitteren, dat de verdachte de rechten die hij heeft, ook werkelijk gaat afdwingen. De toegenomen professionalisering en “verzakelijking” van de wijze waarop advocaten optreden, draagt daartoe bij. De onvermijdelijke schaduwzijde is dat de advocaat de brug slaat naar de buitenwereld en, in het slechtste geval, dus naar een criminele organisatie. Strafrechtelijke en deontologische regels zullen niet altijd kunnen beletten dat de advocaat functioneert als contact tussen de aangehouden verdachte en de rest van de organisatie¹⁰⁵³. Dat verhoogt de kans dat bewijzen verdwijnen, dat druk uitgeoefend wordt op mogelijke getuigen of onderzoekers en geeft andere daders de kans te vluchten of onderduiken. Zoals andere beroepscategorieën heeft de advocatuur, omwille van de wezenlijke rol die zij speelt in het systeem, een aantal voorrechten die haar moeten toelaten die rol op zinvolle wijze te spelen. Het beroepsgeheim springt het meest in het oog, maar ook de toegang tot de gevangenis en de vrijheid van het pleidooi zijn daarvan de uitdrukking. Zoals alle voorrechten kunnen zij worden misbruikt. Aangezien mensen uit criminele organisaties deze voordelen ook kennen, zullen zij er gebruik van trachten te maken. Wie gelooft dat deze “voorrechten” wezenlijk zijn om het grondrecht op verdediging in strafzaken af te dwingen, moet meteen ook toegeven dat openlijke of verdeckte tussenkomst van overheidsagenten in de relatie advocaat-cliënt een uitermate hachelijke zaak is. Het

¹⁰⁵⁰ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St., Senaat* 1998-99, 125.

¹⁰⁵¹ Zie NOWICKI, M., “Strasbourg and the Position of Defence Counsel”, *Eur.J.Cr.,Cr.L.& Cr.Just.* 1996, 335-347; VAN CAENEGHEM, P., “Rechtsbijstand in strafzaken”, in: *Wie is er bang van het strafrecht, op.cit.*, 322; KLEES, O., “La représentation du prévenu par l’avocat en matière pénale”, *Rev.dr.pén.* 1995, 669-677; VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 672-673.

¹⁰⁵² Zie SADZOT, A., “Le droit au silence et le droit à l’assistance d’un avocat dès les premiers stades de la procédure”, *J.M.L.B.* 1997, 465-472.

¹⁰⁵³ Het is bijvoorbeeld zelfs mogelijk dat hij onbewust gecodeerde berichten doorgeeft.

Hof voor de Rechten van de Mens heeft advocaten en hun cliënten vanzelfsprekend nooit *carte blanche* gegeven. Ook het recht van verdediging kan worden misbruikt voor het stellen van onrechtmatige handelingen en Lidstaten mogen daar van Straatsburg iets aan doen zonder dat zulks schending van art.6 E.V.R.M. oplevert¹⁰⁵⁴. Het tracht de lat echter wel hoog te leggen.

GEDWONGEN ZELFBESCHULDIGING¹⁰⁵⁵ - Sommige bepalingen van art.6 E.V.R.M., zoals het recht op een tolk, zijn vrij concreet en dus toetsbaar. Doch het Hof voor de Rechten van de Mens leest deze rechten slechts als een aspect van het meer algemeen recht op een “eerlijk proces” waarover het zelf zal waken. “Eerlijk proces” als begrip is zo algemeen en vaag dat men zich kan afvragen of het wel de voor rechtstreekse werking vereiste precisie heeft¹⁰⁵⁶. De Belgische rechtspraak lijkt ook aan de door het Hof voor de Rechten van de Mens gegeven interpretatie van de bepalingen van het E.V.R.M. “rechtstreekse werking” toe te kennen. Zij gaat daarin mee met een Hof dat zichzelf meer en meer als een super-Grondwettelijk-Hof opwerpt en de sinds 50 jaar vastgelegde formulering van grondrechten evolutief en zelfs creatief gaat interpreteren. Daarbij kan de ontmoeting, soms botsing, tussen verschillende rechtsculturen in het Hof soms opmerkelijke resultaten opleveren. Zo heeft het Hof het recht om niet gedwongen te worden zichzelf te belasten¹⁰⁵⁷ de status van *supranationaal* grondrecht gegeven¹⁰⁵⁸. Voor België maakte deze rechtspraak trouwens niet zo heel veel verschil¹⁰⁵⁹. Belangrijker is dat Straatsburg zich nu het recht toekent om de regel te interpreteren. Want zoals met alle

¹⁰⁵⁴ SWART, B., “Recent case-law of the European Court of Human Rights”, *Eur.J.Cr.Cr.L.Cr.J.* 1993, 175 over RAF-advocaat Croissant in Duitsland.

¹⁰⁵⁵ Cfr. VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 660-666.

¹⁰⁵⁶ VERBRUGGEN, F., “De anonieme getuige: de invloed van de Europese rechtspraak op de verhouding tussen recht op angst en recht op eerlijk proces”, in: BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR HET STRAFRECHT (ed.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 78.

¹⁰⁵⁷ Van dit beginsel bestaan zowel in het Romeins recht, het middeleeuws gemeenrecht als in het kerkelijk recht voorlopers. Cfr. HELMHOLZ, R., “The Privilege and the *Lus Commune*: The Middle Ages to the Seventeenth Century”, in: HELMHOLZ, R. e.a., *The Privilege against Self-Incrimination, it's Origins and Development*, Chicago & London, The Chicago University Press, 1997, 310.

¹⁰⁵⁸ Eerst zonder al te veel motivering in Hof Mensenrechten 25 februari 1993 Funke t. Frankrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.256-A, later al veel beslister in Hof Mensenrechten 8 februari 1996 Murray v. Verenigd Koninkrijk, *Publ.E.C.H.R.* 1996-I, 30 en vooral Saunders t. Verenigd Koninkrijk, 17 december 1996, *Publ.E.C.H.R.* 1996-IV, 2044 en, Hof Mensenrechten 20 oktober 1997 Serves t. Frankrijk, *Publ.E.C.H.R.* 1997-IV, 2159; DE HERT, P. “Het zwijgrecht van verdachten en getuigen”, *Vigiles* 1999, 20-30.

¹⁰⁵⁹ Het in ons land ook geldende Internationaal Verdrag op de Burgerlijke en Politieke Rechten voorzagt dit beginsel al uitdrukkelijk in art.14, (3) g. Cfr kort over het zwijgrecht voor getuigen: VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 790; DE HERT, P. “Het zwijgrecht...”, *op.cit.*, 24-30.

beginselen kan iedereen er zich wel in vinden, doch ontstaat de onenigheid bij de concrete uitwerking. Eerder dan om een eenvoudig recht gaat het om een cluster van verbonden rechten, waarvan noch de verantwoording¹⁰⁶⁰, noch – de daarmee verbonden - grenzen onbetwist zijn, integendeel¹⁰⁶¹. Op welk moment precies ontstaat het recht, wie kan er zich (niet) op beroepen¹⁰⁶², wanneer is een verklaring gedwongen en wanneer vrijwillig, wat doe je met verklaringen die pas achteraf (retro-actief) belastend worden, moet men de inhoud van belastende documenten gelijk stellen met belastende verklaringen¹⁰⁶³ enz.¹⁰⁶⁴ Art.6 E.V.R.M. rept met geen letter over het zwijgrecht of iets van die strekking. In de landen waar dit beginsel het diepst wortel leek te hebben geschoten en waarmee de hedendaagse rechtspracticus dit recht associeert, zoals Engeland en Wales¹⁰⁶⁵ of de V.S.¹⁰⁶⁶, tracht men de reikwijdte ervan te snoeien. Dat neemt niet weg dat het volgens het Europees Hof als wezenlijk onderdeel van het recht op een eerlijk proces deel uitmaakt van de

¹⁰⁶⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., 660-661.

¹⁰⁶¹ In het Middeleeuwse gemeenrecht moest de regel *Nemo tenetur prodere seipsum* vooral ervoor zorgen dat er voldoende stevige elementen van verdenking moesten bestaan alvorens ondervraging kon beginnen (ALSCHULER, A., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective", in: HELMHOLZ, R. e.a., *op.cit.*, 204). Hoewel iedereen het over eens is dat de regel bestaat, blijkt het praktische toepassingsgebied uitermate beperkt. Het beginsel vormt in die tijd niet om wat wij vandaag de dag als subjectief recht of mensenrecht zouden beschrijven.(HELMHOLZ, R., *op.cit.*, 46.)

¹⁰⁶² Over beide punten: Serves t. Frankrijk, *loc.cit.*, voetnoot 1058.

¹⁰⁶³ Stessens vindt dat het Europees Hof de rechtsbescherming te veel uitrekt, vooral waar het de verstrekking van mogelijks belastende documenten betreft. Hij pleit ervoor om naar Amerikaans voorbeeld een onderscheid te maken tussen verstrekking die op zichzelf belastend is en gevallen waarin het bezit neutraal is, maar de inhoud belastend: STESENS, G., "The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?", *European Law Review* 1997, 45-62. Opmerkelijk is dat terwijl sommigen het hebben over het "zwijgrecht", anderen over "gedwongen zelfbeschuldiging", nog anderen het veel bredere "recht niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken" gebruiken: BEERNAERT, M.-A., "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et ses implications en droit social belge", *Ors* 1997, 217.

¹⁰⁶⁴ Het federale Opperste Gerechtshof in de V.S., vaak gezien als de trouwste waakhond van het beginsel, weifelt voortdurend tussen twee onverzoenlijke lezingen van de regel in het Vijfde Amendement op de federale Grondwet dat "*no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*". De ene – die het best tot het publiek is doorgedrongen - ziet hierin het toekennen van een zwijgrecht. Volgens deze interpretatie kan de overheid de persoon die "*testimonial evidence*" bezit niet dwingen als dat hem dreigt te belasten. Het legt de nadruk op de vrije wil om te spreken en de titularis kan er dus probleemloos afstand van doen. De andere interpretatie legt de nadruk op het woord "*compelled*" (gedwongen) en ziet de regel niet zozeer als zwijgrecht, maar vooral als bescherming tegen onbehoorlijke ondervragingsmethoden. Niet alle vormen van overtuiging of druk zijn verboden "dwang".(ALSCHULER, A., *op.cit.*, 181.) Wij geloven dat deze tweede lezing bij ons waarschijnlijk onder de vlag "loyaliteit van de bewijsvoering" (*infra*) zal terechtkomen.

¹⁰⁶⁵ De Engelse Criminal Justice and Public Order Act van 1994 laat rechters en juryleden toe het inroepen van het zwijgrecht te behandelen als een element dat op schuld zou kunnen wijzen.

¹⁰⁶⁶ AMAR, A.R., *The Constitution and Criminal Procedure , First Principles*, New Haven en Londen, Yale University Press, 1997, 46-88.

gemeenschappelijke rechtstradities van de Lidstaten van de Raad van Europa. Het legt daarbij de band met het wel uitdrukkelijk voorziene onschuldvermoeden, dat de bewijslast op de schouders van de vervolgende partij legt. Het lijkt voorlopig nog niet echt tot de Belgische rechtscultuur doorgedrongen om dit grondrecht systematisch in te roepen¹⁰⁶⁷. Een mogelijke verklaring kan zijn dat buitenstaanders het al vlug als een impliciete schuldbekentenis interpreteren. In ons systeem van open bewijsmiddelen en vrije bewijswaardering is de indruk die de verdachte maakt op de feitenrechter erg belangrijk: vanuit verdedigingstactisch oogpunt moet men er over waken dat men door het inroepen van het zwijgrecht niet de "indruk" geeft schuldig te zijn¹⁰⁶⁸. De uitdeining van misdrijfomschrijvingen (*supra*, Deel II) maakt van een heel brede cirkel van personen die vroeger gewone getuigen waren plots (mogelijke) verdachten en medeplichtingen. Dat betekent dat zij zich op het zwijgrecht kunnen beroepen en niet langer gedwongen kunnen worden om een verklaring af te leggen. Als ook rechtspersonen zich kunnen beroepen op het zwijgrecht¹⁰⁶⁹, lijkt dat op zijn beurt allerlei verwickelingen mee te brengen. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk of dat zwijgrecht geschonden is wanneer de speurders slechts enkele natuurlijke personen binnen de rechtspersoon of slechts buitenstaanders met kennis van de geheimen van de rechtspersoon (ex-medewerkers, externe accountants) doen spreken. Een uitbreiding van het zwijgrecht waarvan de grenzen niet duidelijk vastliggen, dreigt opnieuw het werk van de speurders te bemoeilijken¹⁰⁷⁰.

LOYALITEIT- De Angelsaksische invloed heeft het Hof van de Rechten van de Mens er ook toe aangezet veel nadruk te leggen op het beginsel van "gelijke wapens" tussen vervolgende instantie en verdediging¹⁰⁷¹. Ons inquisitoir systeem is eigenlijk gefundeerd op een uitermate ongelijke situatie, gebaseerd op de verschillen in

¹⁰⁶⁷ De opmerkelijke uitzondering is natuurlijk het beroemde Transnuklear-arrest: Cass. 6 mei 1993, *R.W.*1993-94, 382 met concl. Adv.-Gen. BRESSELEERS, G., met noot A.DE NAUW. Dit arrest verwerpt de cassatievoorziening tegen Antwerpen 30 januari 1992, *R.W.* 1991-92, 891.

¹⁰⁶⁸ Hoewel VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 662 zich op de Common Law-inspiratie van het E.V.R.M. en het IVBPR beroept om rechters te verbieden negatieve conclusies te trekken, neemt dit de feitelijke beïnvloeding (zeker bij de lekenjury) niet weg. Daarenboven hebben we erop gewezen dat de Engelse wetgever op dit punt zelf afstand neemt van de *common law*-traditie (*supra*, voetnoot 1065).

¹⁰⁶⁹ Het Hof van Justitie in Luxemburg gelooft dat rechtspersonen dat inderdaad genieten: H.v.J. 18 oktober 1989 (Orkem), *Jur.*, 1989, 3343-3354. In de V.S. gaf het Hooggerechtshof hen dat recht niet: *United States v. White*, 322 U.S.694 (1944); *Braswell v. United States*, 487 U.S.99 (1988).

¹⁰⁷⁰ Cfr. BEERNAERT, M.-A., *op.cit.*, 217-222.

¹⁰⁷¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 651-652 die er trouwens op wijst dat het begrip als dusdanig eigenlijk uit het Duits komt (*Waffengleichheit*); VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, *op.cit.*, 617-619.

situatie en opdracht tussen de betrokkenen. Ook Straatsburg streeft niet al te fanatiek de “gelijkheid” van verschillende procespartijen na, toch niet in het vooronderzoek. De Belgische rechtspraak heeft niettemin in art.6 E.V.R.M. steeds een verplichting voor de met rechtshandhaving en strafonderzoek belaste personen om “loyaal” op te treden. Loyaliteit van de bewijsvoering komt eigenlijk neer op het even geliefde als vage “goede trouw”. De Belgische rechtspraak, onder meer van het Hof van Cassatie, zorgt ervoor dat sommige niet met zoveel woorden verboden praktijken wegens spanning met de loyaliteitsregel toch problematisch worden. Dat is bijvoorbeeld het geval voor het gebruiken van sommige truuks en listen. Een valse belofte die een bekentenis of belastende verklaring oplevert, kan zowel het zwijgrecht schenden als de loyaliteitsplicht¹⁰⁷². Ook het (tijdelijk) achterhouden van eigen informatie wanneer die nuttig kan zijn voor de verdediging, roept een probleem van loyaliteit op. Het klassieke idee dat een strafprocedure die de regels van het Wetboek van Strafvordering respecteert meteen ook een eerlijk proces oplevert, is daarmee voorgoed begraven (*infra*).

1.3.5. Sanctionering “onbehoorlijke” rechtshandhaving

PROVOCATIEVERBOD EN BEWIJSUITSLUITING- Het Hof voor de Rechten van de Mens herhaalt steeds dat bewijsrecht in beginsel een zaak van nationaal recht blijft. Desondanks zal het zich vanaf het einde van de jaren tachtig keer op keer over aspecten van nationaal bewijsrecht buigen. Het ziet het als zijn taak na te gaan of het proces in zijn geheel, met inbegrip van de bewijsvoering, eerlijk is verlopen. Het voert dus een marginale toetsing uit, waarvan het marges echter lijkt te versmallen¹⁰⁷³. Uit de overwegingen die het Hof ertoe hebben gebracht Portugal te veroordelen wegens schending van art.6 E.V.R.M. in de zaak Teixeira de Castro¹⁰⁷⁴, kan men afleiden dat het gelooft dat wanneer de politie een misdrijf heeft uitgelokt, de kans om nog een eerlijk proces te krijgen erg klein is. In sommige passages wekt het Hof de indruk dat het de regel dat onrechtmatig bewijs moet worden uitgesloten om een proces eerlijk te houden (*infra*, §4) wil “betonnen” tot een impliciete vereiste van het recht op een eerlijk proces. Omdat dit een breuk zou betekenen met de

¹⁰⁷² Cass. 13 mei 1986, *Rev.dr.pén.* 1986, 905 met conclusie Adv.-Gen. DU JARDIN.

¹⁰⁷³ Zie bijvoorbeeld Hof Mensenrechten 6 december 1988, Barberà, Messegué & Jabardo t. Spanje, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.146, § 68; Hof Mensenrechten 24 november 1986, Unterpertinger t. Oostenrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.110; Hof Mensenrechten 20 november 1990, Kostovski t. Nederland, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.166 (en latere zaken tegen Nederland over anonieme getuigen, *infra*) ; Hof Mensenrechten 19 december 1990, Delta t. Frankrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.191 e.v.a.

¹⁰⁷⁴ Hof Mensenrechten 8 juni 1998, Teixeira de Castro t. Portugal, *Publ.E.C.H.R.* 1998-IV.

vroegere rechtspraak¹⁰⁷⁵, moet gewacht worden op verdere, beter gemotiveerde en dus minder dubbelzinnige arresten.

1.4. Art.8 E.V.R.M. als beperking van de klassieke “mogelijkheden”¹⁰⁷⁶

1.4.1. Van brief en woning naar privé-leven

HUIS EN BRIEVEN- De overheidsinmenging in het menselijk leven evolueert mee met de maatschappij. De klassieke bescherming van burgers tegen hun eigen overheid wilde de aantasting vermijden van hun lichaam (fysieke vrijheid) en goederen (eigendom). Het eigendomsrecht, gedurende lange tijd het voorrecht van een kleine minderheid, gaf de titularis klassiek zeggenschap over de toegang tot of het verblijf op of in een onroerend goed. Het verbod voor de overheid om behoudens wettige reden een eigendom te betreden, was vanuit die optiek dan ook logisch. Onder invloed van het Angelsaksisch grondwettelijk recht werd aan eigendom, en zeker aan dat belangrijk stuk eigendom dat de woning is, een bijzonder belang gehecht. Vandaar dat art.10 G.W. (nu: 22 Gec.G.W.) zegt dat de woning “onschendbaar is”. Eigenlijk kan ook de onschendbaarheid van brieven of poststukken gebaseerd worden op het eigendomsrecht. Art.22 G.W. (nu: 29 Gec.G.W.) verklaarde het “*briefgeheim onschendbaar*”. Het wekt dan ook weinig verbazing dat bepaalde schendingen van de woning (439, 442 Sw.) of van het briefgeheim (460 Sw.), al dan niet door overheidsambtenaren, afzonderlijk strafbaar werden gesteld. Doch even voor de hand liggend is dat zowel die artikelen in het Strafwetboek als het Wetboek van Strafvordering voorzien in vrijbrieven die de overheid toelaten dat recht te schenden (*supra*, Hoofdstuk 1). Art. 22 Gec.G.W., dat zegt dat “*geen huiszoeking kan plaatshebben dan in gevallen die de wet bepaalt en onder voorwaarden die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft*”, geeft daarmee meteen de toestemming tot “schending” aan de wetgever. Hetzelfde doet art.29 Gec.G.W. dat in zijn tweede lid vastlegt dat “*de wet bepaalt welke agenten*

¹⁰⁷⁵ Gebruik van naar nationaal recht onrechtmatig bewijs, dat de verdediging uitgebreid had kunnen betwisten, neemt niet weg dat het proces als geheel, met inbegrip van de bewijsvoering, eerlijk is: Hof Mensenrechten, Schenk t. Zwitserland, 12 juli 1988, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol. 140.

¹⁰⁷⁶ Zie uitgebreid hierover: DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht, de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 367; LEMMENS, P., “Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van de verwerking van persoonsgegevens”, in: *Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 313-326; FIJNAUT, C., *De normering van het informatieve onderzoek in constitutioneel perspectief*, heruitgave ter gelegenheid van het symposium opsporingsmethoden: regulering en controle Nijmegen 12 april 1995, 29-54.

*verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven.*¹⁰⁷⁷

PRIVE-LEVEN- Dat artikel 8 E.V.R.M. “*eenieder*” het recht op eerbiediging van “*zijn huis en zijn briefgeheim*”¹⁰⁷⁸ toekent, is dan ook geen probleem. Dat het er eerbied voor het gezinsleven aan toevoegt, heeft onder meer te maken met totalitaire praktijken zoals gedwongen of verboden huwelijken, gedwongen abortussen en eugenetische experimenten. Weliswaar heeft de rechtspraak van het Hof voor de Rechten van de Mens daarmee een aantal oude (vaak burgerrechtelijke) zekerheden aan diggelen geslagen¹⁰⁷⁹, doch de weerslag op het strafrecht leek aanvankelijk niet zo spectaculair. De Straatsburgse instellingen trachtten immers klippen zoals abortus te omzeilen¹⁰⁸⁰. Het Belgisch Strafwetboek bevat trouwens verscheidene bepalingen die het gezin moeten beschermen, zowel in de strafbaarstellingen¹⁰⁸¹ en de verzwarende omstandigheden¹⁰⁸² als in de verschoningsgronden¹⁰⁸³. Ook het Wetboek van Strafvordering houdt rekening met het maatschappelijk belang van gezinsbanden. Doch het wezen van art.8 E.V.R.M. is toch het recht op “*eerbiediging van zijn privé-leven*”. Dit recht op een privé-leven blijkt immers een algemeen recht waarvan de rest van de opsomming (gezinsleven, huis en briefgeheim) slechts voorbeelden zijn¹⁰⁸⁴. De situatie is vergelijkbaar met het “*eerlijk proces*” dat onder

¹⁰⁷⁷ Voor de regeling van de schending van het briefgeheim en het inbeslagnemen van brieven in het kader van een gerechtelijk onderzoek, doet men een beroep op art.334 e.v. van de Algemene Onderrichting betreffende de werking van de posterijen. Deze regeling is allesbehalve gedetailleerd, zodat men de regels van de huiszoeking mutatis mutandis toepast. (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 803).

¹⁰⁷⁸ Het Engels en Frans van het E.V.R.M. vermeldt “correspondence”. De vertaling “correspondentie” is ruimer dan “briefgeheim” en zorgt ervoor dat telefoongesprekken bijvoorbeeld er ook onder vallen. Dat zal trouwens de interpretatie zijn die het Europees Hof aan het woord zal geven. Hof Mensenrechten 23 november 1993 A t. France, *Publ. E.C.H.R., Series A* vol 277-B

¹⁰⁷⁹ Zie voor een overzicht: DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. ...*, op.cit., 187-280.

¹⁰⁸⁰ Zie terzake de verwijzingen bij DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. ...*, op.cit., 63. Het thema zal niet bij eerbied voor het gezin, maar bij eerbied voor het privé-leven behandeld worden (infra).

¹⁰⁸¹ Titel VII Sw. Misdrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid. Het Strafwetboek heeft weliswaar de sociologische en morele evolutie van het gezinsleven gevolgd: zo verdween overspel als misdrijf (en betrapting op overspel als strafverminderende verschoningsgrond bij slagen en verwondingen), zo werd verkrachting binnen het huwelijk strafbaar en kwamen er bijzondere bepalingen over partnergeweld.

¹⁰⁸² Art.377 Sw. verzaart de straffen bij seksuele misdrijven indien het om bloedverwanten in de opgaande lijn gaat.

¹⁰⁸³ Art.341 Sw. bijvoorbeeld sluit de strafbaarheid voor verberging uit wanneer het om familieleden van de dader gaat.

¹⁰⁸⁴ DE BOER, J. in “Verslag van de op 8 juni 1990 te Utrecht gehouden algemene vergadering over art.8 E.V.R.M.”, *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging*, 1990, II, 45.

meer uitdrukkelijk rechtsbijstand of ondervraging van getuigen inhoudt, maar daartoe niet beperkt blijft¹⁰⁸⁵.

MODERN GRONDRECHT- Artikel 8 E.V.R.M. is dan ook doorgebroken als het houvast voor het “moderne”, rijzende grondrecht op respect voor “de persoonlijke levenssfeer”. Het gaat om een grondrecht dat behoort tot de door de rechtsleer gecreëerde categorie van de “persoonlijkheidsrechten”¹⁰⁸⁶. Dat zijn niet-vermogensrechtelijke rechten die de wezenlijke eigenschappen van de menselijke persoonlijkheid beschermen. “*Het zijn rechten die ieder individu door de enkele omstandigheid van zijn persoon-zijn ter bescherming van zijn fysieke, psychische en morele integriteit tegenover derden kan laten gelden.*”¹⁰⁸⁷ Het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer vormt het “moderne grondrecht” bij uitstek. Pas in 1994 belandde het in de Belgische Grondwet: art.22 Gec.G.W. kent “*ieder het recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven*” toe, “*behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.*” Vervolgens krijgen de wetgevers van dit land de opdracht de “bescherming” van dat recht te “waarborgen”.

PROBLEEM- Helaas bestaat er de grootste onenigheid over wat daar nu onder moet worden verstaan. Oorspronkelijk sluit de *privacy* nog nauw aan bij de eigendomsidee: het kreeg een verdedigende invulling als “recht om alleen gelaten te worden”. Later werd dat concept verlaten en voor *privacy* als “zelfbepaling”, wat niet langer tot een scheiding tussen een beschermde verborgen sfeer en onbeschermde openbare sfeer te herleiden valt. Eigenlijk is het privé-leven dan “*dat waar buitenstaanders geen zaken mee hebben*”: individuele soevereiniteit. Doch anders dan in het internationaal publiekrecht gaat het niet om enkele honderden, maar om zes miljard soevereinen. Het begrip “persoonlijke levenssfeer” zit daarmee in de buurt van het klassieke begrip “vrijheid”¹⁰⁸⁸. Ook dat is geëvolueerd van het burgerlijk-liberale idee van verdediging van wie wat te verliezen heeft (de bezittende klasse) naar een meer “sociaal gekleurd” en daardoor moeilijker te catalogeren begrip. Iedereen pleit ervoor, mits men de botsing van vrijheden kan vermijden,

¹⁰⁸⁵ DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. ...*, op.cit., 6.

¹⁰⁸⁶ Zie GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband*, proefschrift, Brussel, s.n., 1986, 322 p., cfr. SCHMITZ, M., *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Frankfurt, Peter Lang, 1996, 20.

¹⁰⁸⁷ VAN LAETHEM, W., DECORTE, T., BAS, R., op.cit., 210.

¹⁰⁸⁸ Zie over de idee van *privacy* als vrijheid: DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. ...*, op.cit., 69-74; HALPER, T., “Privacy and Autonomy: from Warren and Brandeis to Roe and Cruzan”, *The Journal of Medicine and Philosophy* 1996, 121-135; over *privacy* als “zelfbeschikkingsrecht”,

maar niemand kan eigenlijk op bevredigende wijze omschrijven wat het is. Ook voor het recht op privé-leven bestaan er bij wijze van spreken bijna evenveel omschrijvingen als auteurs en sommigen wijzen er zelfs op dat het begrip niet voor sluitende definities vatbaar is. Volgens Van Laethem en Decorte is dat “*begrijpelijk omdat elke definitie afbreuk doet aan de volheid van het begrip.*”¹⁰⁸⁹ Wat al dan niet privé, is evolueert met de tijd en hangt af van de persoon. Vandaar dat de meeste schrijvers zich beperken tot een niet-uitsluitende opsomming van elementen die tot de persoonlijke levenssfeer behoren. In die opsomming vindt men meestal het liefdesleven, seksuele voorkeur, huwelijk, vriendschap, gezinsleven, godsdienstige, filosofische, ideologische of politieke voorkeuren, ontspanningsactiviteiten, financiële toestand, de inhoud van private telefoongesprekken, lichamelijke integriteit,...¹⁰⁹⁰ Het is duidelijk dat het toepassingsgebied heel moeilijk af te lijnen valt en dat er vaak overlapping zal bestaan met andere grondrechten zoals het recht op godsdienst (art.10 E.V.R.M.), vereniging, vergadering, huwelijk (art.12 E.V.R.M.) of menselijke behandeling (art.3 E.V.R.M.). Sommige critici betreuren dat elk vrijheidsconflict in termen van *privacy* wordt vertaald, anderen zien voor *privacy* wel een plaats naast de andere vrijheden¹⁰⁹¹. Waar alleszins geen discussie over bestaat, is dat het om een begrip gaat dat erg “persoonsgebonden”, erg subjectief is¹⁰⁹². Daarenboven zal (een van) de rechthebbende(n) vaak bewust of onbewust zelf zijn “privé-gegevens” bekendmaken, bijvoorbeeld door zijn gedrag op publieke plaatsen of door publicaties¹⁰⁹³.

1.4.2. Een relatief grondrecht

UITZONDERING- Anders dan het recht op een eerlijk proces, zijn vele andere grondrechten, zoals dat op een privé-leven, niet absoluut. Aan zowat elk aspect van het leven zit wel een mogelijk privé-aspect, uitzonderingen waarbij inbreuk wordt gemaakt op de *privacy* zijn onvermijdelijk. Vandaar het tweede lid van art.8 E.V.R.M.: “*Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de*

onder meer in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: LEMMENS, P., “Het recht op eerbiediging...”, *op.cit.*, 318.

¹⁰⁸⁹ VAN LAETHEM, W., DECORTE, T. en BAS, R., *op.cit.*, 206.

¹⁰⁹⁰ VAN LAETHEM, W., DECORTE, T. en BAS, R., *op.cit.*, 207.

¹⁰⁹¹ Zie voor deze discussie: DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M., op.cit.*, 75-84 waar hij onder meer stilstaat bij de vraag of de vrijheidsgedachte alles tot *privacy* maakt.

¹⁰⁹² DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M., op.cit.*, 68.

openbare veiligheid of het economische welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

DRIETRAPSTEST- De moeilijke discussie *of iets (nog) tot het privé-leven behoort*, moet dus eerst worden beslecht. De persoon in kwestie kan zoals gezegd de gegevens immers zelf bekend hebben gemaakt, misschien onder bepaalde voorwaarden. Indien het inderdaad vaststaat dat iets inderdaad tot de privé-sfeer behoort, volgt de vraag of er sprake is van "*inmenging*". In de klassieke opvatting over grondrechten was er, zolang de overheid geen dwang gebruikte, geen woning binnendrong of geen brieven opende, niets aan de hand. Nu is het antwoord minder eenvoudig. Eerst en vooral is er de technologische evolutie. Die heeft nieuwe vormen van communicatie mogelijk gemaakt, waarbij de vraag is of die al dan niet hetzelfde regime moeten krijgen als brieven. Daarnaast zijn ook de mogelijkheden om de traditionele fysische grenzen (zoals muren, enveloppes, afstand, duisternis,...) te omzeilen uitgebreid. Terwijl men vroeger misschien dwangmiddelen nodig had om deze hindernissen op te ruimen, kunnen nu heimelijk inlichtingen worden ingewonnen over personen. In combinatie met een ruimere invulling van het begrip persoonlijke levenssfeer ondergraaft deze evolutie de klassieke idee dat het inwinnen van inlichtingen zonder het gebruik van dwang geen probleem vormde. Voor iemand die heimelijke inlichtingenverzameling wel als "*inmenging*" in de zin van art.8 E.V.R.M. beschouwt, zullen grote delen van het klassieke en moderne opsporingswerk inderdaad een "*inmenging*" opleveren. Als er dan inderdaad *inmenging* is, volgt de derde vraag: of het wel gaat om "*inmenging van enig openbaar gezag*". Dat is vooral bij informatie die (al dan niet op illegale wijze) door privépersonen wordt ingezameld en dan bij de overheid terecht komt, een belangrijke vraag¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹³ Het recht om privé-gegevens bekend te maken, erover te beschikken zoals men zelf wil, is trouwens een wezenlijk element van het grondrecht als men, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens doet, *privacy* niet beperkt tot loutere afscherming van de intimiteit.

¹⁰⁹⁴ Terwijl lid 2 enkel spreekt over overheidsinmenging als uitzondering, is het eerste lid algemeen geformuleerd, wat geleid heeft tot een discussie over de zogenaamde horizontale werking (dat wil zeggen tussen gewone burgers onderling) van de grondrechten. Cfr. VAN LAETHEM, W., DECORTE, T., BAS, R., *op.cit.*, 165-185. Cass.10 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1230, zei dat art. 8, lid 1 EVRM voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben in zoverre zij de staat verbod oplegt om zich te mengen in het privé-leven van individuen, maar niet kan gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren.

1.4.3. Eis formele wetgeving

WET- Overheidsinmenging in het privé-leven is, zoals gezegd, niet noodzakelijk verboden, maar zij moet wel bij wet voorzien zijn. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voldoet ook niet zomaar om het even welke wet aan de vereisten van art.8, tweede lid E.V.R.M. Het heeft zelf enkele kwaliteitseisen uitgewerkt waaraan die wet moet voldoen¹⁰⁹⁵. Eerst en vooral moet de rechtsgrond voorzien zijn in het nationale recht van de betrokken lidstaat en voldoende toegankelijk zijn voor de rechtsonderhorige. Het moet, zeker in *common law*-landen, geen formele, door het parlement gestemde wet zijn, maar of in landen als België gepubliceerde rechtspraak volstaat, kan betwijfeld worden. Geheime richtlijnen of ministeriële omzendbrieven volstaan alleszins niet. In 1990 stelde de Belgische rechtspraak vast dat het opsporen van de met inkomende en uitgaande telefoongesprekken verbonden nummers, een inmenging in het privé-leven in de zin van art.8 E.V.R.M. uitmaakte. De omzendbrief die dat gebruik in België regelde, was geen toegankelijke wet¹⁰⁹⁶. De wetgever nam in 1991 een specifieke formele wet aan die deze praktijk toestond en regelde (art.88bis Sv., *infra*, Hoofdstuk 3). Behalve toegankelijk moet de wet volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook voldoende precies zijn om de gevolgen ervan met redelijke voorspelbaarheid te voorzien. Voorspelbaarheid zal een andere betekenis krijgen wanneer de inmenging in het geheim gebeurt. Daardoor volstond een wetsartikel dat een algemene onderzoeksbevoegdheid toekende aan een onderzoeksrechter bijvoorbeeld niet langer als wettelijke basis voor het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich vooral uitgesproken over dit afluisteren en opnemen van telefoongesprekken, dat als “zware” inmenging in de grondrechten nog extra precisievoorwaarden stelt aan de wet. In zijn rechtspraak heeft het aan de nationale wetgever bijna gedicteerd welke elementen hij allemaal moet voorzien¹⁰⁹⁷. De Belgische wet uit 1994 die het meeluisteren met en opslaan van (kopie van) privé- en telecommunicatie regelt (*infra*, Hoofdstuk 3), heeft zich sterk laten leiden door de Straatsburgse eisen.

¹⁰⁹⁵ Dit gebeurt aanvankelijk in de rechtspraak over art. 10 E.V.R.M. over de vrijheid van meningsuiting, dat een vergelijkbare formulering heeft met die van art.8 (Hof Mensenrechten, *Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk*, 26 april 1979, Série A, vol.30, §49). Later zal het de criteria overplanten naar art.8 (*Reuben Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, 25 maart 1983, Série A, vol.61, §85).

¹⁰⁹⁶ Cass. 2 mei 1990, *Pas.* 1990, I, nr. 516, 1007 tot 1010; *Rev.dr.pén.* 1990, 974; cfr. MILQUET, J., "Quand sonne le glas du zoller?", *Journ. procès* 1990, nr. 178, 34-36.

¹⁰⁹⁷ Zie vooral Hof Mensenrechten 24 april 1990 *Kruslin t. Frankrijk*, *Publ. E.C.H.R.*, Series A vol. 176-A, <http://www.dhcour.coe.fr/Hudoc2doc/hejud/sift/211.txt> en *Huvig t. Frankrijk*, *Publ. E.C.H.R.*, Series A 176-B, <http://www.dhcour.coe.fr/Hudoc2doc/hejud/sift/212.txt>.

1.4.4. Evenredigheid en legitimiteit

NOODZAKELIJK TER BESCHERMING RECHTSGOED- De inmengingen kunnen alleen ter bescherming van een van de limitatief opgesomde rechtsgoederen¹⁰⁹⁸. Die zijn echter zo ruim, dat zowat alles ermee kan worden gerechtvaardigd. In het Deel II benadrukten we al de vaagheid van rechtsgoederen zoals “*openbare orde*” of “*economisch welzijn van het land*”. Er werd ook in aangetoond dat met “*het voorkomen van strafbare feiten*” of “*het beschermen van rechten en vrijheden van anderen*” zowat alle menselijke gedragingen kunnen worden gevat. Vandaar dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zichzelf de bevoegdheid toekent om na te gaan of de inmenging in een democratische samenleving wel noodzakelijk is ter bescherming van het rechtsgoed. Om dat na te gaan vraagt het zich eerst af of de inmenging is ingegeven door een “*pressing social need*”. Vervolgens gaat het na of zij wel in verhouding staat tot het beschermde rechtsgoed. De toetsing kan slechts marginaal zijn: het behoort tot het wezen van art. 8 E.V.R.M. dat de nationale overheid een behoorlijke beleids marge krijgt. Of art.8 E.V.R.M. het subsidiariteitsbeginsel bevat, is niet duidelijk¹⁰⁹⁹. Het wordt vaak beweerd¹¹⁰⁰, doch volgens De Hert ten onrechte¹¹⁰¹.

1.4.5. Informatieele zelfbeschikking

“DUITS” GRONDRECHT- Onderzoeken gebeurt door het verzamelen, opslaan en verwerken van gegevens, vooral over personen en zaken die met die personen een mogelijk verband vertonen. Dat lijkt een zo vanzelfsprekende activiteit dat tijdens de negentiende en het grootste gedeelte van de twintigste eeuw niemand daar een probleem van maakte. De opkomst van een grondrecht op *privacy*, vooral van het ruimer begrip van *privacy* als zelfbeschikking, heeft ook daar een einde aan gemaakt. Het Duitse Grondwettelijk Hof maakte dat op voor de overheid pijnlijke wijze duidelijk. In een mijlpaal-arrest over de grondwettigheid van een wet op de verplichte volkstelling¹¹⁰², “ontdekte” dat Hof het grondwettelijk recht van elke Duitse rechtsonderhorige (mens?) op informatieele zelfbeschikking, “*Informationelle Selbstbestimmung*”. De aanleiding lag voor het Grondwettelijk Hof in de gevaren die

¹⁰⁹⁸ Dit noemen Hof en rechtsleer vaak de legitimiteitstoets: DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. ...*, *op.cit.*, 25-30; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 648.

¹⁰⁹⁹ Deze verwarring heeft te maken met het ongelukkige begrip “noodzakelijk” (*infra*, Deel IV, Hoofdstuk 5).

¹¹⁰⁰ DE VALKENEER, C., “L’infiltration et la Convention européenne des droits de l’homme”, noot bij Hof Mensenrechten 15 juni 1992, Lüdi t. Zwitserland, *Rev.trim.dr.h.* 1993, 321-322.

¹¹⁰¹ DE HERT, P., *Art.8 E.V.R.M. ...*, *op.cit.*, 41.

¹¹⁰² Het gaat om het zogenoemde Volkszählungsurteil: BVerfGE 65, 1 e.v.; NJW, 1984, 419-?.

uitgaan van moderne gegevensverwerking. De schier onbeperkte opslag-, verwerkings- en communicatiemogelijkheden hebben de klassieke evenwichten verstoord. Door de oneindige vermenigvuldigings- en koppelingskansen kan een inlichting gemakkelijk van het doel van inzameling worden afgewend. Er bestaat geen “onbelangrijke” informatie meer: elke op zichzelf oninteressante informatie kan in combinatie met andere een uitermate groot belang krijgen¹¹⁰³. Volgens het Hof verzet de “vrije ontplooiing van de persoonlijkheid” zich tegen een “onbeperkte opslag en communicatie van dergelijke gegevens”. Vandaar dat het uit de combinatie van de eerste twee artikelen van de Duitse Grondwet eenieders recht op “*informationele zelfbeschikking*” afleidde. De basis was het recht van elk persoon om zelf te beslissen welke gegevens uit de privésfeer hij of zij openbaar wil maken, dus om te beschikken over het al dan niet prijsgeven of aanwenden ervan. Daarin zit eigenlijk begrepen het recht om op de hoogte te zijn van de inzameling van de gegevens en hun gebruik. Van zelfbeschikking kan geen sprake zijn wanneer de burger niet meer weten kan wie wat wanneer en bij welke gelegenheid over hem weet.¹¹⁰⁴ Dat de titularissen van dit recht onvermijdelijk beperkingen moeten dulden, laat ook voor het Grondwettelijk Hof geen twijfel. Vijftien jaar later bestond er over de draagwijdte van het nieuwe grondrecht nog steeds onenigheid, bijvoorbeeld over de vraag of het elektronisch of automatisch karakter van de gegevensverwerking nu al dan niet doorslaggevend was.

PRIVACYWET- Wat er ook van zij, een vergelijkbare bekommernis over de risico's van verzameling en verwerking van persoonsgegevens ontstond ook in België. Meestal koppelde men dat aan art.8 E.V.R.M. . De Raad van Europa nam al in 1981 een Conventie¹¹⁰⁵ aan over de verwerking van persoonsgegevens, de E.G. volgde pas in 1995 met een richtlijn¹¹⁰⁶. De informatie-uitwisseling tussen de politie- en gerechtelijke diensten van verschillende landen lag bijzonder gevoelig¹¹⁰⁷. Vandaar dat de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, waarin een eigen geautomatiseerd informatienetwerk voorzien was (art.92-119 SUO), de door de Raad van Europa beschermingsstandaard oplegde aan de deelnemende landen (art.117, 1 SUO).

¹¹⁰³ BVerfGE 65, 1, 45.

¹¹⁰⁴ BVerfGE 65, 1, 43.

¹¹⁰⁵ Conventie van 18 januari 1981 van de Raad van Europa voor de bescherming van personen ten aanzien van de automatische verwerking van persoonlijke gegevens, *ETS* nr. 108, geratificeerd in België door de wet van 17 juni 1991, *B.S.* 30 december 1993.

¹¹⁰⁶ Richtlijn 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen ten opzichte van persoonsgegevens en het vrije verkeer van die gegevens (95/46/EC), *Publ.* 1995/281, 31.

Vooral Schengen leverde een politieke impuls tot de invoering van de Belgische Wet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer die in feite heel strikt was. Deze wet maakte vanzelfsprekend het politieel en gerechtelijk onderzoek niet onmogelijk, maar het inlichtingenwerk had wel voorgoed zijn vermeende onschuld verloren. Het werd meer gereguleerd en geformaliseerd. Voor allerlei gegevens die politie of gerecht vroeger vaak op informele wijze verkregen van derden, zoals financiële gegevens, informatie over het telefoonverkeer, energieverbruik, het gebruik van voertuigen en dergelijke heeft zij nu formele bevelen of zoekingen nodig. De houders van die informatie kunnen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het doelgebondenheidsbeginsel waarop die gegrondvest is, invoeren tegen spontane overhandiging. Dat sommige van de betrokken instellingen (financiële instellingen, telefoonmaatschappijen, nutsbedrijven,...) werden geprivatiseerd, speelt daarin ook een rol. De vroegere ambtenaren werden werknemers en onttrokken zich daardoor aan de meldplicht van art.29 Sv. Voor hen zijn gegevens over hun klanten een deel van het kapitaal van hun bedrijf. Zij willen erover waken dat de concurrentie ze niet in handen krijgt en kunnen ze eventueel zelfs doorverkopen aan derden. Bovendien vormt het vertrouwen van op discretie gestelde klanten ook een factor in de onderlinge mededinging.

1.5. Besluit

JURIDISCHE OORZAAK CRISIS- In deze eerste paragraaf stonden we stil bij de eerste en misschien wel de belangrijkste reden waarom het in het vorige Hoofdstuk beschreven "klassiek" systeem niet langer onveranderd kon blijven bestaan. Het ging om de (*supranationaal* beschermde) grondrechten, die voor elk individu in rechte afdwingbaar werden en waar de Belgische wetgever zich naar moet schikken. Het E.V.R.M. - de meest in het oog springende bron van grondrechten - en de interpretatie ervan door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zorgden ervoor dat een aantal van de "klassieke" opsporingsmethoden aan effectiviteit hebben ingeboet. Daarenboven werden een aantal praktijken nu vanuit grondrechtelijk standpunt problematisch. Dat betekent niet noodzakelijk dat ze onmogelijk zijn, maar wel dat zij een goede wettelijke basis nodig hebben. Zowel het recht op menswaardige behandeling als het recht op bewegingsvrijheid, op een eerlijk proces en - laatst maar niet minst - op *privacy* maakten de in Hoofdstuk 1 geschetste "klassieke" praktijk onhoudbaar. De opkomst van meer en meer

¹¹⁰⁷ Cfr. de Aanbeveling R (87) 15 van 17 september 1987 van de Raad van Europa met het oog op de reglementering van het gebruik van persoonlijke gegevens in de politiesector.

afdwingbare grondrechten kunnen we de juridische reden noemen waarom het "klassieke" systeem tekortschiet.

§2. Reactieve handhaving schiet tekort bij nieuwe misdrijven

2.1. Consensuele en gevaarzettingsmisdrijven

GEEN SLACHTOFFERS- Deel II heeft ons geleerd dat de wetgever wanneer hij strafwetten invoert, minder en minder gebruik maakt van het klassieke krenkingsmisdrijf. Strafbare samenspanning en de nieuwe consensuele misdrijven (zoals de aankoop van illegale drugs of hormonen, het witwassen van geld of het verkopen boven of onder een bij wet vastgestelde prijs) zorgen echter voor een handhavingsprobleem. Bij echte consensuele misdrijven – dat wil zeggen dat de wilsovereenstemming tussen twee of meer personen niet onder dwang tot stand komt - hebben alle betrokken partijen er belang bij dat hun transactie geheim blijft. Ofwel bestaat er geen slachtoffer, ofwel is dat abstract en onbepaald (de eerlijke mededinging, de economische stabiliteit, het milieu, de volksgezondheid) ofwel is het slachtoffer zich niet bewust van de schade die het lijdt. De verboden gedraging is amper uitwendig waarneembaar, of toch alleszins niet als misdrijf herkenbaar voor buitenstaanders die er toevallig op stoten. Het slachtoffer en eerlijke toevallige getuigen zijn nu net de personen die normalerwijze de politie of de gerechtelijke instanties op de hoogte zouden moeten brengen van een vermeend misdrijf en zo het klassiek onderzoek op gang schieten. Dat probleem wordt alleen nog maar groter bij vele andere gevaarzettingsmisdrijven, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een eenzijdige gevaarzetting (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 3, 5.1.3. en Hoofdstuk 4) of voor de eveneens in het vorige deel belichte “verenigingsmisdrijven” zoals bendevoering of betrokkenheid bij criminele organisaties. Veel van dergelijke “gevaarlijke” gedragingen vormen geen actie die de overheid tot een klassieke reactie zouden aanzetten.¹¹⁰⁸

SLACHTOFFERS MET VUILE HANDEN- Naast en bovenop de zuiver consensuele misdrijven, is er nog een hoop criminaliteit waarbij wel degelijk concrete individuele rechtsgoederen schade lijden. Dat is het geval bij “consensuele” misdrijven waarbij de instemming van een van de partijen door dwang of bedreiging is bekomen. De grens tussen een verboden contract met private beschermers en de afpersing van beschermingsgeld valt vaak moeilijk te trekken. In door en door corrupte systemen

voelen de betalers zich eerder slachtoffer van de personen die zich laten omkopen dan daders van de omkoping. In illegale handeltjes en traffieken levert ook het nakomen van "illegale verbintenissen" problemen op. Valsspelen kan heel lucratief zijn: in de drughandel bijvoorbeeld bedriegen "partners" mekaar regelmatig. Zo zal er regelmatig niet-conform worden geleverd of "overvalt" men de tegenpartij bij de geplande overhandiging. Dan gaat men er met het geld én de drugs vandoor (diefstal met geweld). Niet zelden blijken er zelfs geen drugs te zijn of is het geld vals, zodat hetzij koper hetzij verkoper wordt opgelicht. Natuurlijk trachten ook de deelnemers aan de criminele handel zich in te dekken. Wraaknemingen moeten nakoming van verplichtingen verzekeren, voor belangrijke transacties ruilen de partijen zelfs gijzelaars uit. Niet iedereen is daartoe echter in staat. De "verliezers" zullen de schade op hun beurt trachten te recuperen door anderen op te lichten. Dat kan al vlug leiden tot een geweldspiraal op de illegale markt, waarbij de brutaalste groepen overblijven en ook voorbijgangers kunnen sneuvelen in het kruisvuur. We moeten het "consensueel" karakter dus met een flinke korrel zout nemen en onderkennen dat er belangrijke redenen bestaan waarom de overheid tijdig moet optreden. Omdat de slachtoffers zelf deelnemers zijn aan het illegaal gebeuren, zal de aangiftebereidheid zeer laag liggen. Het onderzoek zou hen zelf meer problemen kunnen opleveren dan hen lief is.

2.2. Criminele organisatie schermen zichzelf actief af

BANGE SLACHTOFFERS EN GETUIGEN- Zelfs slachtoffers met propere handen en toevallige getuigen zullen er vaak voor terugdeinzen om aangifte te doen. In een klassiek onderzoek zal de aanhouding van de dader het hem onmogelijk maken om getuigen bang te maken. De "klassieke" criminelen beschikten niet over voldoende mogelijkheden om getuigen op te sporen, ze durfden de inzet niet opdrijven door hen te bedreigen of konden die bedreiging niet echt uitvoeren, zeker niet als zij waren aangehouden. Van criminele organisaties gaat echter veel meer intimidatie uit. Hiervoor (Deel I, Hoofdstuk 2, 5.4.) werd het agressief afschermen van de misdrijven uitgeroepen tot het doorslaggevend criterium om op een criminele groep het etiket "*georganiseerde criminaliteit*" te plakken. De getuige weet dat zelfs de gearresteerde rechtstreekse dader nog steeds voldoende medestanders buiten de gevangenis kent om het slachtoffer of wat hem dierbaar is "aan te pakken". Bij minder dan 10% van de 289 onderzoeken naar georganiseerde criminaliteit die in België in 1997 zijn

¹¹⁰⁸ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St., Senaat* 1998-99, 432.

gevoerd, is het oorspronkelijk initiatief genomen door een particulier (6,6%) of door een privé-onderneming (3,1%)¹¹⁰⁹ ..

BANGE OF CORRUPTE AMBTENAREN- Bij consensuele en gevaarzettingsmisdrijven moet de overheid zelf controleren of de normen nageleefd worden. Ambtenaren van de reguliere politie of van meer gespecialiseerde politie- en inspectiediensten vormen de ogen van het staatsapparaat. Deze ambtenaren moeten controleren of iedereen de wetten wel naleeft. Met doorgedreven ambtelijke controle kan de overheid zelfs vele consensuele misdrijven opsporen. De wetgever(s) creëren echter zoveel verplichtingen dat een enorme wanverhouding is ontstaan tussen de opdracht en de mogelijkheden van de met handhaving belaste diensten. De pakkans is dus voor iedereen betrekkelijk laag en neemt nog af naarmate de dader meer gesofisticeerd is in zijn methoden. De ambtenaren die toch misdrijven vaststellen moeten die zoals gezegd op grond van art.29 Sv. melden aan het Openbaar Ministerie¹¹¹⁰. Om dat te beletten zullen mensen uit criminele organisaties de bevoegde ambtenaren “uitschakelen”. Zij moeten er dus voor zorgen dat de ambtenaren hun plicht niet nakomen. De beste manier is de aantasting van de integriteit, doorgaans een proces in verschillende fases. Meestal koppelt men de verstrekking van geld of gunsten aan chantage of fysieke bedreiging. Deze laatste methode gebruiken criminele organisaties ook tegen integere ambtenaren, die ze met subtiel of brutaal geweld het leven lastig kunnen maken. Een typische judogreep van criminele groepen (het gebruik van de kracht van de overheid tegen die overheid) is het uitspelen van verschillende integere personen of diensten tegen mekaar. Dat kan door via informanten of aangehouden verdachten het gerucht te verspreiden dat een tegenstrever van de organisatie (uit de politie, douane, magistratuur,...) corrupt is. Vertrouwen vormt een belangrijke factor voor elke collectieve onderneming. Net zoals politie en gerecht hopen dat het wantrouwen tussen criminelen hun ondernemingen zal remmen, trachten criminelen wantrouwen en rivaliteit binnen politie en gerecht aan te wakkeren. De pers kan daar bewust of onbewust mee in betrokken raken. De aard van het werk en de ervaring bezorgen onderzoekers in “grote, geheime” zaken enige Othello-achtige achterdochtigheid. Al kan de intrigant Jago niets bewijzen, de twijfel die hij zaait, gaat knagen en kan de grootste liefde doen sneuvelen. Zelfs valse klachten over integriteit kunnen

¹¹⁰⁹ Samen dus minder dan 10% van de 289 onderzoeken tegen georganiseerde criminaliteit die in 1997 liepen: JAARVERSLAG 1998, *op.cit.*, 89.

¹¹¹⁰ De overgrote meerderheid van de onderzoeken tegen criminele organisaties vinden hun oorsprong in een initiatief van een overheidsambtenaar, JAARVERSLAG 1998, *op.cit.*, 88-89.

gevoelige diensten dus voor lange tijd verlammen. Daarenboven bestaat er binnen elke groep beroepsmensen vaak meer rivaliteit dan grote liefde. De gevolgen laten zich raden: wanneer na de klacht van het slachtoffer en de melding door particulieren ook ambtelijke vaststelling verdwijnt, bereikt de actie die de reactie moet uitlokken de overheid dus helemaal niet meer.

2.3. Onverantwoord grote schade vermijden

VOORKOMEN- Het argument dat de wetgever gebruikt om strafbaarheid vooruit te schuiven, rechtvaardigt in zijn ogen natuurlijk even goed andere vormen van overheidsinmenging (door controle, onderzoek of dwangmaatregelen) te vervroegen. De wet beschermt rechtsgoederen die zo belangrijk zijn dat de overheid niet kan wachten op werkelijke schade. Eerder dan te wachten op een milieuramp moet men onverantwoord omspringen met milieunormen vermijden. De overheid kan niet wachten tot een groep mensen werkelijk een bomaanslag uitvoert, zij heeft de plicht om de criminele onderneming al in een vroegere fase kapot te maken¹¹¹¹. Zij kan – al is dat al minder vanzelfsprekend - niet toestaan dat grote hoeveelheden roesmiddelen werkelijk op de markt belanden. Dus moet zij zo mogelijk al tijdens het invoer- of verkoopproces tussenkomen. In verschillende landen beperkte de overheid op verschillende manier de vrijheid of de rechten van "gevaarlijke" mensen, niet als bestraffing van misdrijven, maar om misdrijven te voorkomen. Het Verenigd Koninkrijk voerde tijdens de zwartste dagen van de "problemen" in Noord-Ierland "internment" in, een soort systeem van langdurige bestuurlijke aanhouding ter voorkoming van oproer. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens weigerde deze maatregel zomaar strijdig met het E.V.R.M. te verklaren¹¹¹². Het stond ook toe dat inlichtingendiensten in Duitsland de telefoons van mogelijke terroristen aftapten¹¹¹³ en hen schaduwden. Italië laat preventieve vrijheidsbeperkingen en inbeslagneming van vermogens toe in het kader van de maffiapreventie. Ook dat hoeft voor het Europees Hof niet noodzakelijk een probleem te zijn (*infra*, Deel V, Hoofdstuk 3).

¹¹¹¹ VERBRUGGEN, F. en FIJNAUT, C., "Politiële informatie bij acute terreurbestrijding: een kwestie van leven en dood, bedenkingen bij E.H.R.M. 27 september 1995, McCann e.a. tegen Verenigd Koninkrijk", *Jaarboek Mensenrechten* 1996, 258-259.

¹¹¹² Cfr. de toenmalige rechtspraak: TRECHSEL, S., "The Right To Liberty and Security of the Person – Article 5 of the European Convention of Human Rights in the Strasbourg Case-law", *Human Rights Law Journal* 1980, 88-135.

¹¹¹³ Hof Mensenrechten 6 september 1978 Klass t. Duitsland, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.28; <http://www.dhcour.coe.fr/Hudoc2doc/HEJUD/sift/95.txt> (Zie over deze zaak FIJNAUT, C., De normering van het informatieve onderzoek..., *op.cit.*, 33-35).

VOORAFGAANDE INFORMATIE- De manier waarop terroristen en maffiosi optreden, maakt dat de overheid op voorhand, vóór de schade zich voordoet, al over voldoende informatie moet beschikken. Zo kan zij in het beste geval heel zware misdrijven vermijden of anders na het misdrijf alleszins met meer kans op succes optreden. De speurders weten dan immers in welke richting zij moeten zoeken, op welke personen zij de aandacht moeten concentreren, waar eventuele zwakke plekken liggen. Zij zullen ook minder afhankelijk zijn van de informatie die na een opmerkelijk misdrijf binnenstroomt. Die kan niet alleen tegenvallen, de criminele organisatie kan via materiële sporen, getuigen of informanten ook valse sporen uitzetten.

2.4. Geen daders zoeken van misdrijven, maar misdrijven zoeken bij doelwitten

VAN DADER NAAR MISDRIJF- De opsporingslogica verandert dan ook. Vertrekken vanuit het misdrijf en van daaruit op zoek gaan naar de dader werkt niet. Ofwel komt de overheid niet te weten dat het misdrijf is gepleegd. Ofwel slaagt zij bij een gepleegd misdrijf er met de klassieke werkwijze niet in de nodige bewijzen te verzamelen om de daders te vatten, laat staan te veroordelen. Vandaar dat de overheid zelf het initiatief neemt. Soms gebeurt dit op basis van voor de hand liggende criteria. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de Veiligheid van de Staat of een buitenlandse dienst meldt dat een man met een zwaar strafrechtelijk verleden wegens gewapende aanslagen, plots naar België verhuist en er contact opneemt met mensen uit extremistische politieke bewegingen. Daarnaast is bij een aantal gevaarzettingsmisdrijven de kring van personen die dat gevaar werkelijk kunnen creëren (denk aan nucleaire ongevallen) uit zijn aard beperkt. Het hangt ervan af wat precies het gevaar is. Soms zal een meer gesofisticeerde analyse nodig zijn, vooraleer men de risicogroep kan vastleggen waarop de aandacht moet worden toegespitst. De omvang van de groep verdachten hangt af van de gebruikte criteria. Men haalt ze als een visnet door de zee van personen: hoe groter het net, hoe meer buit. Met grotere mazen (meer of striktere criteria) kunnen de kleinere vissen ontkomen en vangt men alleen de grote. Te grote netten met te fijne mazen zijn gevaarlijk, omdat zij uiteindelijk zoveel schade aan de zeebodem veroorzaken dat eindelijk alle marineleven gedoemd is. Daarenboven dreigt een net dat te groot en te fijngezaaid is, de te kleine visserboot naar de bodem te trekken.

DOELWIT- De onderzoekers vertrekken dus vanuit een erg grote groep, die kleiner wordt door een nieuwe selectie in elk van de opeenvolgende fases van de analyse. De bedoeling is uiteindelijk een beperkt aantal personen, "doelwitten", te selecteren zonder dat men al de concrete aanwijzingen van een misdrijf (verdenking) heeft die in het klassieke systeem dwangmaatregelen rechtvaardigden. De speurders gaan in de aldus geselecteerde groep met "doelwitten" niet langer zoeken naar de daders van reeds gepleegde misdrijven waarvan de speurders al op de hoogte zijn. Integendeel, het gaan hen erom de "doelwitten" aan een misdrijf te kunnen koppelen. Ofwel tracht men hen te betrappen op een nieuw of voortdurend misdrijf (en dan liefst op heterdaad), ofwel tracht men bewijzen te vinden voor een misdrijf dat het doelwit in het verleden gepleegd heeft zonder dat de overheid daar enig benul van had.

2.5. Samenvatting: van reactief naar proactief

JURIDISCH-PRAKTISCHE OORZAAK CRISIS- De opkomst van de grondrechten noemden we (*supra*, 1.5.) een juridische reden voor de crisis in het klassieke systeem. In deze paragraaf stelden we een juridisch-praktische oorzaak vast. De misdrijfomschrijvingen zijn immers veranderd: er zijn nu veel meer consensuele en gevaarzettingsmisdrijven. In combinatie met de agressieve afscherming van hun activiteiten door criminale organisaties leidt dat tot het ontbreken van de "actie" die het klassiek "reactief" onderzoek moest op gang brengen. Bovendien is het de bedoeling onverantwoord grote schade te vermijden. Daartoe moeten de overheidsdiensten eerder tussenkomen dan vroeger. Om dat met succes te doen moeten zij op voorhand over voldoende informatie beschikken en dus niet met de informatieverzameling wachten tot na het misdrijf. De overheid gaat zelf, op eigen initiatief, naar mogelijke misdrijven en hun daders op zoek: proactief in de plaats van reactief.

§3. Oprechte, openlijke en onpartijdige aanpak schiet tekort voor nieuwe criminelen

BREDE GEVAARZETTINGS- EN ASSOCIATIEMISDRIJVEN- Wij hebben ons in Deel II afgevraagd wat het Openbaar Ministerie nu precies moet aantonen opdat een persoon voor de nieuwe "*gevaarzetting-door-verenigingsmisdrijven*" zou kunnen worden veroordeeld. Het wezenlijke van deze misdrijven is dat er nauwelijks of geen objectief misdrijfbestanddeel nodig is, men zou ze "*spoorloze misdrijven*" kunnen dopen. Het Openbaar Ministerie kan ook maar weinig "harde" objectieve

bewijselementen aanvoeren. Bij de strafvervolging zal het tussen op zichzelf neutrale gegevens van de meest uiteenlopende aard met een verhaal verbanden leggen, aan details bijzondere relevantie verlenen en hen zo tot bewijs "opwerken". Om een verenigingsmisdrijf met kans op succes te vervolgen moeten de onderzoekers inzicht krijgen in de verhoudingen tussen verschillende verdachten, wie aan wie gehoorzaamt, wie wiens toestemming nodig heeft, wie bang is van wie en wie integendeel het vertrouwen krijgt, welke rol echtgenotes of stromannen spelen, enzovoort. Bij een drugstransport moeten de onderzoekers niet alleen weten wie de roesmiddelen begeleidt... . Zij willen ook uitvissen van wie ze afkomstig zijn en voor wie ze bestemd zijn en of men voor het transport heeft kunnen rekenen op de hulp van corrupte ambtenaren in land van oorsprong of bestemming. Zoniet zal een eventuele veroordeling en inbeslagneming nauwelijks een verschil maken en de drugsonderneming ongestoord blijven draaien.

AGRESSIEVE AFSCHERMING- Georganiseerde criminaliteit staat sterk in de fase van de strafprocedure waarin de overheid oprecht, openlijk en onafhankelijk optreedt. Door het gebruik van geweld en corruptie legt zij opsporing of vervolging lam, hetzij door bewijsvoering onmogelijk te maken, hetzij door politie of gerecht zelf aan te pakken. Zoals gezegd geraakt men met de klassieke aanpak vaak niet eens in die fase omdat de criminele organisatie de signalen die de overheidsreactie zouden moeten ontketenen onderweg in de kiem smoort. Het totaal gebrek aan medewerking van gearresteerde daders van het "vuile werk" en van andere getuigen (als die er al zijn), zorgt ervoor dat voor de schuld van de leiders en de contacten in de bovenwereld geen bewijzen kunnen worden gevonden. Zodra politie en gerecht tegen een van de van kleine vissen een openlijke actie onderneemt, alarmeert zij daarmee de rest van de groep en zijn de spreekwoordelijke vogels gevlogen.

DOORDRINGEN ACHTER SCHERMEN - Soms tracht de politie het ontbreken van "klassieke aangiftes" van misdrijven te compenseren met openlijke acties, maar dan bij verrassing en op grote schaal: massale fouilleringen, huiszoekingen, razzia's, systematische grenscontroles en dergelijke. Zij stelt dan echter ook een overgrote meerderheid van onschuldigen aan de ongemakken van controle en onderzoek bloot. Het lijkt ook erg moeilijk om de economische kosten-batenanalyse van dergelijke grootschalige operaties in de zwarte cijfers te houden. En dan nog zal waarschijnlijk alleen voetvolk tegen de lamp lopen. Vandaar dat de opsporingsinstanties beweren dat zij moeten "doordringen" tot wat er zich afspeelt achter de schermen die de criminelen optrekken. Zowel voor de ontdekking als voor het bewijs van

afgeschermd "nieuwe" misdrijven moet de onderzoeker er bij zijn zonder dat de tegenpartij er erg in heeft. De speurder moet aanwezig zijn, hij moet lang en breed op verdeckte wijze informatie kunnen vergaren. Dat kan op twee manieren, ofwel door ongezien over het scherm heen te kijken, ofwel door een persoon te vinden die achter het scherm (dus in de criminele organisatie) werkt.

VERDEKT- De politie kan vandaag de dag vanop afstand ongezien "aanwezig" zijn, doordat technologie haar toegang verschaft tot de communicatie tussen verdachten of tot de plaatsen waar zich verdachte goederen bevinden. De laatste decennia ontstond er zelfs een soort technologische "wapenwedloop" tussen speurders en verdachten die stiekem zoveel mogelijk over elkaar trachtten te weten te komen en zo weinig mogelijk over zichzelf weg te geven. Beide kampen maken gebruik van verrekijkers, camera's, nachtkijkers, allerlei af luister- en plaatsbepalingsmiddelen, bewegingsmelders, richtmicrofoons, satellietfoto's, warmtezoekers, programma's om computerbeveiliging te kraken of boodschappen te onderscheppen,... Veel van de snufjes zijn overgewaaid uit de militaire (spionage)wereld, een aantal zijn ook in de private handel verkrijgbaar. Gisteren nog in James Bond, deze week in de opsporing.

LISTIG EN BETROKKEN- Doch ook de technologie heeft zijn beperkingen, waarvan de hoge kostprijs zeker niet de enige is¹¹¹⁴. Het alternatief is mensenwerk: de politie moet mensen vinden die te weten kunnen komen wat er "achter de schermen" gebeurt. Daarvoor moet zij ofwel iemand uit de organisatie (over)halen ofwel iemand van buitenuit er onopgemerkt binnen loodsen. De enige manier waarop eerlijke mensen nauw betrokken kunnen geraken bij goed afgeschermd onfrisse zaken, is door zelf oneerlijk te zijn. Mensen die voor de politie optreden, moeten dus tegen andere mensen, onder meer tegen het doelwit en de mensen die het omringen, liegen en hen bedriegen. Wie het "doelwit" op misdrijven wil betrappen, kan dat best met een list, door zich voor te doen als een crimineel die wil aansluiten bij de organisatie of belangstelling toont voor een gezamenlijk project. Van dichtbij betrokken geraken bij criminele organisaties, kan men onmogelijk zonder zelf ook misdrijven te plegen (*supra*, Deel II). En de overheid is inderdaad "betrokken": zij gaat immers (pro)actief meespelen in het complex crimineel gebeuren.

¹¹¹⁴ Vgl. de discussie in de CIA tussen de technologie-aanhangers en zij die pleiten voor de recruitering van agenten: X, "Sam Bond? Sounds funny", *The Economist* 4 juli 1998, 52.

GEHEIM- Nu de regels voor politie en gerecht strikter zijn geworden (*supra*, §1) en de sancties zwaarder (*infra* §4), vergroot de kans dat zij aspecten van hun eigen betrokkenheid zullen willen “achterhouden” of “minimaliseren”. Zoals die van de klassieke mededader, zal hun verklaring met de nodige argwaan worden bekeken. Zij zullen immers mogelijk misbruik maken van een geheimhouding die op zich ongetwijfeld gerechtvaardigd is. Vanwege het gevaar op gewelddadige wraak vanuit de criminele wereld, ook lang na een eventuele strafzaak, zal voor de veiligheid van mensen volledige openheid soms onmogelijk zijn. Daarnaast bewaart de rechtshandhaving graag haar tactische geheimen (minstens tijdelijk). Zoniet kunnen verdachten op alle mogelijke opsporingsmethoden anticiperen en ze dwarsbomen.

SAMENVATTING- Los van alle juridische overwegingen bestaat er een praktische reden waarom de klassieke regels tekort schieten. Om tegen sterk gesloten criminele organisaties succes te hebben kan de opsporing niet openlijk, oprecht en onpartijdig optreden. Er is behoefte aan geheimhouding door liegende en bedriegende overheidsmensen die zelf betrokken zijn bij criminaliteit. Dat is de antithese van de klassieke aanpak in de strafprocedure, al bleek in Hoofdstuk 1, §4 dat deze aanpak ook wel bestond in de klassieke praktijk.

§4. Klassieke controle en sancties schieten tekort

TE VEEL STRAFBAAR- Doordat de wetgever zijn misdrijven steeds ruimer formuleert, zullen dus tal van opsporingsactiviteiten eronder vallen. Wanneer het Openbaar Ministerie daar resoluut zou tegen optreden, is verdekt contact met zware criminelen of met mensen uit criminele organisaties absoluut taboe. Speurders die dat toch doen, stellen zich dus bloot aan zware strafsancties.

RESULTATENDRUK- Dat spant, zo leren de vorige drie paragrafen, met de behoefte aan resultaten in ophefmakende zaken, met inbegrip van de steeds toenemende gevaarzettings- en verenigingsmisdrijven. Vooral in de sterk gepolitiseerde strijd tegen de drugs stuurde de politieke wereld stevige signalen naar de politie dat er resultaten moesten komen, zelfs als daarvoor aan de klassieke regels moest worden gesleuteld. In de jaren tachtig was de druk op politie en magistratuur om resultaten te behalen natuurlijk ook groot in de strijd tegen het terrorisme en het zwaar banditisme.

STRUISVOGELPOLITIEK- Zowel in de politiek als binnen de magistratuur bestond en bestaat er om begrijpelijke redenen echter ook veel weerstand tegen geheim, onoprecht politie-optreden waarbij actief in criminaliteit wordt tussengekomen. Het resultaat was een soort struisvogelpolitiek, waarbij mensen zonder structurele noch wettelijke omkadering zich op het gladde ijs van het undercoverseurwerk waagden. Via een gedoogbeleid en "politievriendelijke" rechtspraak (*infra*, Hoofdstuk 3) werden politiemensen of informanten geholpen, doch velen vroegen dringend meer rechtszekerheid.

SUBSTANTIËLE NIETIGHEDEN- Het uitgangspunt van de vaders van het Wetboek van Strafvordering van 1808 was dat de rechter alleen bij schending van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling de wettelijk voorziene sanctie zou uitspreken (*supra*, Hoofdstuk 1, 4.5.). In dat beginsel is echter al lang een lek geslagen. Onder invloed van supranationale teksten en rechtspraak is het al vlug helemaal weggesmolten. Al sinds lange tijd sanctioneren de rechters ook onregelmatigheden in het vooronderzoek, zelfs toen dat nog op geen manier formeel geregeld is. Zij beriepen zich voor de vaststelling van deze zogenaamde *substantiële nietigheden*¹¹¹⁵ op algemene rechtsbeginselen die aan de basis van de strafprocedure liggen, zoals de rechten van de verdediging, de loyaliteit van de bewijsvoering¹¹¹⁶ of het uitlokkingsverbod. Natuurlijk sanctioneerde de rechtspraak ook strijdigheid met *supranationale* grondrechten, die zoals gezegd (*supra*, §1) een explosieve groei hebben gekend. Zo weerde de rechtspraak de resultaten van een verdeckte opsporing van telecommunicatiegegevens die zij in strijd achtte met art.8 E.V.R.M.¹¹¹⁷.

PROCEDURELE SANCTIES- De belangrijkste sancties op onbehoorlijk optreden van de rechtshandhaving zijn dan ook van procedurele aard. In heel uitzonderlijke zaken durfde de rechter de strafvervolging zelfs onontvankelijk verklaren¹¹¹⁸: dat is bijvoorbeeld het geval bij onherstelbare schending van het zwijgrecht¹¹¹⁹ of bij uitlokking van het misdrijf door de politie (*infra*, Hoofdstuk 4, 4.4.4). De normale

¹¹¹⁵ Of vormverzuimen die door de rechtspraak als essentieel beschouwd zullen worden: DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 105-106.

¹¹¹⁶ Cfr. de conclusies van advocaat-generaal du JARDIN bij Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.*1985-86, nr. 558.

¹¹¹⁷ Cass. 2 mei 1990, *Pas.* 1990, I, nr. 516, 1007 tot 1010 (*supra*, §1, voetnoot 1096)

¹¹¹⁸ DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 137-138.

¹¹¹⁹ Kritisch hierover: VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 926; DE NAUW, A., "Het 'ritueel bad dat van strafzonden zuivert en voor straffen behoedt' – Nog enkele overwegingen naar aanleiding van het Transnuklear-arrest", *R.W.* 1993-94, 397-399.

sanctie is echter de (absolute of relatieve) nietigheid van stukken¹¹²⁰ en de uitsluiting van onrechtmatig bewijs¹¹²¹. Het Belgisch Hof van Cassatie hanteerde in principe zeer strikte regels van bewijsuitsluiting, die ook het zogenaamde secundair bewijs ("vruchten van de vergiftigde boom") uitsloten. Soms leidden kleine procedurefouten tot de vrijspraak van personen over wiens schuld geen twijfel bestond. Naarmate de wetgever ook het vooronderzoek meer en meer formaliseerde, vermeerderde hij meteen ook het risico op vormfouten. De vrees groeide dat een te groot formalisme de efficiëntie van politie en gerecht en zo ook hun geloofwaardigheid in de ogen van het publiek zou ondermijnen. De verdediging kloeg er nochtans over dat zij geen inlichtingen kreeg over geheime aspecten van het onderzoek. Dat maakte het haar en dus ook de vonnisrechter onmogelijk om te controleren of de bewijslevering niet aangetast was door onwettigheden in de allereerste fase. De vonnisrechters konden ook de aan- of afwezigheid van uitlokking moeilijk vaststellen. Doordat het systeem naast het formele, wettelijke regime bleef functioneren, viel het dus bijna niet te controleren of te sanctioneren.

SCHANDALEN- Er moesten dus wel problemen van komen.... In alle democratische landen waar de overheidsmensen de opdracht kregen om in het geheim mensen te bespieden en daarbij soms zelfs al liegend en bedriegend aan misdrijven deel te nemen, heeft dit trouwens regelmatig geleid tot schandalen: echte en vermeende. Het eerste grote naoorlogse schandaal in ons land, de zogenaamde zaak François, liep uit op een strafzaak tegen rijkswachters en tegen leden van de "criminele inlichtingendienst" BCI¹¹²². Vooral voor de rijkswacht, die zich als onkreukbaar elitekorps had geprofileerd, kwam het schandaal hard aan. De vrees voor de

¹¹²⁰ DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 139-143.

¹¹²¹ Cass.16 juni 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 627: De rechter mag onregelmatig verkregen bewijsstukken noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks in aanmerking nemen bij het vormen van zijn overtuiging.

DE SMET, B., "De handhaving en relativering...", *op.cit.*, 131-137.

¹¹²² Dit schandaal werd in Deel I al vermeld. Het ging om Belgische politiemensen die zich door het Amerikaanse DEA hadden laten trainen. De Amerikanen bleken achteraf als een soort "chauffeurs vanop de achterzetel" de Belgische operaties gestuurd te hebben. Het Amerikaans geïnspireerd Bureau voor Criminele Informatie was een criminele inlichtingendienst binnen het Ministerie van Justitie. De Minister koos er opzettelijk voor de leden de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie te onthouden, wat betekende dat ze geen dwangmiddelen konden gebruiken noch onder leiding of toezicht van het parket werken. Het waren ambtenaren van het Ministerie van Justitie. Het was de bedoeling dat zij het drugsmilieu zouden infiltreren en dat zij, zodra zij voldoende bezwarende informatie hadden, de zaak aan de "gewone" politie zouden doorspelen. Zij moesten dus uit beeld blijven. FIJNAUT, C., *De zaak François..*, *op.cit.*, 14; FIJNAUT, C. en VERBRUGGEN, F., "Proactive investigation: a Belgian perspective", in: FIELD, S. en PELSER, C.(eds.), *Invading the Private: State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Dartmouth, Ashgate Aldershot, 1998, 113-114.

imagoschade heeft mogelijk bijgedragen tot de dubbelzinnige interne afwikkeling van de zaak, die het korps nog twee decennia is blijven achtervolgen.

UITSTEL DEBAT- De schandalen legden gedurende meer dan een decennium een soort taboe op de discussie over gevoelige opsporingsmethoden zowel bij de politie als politici. Blijkbaar vreesden zij voor een herhaling van de misbruiken of wilden zij niet de indruk wekken die misbruiken goed te keuren. Toen in de loop van de jaren tachtig onduidelijke infiltraties van de Staatsveiligheid in extreem-rechtse bewegingen en zelfs loze geruchten over staatsgrepen door de rijkswacht de pers haalden, schiep dat niet onmiddellijk een klimaat waarin nuchter over gevoelige opsporingsmethoden kon worden gedebatteerd. Toch brachten nieuwe schandalen op het einde van de jaren tachtig en in het begin van de jaren negentig (*infra*, Hoofdstuk 3, §5), samen met de opschudding in Nederland en de bezorgdheid over de georganiseerde criminaliteit, het thema terug op de agenda.

§5. Besluit

GRONDRECHTEN- De in Hoofdstuk 1 geschetste klassieke aanpak van criminaliteit met reactieve opsporing en gewone methoden is om verschillende redenen in een crisis beland. De belangrijkste reden, meteen ook de belangrijkste verandering sinds de tijd van de klassieke wetboeken, is de opkomst van afdwingbare grondrechten. In §1 bleek dat deze grondrechten en de ervan afgeleide formele wetten waarmee uiteindelijk ook het vooronderzoek werd genormeerd, de klassieke opsporing - zoals die op papier gebeurde - enigszins hinderden. Vooral georganiseerde criminaliteit zou in staat zijn om elk nieuw grondrecht te misbruiken en zich ermee te immuniseren tegen vervolging. Daarenboven kon ook de officieuze, pragmatische aanpak die sinds de tijd van de klassieke wetboeken naast deze wetboeken had bestaan, vanuit grondwettelijk perspectief niet langer worden verantwoord. We noemden dit de juridische oorzaak van de crisis.

REACTIEVE- Vervolgens, in §2, zijn we op een juridisch-praktische oorzaak van de crisis gestoten. De juridische nieuwigheid (nieuwe misdrijftypes) kan met de klassieke methoden in de praktijk niet worden opgespoord of bewezen. Dat geldt des te meer bij georganiseerde criminaliteit. Die blokkeert immers alle signalen die volgens de klassieke leer de reactie van de overheid zouden moeten uitlokken. Bovendien is de bedoeling van de nieuwe misdrijfomschrijvingen dat gevaren tijdig

zouden worden bezweerd en schade zodoende kan worden vermeden. Daartoe moet ook de politie al kunnen optreden vooraleer er effectief een misdrijf is gepleegd. Zij moet informatie verzamelen over nauwkeurig geselecteerde doelwitten om die vervolgens op een misdrijf te kunnen betrappen.

OPRECHT, OPENLIJK, ONPARTIJDIG- Dat bracht ons tot de praktische reden voor de crisis (§3) : de methoden die volgens de klassieke regels bestonden en waarbij politie en gerecht oprecht, openlijk en onpartijdig moesten optreden, kunnen geen resultaten leveren in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit. Daarvoor is het nodig dat speurders listen zouden mogen gebruiken, dat zij in het geheim zouden kunnen optreden en dat zij soms zelf in de criminaliteit betrokken mogen raken, door nauwe contacten op te bouwen met het doelwit van het onderzoek of met zijn omgeving. De ruime formulering van de strafwetten maakt een onvoorwaardelijk respect ervan voor de speurders in dergelijke situatie onmogelijk. Vroeger werd dit "onorthodox speurwerk" in feite ook gedaan, nu zijn politie en gerecht vragende partij om dit binnen een duidelijk juridisch kader te kunnen doen.

CONTROLES EN SANCTIES- Tenslotte kon ook het klassieke systeem van controle en sanctionering niemand tevreden stellen. De rechtspraak had al lang een mouw gepast aan het ontbreken van gedetailleerde regels voor de opsporingspraktijk, door een toetsing van die praktijk aan algemene rechtsbeginselen en supranationale grondrechten. Indien die geschonden waren, waren de opsporings- of onderzoekshandelingen in kwestie aangetast door "substantiële nietigheden". De uitsluiting van onrechtmatig bewijs werd eveneens ruim geïnterpreteerd. Speurders vreesden dat door deze strenge rechtspraak in combinatie met het gebrek aan regeling van het "moderne" speurwerk verdachten die klaarblijkelijk schuldig waren, toch zouden ontkomen. Doch vanuit de hoek van de verdediging klonk evenzeer een vraag naar een wettelijke regeling. Het gebrek aan regels en de feitelijke geheimhouding maakten in de praktijk controle en sanctionering namelijk zo goed als onmogelijk.

BESLUIT- Zowel juridische als praktische motieven hebben een wetgevende tussenkomst nodig gemaakt, die de nieuwe aanpak in de opsporing, en dan in het bijzonder bij georganiseerde criminaliteit, van een rechtsbasis moet voorzien. De wetgever kan zo een einde maken aan de grote rechtsonzekerheid die er nu bestaat, zowel bij de burger als bij de overheidsdiensten. Hij heeft de grondrechtelijke plicht deze nieuwe methoden meteen met een aantal waarborgen te omringen.

HOOFDSTUK 3: Impulsen tot verandering

"De wolf kent de wolf, de dief de dief"

(Aristoteles, Ethika Eudemia)

INLEIDING- Evenmin als de bezorgdheid inzake georganiseerde criminaliteit en het gevoel dat het klassieke strafrecht er onvoldoende tegen gewapend is, kan de crisis in de opsporing "typisch Belgisch" worden genoemd. In de keuze van de in het vorige Hoofdstuk vermelde "alternatieve methodes" voor de aanpak van (georganiseerde) criminaliteit hebben Belgische speurders hun licht opgestoken over de grenzen. Het valt te verwachten dat de wetgever hetzelfde zal doen bij de reglementering ervan. Het wetgevend proces terzake is echter nog maar pas op gang gekomen en het is onvoldoende opgeschoten om de rol van rechtsvergelijking erin na te gaan. De problematiek is uitermate gevoelig en ingewikkeld. Hij hangt daarenboven erg nauw samen met het institutioneel kader (gerecht, politie, staatsrechtelijke verhoudingen, historische gevoeligheden), zodat de - hoe dan ook complexe - situatie erg verschilt van land tot land. Hier kunnen we daarom niet ingaan op de concrete regeling in verschillende landen. Voor de landen van de Europese Unie staat die trouwens beschreven in een recent dik boek¹¹²³. Wij stippen vooral aandachtspunten aan, die kunnen helpen bij de verdere dogmatische zoektocht naar algemene onderliggende regels of beginselen. Enkele aspecten van de buitenlandse keuzes kaarten wij aan om ze in de volgende hoofdstukken te contrasteren met de Belgische keuze. De aandacht gaat vooral naar de V.S., die eerst aan de beurt komen, omdat algemeen wordt erkend dat Amerikaanse invloed een belangrijke rol heeft gespeeld in de "renaissance" van de "bijzondere" opsporing in België. Vervolgens volgt - heel kort - Duitsland, omdat men daar enkele onderscheiden hanteert die wij in België helemaal niet zullen aantreffen. Nederland komt vervolgens aan bod, omdat het debat daar luide weerklank kreeg bij ons. Aangezien de Nederlandse situatie bij ons vrij goed gekend is, krijgt zij slechts een summier en sterk vereenvoudigende behandeling. Dat ook Europa de Belgische wetgever impulsen stuurt voor een "nieuwe opsporingsaanpak", stellen wij gewoon vast (§4). Concreet uitgewerkte voorstellen of regelingen biedt Europa immers niet. Vandaar dat wij vlug overgaan naar de (wat schuchtere) aanloop in het interne recht waarop de wetgever kan voortbouwen (§5).

¹¹²³ TAK, P. (ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese Unie, de normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese Unie*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 838 p.

§1. Verenigde Staten van Amerika ¹¹²⁴

1.1. Undercoverpraktijken: het moet kunnen, want het kan moeten

PRAGMATISCH- In de V.S. hebben wetten en wetboeken in loop der jaren het procedurerecht niet op dezelfde manier gedomineerd als in continentaal Europa. Het accusatoir systeem plaatst de partijen iets meer op voet van gelijkheid, waarbij aan de hand van precedentes door de rechtspraak een kader van regels is uitgewerkt. Een van de gevolgen daarvan is dat de verdediging (althans voor welstellende verdachten) in de procesfase zelf redelijk sterk staat en de overheid een redelijk zware last torst. Grondwettelijke regels, vooral dan die opgenomen in de aan de federale grondwet toegevoegde Bill of Rights en hun uitwerking door de rechterlijke macht, staan daarbij centraal. De politie heeft er in vergelijking met die in continentaal Europa een vrij grote zelfstandigheid ten aanzien van de rechterlijke macht, het Openbaar Ministerie staat dicht bij de uitvoerende macht. De rechtscollèges hebben op basis van grondwettelijke regels de klassieke onderzoeksmethoden (aanhouding, zoeking, ondervraging,...) aan banden gelegd. Daardoor wordt de allereerste fase van de opsporing, die voorafgaat aan de echte machtsuitoefening door politie en gerecht, nog belangrijker. Vanuit een pragmatische kijk op criminaliteit en haar bestrijding heeft de Amerikaanse rechtscultuur steeds veel ruimte gelaten voor opsporingsactiviteiten waarbij de onderzoekers niet als overheid naar buiten treden, maar van dekmantels gebruik maken. De agenten mogen daarbij vrij ver meegaan in criminele activiteiten van groepen. Sommige misdrijven, vooral de consensuele en de samenspanningsmisdrijven zijn nu eenmaal zo het gemakkelijkst op te sporen en te bewijzen. De inzet van undercoveragenten gebeurt op zowat alle niveaus van politiewerk, al hebben sommige diensten er een institutionele voorkeur voor, terwijl andere terughoudender zijn¹¹²⁵. Ook in de V.S. breken er regelmatige schandalen uit. Meestal volgt dan een kritisch onderzoek dat moet nagaan hoe men een herhaling in de toekomst kan vermijden. Toch lijkt er een vrij brede consensus te bestaan dat de baten voor de overheid de kosten van het undercoverwerk ruimschoots overtreffen.

¹¹²⁴ FIJNAUT, C., *De normering van het informatieve onderzoek in constitutioneel perspectief*, *op.cit.*, 5-27.

¹¹²⁵ VERBRUGGEN, F., "Euro-Cops? Just Say Maybe", *Eur.J.Cr.L.Cr.J.* 1995, 166-169 gaat op deze kwestie van "bureaucratische culturen" in.

TERUGHOUDENHEID AFLUISTEREN- Wanpraktijken in de decennia na de Tweede Wereldoorlog zorgden wel voor een zekere terughoudendheid tegenover telefoontap en direct afluisteren door de politie. In vergelijking met sommige Europese landen luisteren de speurders in de V.S., alle verhoudingen in acht genomen, vrij weinig af. Niettemin heeft dat niet belet dat inlichtingendiensten in naam van de nationale veiligheid wel alle internationale telecommunicatie onderscheppen en met behulp van supercomputers analyseren (infra, 1.5.).

ALLERLEI VORMEN VAN CRIMINALITEIT- Hoewel het listig, verdekt en partijdig optreden van onderzoekers bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit zijn nut kan hebben, heeft zelden of nooit iemand ernstig beweerd dat het tot georganiseerde criminaliteit beperkt zou moeten blijven. Individuele daders, vooral van consensuele misdrijven, kunnen net zo goed benaderd worden door agenten die onder een dekmantel optreden, zelfs als het niet om zware feiten gaat. Politieagenten doen zich dus niet alleen voor als klanten om verboden prostitutie aan te pakken, maar ook als prostituée voor het aanpakken van wie bijvoorbeeld een beroep tracht te doen op een straatprostituée.

1.2. Grondwettelijke drempels en grenzen inmenging

1.2.1. Bescherming tegen zoekingen en inbeslagnemingen gelezen als privacy-grondrecht

GRONDRECHTEN- Alle opsporingsactiviteit, zowel de klassieke als de moderne, bekijkt men in de Verenigde Staten vooral door de grondrechtelijke bril. Zelfs het zogenaamde “structurele deel” van de federale grondwet bevat talrijke bepalingen over misdaad en straf. Dat gaat van misdrijven die tot de bevoegdheid van de federatie behoren, over de feiten waarvoor “impeachment” van federale ambtenaren mogelijk is tot het verbod van retroactieve strafwetten. Doch veel meer weerklank krijgen de bepalingen van de *Bill of Rights*. Dat is een grondrechtenhandvest dat onder de vorm van een reeks amendementen toegevoegd werd aan de federale grondwet. Als dusdanig gaat het zeker om een voorloper en inspiratiebron voor het E.V.R.M. De interpretatie die de federale rechters en in laatste instantie het Hooggerechtshof geven aan de eeuwenoude tekst, vormt de ruggengraat van het systeem. Het Hof heeft vele in de *Bill of Rights* opgenomen waarborgen immers niet alleen op de federale, maar ook op de statelijke overheden van toepassing verklaard.

Aangezien elke staat niet alleen zijn eigen strafrecht en strafprocedurerecht heeft, maar ook zijn eigen grondwet, was dat een revolutionaire ingreep¹¹²⁶.

VIERDE AMENDEMENT- Voor de in dit Deel behandelde stof, vormt het Vierde Amendement het kernstuk¹¹²⁷. Het gaat om een verbod op “onredelijke zoekingen en inbeslagnemingen” (*unreasonable searches and seizures*)¹¹²⁸. Hoewel de tekst het toepassingsgebied eigenlijk niet beperkt tot strafzaken, is de uitwerking van dit grondrecht vooral – bijna uitsluitend - gebeurd in strafzaken¹¹²⁹. De verklaring ligt volgens sommige waarnemers¹¹³⁰ in het feit dat het Hooggerechtshof “*exclusionary rule*”, de verplichting voor rechters om onrechtmatig bekomen bewijs uit te sluiten, tot grondrecht heeft uitgeroepen (*infra*). Deze verplichte bewijsuitsluiting zou de verdediging ertoe aanzetten om in om het even welke zaak een beweerde schending van het (erg open) Vierde Amendement in te roepen¹¹³¹.

¹¹²⁶ Dit noemt men de “strafprocedure revolutie” van “*liberal*” Warren-court in de jaren zestig. Vooral de bescherming van minderheden, vooral zwarten in Zuidelijke staten, speelde als een belangrijk motief mee in deze evolutie. Het gaat om een controversiële evolutie. Toch hebben de latere “conservatieve” meerderheden in het Hooggerechtshof, die volgens velen met een onmiskenbare contrarevolutie geantwoord hebben op de Warren-revolutie, het beginsel van de “incorporation doctrine” (de toepasselijkheid van sommige federale grondrechten in statelijke procedures) nooit in twijfel getrokken. (STEIKER, C., “Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers”, *Michigan Law Review* 1996, 2466.)

¹¹²⁷ “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”

¹¹²⁸ Arrestatie wordt als “vatting” (*seizure*) van een persoon beschouwd. Algemeen wordt aanvaard dat voor aanhouding “probable cause” nodig is, d.w.z. dat men over redelijkerwijze betrouwbare informatie beschikt die een voorzichtig persoon ertoe zou leiden dat de verdachte een misdrijf had gepleegd of aan het plegen was (Beck v. Ohio, 379 U.S. 89 (1964)). Wanneer de arrestatie bovendien in een huis (*home*) gebeurt, is – behalve in noodgevallen- ook een rechterlijke beschikking (*judicial warrant*) nodig. Voor minder verregaande, uiterst in de tijd beperkte vrijheidsberoving (tegenhouden en fouilleren, *stop and frisk*) volstaat de minder verregaande vereiste van “redelijke verdenking”. Zelfs daarop bestaan nog een reeks uitzonderingen, zoals bij systematische wegblokkades (die op dat punt verschillen van het tegenhouden van een individuele wagen) (Delaware v. Prouse, 440 U.S. 468 (1979)).

¹¹²⁹ Op voorwaarde dat de zoeking redelijk is, mag de politie het volgende zoeken en inbeslag nemen: de middelen tot het plegen van misdrijven (zoals inbrekersmateriaal), wat het misdrijf voortgebracht heeft (de buit), smokkelgoed (zoals illegale drugs) en louter bewijselementen van misdrijven.

¹¹³⁰ STEIKER, C., “Supreme Court Review, Foreword: The Limits of the Preventive State”, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1998, 773.

¹¹³¹ Het Hooggerechtshof verklaarde het verbod van onredelijke zoekingen en inbeslagnemingen van toepassing in deelstatelijke procedures (Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949)), met inbegrip van de *exclusionary rule*, die het gebruik als bewijs tegen een beklagde in een strafzaak verbiedt van alle voorwerpen die bekomen zijn als gevolg een onredelijke zoeking of inbeslagneming (Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)).

BEGINSEL- Met zijn mijlpaalbeslissing in de zaak *Katz* uit 1967¹¹³², over af luisteren in een openbare telefooncel, zette het Hooggerechtshof de bakens uit voor de toepassing van het Vierde Amendement in een door technologische evolutie veranderende wereld. Tot dan had het vooral gekeken of de plaats waar de zoeking gebeurde grondrechtelijk beschermd was, bijvoorbeeld private eigendom tegenover de openbare weg. Met de beroemde “zinsnede” in *Katz* dat “*the Fourth Amendment protects people, not places*”, sloeg het een nieuwe weg in. Uit de latere rechtspraak blijkt dat de grondrechtelijke bescherming pas in werking treedt door een “*intrusion by government action into an area where a person has a reasonable and justifiable expectation of privacy*”. Zo bouwt het Hooggerechtshof het Vierde Amendement om van een bescherming tegen het klassieke zoeken van personen en voorwerpen naar een bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen – zowel openlijke als verdeckte - informatiegaring door de overheid.

RECHTHEBBENDEN- Een belangrijke beperking zit er in de personen die de rechtmatigheid van een “zoeking” kunnen betwisten op basis van het Vierde Amendement. Zij moeten namelijk een “rechtmatige *privacy*-verwachting” hebben¹¹³³. Een aantal personen kunnen het Vierde Amendement steeds inroepen: de eigenaar of rechtmatige bezitter van de doorzochte plaats, de persoon die er werkelijk zijn woonst heeft of die er als gast van de eigenaar blijft slapen. Het louter rechtmatig aanwezig zijn in of op de doorzochte eigendom volstaat echter niet¹¹³⁴. Zo konden de passagiers van andermans auto zich niet beroepen op de beweerde ongrondwettigheid van de zoeking. Ook eigendom van het gevatte of inbeslaggenomen goed (*mere ownership of property seized*) is op zich niet genoeg. De rechter zal bijvoorbeeld ook rekening houden met de plaats van het goed en het moment van de zoeking. Het vanzelfsprekende *privacy*-belang dat de bezitter zal hechten aan “verboden of smokkelgoederen” (bijvoorbeeld de drugs die men in zijn bagage heeft verstopt), geniet geen Vierde Amendementbescherming. Het gaat immers niet over een “*rechtmatig* belang bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer”. Speurtechnieken die enkel het bezit van verboden stoffen kunnen blootleggen, vormen dan ook geen “inmenging” in de persoonlijke levenssfeer.

¹¹³² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)

¹¹³³ *Rakas v. Illinois* 439 U.S. 128 (1978).

¹¹³⁴ Het is slechts één van de factoren die helpen bepalen of er een legitimate expectation of privacy is (*Rakas v. Illinois* 439 U.S. 128 (1978)).

Voorbeelden zijn het gebruik van drugshonden voor het besnuffelen van bagage¹¹³⁵ of een test in een veldlabo die enkel cocaine herkent¹¹³⁶.

BLOOTGEGEVEN- Een persoon beschikt ook niet over een redelijke *privacy*-verwachting in voorwerpen die aan het publiek blootgesteld zijn. De voorbeelden in de rechtspraak tonen aan dat de persoonlijke levenssfeer daarmee behoorlijk inkrimpt. Een persoon kan geen redelijke *privacy*-verwachting hebben in zijn handschrift, de klank van zijn stem (met moderne analysetechnieken even individualiserend als een vingerafdruk), de verfsporen op zijn wagen of de producten (tijdschriften)¹¹³⁷ die men te koop aanbiedt. Doch anders dan in Europa weigeren de Amerikanen een redelijke *privacy*-verwachting te erkennen in de telefoonnummers die iemand belt¹¹³⁸ of in zijn bankgegevens¹¹³⁹. Wie met zijn wagen over openbare wegen rijdt, stelt die bewegingen en de plaats van aankomst eveneens aan het publiek bloot, zelfs wanneer voor het verdekt volgen de politie gebruik maakt van een elektronisch zendertje (peilbaken of *beeper*)¹¹⁴⁰. In het verlengde hiervan ligt de “open velden doctrine” van het Hooggerechtshof, waarmee zones buiten de omheining van het huis bloot gegeven zijn aan het publiek en dus het voorwerp kunnen uitmaken van een zoeking zonder dat zij onder het toepassingsgebied van het Vierde Amendement vallen. Dat geldt dus voor (hennep)planten in een open veld¹¹⁴¹ of vuilnis dat buiten het huis klaarstaat voor ophaling¹¹⁴². Of iets al dan niet tot een open veld behoort, gaat de rechter na op basis van de afstand tot het gebouw, de aard van gebruik van de zone (bewoning, parking, opslag van goederen enz.) en de inspanningen van de bewoner om ze van nieuwsgierige ogen af te schermem¹¹⁴³.

¹¹³⁵ United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983). In dit geval was er niettemin schending omdat de duur van het blokkeren van het goed (anderhalf uur voor bagage) gelet op de omstandigheden buiten verhouding stond tot de aanwijzingen waarop het tegenhouden gebaseerd was en de zoeking daarom *onredelijk* maakte.

¹¹³⁶ United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984).

¹¹³⁷ Maryland v. Macon, 472 U.S. 276 (1983).

¹¹³⁸ Het gebruik van zogenaamde “penregisters” vormde geen inbreuk op een redelijke *privacy*-verwachting (Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979)), terwijl Belgische rechtspraak van de gelijkaardige Zoller-Malicieux-toestellen meende dat het wel om een inmenging in de zin van art.8, eerste lid E.V.R.M. ging (*supra*, Hoofdstuk 2). De technologische evolutie heeft de registratie van dergelijke gegevens en de toegang ertoe trouwens enorm vergemakkelijkt.

¹¹³⁹ Fisher v. United States, 425 U.S. 583 (1974).

¹¹⁴⁰ United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983).

¹¹⁴¹ United States v. Oliver, 466 U.S. 170 (1984).

¹¹⁴² California v. Greenwood, 468 U.S. 35 (1988).

¹¹⁴³ United States v. Dunn, 480 U.S. 294 (1987).

DUBBELE TEST- De *privacy*verzuchtingen van de betrokken persoon zijn dus wel noodzakelijk: als iemand zelf bewust gegevens bloot geeft, heeft hij zeker géén redelijke *privacy*-verwachting meer. Zij zijn echter niet voldoende. Voor de beoordeling van de redelijkheid van *privacy*-verwachtingen, hanteert de rechtspraak bovenop het subjectief criterium (wat verwachtte de persoon in kwestie) nog een objectief (kan men met zijn kennis van de hedendaagse wereld objectief verwachten ongezien of ongehoord te blijven)¹¹⁴⁴. Wie bijvoorbeeld zijn tuin met metershoge muren afzet, kan volgens het Hooggerechtshof toch geen redelijke *privacy*-verwachtingen hebben ten aanzien van luchtobservatie (door de politie) indien die gebeurt vanuit het luchtruim waar het publiek normaal mag vliegen¹¹⁴⁵. Dat geldt zelfs wanneer de observanten daarbij gebruik maken van instrumenten die hun visuele mogelijkheden versterken (telelenzen, fototoestellen en dergelijke) zolang deze toestellen beschikbaar zijn voor het grote publiek¹¹⁴⁶. Inmiddels is de toegang van vele mensen tot bijvoorbeeld informatie van commerciële satellieten, microcamera's, nachtkijkers of allerlei computergegevens enorm toegenomen. De doctrine van het Hooggerechtshof vormt dan ook een ernstige domper op enthousiasme over het Vierde Amendement als waarborg voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ze vormt immers geen dijk tegen het opkomend technologisch tij dat objectief gezien verwachtingen inzake *privacy* onvermijdelijk drukt. Anders dan de Europese grondrechtenrechtspraak met artikel 8 E.V.R.M. tracht te doen, lijkt het Vierde Amendement niet te dienen om het teloor gegane gedeelte van de persoonlijke levenssfeer te "heroveren" op de technologie of de indiscretie van andere personen. De rechtspraak houdt dus meer vast aan de

¹¹⁴⁴ Zo meet de politie vanuit helicopters met infrarood de warmte die uit een huis ontsnapt. Dat levert een extra aanwijzing op dat er zich binnenin een marihuanakwekerij bevindt, zodat de politie een huiszoekingsbevel kan krijgen. De kwestie verdeelt de (lagere en statelijke) rechtspraak. Zie *United States v. Penny-Feeney*, 773 F.Supp.220 (D.Hawaii 1991), bevestigd in beroep op grond van andere motieven, dus zonder uitspraak over de infraroodzoeking, 984 F.2d 1053 (9th Circuit) Dat arrest zei dat het kon, terwijl *State v. Young*, 867 P.2d 593 (Wash.1994) schending van de federale en statelijke grondwetten vaststelde. Zie hierover: HUSKINS, M., "Marijuana Hot Spots: Infrared Imaging and the Fourth Amendment", *Chicago Law Review* 1996 (Spring), vol. 63, 655; BARNA, J., "Reforming the Katz Fourth Amendment "Reasonable Expectation of Privacy" Test: The Case of Infrared Surveillance of Homes", *Washington University Journal of Urban and Contemporary Law* 1996, vol.49, 247; LABA, J., "If You Can't Stand the Heat, Get Out of the Drug Business: Thermal Imager, Emerging Technologies, and the Fourth Amendment", *Californian Law Review* 1996, vol. 84, 1437 en – in een notendop- COLBRIDGE, T., "Thermal Imaging, Much Heat but Little Light", *FBI Law Enforcement Bulletin* December 1997, 18-24.

¹¹⁴⁵ *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986) (geen *privacy*-verwachting ondanks de metershoge muur), *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445 (1989) (geen *privacy*-verwachting hoewel de eigenaar-marihuanakweker getracht had zijn serre af te schermen van luchtobservatie door het dak gedeeltelijk te bedekken.)

¹¹⁴⁶ *Dow Chemical Co. V. United States*, 476 U.S. 227 (1986).

traditionele visie op het grondrecht van de *privacy*, de verdedigende invulling als “recht om alleen gelaten te worden”. Bovendien zwakt hij dat grondrecht nog eens af, omdat hij de vermindering van de privé-sfeer door de toegenomen “indringende technologie” als onvermijdelijke werkelijkheid aanvaardt bij de beoordeling van de redelijkheid van *privacy*-verwachtingen. Het gevolg is dat in de V.S. de “nieuwe opsporingstechnieken” minder met de privé-sfeer in conflict komen dan in Europa. Daar het Hooggerechtshof de “persoonlijke levenssfeer” in het Vierde Amendement minder leest als “zelfbepaling” (*supra*, Hoofdstuk 2, 1.4.1.), kan het gemakkelijker een beschermde verborgen sfeer (wel *privacy*-verwachting) onderscheiden van een onbeschermde openbare sfeer (geen *privacy*-verwachting).

BESCHAAMD VERTROUWEN- De al vermelde beperking van de grondrechtelijke privé-sfeer tot “legitieme activiteiten en goederen” vergroot de mogelijkheden tot het verdeckt en listig onderzoek door politieagenten die zelf nauw (als (pseudo)koper of (pseudo)verkoper) in het onderzochte misdrijf (drugshandel) betrokken geraken. De *privacy*-verwachting van wie onderhandelt over de prijs van drugs of van een huurmoord is onrechtmatig en dus juridisch irrelevant. De onderzoekers kunnen er zich dan ook meer mee “bemoeien”. Het is de eigen schuld van de betrapte verdachte dat hij ten onrechte dacht zijn handelspartner te kunnen vertrouwen. Als die dat vertrouwen “beschaamt” door de verdachte prompt te arresteren, kan laatstgenoemde daar geen legitiem *privacy*-belang tegen inbrengen. Meer in het algemeen spreekt het in Amerikaanse ogen vanzelf dat men zelf het risico draagt voor wat men aan anderen toevertrouwt en dus terzake geen redelijke *privacy*-verwachting meer heeft. Wie bij zijn vertrouwen stelt in anderen, hen geheimen vertelt of ze thuis of op andere beschermde plaatsen uitnodigt, zal zich in een latere strafprocedure dus vergeefs op de bescherming van het Vierde Amendement beroepen als die personen voor de overheid blijken te werken (infiltranten) of achteraf alles aan de overheid verklikken (informanten en spijtoptanten). Al wat ze gehoord of gezien hebben, kan rustig als bewijs gebruikt worden, zonder dat het grondrecht enige bescherming biedt.

1.2.2. *Privé-onderzoeken*

BESCHERMING TEGEN OVERHEID- Dat geldt des te meer indien de inmenging niet aan de overheid toe te rekenen valt. Het Vierde Amendement beschermt immers slechts tegen overheidshandelen (*government conduct*), niet tegen

zoekingen door privépersonen¹¹⁴⁷. In een land waar private bewaking en opsporing steeds belangrijk zijn geweest, betekent dat een enorme beperking. Zo vallen dus zowel de alomtegenwoordige privébewakingscamera's als de professionele onderzoekers in opdracht van banken, verzekeringsmaatschappijen of eigenaars van namaakgevoelige merken buiten het toepassingsgebied. Tenzij de privépeurders formeel¹¹⁴⁸ of feitelijk¹¹⁴⁹ in opdracht van de overheid werkten, kan wie het "lijdend voorwerp" ervan wordt zich niet op grondwettelijke bescherming beroepen. Als zij spontaan informatie aan de overheid overmaken, is dat hoegenaamd geen probleem. Slechts als overheidsmensen in feite aan de draden trekken, ontstaat er een grondrechtelijk probleem.

1.2.3. De warrant-vereiste en probable cause

WARRANT- In de overige gevallen, waar de actie van de overheidsdienst wél een inbreuk maakt (intrusion) op de redelijke en rechtmatige privacy-verwachtingen, kan dit volgens de heersende rechtspraak en rechtsleer slechts in uitvoering van een voorafgaandelijke rechterlijke beschikking (warrant). Die moet op haar beurt berusten op verklaringen onder ede dat een gefundeerde verdenking/ sterke aanwijzingen (probable cause) bestaan om te geloven dat de gezochte persoon, het gezochte voorwerp of de gezochte informatie verbonden is met de criminele activiteit of het bewijs ervan¹¹⁵⁰. De onafhankelijke rechter moet naar het "geheel van omstandigheden" kijken om na te gaan of de verdenking voldoende gefundeerd is. Het bevel kan ook berusten op de tip van een informant wiens betrouwbaarheid niet kan worden getoetst, indien het geheel van verklaringen de test van waarschijnlijkheid kan doorstaan. Over het algemeen moet de overheid de identiteit van de informant niet bekend maken¹¹⁵¹, behalve als de informant een waarnemend getuige was van het misdrijf en de getuigenis van belang kan zijn voor de bepaling van de schuld of onschuld van de beklaagde. Dan moet de identiteit van de informant voor het proces worden bekend gemaakt¹¹⁵². De rechter moet in zijn beschikking ook nauwkeurig beschrijven wat er doorzocht en inbeslaggenomen moet worden. Vanzelfsprekend heeft de vraag of er al dan niet een rechtmatige warrant bestond en of die wel correct werd uitgevoerd tot uitgebreide rechtspraak geleid.

¹¹⁴⁷ *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

¹¹⁴⁸ Het gaat om het zogenaamde "*deputizing*" door de publieke politiediensten, waarbij ze gemandateerd worden tot het uitoefenen van een aantal politiebevoegdheden.

¹¹⁴⁹ Dat is het geval voor informanten wier optreden eigenlijk door overheidsmensen "gestuurd", "geregisseerd" wordt.

¹¹⁵⁰ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

¹¹⁵¹ *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967).

¹¹⁵² *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957).

ELEKTRONISCHE OBSERVATIE- Sinds *Katz* beschouwt de rechtspraak elke vorm van “*electronic surveillance*” die een inbreuk maakt op een redelijke *privacy*-verwachting als een zoeking. Het fysiek betreden van een plaats is geen voorwaarde om van een zoeking te spreken. Het af luisteren van telefoongesprekken is in dit zoekingsbegrip begrepen, het registreren van telefoonnummers niet. Zoals eerder aangegeven, kan wie geen poging heeft gedaan om zijn communicatie privaat te houden op geen bescherming van het Vierde Amendement rekenen. Vele mobiele bellers zullen onder deze “onuitgenodigd oor”-uitzondering vallen. Daarnaast geldt ook voor af luisteren de regel van het “beschaamd vertrouwen” (*supra*, 1.2.1.): de beklagde draagt het risico dat de persoon waarmee hij spreekt “onbetrouwbaar” is en aan de politie de toestemming heeft gegeven hun gesprek af te luisteren. Hij kan zich op geen schending van het Vierde Amendement beroepen¹¹⁵³. Het contrast met het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat in dergelijke geval wel een inmenging in de zin van art.8, eerste lid E.V.R.M. aanwezig acht¹¹⁵⁴, valt op. Hoe dan ook, een rechterlijke beschikking tot “*electronic surveillance*” moet volgens de rechtspraak van het Hoogerechtshof aan een aantal voorwaarden voldoen¹¹⁵⁵. Voorbeelden daarvan zijn dat zij nauwkeurig moet beschrijven welke gesprekken mogen worden afgeluisterd, dat het af luisteren beperkt moet zijn in de tijd en dat rechter de naam moet vermelden van de verdachte wiens gesprekken afgeluisterd worden. De politie moet het af luisteren onmiddellijk stopzetten zodra de gezochte informatie bekomen werd en een verslag van de afgeluisterde gesprekken aan de rechtbank overmaken. Specifieke wetten schrijven de procedures tot in detail voor.

1.2.4. Uitzonderingen op de warrant-vereiste

VEEL UITZONDERINGEN- Het Hoogerechtshof houdt vast aan het idee dat als er een zoeking in de zin van het Vierde Amendement bestaat, die redelijk moet zijn. Soms is het niet redelijk daarvoor een voorafgaande rechterlijke beschikking te eisen. In een moeilijk te voorspellen en erg bekritiseerde rechtspraak heeft het talloze uitzonderingen uitgewerkt die elk op hun beurt weer verder werden genuanceerd of afgezwakt. Ten eerste is geen beschikking vereist voor een zoeking naar aanleiding van een rechtmatige aanhouding. Ten tweede hebben een aantal specifieke kenmerken zoals de beweeglijkheid en de lagere *privacy*-verwachting het Hoogerechtshof bewogen tot het toelaten van de doorzoeking van “*automobile*

¹¹⁵³ United States v. White, 401 U.S. 745 (1971).

¹¹⁵⁴ Hof Mensenrechten 23 november 1993 A. v. France, *Publ.E.C.H.R., Series A*, 277-B.

¹¹⁵⁵ Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

voertuigen" zonder rechterlijke beschikking¹¹⁵⁶. De derde grote uitzondering slaat op voorwerpen die "open en bloot liggen" en dus zichtbaar zijn voor de onderzoekers die (om een andere reden) rechtmatig ter plaatse zijn¹¹⁵⁷. In de zaak *Terry* uit 1968¹¹⁵⁸ schiep het Hooggerechtshof nog een vierde grote uitzondering: de bevoegdheid om verdachten tegen te houden en te fouilleren (*stop and frisk*) als de politie vreest dat ze gewapend en gevaarlijk zouden kunnen zijn. Daarenboven kunnen, dat is een vijfde uitzondering, zoekingen steeds zonder rechterlijke beschikking plaatsvinden wanneer ze met een geldige toestemming gebeuren. Tenslotte heeft de rechtspraak een aantal concrete noodgevallen omschreven (achtervolging, vluchtig bewijs, branden, vergiftigd voedsel of kinderen in nood) waarin de politie ook zonder beschikking tot zoekingen en inbeslagnemingen mag overgaan.

ADMINISTRATIEVE ZOEKINGEN- Tenslotte valt aan te stippen dat ook de talloze overheidsdiensten die administratieve inspecties uitvoeren, een rechterlijke beschikking nodig hebben als ze private residenties of handelsgebouwen willen doorzoeken¹¹⁵⁹. Doch om die beschikking te bekommen is de "*probable cause*-vereiste" aanzienlijk afgezwakt. Een algemeen en neutraal handhavingsplan volstaat. De beschikking geldt enkel als rechterlijke waarborg tegen selectieve of willekeurige handhaving van de gewone gezondheid- en veiligheidsvoorschriften¹¹⁶⁰. Zelfs zonder beschikking zijn zoekingen toegelaten bij passagiers die aan boord van een vliegtuig willen gaan, evenals inbeslagnemingen door inspecteurs van onveilige of ongezonde voedselwaren. Nog belangrijker is de uitzondering die het Hooggerechtshof schiep op de vereiste van een rechterlijke beschikking bij zogenaamde sterk gereguleerde industrieën, zoals die van sterke drank, wapens, mijnbouw of autokerkhoven¹¹⁶¹. Ook in openbare scholen, in het huis van mensen die van probatie genieten, op het kantoor van overheidsambtenaren of bij mensen met bepaalde risicoberoepen zijn bepaalde zoekingen en tests mogelijk zonder voorafgaandelijke toestemming van een rechter. Met gerichte controles kunnen in risicosectoren of voor risicogroepen dus zonder verdenking allerlei inlichtingen worden bekommen en eventueel misdrijven gedetecteerd.

¹¹⁵⁶ *Colorado v. Bannister*, 449 U.S. 1 (1980).

¹¹⁵⁷ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321 (1987).

¹¹⁵⁸ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

¹¹⁵⁹ *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967).

¹¹⁶⁰ *Marshall v. Barlow's, Inc.*, 436 U.S. 307 (1978).

¹¹⁶¹ *New York v. Burger*, 479 U.S. 812 (1987).

KRITIEK- Het Vierde Amendement zou de grote verdedigingslinie moeten vormen tegen een overheid die ongewenst binnendringt in de persoonlijke levenssfeer van mensen. Maar het Hooggerechtshof maakte er volgens vele critici met zijn rechtspraak een uitermate gecompliceerde, ondoorzichtige en onvoorspelbare materie van. De talrijke, soms tegenstrijdige regels en motieven in deze casuïstische aanpak leverden een onbevredigend geheel op. De meeste critici verwijten het Hooggerechtshof door een inflatie van uitzonderingen de rechtsbescherming die het Vierde Amendement moet bieden, veel te ver te hebben uitgehold¹¹⁶².

1.2.5 .Due Process garanties

GEWETEN SCHOKKEND- Het Vierde Amendement vormt dus het belangrijkste obstakel voor de "nieuwe" opsporingsmethoden. Toch heeft de rechtspraak los van dat Vierde Amendement sommige praktijken in strafonderzoeken ook een eind toegeroepen op grond van de *Due Process* (Eerlijke Procedure) clause in het Veertiende Amendement. Deze Amerikaanse tegenhanger van het "loyaliteitsbeginsel" komt er op neer dat de rechters bewijs uitsluiten als de politie dat heeft bekomen door middelen die "het geweten schokken", zelfs als er geen specifieke regels werden geschonden. Dat was bijvoorbeeld het geval in 1952, toen een verdachte vastgehouden werd en de politie een maagpomp gebruikte om een heroïnecapsule te bekomen¹¹⁶³. Ook in het geval waarin een getuige eerst door zijn ondervragers in een statelijke parlamentscommissie was geweest op zijn recht zichzelf niet te beschuldigen (en dus te zwijgen) en hij daarna werd vervolgd wegens zijn strafbare weigering te antwoorden op de vragen, was er volgens het Hof schending van het *Due Process*. Een bijzondere variant van schending van het recht

¹¹⁶² Een van de origineelste en provocerende analisten, Yale-professor AMAR, stoort zich niet zozeer aan de beweerde uitholling, maar beweert dat het Hooggerechtshof het Vierde Amendement gewoonweg totaal verkeerd heeft geïnterpreteerd. De drie pijlers van de Vierde Amendement-rechtspraak (dat voor alle zoekingen en inbeslagnemingen in principe een rechterlijke beschikking nodig is, dat die op *probable cause* moet steunen en dat illegaal bekomen bewijs moet worden uitgesloten) kunnen volgens hem geen steun vinden in de tekst of de bedoeling van zijn auteurs. De nauwelijks bij te houden uitzonderingen zijn volgens hem een aanwijzing dat het Hooggerechtshof er zelf niet echt in gelooft. Niet alleen is de massa rechtspraak complex en tegenstrijdig, hij leidt ook tot het pervers resultaat dat criminelen vrijuit gaan en onschuldigen niet beschermd worden. Op basis van de tekst, de geschiedenis en het "goeie ouwe gezond verstand" stelt hij dat de enige vereiste de redelijkheid is, die door de jury keer op keer beoordeeld moet worden. De rechterlijke beschikking dient als waarborg voor de uitvoerende ambtenaren, doch sluit niet uit dat de overheidssdienst toch nog aansprakelijk kan gesteld worden. Bewijsuitsluiting kan soms aangewezen zijn, doch verdient niet om tot grondwettelijke regel gepromoveerd te worden. (zie het eerste Hoofdstuk van AMAR, A.R., *op.cit.*, 1-45.) Voor een repliek: SEIDMAN, L., "Akhil Amar and the (Premature?) Demise of Criminal Procedure Liberalism", *Yale Law Journal*, 2281-2326.

¹¹⁶³ *Rochin v. California* 342 U.S. 165 (1952).

op een eerlijk proces is het geval waarin de handelingen van overheidsambtenaren het plegen van een misdrijf aanmoedigen op een manier die "het geweten schokt". Bij ons noemt men een dergelijke praktijk "politie uitlokking", in de V.S. wordt gesproken van "*entrapment*". De rechtsleer geeft ook de voorkeur aan de regels van het Due Process als basis voor het uitlokkingsverbod¹¹⁶⁴, maar het Hooggerechtshof doet dat niet.

1.3. Uitlokking, rechtvaardiging en verschoning

INTENTIE WETGEVER- Dit Hooggerechtshof was van mening dat er in het Amerikaans *strafrecht géén grondwettelijke basis* bestond voor een uitlokkingsverbod (in de val lokken). Het aanvaardt niettemin dat de beklaagde deze "verdediging" (*affirmative defense*) echter kan steunen op de "*intenties van het federale Parlement bij het invoeren van strafwetten*".¹¹⁶⁵ Volgens het Hof kan moeilijk besloten worden dat het Congres gewild zou hebben dat overheidsambtenaren voor het overige onschuldige personen zouden verleiden om misdrijven te plegen zodat de overheid ze zou kunnen bestraffen¹¹⁶⁶. De beklaagde moet het uitlokkingsverweer zelf inroepen en draagt de bewijslast. Zelfs als de beklaagde een of meerdere elementen van de tenlastelegging ontkent, heeft hij er recht op dat de vraag of er *entrapment* bestond wordt gesteld aan de jury. Deze jury heeft het laatste woord. Het gaat immers over een feitenkwestie¹¹⁶⁷.

MEERDERHEIDSVISIE- Zowel in de rechtspraak als in rechtsleer heeft er steeds veel onenigheid bestaan over wat de geschikte test is om uit te maken wanneer er sprake is van verboden uitlokking. De meerderheid binnen het Hooggerechtshof verkoos de zogenaamde subjectieve boven de objectieve test. Dit betekent dat de jury moet nagaan of het "opzet" van de dader in de concrete zaak werd veroorzaakt door de actie van de politie, dan wel of de dader al een "voorafgaande intentie" (*predisposition*) had om een misdrijf te plegen. Bij het opstellen van valstrikken moet - in de woorden van een rechter van het Hooggerechtshof - een lijn getrokken worden tussen een val voor de "*nietsvermoedende crimineel*" en een val voor de "*nietsvermoedende onschuldige*". De overheid heeft van de rechters veel vrijheid

¹¹⁶⁴ SCHOLL, L. , "La provocation policière en droit américain" , *Rev.dr.pén.* 1989, 811; HARDY, B., "The Traps of Entrapment", *American Journal of Criminal Law* 1974, vol.3, 169-170.

¹¹⁶⁵ Deze keuze voor de "intentie van de wetgever" en niet voor een grondwettelijke basis, betekent dat de federale wetgever, indien hij dat uitdrukkelijk zou doen, zou kunnen afwijken van het verbod op *entrapment*.

¹¹⁶⁶ *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932).

gekregen bij het aantonen van de “voorafbestaande wil tot criminaliteit”. Het strafrechtelijk verleden van de beklaagde krijgt vaak veel gewicht¹¹⁶⁸: een geharde crimineel kan eigenlijk bijna niet worden uitgelokt. Alle waarnemers zijn het er over eens dat in de V.S. de “*entrapment defense*” uiterst zelden succes heeft, dat wil zeggen enkel bij erg uitzonderlijke druk of aanzetting. Daarenboven zitten er aan risico’s aan voor de beklaagde. Indien de beklaagde “politiële uitlokking” aanvoert, kan het Openbaar Ministerie vaak zijn strafrechterlijk verleden in het debat brengen, terwijl het dat normaal niet mag om vooroordelen bij de jury te vermijden.

WEINIG RECHTVAARDIGING- De Amerikanen aanvaarden als onvermijdelijk dat speurders en informanten tijdens hun werk, zeker het verdekt en listig werk, misdrijven plegen. In sommige gevallen zal bij de onderzoekers het vereiste moreel element ontbreken, doch meestal voldoet hun gedraging onmiskenbaar aan een of meer misdrijfomschrijvingen. Blijkbaar voelt niemand echt de behoefte daar met materieel-strafrechtelijke theoriën een mouw aan te passen.

DISCRETIE EN IMMUNITEIT- De gekozen oplossing is pragmatisch en procedureel: enerzijds beschikt het Openbaar Ministerie over grote discretie inzake vervolging zodat het niet verplicht is op te treden tegen misdrijven die werden gepleegd “voor de goede zaak”. Anderzijds kan een belaagde onderzoeker ook worden afgeschermd door hem immuniteit toe te kennen (*infra*, Deel IV).

1.4. Controle en sanctionering

1.4.1. *Interne toestemmingsvereisten en verantwoordingsrapporten*

GROEN LICHT- Niet alleen de ervaring met uit de hand gelopen operaties of regelrechte schandalen, maar ook de kostprijs van sommige operaties hebben binnen de meeste politiediensten geleid tot een systeem van voorafgaande toestemming, die vereist is vooraleer gevoelige operaties het groene licht krijgen. Het gaat niet zozeer om wetgeving maar om interne richtlijnen, die wel worden bekend gemaakt. Hoe gevoeliger de operatie, des te hoger het hiërarchisch niveau dat het groene licht moet geven en dat meteen ook de verantwoordelijkheid draagt als de boel foutloopt. Deze richtlijnen vormen natuurlijk een belangrijke leidraad voor tuchtonderzoeken, maar zij helpen ook bij het toepassen van algemene toetsen van bijvoorbeeld de “redelijkheid” van een bepaalde concrete actie.

¹¹⁶⁷ Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

RAPPORTERING- Achteraf zal de hiërarchie ook uitgebreid verslag moeten krijgen van de operatie. De details verschillen naargelang het niveau of de dienst, doch behalve om er tactische of praktische lessen uit te trekken, dienen de betrokken verslagen ook als controlemiddel. Vaak moeten agentschappen ook overzichten overmaken aan de toezichthoudende instanties, zoals parlementaire (sub)comités.

1.4.2. *Rechterlijke toestemming*

WARRANT- De eerder beschreven *warrant*-vereiste, dat wil zeggen een voorafgaande rechterlijke machtiging die nodig is voor onderzoeksmaatregelen waarbij de overheid een inbreuk maakt op de redelijke en rechtmatige *privacy*-verwachting van mensen, vormt een andere waarborg. Om de rechter te bewegen die toelating te geven, moet de politie voldoende voorafgaande aanwijzingen geven en de rechterlijke beschikking zelf moet nauwkeurig zijn. De beklaagde tegen wie de onderzoeksdaden waren gericht, zal er steeds voor zorgen dat het vonnisgerecht achteraf toezicht uitoefent op de rechtmatigheid van de beschikking en dat het nagaat of bij de zoeking de beschikking wel werd nageleefd. Eventuele onrechtmatigheden leiden immers tot de voor de beklaagde meestal erg gunstige bewijsuitsluiting.

1.4.3. *Openheid in latere procedure*

VERBOD GEBRUIK VALS BEWIJS- Het listig optreden in het vooronderzoek mag niet voortduren tijdens het proces. De *Eerlijk Proces*-clausule verplicht het Openbaar Ministerie op te treden tegen elke vorm van valse getuigenis, zelfs wanneer het om een ongevraagde getuigenis gaat en zij slechts de geloofwaardigheid van getuigen en niet de grond van de zaak betreft¹¹⁶⁹.

BEKENDMAKINGSPLICHT- De overheid is verplicht bepaalde bewijselementen op verzoek van de verdediging bekend te maken. Indien zij niet ingaat op een vraag van de verdediging naar specifieke voor de beklaagde gunstige informatie die belangrijk is voor de vraag naar zijn schuld of onschuld, bestaat er geen eerlijk proces meer¹¹⁷⁰. Deze zogenaamde *Brady*-regel en de aard van de bewijsregels in een accusatoir strafproces dwingen de overheid tot vrij grote openheid over de gebruikte methoden. Normalerweise moet de verdediging uitdrukkelijk om

¹¹⁶⁸ SCHOLL, L., *op.cit.*, 816-817.

¹¹⁶⁹ *Alcorta v. Texas*, 355 U.S. 28 (1957); *Napue v. Illinois*, 360 U.S. 264 (1959).

¹¹⁷⁰ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

bekendmaking verzoeken, doch soms bestaat er een verplichting om spontaan voor de beklagde gunstige bewijselementen bekend te maken. De test is of het “*redelijke twijfel oproept, die er zonder dat bewijselement niet was*”. Vele federale en deelstaatwetten leggen trouwens nog meer gedetailleerde verplichtingen tot bekendmaking (of verboden op achterhouden van elementen) op. Toch bestaan er ook uitzonderingen: vertrouwelijke rapporten (bijvoorbeeld die van een agentschap dat waakt over het kindermisbruik) kunnen dat blijven tenzij ze gunstig voor de beklagde zijn *en doorslaggevend voor bepaling van schuld of onschuld*¹¹⁷¹. Ook bewijs dat de politie niet heeft bewaard zonder dat er kwade trouw bestond, levert geen schending van het recht op een eerlijk proces op.

REVERSAL- De sanctie voor schending van de Eerlijk Proces-clausule is een vernietiging van de veroordeling¹¹⁷². Of er dan een nieuw proces mogelijk is dat wel eerlijk kan verlopen hangt van de concrete situatie af.

1.4.4. Bewijsuitsluiting en/of burgerlijke aansprakelijkheid overheid

BEWIJSUITSLUITING- Het Amerikaanse recht stelt zeer hoge verwachtingen aan de ontradende kracht van procedurele sancties voor de schending van grondrechten. De strikte regels inzake bewijs werden aangevuld met de regel van bewijsuitsluiting als sanctie voor schending van grondrechten, onder meer van het Vierde Amendement. Deze regel geldt zowel in federale¹¹⁷³ als in statelijke¹¹⁷⁴ procedures en wetgevers kunnen er dus geen uitzonderingen op voorzien. Zoals bij ons komt hij erop neer dat bewijs afkomstig van een onrechtmatige zoeking of inbeslagneming niet gebruikt mag worden in een strafprocedure tegen het slachtoffer van de zoeking of inbeslagneming als bewijs van zijn schuld. Ook het gebruik van alle andere bewijselementen die rechtstreeks of onrechtstreeks het resultaat zijn van een onrechtmatige zoeking of arrestatie (het zogenaamde aangetaste fruit van de giftige boom) is verboden¹¹⁷⁵. Het Hooggerechtshof zag zich wel al vlug genoodzaakt talloze uitzonderingen toe te laten op dit beginsel. Het bewijs blijft bijvoorbeeld toelaatbaar als de overheid kan aantonen dat ontdekking onvermijdelijk was¹¹⁷⁶, als er een onafhankelijk bron bestaat voor hetzelfde bewijs¹¹⁷⁷ of als (zoals eerder

¹¹⁷¹ Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39 (1987).

¹¹⁷² Napue v. Illinois, 360 U.S. 264 (1959).

¹¹⁷³ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

¹¹⁷⁴ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

¹¹⁷⁵ Nardone v. United States, 308 U.S. 338; Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

¹¹⁷⁶ Nix v. Williams, 467 U.S. 431, 104 U.S. 2501 (1984).

¹¹⁷⁷ United States v. Crews, 445 U.S. 463 (1980).

gezegd) een private persoon onafhankelijk van sturing door de overheid het bewijs illegaal verworven heeft¹¹⁷⁸. Ook de uitzondering voor gevallen waarin de politie ter goeder trouw handelde, beperkt de reikwijdte van de sanctie. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer zij handelde op basis van een wet die later ongrondwettelijk werd verklaard, op rechtspraak die door een latere uitspraak veranderd werd¹¹⁷⁹ of op een gebrekkige rechterlijke beschikking tot zoeking¹¹⁸⁰. De talloze uitzonderingen hebben van de bewijsuitsluiting een ingewikkeld juridisch kluwen gemaakt.

BURGERLIJKE RECHTER- In beginsel kan de persoon die getroffen werd door onrechtmatig overheidshandelen van de uitvoerders (indien die geen immuniteit genieten) en/of hun werkgever (het agentschap, de stad of staat enz.) schadevergoeding eisen. Dit kan “bestraffende schadevergoeding” zijn, dat wil zeggen een veelvoud van de werkelijke schade om een ontradend effect te hebben. In sommige uitzonderlijke gevallen kan een burger die vindt dat hij ten onrechte lastig wordt gevallen aan de rechter vragen de onderzoekers een verbod (*injunction*) op te leggen. Dat kan wanneer de controle of het onderzoek gedegenereerd is tot een vorm van pesterij, belaging of machtsmisbruik. Het slachtoffer kan zo bijvoorbeeld een eind maken aan een observatie waarvan hij op de hoogte is en die, hoewel ze niets oplevert, toch steeds maar wordt verlengd.

1.4.5. *Besluit*

PROCEDUREEL- Karikaturen van de Amerikaanse praktijk als zouden de onderzoekers daar allerlei onverkwikkelijke dingen doen in naam van de efficiëntie, zijn ongepast. Wel is het onmiskenbaar dat de politie in de voorfase meer handelingsvrijheid krijgt dan bij ons. Doch voor gevoelige operaties moet voorafgaandelijk toestemming bekomen en achteraf verslag gegeven worden. Indien de onderzoeksmethode een inbreuk maakt op redelijke en legitieme *privacy*-verwachtingen, moet zij vooraf door een rechter toegelaten worden. Het probleem is dat die legitieme *privacy*-verwachtingen door de rechtspraak enorm strikt geïnterpreteerd worden. In het strafproces zelf zal er, wegens de bewijsregels, trouwens wel vrij veel openheid over de gebruikte methoden worden betracht. Wezenlijk voor het Amerikaans systeem zoals dat door het Hooggerechtshof werd ontwikkeld, is dat het een enorm vertrouwen heeft in het ontradend karakter van

¹¹⁷⁸ Bureau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921).

¹¹⁷⁹ United States v. Peltier, 422 U.S. 531 (1975)

¹¹⁸⁰ United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

procedurele sancties (vooral dan bewijsuitsluiting) ten aanzien van onderzoekers die niet zouden kunnen weerstaan aan de verleiding grondrechten te schenden.

1.5. Impuls tot modernisering van het verdekt politiewerk in België

JURIDISCH WEINIG- De Amerikaanse benadering bij de aanpak van al dan niet georganiseerde criminaliteit, geldt voor de wetgevers in ons land zeker niet als een model. Integendeel, de verwijzingen naar de V.S. (“Amerikaanse toestanden”) gebeuren meestal als een negatief voorbeeld, wanneer beleidsmakers willen wijzen op buitensporigheden, gevaren en ten allen prijze te vermijden keuzes. De critici vinden doorgaans dat de politiediensten in de Verenigde Staten te ver gaan en van zowel de rechtscolleges als van de politieke verantwoordelijken ook verder mogen gaan dan bij ons wenselijk wordt geacht. Vandaar dat de Amerikaanse juridische discussie verbazend weinig weerklank krijgt. De twee grootste uitzonderingen zijn misschien niet toevallig de waarborgen voor de rechtsonderhorige. Meer nog dan de bescherming tegen gedwongen zelfbeschuldiging¹¹⁸¹ is dat het geval voor de leer van de uitsluiting van onrechtmatig bewijs. Hoewel geen van beiden zuiver Amerikaanse scheppingen zijn, heeft de uitwerking ervan door de Amerikaanse hoogste rechtspraak wel veel weerklank gekregen in de Europese juridische discussie en in de Europese rechtspraak.

PRAKTISCH VEEL- In Deel I bleek echter al dat voor politiemensen en ministers de Atlantische Oceaan veel minder diep is dan voor wettenmakers en magistraten. Amerikaanse diensten cultiveerden vanaf de late jaren zestig immers rechtstreekse contacten met mensen uit de Belgische politiewereld. De Belgen kregen van hun Amerikaanse collega's financiële en logistieke middelen of inlichtingen uit de reusachtige Amerikaanse bestanden. Zij genoten ook de spectaculaire en in vergelijking met België toen al erg professionele opleidingen in de V.S. De politiemensen zagen onmiskenbare gelijkenissen in de “fenomenen” (zoals de internationale drugshandel) die aan beide zijden van de Atlantische Oceaan werden bestreden. Zij vonden de Amerikaanse aanpak niet alleen spannend, soms zelfs spectaculair, maar uiteindelijk vooral succesvol. De kloof tussen politiepraktijk en juridische context lag mee aan de basis van een aantal grote schandalen. Die hebben echter niet belet dat de meeste methoden langzamerhand toch als

¹¹⁸¹ Deze bescherming tegen gedwongen zelfbeschuldiging werd hier niet in detail behandeld. Zij is bijvoorbeeld in het geding wanneer een informant of infiltrant in de gevangenis de cel deelt met de aangehouden gevangene om zo zijn vertrouwen te winnen en informatie te

“noodzakelijk” erkend zijn. De vroegere vraag of de omstreden methoden hoe dan ook wel toelaatbaar zijn, lijkt voorbijgestreefd. In brede kring aanvaardt men ze als een noodzakelijk kwaad en buigt men zich over de vraag hoe en binnen welke grenzen ze toepassing moeten vinden. Dat de Amerikaanse invloed op de modernisering en heropbloei van deze methoden belangrijk is geweest, lijkt moeilijk te ontkennen.

NOTERENSWAARD- Waarschijnlijk bestaat er in weinig landen een zo uitgebreide rechtspraak waarin de “moderne” onderzoeksmethoden tegen het licht van de klassieke grondrechten worden gehouden. De Amerikaanse rechtspraak toont aan dat teksten van meer tweehonderd jaar oud mits de nodige interpretatie nog steeds een belangrijke maatstaf kunnen zijn voor het beoordelen van het overheidsoptreden in de technologisch meest vooruitstrevende maatschappij ter wereld.

BESCHERMING TEGEN DE PREVENTIEVE STAAT- Harvard-professor Steiker stelt dan ook vast dat er in de V.S. nu een massa rechtspraak en rechtsleer bestaat over de grenzen van de “bestraffende staat”. Zij gelooft dat de grondwettelijke problemen die de schepping en afdwinging van strafwetten omringen goed gekend zijn, zelfs al lopen de meningen over de gekozen oplossingen uiteen. Het grondwettelijk straf(proces)recht heeft zich tot een ware juridische subspecialiteit ontwikkeld. Maar, zo onderstreept Steiker, de Amerikanen hebben zich veel minder gebogen over de begrenzing van de “voorkomende overheid”. Daarmee bedoelt zij de vrijheidsbeperking door de overheid die niet door de bedoeling te bestraffen, maar door preventieve motieven is ingegeven. Die materie hebben de Amerikanen volgens Steiker eigenlijk nog maar recentelijk als juridische thematiek ontdekt. In een recent verleden is veel aandacht besteed aan sancties die nominatief eigenlijk preventief zijn en zo de aan bestraffing gekoppelde grondwettelijke waarborgen omzeilen, maar die in feite eigenlijk een verkapte bestraffing vormen¹⁸². Het gaat om een thematiek die vergelijkbaar is met de autonome invulling door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van het begrip strafprocedure. Ook al is de sanctie in naam tuchtrechtelijk of schadevergoedend, het Hof kan vaststellen dat het in feite om een straf gaat. Toch bestaat er in de V.S. net zoals bij ons natuurlijk ook een heleboel overheidsinmenging in het privé-leven van de burgers, zonder dat daar een verborgen “bestraffende” agenda zou achter schuilgaan. In de V.S. is men nog

bekomen. (CRAWFORD, K., “A Constitutional Guide to the Use of Cellmate Informants”, *FBI Law Enforcement Bulletin* 1995, 18-23.)

niet geslaagd om een samenhangend geheel van grondwettelijke grenzen aan die inmenging vast te leggen. Men is eigenlijk nog maar amper begonnen en de bestaande rechtspraak is uitermate fragmentarisch. Het gaat om verplichte drugstesten bij mensen in risicoberoepen of op scholen, DNA-databanken of de registratie van seksueel delinquenten na het beëindigen van hun straf. Dat is grondrechtelijk nog grotendeels braakland en de rechtsbescherming lijkt op dat vlak ondermaats.

NATIONALE VEILIGHEID- Tenslotte past het om aan te stippen dat naast de strafrechtelijke sfeer er een hele – even beroemde als geheime - wereld bestaat van bescherming van de “nationale veiligheid”: de schimmige wereld van inlichtingendiensten en landsverdediging. Het ruime toepassingsgebied van een begrip als nationale veiligheid maakt dat talloze praktijken die in het Amerikaans strafrecht niet kunnen of aan strikte regels gebonden zijn (zoals afluisteren, het onderscheppen van elektronische berichten), nu wel kunnen en doorgaans aan andere regels onderworpen zijn¹¹⁸³. Wie weet dat de V.S.-regering internationaal terrorisme en internationale drugshandel tot een bedreiging van hun nationale veiligheid hebben uitgeroepen en dat dit eveneens – zoals bijvoorbeeld spionage - misdrijven zijn, begrijpt dat er flink wat overlappingsen en schemerzones bestaan.

§2.Duitsland¹¹⁸⁴

2.1. Bestrijding terrorisme en georganiseerde criminaliteit legitimeren heropleving geheim politiewerk

HEROPLEVING- Om historische redenen bestond er in Duitsland een zeer grote terughoudenheid tegenover verdekt, onoprecht of in misdrijven betrokken optreden

¹¹⁸² Zie bijvoorbeeld voor verbeurdverklaringen, *infra* Deel V, Hoofdstuk 3, §1.

¹¹⁸³ De VS zou het bestaan van dit systeem ontkennen. Nochtans kan dat bestaan niet echt een geheim genoemd worden, het werd al enkele jaren in open bronnen vermeld werd (en niemand kon naast de installaties in Engeland en hun duizenden werknemers kijken). Toch kwam het systeem pas onder de aandacht toen het Europees Parlement er zich over boog (X, "Europarlement keurt afluisteren door VS af", *NRC Handelsblad* 16 oktober 1998) . De Nederlandse regering heeft het bestaan onlangs officieel bevestigd: "Codenaam Echelon", *NRC Handelsblad* 23 januari 2001. Het EP stelt zich vele terechte vragen bij deze "Big Brother praktijken" doch het ontbreekt haar zowel aan de bevoegdheid als het politiek gewicht om daar veel aan te veranderen. Noch de V.S., noch het Verenigd Koninkrijk werkten mee aan het onderzoek. Frankrijk, dat vreest dat het systeem ook voor industriële spionage wordt gebruikt, startte een eigen onderzoek: <http://www.aclu.org/echelonwatch/highlights.html> .

¹¹⁸⁴ Duitsland wordt bij ons zelden als echt voorbeeld bestudeerd: voor een goed overzicht van de situatie verwijzen we naar TAK, P., "Duitsland", in TAK, P.(ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese Unie, op.cit.*, 121-205.

van (geheime) politie. Toch deed eerst de terrorismebestrijding, later de strijd tegen de drughandel en tegen georganiseerde criminaliteit in het algemeen (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1, 5.2.) de weerstand tegen de methoden afbrokkelen.

OrgKG- De Wet op de bestrijding van de drughandel en andere verschijningsvormen van georganiseerde criminaliteit (OrgKG) uit 1992¹¹⁸⁵ bracht een aantal opmerkelijke veranderingen toe aan een tiental federale wetten, waaronder het Wetboek van Strafvordering (StPO¹¹⁸⁶). Duitsland nam ermee het voortouw in uitwerking van wetgevende normen voor de zogenaamde "bijzondere opsporingsmethoden"¹¹⁸⁷. Latere - telkens zeer ideologisch omstreden - wetten zouden de mogelijkheden voor de speurders nog uitbreiden¹¹⁸⁸. Duitsland was trouwens een van de landen waar de benaming, de verzamelnaam "bijzondere opsporingsmethoden" het eerst ingang vond (in de V.S. gebruikt men die niet). De Duitse wetgeving bevat nu regels inzake de inzet van politie-infiltranten (§110a-b-c-d-e StPO), het heimelijk gebruik van technische middelen voor de observatie (§ 163e) en het heimelijk maken van beeldopnamen (§100c StPO) evenals het heimelijk afluisteren van gesprekken met technische middelen. Ook het speuren door koppeling van databanken en het eruit filteren van verdachten werd geregeld (§98a-b-c StPO).

2.2. Grondwettelijke grenzen

INMENGING- De naoorlogse federale grondwet hechtte veel belang aan grondrechten. Het gevolg daarvan is dat zodra er een inmenging bestaat van de overheid in het genot van dat grondrecht, daarvoor een wettelijke basis moet bestaan (*Gesetzvorbehalt*). In de strijd tegen ontvoeringen en terrorisme op het eind van de jaren zeventig begon de politie met het koppelen van gegevensbestanden, "roosterspeuren" genoemd. Deze opsporingsmethode was niet bij wet geregeld. Een jarenlange discussie ontstond, vergelijkbaar met die over de "redelijke *privacy*-

¹¹⁸⁵ Bundesgesetzblatt 1992 Deel I, 1312; <http://www.jura.uni-sb.de/BGBl/TEIL1/1992/19921302.1.HTML>

¹¹⁸⁶ <http://www.tele-net.ch/beeler/rb/312.1.htm>.

¹¹⁸⁷ GROPP, W., "Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime, investigation by computer screening, police surveillance, long term observation, implementation of technical devices, and deployment of undercover agents", *Eur.J.Crime, Cr.L. & Cr. Justice* 1993, 20-36; BRAMMERTZ, S. en RAMBACH, P., "La loi allemande sur la lutte contre le trafic illegal de stupéfiants et d'autres formes de criminalité organisée (OrgKG)", *Rev.dr.pén.* 1993, 707-726.

¹¹⁸⁸ Bijvoorbeeld het heimelijk rechtstreeks afluisteren van gesprekken in woningen (de zogenaamde *Große Lauschangriff*) werd na jarenlange controverse onder strenge voorwaarden toegelaten in 1998. (Zie hierover TAK, P., "Duitsland", *op.cit.*, 158-166.; cfr. BRAMMERTZ, S. en RAMBACH, P., "Evolution récente en droit pénal et en procédure pénale en République Fédérale d'Allemagne", *Rev.dr.pén.* 1998, 282-292.

verwachting" in de V.S. of over het al dan niet bestaan van inmenging in het privé-leven in de zin van art.8, eerste lid E.V.R.M. De vraag was welke intensiteitsdrempel overheidshandelingen moeten overschrijden om als dwangmiddel te worden beschouwd en dus een wettelijke basis te behoeven. Minder intense speurwijzen (zoals informantenwerking of observatie) zouden volgens velen immers ook zonder uitdrukkelijke wettelijke basis kunnen. Sommigen riepen zelfs het "voorgondwettelijk gewoonterecht" in als rechtsbasis, wat gelet op Hoofdstuk 1, §4 niet zo'n gek idee was. De rechtsleer stond zeer kritisch tegenover deze pogingen om de bestaande praktijk te rechtvaardigen¹¹⁸⁹. Volgens de doctrine is het onderscheid tussen lichtere en zware "inmenging" willekeurig.

VOLKSTELLINGSARREST- In het eerder aangehaalde Volkstellingsarrest kende het Grondwettelijk Hof de Duitsers een grondrecht op "informatieele zelfbeschikking" toe. Daarmee dwong het de wetgever in te grijpen. Allerlei gangbare opsporingspraktijken zouden immers, na afloop van de door het grondwettelijk Hof toegestane overgangperiode, illegaal worden¹¹⁹⁰. Ook andere grondwettelijke bepalingen, zoals de onschendbaarheid van de woning of het beroepsgeheim van advocaten, waren belangrijk in de schepping van de uiteindelijke regels.

2.3. Van betwiste methoden naar wettelijke bevoegdheden

BEVOEGDHEDEN- De Duitse wetgever heeft dus een aantal betwiste politiemethoden, ondanks felle tegenwind van de rechtsleer¹¹⁹¹, omgevormd tot opsporingsbevoegdheden. Het past enkele aspecten daarvan in de verf te zetten.

PREVENTIE VS OPSPORING- In Duitsland maakt men een fundamenteel onderscheid tussen het administratief en gerechtelijk politiewerk. Het eerste is een bevoegdheid van de deelstaten, het tweede een federale materie. De waterscheiding is het ontstaan van "verdenking (*Verdacht*)"¹¹⁹². Vanaf dat moment is het Openbaar Ministerie verplicht op te treden en dus het opsporingsonderzoek op gang te brengen. Dan gelden ook alle gezags- en controlemechanismen van het

¹¹⁸⁹ SCHMITT, M., *op.cit.*, 49-55.

¹¹⁹⁰ Zie bijvoorbeeld hoe op grond van een zorgvuldige analyse de conclusie getrokken wordt dat het binnendringen van een infiltrant in iemands leven een inbreuk maakt op diens "informatieele zelfbeschikking": SCHMITT, M., *op.cit.*, 29-56.

¹¹⁹¹ Met bovendien ook onverbiddelijke kritiek op de resulterende normen. Cfr. over de observatie de harde analyse van KRAHL, M., "Der Anwendungsbereich der polizeilichen Beobachtung nach §163e StPO als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme", *NSZ* 1998, 339-342.

¹¹⁹² TAK, P., "Duitsland", *op.cit.*, 131.

strafprocedurerecht. Doch in Duitsland bestaat er helemaal geen taboe op zelfstandige systematische informatiewinning door de politie. Dit gebeurt met preventieve bedoelingen of met de bedoeling inzicht te krijgen in de structuur van criminele organisaties, het afromen van criminele winsten of het verhinderen van witwassen¹¹⁹³. Zowel voor de "preventieve" als de "gerechtelijke" variant zijn informatieverzameling, bevoegdheden en verwerking bij wet geregeld. Zo bestaan er naast de regels over (gerechtelijke) observatie in de federale strafprocedurewet (163e StPO) ook andere regels in elk van de deelstaten over observaties in het kader van het administratief politiewerk. Het aan het strafonderzoek voorafgaand "politieel inlichtingenwerk" ter "voorkoming" van terrorisme en georganiseerde criminaliteit, dat de deelstaatpolitiees verrichten als toepassing van hun "administratieve" bevoegdheden, oogste soms kritiek. Het is niettemin een onomstotelijke werkelijkheid: het klassieke onderscheid tussen administratief en gerechtelijk politiewerk is in de Bondsrepubliek door de bevoegdheidsverdeling tussen deelstaat en Bond dubbel belangrijk. Het is dit werk in het "voorveld" van de strafprocedure dat via Nederland, bij ons als "de proactieve fase" bekend zal worden. Ook de federale politiediensten mochten zich, voor de hen toegewezen materies, op het voorveldwerk storten.

GEDETAILLEERD- Het valt op dat vele methodes werden geregeld, ook, maar niet enkel informantenwerking, observatie en infiltratie. De wetgever had oog voor bepaalde praktische noden, zoals de mogelijkheid om ongestraft een dekmantel op te bouwen. Daarvoor werd uitdrukkelijk een rechtvaardigingsgrond voor het maken en gebruiken van valse documenten voorzien. Ook de Drugwet bevat een bepaling die behoorlijk optredende infiltranten uit haar toepassingsgebied uitsluit¹¹⁹⁴.

2.4. Controle en sanctionering

WAARBORGEN- De OrgKG bevatte een aantal regels en waarborgen om het gebruik van de nieuwe bevoegdheden in goede banen te leiden. Typisch is de verplichting om personen die het voorwerp geweest zijn van heimelijk politiewerk

¹¹⁹³ TAK, P., "Duitsland", *op.cit.*, 131-132; RÜTER, C., "Opsporingsmethoden: regulering en controle in Duitsland", *Delikt en Delinkwent* 1995, 595-604.

¹¹⁹⁴ Zie echter voor een aantal niet toegestane varianten: KÖRNER, H., *Betäubungsmittelgesetz*, Muchen, C.H. Beck, 1994, 934 e.v.

(afluisteren, observatie, infiltranten die hun woning hebben betreden), daar achteraf van op de hoogte te moeten brengen¹¹⁹⁵.

GESCHEIDEN- De voorfase valt ondubbelzinnig onder de verantwoordelijkheid van de politiediensten en hun oversten in de uitvoerende macht van de deelstaten of de Bondsregering. Vanaf het op gang komen van de strafprocedure verschuift die verantwoordelijkheid en dus het gezag naar het Openbaar Ministerie. Ingrijpende bewakings- en dwangmaatregelen vereisen een toelating van een rechter van het onderzoek (*Ermittlungsrichter*).

LACUNE- Een opmerkelijke lacune is het ontbreken van een algemene regeling voor de criminaliteit die agenten, vooral infiltranten, zouden mogen plegen in het kader van hun opdracht. Ondanks pleidooien van mensen uit de wereld van politie en gerecht was de wetgever niet bereid op dit vlak toegevingen te doen. Daardoor blijft het in de praktijk een beetje aanmodderen bij de zoektocht naar een verantwoording van een zeker "gedoogbeleid"¹¹⁹⁶. Het seponeringsbeleid van het Openbaar Ministerie (allesbehalve vanzelfsprekend in de Duitse traditie) biedt in de dagdagelijkse praktijk soelaas¹¹⁹⁷. Als politie-infiltranten zich schuldig maken aan ernstige bevoegdheidsoverschrijdingen en/of ernstige wetsovertredingen, kan dit leiden tot bewijsuitsluiting en tot strafvervolgning tegen hen¹¹⁹⁸.

UITLOKKING- Een laatste belangrijke vaststelling is dat het niet is toegestaan een "*unbescholtene Bürger*" tot strafbaar gedrag uit te lokken of te verleiden. Na jarenlange verdeeldheid in de rechtspraak over de gevolgen van de uitlokking, besloten de verenigde kamers van het Bundesgerichtshof in 1985 dat uitlokking door een informant moest leiden tot strafvermindering¹¹⁹⁹. Wanneer een *agent-provocateur* zorgt voor een ernstige inbreuk op de beginselen van de rechtsstaat, kan onontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie de sanctie zijn¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁵ Zie bijvoorbeeld art. 110d StPO, waar echter uitzonderingen of beperkingen mogelijk zijn indien nodig voor de veiligheid van de infiltrant, het doel van het onderzoek of de openbare veiligheid.

¹¹⁹⁶ De situatie is vergelijkbaar met de huidige Belgische situatie, die in Hoofdstuk 4 aan bod komt.

¹¹⁹⁷ TAK, P., "Duitsland", *op.cit.*, 196-197.

¹¹⁹⁸ TAK, P., "Duitsland", *op.cit.*, 197.

¹¹⁹⁹ Bundesgerichtshof Gross Senat 7 november 1985, *BGHSt Bd.33*, 256.

¹²⁰⁰ TAK, P., "Duitsland", *op.cit.*, 190.

2.5. Impuls omgeleid langs Europa

MOTOR EUROPA- Rechtstreekse invloed gaat er van Duitsland op België eigenlijk niet zozeer uit. De Duitse invloed speelt vooral door de impulsen die Duitsland via de Europese instellingen aan andere Europese landen geeft om in de "strijd tegen georganiseerde criminaliteit" de rangen te versterken. Het land beschouwt zichzelf in zekere zin als een soort frontlijnland, een voortrekker¹²⁰¹. Vooral via Nederland sijpelden enige Duitse elementen door naar de Belgische discussies.

§3.Nederland¹²⁰²

3.1. Opsporing gemoderniseerd en ontspoord: Van Traa stoot op "onnederlandse" toestanden

INLEIDING- Waarschijnlijk is in geen enkel land zo intens nagedacht en gedebatteerd over de evolutie van de opsporingsmethoden als in Nederland. In de nasleep van de zogenaamde IRT-affaire werd er een uitermate grondig parlementair onderzoek gevoerd naar de opsporingsmethoden die - grotendeels buiten het weten van de publieke opinie en de politiek - werden gehanteerd, vooral - maar niet uitsluitend - in de strijd tegen de drugshandel (*supra*, Deel I, 5.2.). De parlementairen werden wakkergeschud uit een vrij idealistische visie op het optreden van de politie in de rechtsstaat. In werkelijkheid bleek een aantal politiemensen met het oog op resultaten een aantal "pragmatische" keuzes te hebben gemaakt, die op gespannen voet stonden met de klassieke visie op speurwerk en zelfs tot grote onenigheid binnen de politiewereld leidden.

CID- Er werd een bijzonder regime (de Wet Politierregisters¹²⁰³) ingevoerd voor het gegevensbeheer, ook dat van "gevoelige" gegevens, bijvoorbeeld gegevens van informanten. De verzameling en de verwerking daarvan werd toevertrouwd aan Criminele inlichtingendiensten (CID's) binnen de politiediensten¹²⁰⁴. Al van in de

¹²⁰¹ Critici wijzen er niettemin op dat de politici zich misschien wel al te veel laten meeslepen in oorlogsrethoriek, omdat de nuchtere cijfers van de politie de voorbije jaren eerder een daling van georganiseerde criminaliteit vaststelden. *Supra*, Deel I, Hoofdstuk 3, §3

¹²⁰² Gelet op de overvloed aan literatuur in Nederland in de loop van de voorbije tien jaar, is het overzicht van Buruma, een ideale bron voor buitenlandse geïnteresseerden die het overzicht willen bewaren: BURUMA, Y., "Nederland", in TAK, P.(ed.), *Heimelijke...*, *op.cit.*, 547-622.

¹²⁰³ Wet van 21 juni 1990 houdende regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met politierregisters, *Stb.* 414, laatst gewijzigd bij de Wet van 28 januari 1999, *Stb.* 30: http://195.108.206.3/wet/lns/wpolr_1.html.

¹²⁰⁴ Voor details van het eindverslag terzake: http://www.xs4all.nl/~respub/traa/b6_3_1.htm.

jaren tachtig was een grondig proces van modernisering en professionalisering van de aanpak van de georganiseerde criminaliteit door de politie bezig. De CID's hebben zich op het werk met informanten en andere vormen van proactieve verzameling van inlichtingen gestort. Het gaat dus niet over het louter passief ontvangen van gegevens van informanten. De informanten werden door de CID gericht uitgestuurd om bepaalde informatie te gaan zoeken (*gerund*). De CID's verwerken die inlichtingen, controleren ze, vullen ze aan en werken uiteindelijk als doorgeefluik van (sturings)informatie aan de gewone speurders (*tactische recherche*). Om veiligheidsredenen schermen zij wel af hoe, waar of van wie zij de informatie hebben bekomen. De CID's werken voor de aanvang van een opsporingsonderzoek of parallel met dat opsporingsonderzoek¹²⁰⁵.

CRISIS- De Enquêtecommissie Van Traa stelde vast dat een aantal CID-mensen, in de hoop een aantal al lang geviseerde drugskoningen te kunnen "pakken", aan andere criminelen "voordelen" hadden toegestaan die grote vragen over de rol van de politiediensten in de rechtsstaat opriepen. Aan het eind van haar onderzoek kwam de Enquêtecommissie tot het besluit dat de wereld van de Nederlandse opsporing zich "in crisis" bevond. Niet alleen omdat omstreden praktijken allerlei belangrijke spelers tegen mekaar in het harnas hadden gejaagd en tot een vertrouwenscrisis hadden geleid¹²⁰⁶. Ook bestond er een normeringscrisis, een duidelijke behoefte aan wettelijke normen om de grenzen van het toelaatbare vast te leggen en controlemechanismen te bepalen om die normen hard te maken. Bij gebrek aan dergelijke grenzen en mechanismen was een aantal onderzoekers immers "ontspoord". Toch had de rechtspraak al een aantal grondrechtelijk grenzen getrokken¹²⁰⁷. De Hoge Raad gaf eigenlijk vrij veel ruimte aan "creatieve" speurders, maar verplichtte hen wel tot een uitgebreide rapportering over de gebruikte methoden. Vooral de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vormde een belangrijke bekommernis¹²⁰⁸.

LICHT- Als enig land koppelde Nederland het debat over de opsporingsmethoden rechtstreeks aan een wetenschappelijk onderzoek naar georganiseerde criminaliteit

¹²⁰⁵ ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *op.cit.*, Bijlage VI, 3.2.1: http://www.xs4all.nl/~respub/traa/b6_3_2.htm.

¹²⁰⁶ De enquêtecommissie sprak van een crisis in de organisatie en een in de gezagsverhoudingen. <http://www.xs4all.nl/~respub/traa/h61.htm>

¹²⁰⁷ BURUMA, Y., "Nederland", *op.cit.*, 551.

¹²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld het opmerkelijke arrest Charles Z.: Hoge Raad 19 december 1995, *NJ* 1996, 249; BURUMA, Y., "Nederland", *op.cit.*, 550.

in het land (*supra*, Deel I, Hoofdstuk 1, 5.2.)¹²⁰⁹. De besluiten van dit onderzoek (zorgwekkende trends, maar geen maatschappelijke noodtoestand) deden de Enquêtecommissie sommige technieken (zoals criminele burgerinfiltratie, direct afluisteren of kroongetuigen) verwerpen. Die zouden in haar ogen van de rechtsstaat een offer vragen dat onevenredig was gelet op de dreiging die uitging van georganiseerde criminaliteit. In Nederland beschikt men dus over meer feitelijke en wetenschappelijke gegevens over georganiseerde criminaliteit: het gaat er iets minder dan in andere landen om een gevecht in het donker, met een onzichtbare vijand. De Nederlanders hebben als het ware een kleine mijnlamp op de helm.

AANBEVELINGEN- De Enquêtecommissie bracht niet alleen de dagdagelijkse praktijk met een in andere landen ondenkbare openheid in kaart, zij deed ook een reeks aanbevelingen met de krijtlijnen voor de normering¹²¹⁰. Zij legde de bal in het kamp van de regering, die een wetsontwerp moest indienen. Bij de voorbereiding hiervan namen allerlei betrokken instanties (politiediensten, Openbaar Ministerie, advocatuur, academische wereld,...) standpunten in of deden zij voorstellen.

3.2. Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden

NIEUW- De regering schreef dan een ontwerp dat uiteindelijk de Wet van 27 mei 1999 op de Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (BOB) werd. Op 1 februari 2000 trad zij in werking. Het gaat waarschijnlijk over de meest gedetailleerde regeling in Europa¹²¹¹. Misschien zal zij nog als een soort standaard gaan functioneren bij de normering van deze methoden in andere landen. Zij past het Wetboek van Strafvordering (NI.Sv.) aan. De kern van de regeling komt te liggen in het mega-artikel 126 NI.Sv.. Dat regelde (in 126 (a) tot (f) NI.Sv.) al het strafrechtelijk financieel onderzoek (SFO, *infra*, Deel V, Hoofdstuk 3). Nu komen daar de bijzondere opsporingsmethoden bij: (g) observatie, (h) infiltratie, (i) pseudokoop en pseudodienstverlening, (j) stelselmatige inwinning van informatie, (k) (stiekem) bevoegdheden uitoefenen in een gesloten plaats, (l) opname van vertrouwelijke communicatie met een technisch middel en (m) het onderzoek van telecommunicatie. De reeks wetsbepalingen gaat door tot 126 (z) en begint dan opnieuw met 126 (aa) en zo verder.

¹²⁰⁹ ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *op.cit.*, Bijlagen VII tot XI.

¹²¹⁰ <http://www.xs4all.nl/~respub/traa/h61.htm>.

¹²¹¹ Zeker in vergelijking met de Duitse regeling of met het in het Hoofdstuk 4 besproken Belgische voorontwerp.

BEGINSELEN- De drie uitgangspunten zijn dat de leiding van elke vorm van opsporing bij het Openbaar Ministerie ligt, dat inbreuken op grondrechten (dus ook op de *privacy*) slechts kunnen als ze in het Wetboek strafvordering voorzien zijn en dat voor zware ingrepen de toestemming van een rechter(-commissaris) nodig is. De "gesloten trajecten", dat wil zeggen de onmogelijkheid voor een aantal controlerende instanties zoals zittingsrechters om de bron van informatie te kennen, hadden veel ergenis verwekt bij de Enquêtecommissie. De nieuwe regels streven daarom naar een zo groot mogelijke duidelijkheid over de manier waarop informatie werd vergaard. De gebruikte bevoegdheden moeten normaal op de openbare terechtzitting kunnen worden verantwoord, slechts uitzonderlijk zal afscherming nog mogelijk zijn¹²¹².

GEDETAILLEERD- De regeling voor elk van de methodes is dus opmerkelijk gedetailleerd. Telkens legt de wet vast wie, wanneer, welke bevoegdheden heeft, welke toestemming hij daarvoor nodig heeft en, niet te onderschatten, wat er met de bekomen gegevens moet gebeuren. Ook opvallend is dat de uiteindelijke wet op een aantal belangrijke punten afwijkt van de conclusies van de Enquêtecommissie Van Traa. "*Principiële verboden*", zoals dat op het "doorlaten" van schadelijke of gevaarlijke goederen (art.126ff NI.Sv.) of dat op burgerinfiltratie (art.126w-z NI.Sv.) bevatten een clausule waardoor zij (uitzonderlijk) toch kunnen¹²¹³. De bijdrage van burgers (informanten en burgerinfiltranten) is trouwens in een apart luik geregeld.

VERDENKING- Parlement en wetgever wilden wat "de proactieve fase" was gaan heten, dat wil zeggen systematische inlichtingenverzameling en -verwerking terwijl er nog geen verdenking van concrete gepleegde misdrijven was, onder de wetten en controlemechanismen van de strafprocedure te brengen. Vandaar dat Titel V (art.126o tot 126q NI.Sv.) een bijzonder regime voorziet, naast het gewone systeem. In het gewone systeem beginnen de opsporing en de toepassing van de regels van het Wetboek Strafvordering bij het ontstaan van verdenking. Titel V laat toe dat (bijzondere) opsporingsbevoegdheden al vlugger worden ingezet en de "opsporing" dus begint zonder de klassieke verdenking. De alternatieve, lagere "drempel" is: "*een redelijk vermoeden voortvloeit dat in georganiseerd verband (zware) misdrijven (...) worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een*

¹²¹² Aldus de memorie van toelichting bij de Wet BOB, TK 1996-97, 25403, nr.3, 3.

ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren". Over de precieze betekenis van dat *georganiseerd verband* bestaat nog enige onduidelijkheid, doch waarnemers geloven dat het minder ruim moet geïnterpreteerd worden dan "*deelname aan een criminele organisatie*" in 140 Sr. De keuze om dit "proactief" werk (het woord wordt niet gebruikt) in het Wetboek van Strafvordering te regelen, moet uitsluiten dat bijzondere opsporingsmethoden ten behoeve van (louter) bestuurlijke rechtshandhaving zouden worden gebruikt¹²¹⁴.

GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT- De discussie over georganiseerde criminaliteit domineerde het politiek debat over de bijzondere opsporingsmethoden. Niettemin heeft de wetgever ondubbelzinnig vastgelegd dat het gebruik van deze methoden niet beperkt blijft tot georganiseerde criminaliteit. Voor de inzet van de methoden "zonder verdenking" lijkt er wel een dergelijke beperking te bestaan, doch zelfs dan lijkt het door de wet geëiste "georganiseerd verband" nog een ruimer begrip dan "georganiseerde criminaliteit".

3.3. Meer dan wet bijzondere opsporingsmethoden

FLANKERENDE WETTEN- De wet op de bijzondere opsporingsmethoden stond trouwens niet op zich. Haar invoering werd geflankeerd door een hele reeks verwante en op mekaar afgestemde wetten. Zo werd de Wet Politierregisters hervormd¹²¹⁵, trad in 2000 ook de Wet op de herziening van het gerechtelijk onderzoek (die de regels inzake de telefoontap bevatte) in werking en werd een wet inzake "toezeggingen aan getuigen in strafzaken" aangenomen (*infra*, Deel IV), Verder schreef de regering nog een wetsvoorstel op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (die ook bijzondere methoden zullen mogen toepassen) en inzake de Bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (BIBOB). Dit laatste initiatief past in de corruptiepreventie¹²¹⁶.

STRUCTURELE HERVORMINGEN- Tegelijkertijd waren er structurele hervormingen in de politie en het Openbaar Ministerie. De zelfstandigheid van de CID's en

¹²¹³ Het gebruik van "criminele burgerinfiltranten", dat Van Traa had verworpen, kan nu uitzonderlijk toch. Zie hierover: BURUMA, Y., "Nederland", *op.cit.*, 609-611.

¹²¹⁴ Niettemin zullen ook de inlichtingendiensten een aantal van die methoden kunnen gebruiken, maar dan wel op basis van een afzonderlijke wet.

¹²¹⁵ Cfr. VAN RUTH, A. en SCHREUDERS, E., "Politiegegevens beschermd, een toelichting op het gesloten verstrekkingenregime van de Wet politieregisters", juni 2000, een rapport van de Nederlandse controle-instantie voor de verwerking van persoonsgegevens, de Registratiekamer: http://www.cbp-info.nl/bis/top_1_5_34_25.html#804.

¹²¹⁶ Voor de verwijzingen: BURUMA, Y., "Nederland", *op.cit.*, 551.

bijzondere opsporingseenheden werd enigszins aan banden gelegd. Nieuwe nationale diensten, zoals het Landelijk Recherche team moeten de coördinatie en internationale samenwerking verbeteren. De structuren werden aangepast om meer zicht te krijgen en te behouden op de controle- en verantwoordelijkheidslijnen.

3.4. Controle en sanctionering

BEGINSEL- De regel in Nederland is duidelijk: hoe gevaarlijker de wetgever de methode vindt (voor de integriteit van de overheid), des te hoger het hiërarchisch niveau dat zijn zegen moet geven. Voor minder ingrijpende methoden volstaat het hun inzet achteraf te melden, maar meer ingrijpende methoden vereisen voorafgaande toelating. Wanneer het gaat om een inbreuk op grondrechten, moet een rechter een beschikking afleveren. Steeds zal in de latere strafprocedure worden gestreefd naar een volledige verslaggeving en openheid (verbaliseringsplicht), ook over de wijze waarop informatie verworven is. Het is een beetje de Amerikaanse lijn: beter wat meer toelaten, doch weten wat er gebeurt, dan alles verbieden en het hoofd in het zand steken wanneer het in de praktijk toch gebeurt.

CENTRALE TOETSING- Een belangrijke nieuwigheid is dat een Centrale Toetsingscommissie werd ingesteld. Deze staat het College van Procureurs-Generaal bij met adviezen over de wenselijkheid van het gebruik van bepaalde riskante methodes¹²¹⁷. Als hoogste parketinstantie moet dat College immers voorafgaande schriftelijke toestemming geven, bijvoorbeeld bij het doorlaten (bewust niet uit de markt houden) van schadelijke of gevaarlijke goederen of bij burgerinfiltratie (140a Sv). In de Centrale Toetsingscommissie zitten mensen met vakkennis, die echter niet rechtstreeks betrokken zijn bij het onderzoek en dus met enige afstand (en overzicht) kunnen oordelen. Bovendien moeten de minder riskante methodes achteraf worden geregistreerd¹²¹⁸. De centralisering van alle informatie over de inzet van de bijzondere methoden zorgt ervoor dat de hoogste beleidsinstanties een beter inzicht krijgen in de intensiteit, de efficiëntie, de subsidiariteit en de evenredigheid van het gebruik van de methodes.

¹²¹⁷ Het gaat bijvoorbeeld over langdurige en projectmatige infiltratie, met inbegrip van voorgeveloperaties; het doorlaten van schadelijke of gevaarlijke goederen, toezeggingen aan getuigen in strafzaken en toepassing van getuigebescherming.

¹²¹⁸ Pseudokoop, eenmalige acties, postvang, kijkoperaties, gebruik plaatsbepalingsapparatuur en dergelijke

BEWIJSUITSLUITING¹²¹⁹- Ook in Nederland sanctioneert de rechterlijke macht sommige onrechtmatigheden tijdens het onderzoek met bewijsuitsluiting. De werking daarvan blijft echter beperkt door toepassing van de zogenaamde "schutnorm". Dat betekent dat de rechter moet nagaan of de verdachte door dat handelen is getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen. Bijgevolg kan de verdachte wel het bewijs dat voortvloeit uit een onrechtmatige schending van zijn eigen privéleven laten uitsluiten. Vergeefs zal hij zich echter beroepen op de schending van de grondrechten van een ander persoon, wanneer dat bewijs tegen hem oplevert. Slechts wanneer politie of parket de rechters opzettelijk tracht te misleiden of wanneer absoluut ontoelaatbare praktijken zijn gehanteerd, zal de zware sanctie van onontvankelijkheid van de vordering van het Openbaar Ministerie volgen.

UITLOKKING- Al in 1979 had de Hoge Raad met het zogenaamde Talloncriterium aangegeven wanneer infiltratie uitmondt in verboden uitlokking. Dat uitlokkingsverbod is nu uitdrukkelijk in de bepalingen over de opzoekingsbevoegdheden (126h en 126q NI.Sv.) opgenomen. De opsporingsambtenaar mag een persoon "*niet brengen tot andere strafbare feiten dan die waarop diens opzet reeds tevoren was gericht.*"

3.5. Rechtstreeks impuls Belgische discussie

INSPIRATIE- Op het moment dat de eerste Belgische voorstellen op papier kwamen, stond de Nederlandse wet nog in de steigers. In het project van de Waalse professor Bosly (*infra*) zijn geen duidelijke sporen van Nederlandse invloed merkbaar. Het rapport van de POC--GC daarentegen bevat wel herhaaldelijk verwijzingen naar Nederland, al zijn die niet altijd even concreet. De Vlaamse rechtswereld heeft de Nederlandse discussie echter met veel aandacht gevolgd.¹²²⁰ Het valt dan ook te verwachten dat de Nederlandse wet een rechtstreekse inspiratiebron zal vormen voor de uiteindelijke keuzes van de Belgische wetgever.

§4. Europa

STIMULEREND EUROPA- De rol van Europa in de verschuiving in de opsporingsmethoden is eerder bescheiden. De Europese instellingen hebben echter

¹²¹⁹ Zie bijvoorbeeld het arrest Charles Z, *supra* noot 1208.

¹²²⁰ Zie de Belgische bijdragen aan DEN BOER, M.(ed.), *Undercover...*, op.cit., 218 p., BRUGGEMAN, W., "Van Traa...", *op.cit.*, 14-16; BERKMOES, H., "Het Eindrapport...", *op.cit.*, 36-43. Ook de POC-GC werd door Van Traa geïnspireerd (*supra*, Deel I).

hun eigen inspectie- en controlebevoegdheden in de loop der jaren uitgebouwd. De Unie werkt in haar eigen onderzoeken (fraude en mededinging vooral) steeds "proactiever", dat wil zeggen dat ze de registratie van allerlei gegevens verplicht maakt en vervolgens risico-analyses uitvoert op die gegevens om zo de doelwitten van gerichte controles te selecteren. Op dit vlak staat de E.U., grotendeels ook voortbouwend op de ervaring van de douanediensden, eigenlijk al heel ver¹²²¹.

ONDERLINGE DRUK- Daarnaast vormt de EU het forum waar de lidstaten die het verst gaan of staan, druk uitoefenen op de modernisering van de opsporingsmethoden en de strafprocedures in andere lidstaten. Grote verschillen bemoeilijken immers de samenwerking. De EU-instellingen, en Europol in het bijzonder, zorgen ervoor dat de landen meer kennis verkrijgen over elkaars systeem en moedigen initiatieven in de lidstaten voor een meer efficiënte criminaliteitsbestrijding aan. Vooral in de Derde Pijler regent het aanbevelingen. Het in de Unie geïntegreerde Schengenverdrag was één van de eerste internationaalrechtelijke teksten waarin een aantal vormen van "bijzonder politiewerk" (observatie en uitgestelde inbeslagneming) werden vermeld. Voor de concrete regels verwijst het verdrag net zoals alle andere Europese teksten naar de nationale wetten van de lidstaten. Sommige landen lijken te huiveren van de openheid waarmee de discussie in Nederland bijvoorbeeld werd gevoerd. In Spanje bijvoorbeeld lijken velen te geloven dat met een wetgeving als de Nederlandse het "bijzonder politiewerk" tegen het terrorisme van ETA tot mislukken gedoemd zou zijn.

STOREND EUROPA- De juridische impulsen kwamen vooral van de Raad van Europa, en dan in het bijzonder van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat een aantal grondrechtelijke grenzen heeft vastgelegd (*supra*, Hoofdstuk 2, §1). Die rechtspraak maakte een voortzetting van de bestaande praktijk zonder wetgeving onmogelijk. De impulsen die van de andere instellingen van de EU uitgingen, waren tot nu toe eerder politiek dan juridisch van aard.

¹²²¹ DE HERT, P., "De Europese Commissie doet aan supranationale politie", *Vigiles* 1995, nr;2, 20-28.

§5. Interne impulsen

5.1. Schandalen

OUDE- Grote mensenrechtelijke problemen hebben in het strafrecht de neiging slechts de aandacht van de wetgever op te wekken als ze zich in de vorm van een (echt of vermeend) schandaal presenteren. De zaak François bracht de gevoelige opsporingsmethoden in België onder de aandacht van het grote publiek. Zij had echter tot gevolg (supra, Hoofdstuk 2, §4) dat het fundamenteel debat jarenlang werd uitgesteld en de toepassing naar de schaduwen werd verbannen.

EN NIEUWE- Het waren nieuwe schandalen, echte of vermeende, die de roep om regelgeving deden heropflakkeren. Eerst was er de zaak waarin een aantal mensen van de Brusselse brigade van de gerechtelijke politie, onder meer hoofdcommissaris Reyniers, verwickeld waren¹²²². Daarna was er de zaak Dutroux, eigenlijk een verzamelnaam voor allerlei onvolkomenheden en mistoestanden¹²²³. Ook het "bijzonder" speurwerk dat in deze zaak gebeurd was, riep vragen op: de mislukte observatie-operatie *Othello*¹²²⁴, een huiszoeking onder voorwendsel en een twijfelachtig informantenmanagement bij de sectie autodiefstallen van de gerechtelijke politie in Charleroi. Het wantrouwen zaaide trouwens snel uit: de Dutroux-commissie liet zelfs de computerschijven van de Centraal Bureau der Opsporingen van de rijkswacht in beslag nemen omdat zij - ten onrechte, zo bleek achteraf - vreesde dat informatie was achtergehouden of vernietigd.

REBEL- In dezelfde periode drong het ook tot de buitenwereld door hoe de rijkswacht tewerk was gegaan bij de zogenaamde *operatie Rebel* tegen de drugshandel over de Balkanroute¹²²⁵. Het ging om een typisch "proactief recherche-project" waarbij de rijkswacht vertrok van neutrale gegevens (Turkse familienamen en adresgegevens uit het rijksregister) en door een systematische filtering van gegevens en koppeling aan andere bestanden uiteindelijk een groep (potentiële) verdachten overhield. De bedoeling was dat achtergrondkennis over de Turkse gemeenschap een

¹²²² KOECK, P., *op.cit.*, 376 p.; DECORTE, T. en VAN LAETHEM, W., *Grijze politie...*, *op.cit.*, 227.

¹²²³ 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.

¹²²⁴ Die niet"proactief" was: DELBROUCK, L., "De proactieve recherche, een nieuw middel in de strijd tegen georganiseerd criminaliteit?", *Jura Falconis* 1999-2000, 122.

¹²²⁵ POC-GC, *Parl. St., Senaat* 1997-98, 1-326/8; X, "Operatie Rebel: de rijkswacht ging haar eigen gang", *De Morgen* 4 juli 1996; DELBROUCK, L., *op.cit.*, 122.

meerwaarde zou geven aan al lopende strafonderzoeken. Vele waarnemers fronsten echter de wenkbrauwen toen ze vernamen dat een bepaalde bevolkingsgroep zonder enige verdenking door de molens van de rijkswachtcomputers was gejaagd. Ze vroegen zich af wie welke groep selecteerde op basis van welke criteria. Iedereen vond dat de wet bevoegdheden en verantwoordelijkheden duidelijker moest vastleggen.

5.2. Rechtspraak

GEHEIM- Zoals gezegd werd tot de wet Franchimont in 1998 het geheim van het (voor)onderzoek eigenlijk gekoppeld aan het beroepsgeheim in art.458 Sw. Onderzoekers, vooral politiemensen riepen dit artikel in om bronnen of onderzoeksmethoden geheim te houden. Ze hielden dus de oren open en luisterden aandachtig naar wat de informant hen kwam vertellen. Nooit gaven zij echter zijn identiteit vrij of stelden zij hem bloot aan confrontatie met de verdediging. De rechtspraak gaf hen gelijk¹²²⁶. Dat onderzoekers bepaalde gegevens konden afschermen van de verdediging, de buitenwereld en de vonnisrechtbank staat vast. Er bestond wel onenigheid over de mogelijkheid gegevens af te schermen van parketmagistraten en onderzoeksrechters.

VERDEKT EN ONEERLIJK- De rechtspraak tracht bij gebreke aan specifieke wetgeving toch enige normen op te leggen waar de onderzoekers zich aan moeten houden. De politie tastte trouwens bewust de grenzen van het toelaatbare af, door rechtspraak over de nieuwe methoden uit te lokken¹²²⁷. Een arrest van het Hof van Beroep maakte gedurende vele jaren de standaard uit voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van infiltratie. Volgens het Hof mocht en mag het als aan vier voorwaarden voldaan is. Ten eerste mag de verdachte nooit worden uitgelokt. Volgens het Hof betekent dat de politie het “opzet” tot het plegen van het misdrijf niet mag scheppen, het niet mag inplanten in het hoofd van de verdachte. Ten tweede mag de methode enkel gebruikt worden voor ernstige misdrijven, zonet schendt de overheid het evenredigheidsbeginsel. Derde voorwaarde is dat de onder een dekmantel optredende agent zelf geen misdrijven mag plegen, behalve in noodtoestand. Tenslotte moeten de oversten van de agent nauwgezet toezicht houden op zijn acties en ze controleren¹²²⁸. Vele waarnemers beschouwen deze vier

¹²²⁶ Cass.10 januari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 546, Cass. 26 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 881.

¹²²⁷ VAN OTRIVE, L. en CAPELLE, J., *op.cit.*, 148.

¹²²⁸ Brussel 19 november 1984, *R.W.* 1984-85, 2563-2568, noot J.SCHEERS.

criteria overigens als minimumnormen die de wetgever in een toekomstige normering zou moeten opnemen¹²²⁹.

5.3. Afluisterwet

NUMMERS- De Belgische speurders maakten jarenlang gebruik van de zogenaamde Zoller- en Malicieux-toestellen om ongemerkt de nummers van de telefonische correspondenten van een verdachte op te sporen. Dat was hen toegelaten door een ministeriële omzendbrief. Die omzendbrief voldeed volgens een arrest van het Hof van Cassatie uit 1990 echter niet aan de vereisten die art.8 E.V.R.M. stelt aan de wettelijke basis die elke overheidsinmenging in de privé-sfeer nodig heeft (*supra*, Hoofdstuk 2, 1.4.3.). De wetgever greep in 1991 dan ook in¹²³⁰. Mits beschikking van een onderzoeksrechter (en dus het openen van een gerechtelijk onderzoek) konden politiemensen toestelletjes plaatsen om de nummers van de telefonische gesprekspartners van een verdachte na te trekken.

GESPREKKEN- Het opsporen van de nummers was de eerste stap, een wettelijke regeling voor het afluisteren van gesprekken was de volgende. In het begin van de jaren negentig was België immers het enige land in West-Europa waar afluisteren door onderzoekers in strafzaken nog absoluut verboden was. De wet kwam er uiteindelijk in 1994¹²³¹. Ze stelde het afluisteren of onderscheppen van (tele- en privé)communicatie strafbaar, tenzij in bepaalde uitzonderlijke en strikt gereguleerde gevallen. De formulering van die uitzonderingen, van de afluisterbevoegdheden met andere woorden (art.90ter-decies Sv.), weerspiegelde een groot wantrouwen ten aanzien van de politiediensten of – positief bekeken- een grote bekommernis om de grondrechten van de rechtsonderhorige. Kern van de wet was de vereiste van een gerechtelijk onderzoek en dus de verplichte tussenkomst

¹²²⁹ Cfr. het voorontwerp Bosly, *infra* Hoofdstuk 4.

¹²³⁰ Wet 11 februari 1991 tot invoeging van een art.88bis in het Wetboek van Strafvordering, B.S. 16 maart 1991; cfr. DERUYCK, F., "De wet van 11 februari 1991 tot invoeging van een art.88bis in het Wetboek van Strafvordering betreffende het opsporen van telefonische mededelingen", *R.W.* 1991-92, 10-15; VERSPEELT, F., "Bewaking van telecommunicatie (art.88bis SV.)", *Vigiles* 1999, nr.5, 31-32.

¹²³¹ Wet 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en telecommunicatie, B.S. 24 januari 1995, zie voor details, zie: ARNOU, L., "Het respecteren van het telefoongeheim in België na de afluisterwet van 30 juni 1994", *Computerrecht*, 1995, 156-64 en 202-211; BOSLY, H. en VANDERMEERSCH, H., "La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées", *Rev.dr.pén.* 1995, 301-334; DE SWAEF, M., "Tapverbod en tapvergunning, enkele kanttekeningen bij de afluisterwet", *R.W.* 1995-96, 449-453; HENRION, T., "Les écoutes téléphoniques", *J.T.* 1995, 205-213; HUYBRECHTS, L., "Het gerechtelijk afluisteren in het Belgisch recht na de nieuwe afluisterwet", *Panopticon* 1995, 41-57.

van een onderzoeksrechter als leider van het onderzoek. De wetgever nam in de wet een limitatieve lijst van misdrijven op waarvoor afluisteren mogelijk was (art.90ter, §2 Sv.)¹²³². Zo hoopte hij de evenredigheid, dat wil zeggen de beperking van deze "zware inmenging in het privé-leven" tot onderzoeken naar zware misdrijven, te verzekeren. De wetgever stelde nog een aantal vereisten die als waarborg moesten dienen, doch in de praktijk de toepassing moeilijk en duur maakten. Het typische voorbeeld was de verplichting alle gesprekken – ongeacht hun relevantie - uit te tikken. De wet bevatte uitdrukkelijke regels over wat er met de bekomen gegevens moest gebeuren (art.90septies Sv.). De Minister moest jaarlijks aan het Parlement verslag uitbrengen over de toepassing van de wet.

VERSOEPELING GESPREKKEN- In deze jaarlijkse verslaggeving werd gewezen op de praktische en organisatorische problemen waarmee de politiediensten kampten bij de toepassing van art.90ter e.v. Sv. Dat had tot gevolg dat de wetgever enkele jaren later (in 1998) de tekst aanpaste¹²³³. Het ging om een van de minst omstreden onderdelen van het ruimere offensief tegen georganiseerde criminaliteit¹²³⁴. De wet van 1998 voegde een aantal misdrijven (hormonenmisdrijven en het toen nog niet bestaande maar geplande deelnemen aan een criminele organisatie) toe aan het lijstje van misdrijven waarvoor de onderzoeksrechter afluisteren kon toelaten. Ook konden de verslaggevers zich beperken tot de relevante passages.

VERSOEPELING NUMMERS- Eveneens in 1998 voerde de wet Franchimont de zogenaamde mini-instructie in. Dat betekende dat voor bepaalde onderzoeksmaatregelen de onderzoeksrechter zijn fiat moest geven, doch niet meteen een gerechtelijk onderzoek moest beginnen. Hij kon dat doen, maar mocht ook de zaak teruggeven aan het Openbaar Ministerie, voor voortzetting van het opsporingsonderzoek. De wetgever verklaarde deze procedure van toepassing op het opsporen van overeenkomstig art. 88bis Sv. In de praktijk van de jaren 1991-98 had men de verplichting om telkenmale een gerechtelijk onderzoek te openen, ook bij het opsporen van hijgtelefoons en dergelijke, als te omslachtig ervaren.

¹²³² Dit al in Deel II vermelde lijstje, zal ook in Hoofdstuk 4 terugkomen.

¹²³³ Wet van 10 juni 1998 tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en telecommunicatie, *B.S.*, 22 september 1998. Zie de bespreking: LYBAERT, D., "Tapt de wetgever uit een ander vaatje?", *Vigiles*, 1998, nr.4, 1-4.

¹²³⁴ Cfr. het advies van de Commissie ter Bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 20 maart 1997, Rolnummer 09/97.

5.4. De proactieve witwaswet

INLICHTINGENWERK- Tenslotte vermelden wij bij de voorlopers van de nieuwe benadering van de opsporing ook graag een wet die geen strafwet is, maar die eigenlijk "complementair" is aan de strafwet. Het gaat om de "preventieve witwaswet" van 11 januari 1993. De strijd tegen het "witwassen van crimineel geld" vormt op allerlei punten een illustratie van nieuwe trends in de benadering van criminaliteit door de overheid. Het is markant dat de overheid bepaalde takken van de privésector (risicosectoren)¹²³⁵ dwingt om de onderzoekers het leven gemakkelijker te maken. Zo kreeg de financiële sector allerlei verplichtingen opgelegd in de strijd tegen het witwassen, de transportsector in de strijd tegen de mensensmokkel en de landbouwsector in de strijd tegen het hormonengebruik. Een hele reeks administratieve registratieverplichtingen die de overheid oplegt, zorgt voor enorme informatiereservoirs waaruit de speurders voor eventuele latere strafonderzoeken dan kunnen putten.

MELDPLICHT- De wet van 1993 verplicht de financiële sector bovendien "verdachte" transacties te melden aan de overheid. Terwijl de reglementering van de financiële sector vroeger gewoon de stabiliteit en liquiditeit van de financiële instellingen moest waarborgen, rekent de overheid nu ook op deze bedrijven uit de "bovenwereld" om te strijden tegen het "kwade", zelfs als dat in strijd is met de economische belangen van die sector. De "verkliplicht" die voor de gewone burgers louter theoretisch bleef (art.30 Sv.) en voor ambtenaren niet altijd makkelijk afdwingbaar was (art.29 Sv.), voorzag de wetgever nu van zware sancties. Doch wie de meldingsplicht nakomt, dekt zichzelf daarmee wel in tegen vervolging. Regelmatig past de wetgever deze "administratieve" witwaswet aan, telkens het toepassingsgebied uitbreidend¹²³⁶.

5.5. Besluit

V.S.- De meeste waarnemers wijzen erop dat de impuls voor de heropleving van het verdekt, listig en partijdig speurwerk uit de V.S. kwam. Het valt daarbij op dat de meeste Europese rechtsgeleerden¹²³⁷ en politici het Amerikaans rechtskader voor de Europese context onvoldoende of niet geschikt vinden. Wij hebben gewezen dat dat te maken heeft met de Amerikaanse visie op *privacy*-bescherming. Doch terwijl de

¹²³⁵ Cfr. voor witwassen: STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 168-172

¹²³⁶ *Infra* Deel V.

Amerikaanse speurders wel meer ruimte krijgen voor verdekt, listig en betrokken werk dan de Belgische bijvoorbeeld, moeten zij tijdens het strikt geregeld strafproces wel vrij grote openheid over hun eigen werkmethoden betrachten. Zij mogen ook geen bewijs van horen zeggen aanvoeren. Slechts zelden zal een beklagde vrijspraak kunnen bekomen op grond van uitlokking door de politie. Een van de belangrijkste lessen uit onze analyse van de Amerikaanse situatie was dat de nadruk op bescherming tegen “*strafonderzoekers*” er de grondrechtenbescherming tegen de “*preventief*” overheidsop treden uit het oog heeft doen verliezen. Op dit vlak zijn de grondrechtelijke grenzen aan de inmenging door de overheid in het privé-leven van de gecontroleerden nog allesbehalve duidelijk. Tenslotte pleit niemand in de V.S. ervoor om de “moderne” opsporingstechnieken tot de strijd tegen “georganiseerde criminaliteit” te beperken.

DUITSLAND- Een van de in het oog springende verschillen tussen Duitsland en de V.S. is dat de Bondsrepubliek een verregaande interpretatie heeft gegeven aan “moderne” grondrechten, meer bepaald aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en aan de formationele zelfbestemming. Omdat de “nieuwe” opsporingsmethoden in conflict dreigden te komen met die grondrechten, was de Duitse overheid gedwongen er een gedetailleerd wettelijk kader voor uit te werken. Blijkbaar heeft vooral Duitsland de term “bijzondere opsporingsmethoden” ingang doen vinden. Het Duitse kader lijkt echter niet rechtstreeks als inspiratiebron te worden aangeboord door de Belgische beleids mensen. De taalkloof en het gegoochel met begrippen lijkt de Belgen af te schrikken. Bovendien kiest Duitsland voor een duidelijke scheiding tussen het preventieve, administratieve politiewerk (een deelstatelijke bevoegdheid) en het gerechtelijke (door federaal recht geregelde) politiewerk. De bijzondere opsporingsmethoden kunnen zowel voor preventieve als voor gerechtelijke doeleinden worden gebruikt. In het eerste geval onder verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht, in het tweede onder die van het Openbaar Ministerie. Het omslagpunt tussen de twee ligt bij de “verdenking” van een concreet gepleegd misdrijf. Noterenswaard is ook dat in Duitsland uitlokking door de politie niet leidt tot straffeloosheid van de uitgelokte, maar tot strafvermindering.

NEDERLAND- De Nederlandse discussie, in het spoor van de Enquêtecommissie Van Traa, heeft daarentegen wel veel weerklank gehad in België. Uiteindelijk trad de

¹²³⁷ Doch hetzelfde geldt eigenlijk ook voor bepaalde van het continentaal Europees recht afgeleide systemen: ZAFFERONI, E., “Impunidad del agente encubierto y del delator, una

nieuwe Nederlandse Wet op de Bijzondere Opsporingsmethoden pas in 2000 in werking. Het valt nog af te wachten of de Belgische wetgever zich door deze zeer gedetailleerde regeling zal laten inspireren. Opvallend is dat de speurders in Nederland vrij ver mogen gaan, maar er wel strikte controle- en verslaggeving is voorzien. De regels zijn strikter naarmate de methode indringender of gevaarlijker is. In dit laatste geval zal de toestemming ook van een hoger hiërarchisch niveau van het Openbaar Ministerie moeten komen. De leiding ligt bij het Openbaar Ministerie, maar wanneer de grondrechten in het geding zijn, is de toestemming van een (onderzoeks)rechter vereist. De Nederlandse wet kiest er bewust voor om het werk dat door de politie "proactief" werd genoemd te kaderen in de strafprocedure. Zij past daarvoor de omschrijving van opsporing aan. Normaal begint die opsporing bij verdenking van een gepleegd misdrijf, maar bij zware criminaliteit in een georganiseerd verband kan reeds voor de verdenking van een concreet gepleegd misdrijf met opsporingswerk worden begonnen.

EUROPA- Europa wil vooral dat er een regeling komt. De verschillen in traditie, cultuur en organisatie van de (geheime) opsporing tussen de vijftien lidstaten zijn echter zo groot dat Europa nog niet met concrete suggesties durft of kan komen. Niettemin lijkt vanuit Europa vooral een (politieke) stimulans te komen om de rechtshandhavers meer mogelijkheden te geven. Anderzijds heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met zijn rechtspraak over de grondrechten wetgevend ingrijpen nodig gemaakt.

INTERN- Tenslotte zitten er in het eigen Belgisch recht al een aantal aanwijzingen van welke richting de regeling van de "nieuwe" speurwijzen vermoedelijk zal uitgaan. De rechtspraak trok de lijnen waarbinnen infiltratie mogelijk is en dwong de wetgever tot het regelen van de verdeckte registratie van telefoongegevens, van het opvragen van die gegevens en van het heimelijk kennismaken van private en telecommunicatie. Een reeks echte en vermeende schandalen zorgden eerst voor het besef van welke belangen er op het spel stonden en vervolgens voor het politiek momentum om het wetgevend proces op gang te brengen.

HOOFDSTUK 4. DE BEGISCHE KEUZE: leidt ons niet in bekoring?

"The art of our necessities is strange, that can make vile things precious"

(W. Shakespeare, King Lear)

§1. Inleiding

DILEMMA- Evenmin als georganiseerde criminaliteit zijn de proactieve aanpak van misdrijven of de bijzondere opsporingsmethoden echt nieuw. Wel nieuw zijn de begrippen, de aandacht van politiek, gerecht en pers ervoor, de technische mogelijkheden en misschien ook de schaal waarop en de professionaliteit waarmee sommige opsporingsmethoden worden ingezet. Voor iedereen is het vandaag de dag duidelijk dat de in Hoofdstuk 2 beschreven spanning zo hoog is opgelopen dat een tussenkomst van de wetgever onvermijdelijk is¹²³⁸. De regelingen in het buitenland en de ervaring met de af luisterwet leverden inspiratie. Doch het is allesbehalve gemakkelijk de alternatieve benadering van opsporing die nodig zou zijn bij georganiseerde criminaliteit (niet wachten tot er een misdrijf is, verdekt en/of oneerlijk optreden van overheidsagenten) in een wettelijk kader te gieten. Beleidsmakers worstelen met een enorm dilemma: enerzijds beschouwen zij de opsporingsmethoden als onvermijdelijk, als een noodzakelijk kwaad, anderzijds vrezen zij de doos van Pandora te openen¹²³⁹.

RECHTSPRAAK- Vandaar dat de wetgever lange tijd de hete aardappel heeft doorgeschoven. Het grootste gedeelte van de Belgische politieke wereld (zelfs een groot deel van de magistratuur) had trouwens nauwelijks een idee van de methodes die een voorhoede binnen de politie hanteerde. Wanneer zij er uiteindelijk wel kennis mee maakten, bijvoorbeeld tijdens parlementaire onderzoeken, vielen zij vaak van de ene verbazing in de andere. Inmiddels deed de rechtspraak, gevangen tussen het

¹²³⁸ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 357; VERSTRAETEN, R., "Opsporingsmethoden in België en Frankrijk", *Delikt en Delinkwent* 1995, 625; FIJNAUT, C. en VERBRUGGEN, F., "Proactive investigation...", *op.cit.*, 135, DELBROUCK, L., *op.cit.*, 123.

¹²³⁹ "La nécessité de recourir aux techniques spéciales d'enquête est indéniable mais ces méthodes font peser sur les services de police une très lourde responsabilité, car il est à craindre qu'elles constituent elles-mêmes une menace pour l'ordre juridique démocratique" (POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 354.)

stilzwijgen van de wetgever en de activiteit op het terrein, wat zij kon om in concrete procedures een mouw te passen aan de situatie (*supra*, Hoofdstuk 3, 5.2.). Politiemensen en magistraten kregen een soort verschoningsrecht dat hen toeliet de identiteit van hun bronnen en details over hun methoden af te schermen. Zij mogen nog steeds weigeren dergelijke inlichtingen te verstrekken door het beroepsgeheim in te roepen. De belangrijkste rechtspraak gaat over infiltratie, vooral - maar niet alleen - over schijnkopen van drugs: de methode was toegelaten mits een aantal voorwaarden voldaan waren (*supra*, Hoofdstuk 3, 5.2.)¹²⁴⁰. Opvallend is dat er over observatie, die toch vaak als "bijzondere opsporingsmethode aangeduid wordt, er gedurende lange tijd nauwelijks controversie bestond die op rechtspraak is uitgelopen.

OMZENDBRIEVEN- Voor het overige blijft het werken in een juridisch niemandsland. Het eerste parlementair onderzoek naar de Bende van Nijvel stelde dat al vast en pleitte voor normering. Het rapport besloot dat de opsporing, zowel de "gewone" als de "bijzondere", uitermate amateuristisch en inefficiënt verliep. Het verbod voor de speurders om telefoons af te luisteren zou het bende-onderzoek ernstig hebben gehypothekeerd. De toenmalige Minister van Justitie Wathelet anticipeerde op de conclusies van de onderzoekscommissie en greep in. Hij stuurde in 1990 een geheime omzendbrief naar de procureurs-generaal¹²⁴¹, met algemene richtlijnen inzake het gebruik van informanten, de observatie en de infiltratie, met afzonderlijke bepalingen over pseudokoop en gecontroleerde levering (uitgestelde inbeslagneming)¹²⁴². Dit document, in 1992 aangepast, herhaalde eigenlijk grotendeels de instructies die de rechtspraak al had gegeven¹²⁴³. Toch heeft deze richtlijn belang. Ze bevat eerst en vooral een aantal uitdrukkelijke verbodsbepalingen, zoals dat op burgerinfiltratie. Daarnaast zorgde ze voor meer controle op gevoelige operaties of praktijken binnen de politie, een controle die net

¹²⁴⁰ Brussel 19 november 1984, *R.W.*1984-85, 2563-2568.

¹²⁴¹ Ook de zaak Reyniers zou mee gespeeld hebben. Over de (voor)geschiedenis van deze richtlijnen, die er kwamen op initiatief van de Procureur-Genraal van Gent: VAN OTRIVE, L. en CAPELLE, J., *op.cit.*, 149.

¹²⁴² Voor de vermoedelijke inhoud van dit document, kan men terecht in een wetsvoorstel (vergeefs) ingediend tijdens de discussie over de wet op het politieambt door de heer Coveliers, dat behoorlijk wat inspiratie zou geput hebben uit de richtlijnen: *Parl.St., Kamer*, 1991-92, nr.409-7. Ook in het eindverslag van de POC-GC citeert men uitvoerig uit de richtlijn, terwijl ook de rechtsleer er regelmatig naar verwijst.

¹²⁴³ Ze sloeg enkel op het gebruik van deze methoden in opsporings- en gerechtelijke onderzoeken. Nochtans zullen ook in het kader van de administratieve politie (ordehandhaving) en de taakvervulling van de Staatsveiligheid deze methoden kunnen worden gebruikt. Na controversiële infiltraties in onder meer de uiterst-rechtse groep

zoals de leiding van de operaties meer werd gecentraliseerd. Tenslotte plaatste de richtlijn de operaties uitdrukkelijk onder de leiding en het gezag van de magistratuur (Openbaar Ministerie of onderzoeksrechter). Het probleem met de richtlijn is eerst en vooral de aard van het instrument: geen wet of K.B., maar een geheime richtlijn. De inhoud ervan is nochtans allesbehalve wereldschokkend. Het tactisch voordeel dat de geheimhouding moet bieden, weegt volgens eenstemmige kritiek niet op tegen de nadelen. Een geheime richtlijn kan volgens de rechtsleer niet gelijkgesteld worden met de door art.8 E.V.R.M. geëiste wettelijke basis voor de toepassing van een aantal in de richtlijn vermelde methodes. Daarenboven kunnen politiemensen die onder vuur komen te liggen zich niet verdedigen met het argument dat zij de richtlijn hebben nageleefd. De rechter kent die richtlijn niet en mag alleen naar de wet kijken. Terwijl de nieuwe Minister van Justitie De Clerck nog bezig was met het uitwerken van de wetgeving die hij had gepland, ontstond er in pers en parlement herhaaldelijk opschudding over de zogenaamde "proactieve recherche" (*supra*). Vandaar dat de Minister, samen met het inmiddels ingestelde College van Procureurs-Generaal ook hierover een richtlijn rondstuurde. Hij zei wel uitdrukkelijk dat het om een voorlopige maatregel ging, in afwachting van een wetsontwerp¹²⁴⁴.

(ONTWERP)WETGEVING- In de Wet op het Politieambt uit 1992¹²⁴⁵ kreeg de informatieverzameling door de politie een - heel algemeen geformuleerde - wettelijke basis (art.39). Aan een aantal specialisten (verenigd in de Commissie Franchimont) vroeg de regering voorstellen voor punctuele hervormingen van het verouderde wetgevend kader van het vooronderzoek in strafzaken. Omdat haar slechts "punctuele" hervormingen gevraagd waren, ging de Commissie volledig voorbij aan de explosieve materie van proactief en "bijzonder" opsporingswerk. Doordat het thema tijdens de activiteiten van de inmiddels opgerichte parlementaire onderzoekscommissies brandend actueel was geworden, besloten Kamer en Senaat toch een artikel over proactieve recherche aan de wet-Franchimont toe te voegen (art.28bis, §2 Sv.). Het ging slechts om een kort basisartikel, zeker nog niet om een definitieve regeling. Daarvoor deed het parlement nog voorafgaand onderzoek. Voor de onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit van de Senaat was het uitwerken van een wettelijk kader voor de opsporingsmethoden immers een

Westland New Post, beweert de Staatsveiligheid dat haar agenten geen infiltraties meer doen. Zij gebruiken dus wel informanten en observanten.

¹²⁴⁴ Richtlijn COL.1/98 van 16 februari 1998 betreffende proactieve recherche- Eenvoudig rapporteringsformulier en logboek.(Vermeld door VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 733, voetnoot 2366.)

¹²⁴⁵ Wet 5 augustus 1992 op het politieambt, B.S. 22 december 1992.

van haar bestaansredenen. Haar rapport was lang, maar bracht weinig nieuwe inzichten en nog minder stevige aanknopingspunten voor de maatschappij-ethische en juridische grenzen die een nieuwe wetgeving zou moeten respecteren¹²⁴⁶. Voor verdere uitwerking leken de senatoren zoals iedereen te wachten op de regering. Minister van Justitie De Clerck had aan professor Bosly van de U.C.L. gevraagd te werken aan een voorontwerp. Samen met andere hervormingsvoorstellen stelde Bosly in 1998 zijn conclusies voor op een colloquium van academici en rechtspractici in de Senaat¹²⁴⁷. Hij had een voorontwerp geschreven dat hij had opgedeeld in drie hoofdstukken: het eerste over "*les techniques particulières de recherche*", het tweede over "*l'enquête proactive en matière pénale*" en tenslotte een kort slothoofdstuk. Na de koele ontvangst die de tekst op het colloquium te beurt viel, besloot de nieuwe minister van Justitie (Van Parys) af te zien van een wetsontwerp voor het einde van de legislatuur¹²⁴⁸. De tekst zit dus nog ergens aan het begin van de wetgevende pijplijn, nu met Marc Verwilghen weer een nieuwe Minister van Justitie is aangetreden. Nochtans belooft ook diens Veiligheidsplan een wettelijke regeling¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Voor kritische bedenkingen van een naar duidelijkheid snakkende praktijkmens: BERKMOES, H., "De wettelijke regeling van bijzondere opsporingsmethoden en hun toepassing binnen het nieuwe politiewezen", in: FIJNAUT, C.; DE RUYVER, B. en GOOSSENS, F. (eds.), *De reorganisatie van het politiewezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 241-246.

¹²⁴⁷ BOSLY, H. en DE RUE, M., "Les méthodes spéciales d'investigation", in: COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCEDURE PENALE (ed.), *Colloque réforme droit pénal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 113- 124. De titel van het boekje is trouwens niet erg gelukkig gekozen, want eigenlijk gaat het over de strafprocedure.

¹²⁴⁸ "De opmerking (over Bosly's tekst) dat "*deze studie als een nuttig reflectiedocument kan worden aangewend doch dat er zich een belangrijke bijsturing opdringt, onder meer in de richting van de conclusies van de parlementaire commissie van onderzoek*" laat weinig aan duidelijkheid te wensen over omtrent de bruikbaarheid ervan," schrijft Berkmoes, verwijzend naar het Jaarverslag 1998- Georganiseerde criminaliteit 1997, 94.(BERKMOES, H., "De wettelijke regeling...", *op.cit.*, 246.)

¹²⁴⁹ Het gaat om het "*eerste in een rijtje wettelijke initiatieven*", belooft het Federaal Veiligheidsplan onder 6.2.Georganiseerde misdaad, projecten 24 (bijzondere opsporingstechnieken) en 25 (proactieve recherche).

§2. Proactieve opsporing¹²⁵⁰

BESTAANDE WETGEVING- Het woord "proactief" circuleerde al in wetenschappelijke literatuur¹²⁵¹ en onder invloed van manageriaanse nieuwspraak kende het ook in de Belgische politiewereld een opgang, vooral sinds het begin van de jaren negentig en in de eerste plaats bij de rijkswacht. In de loop der jaren boetseerde dat korps ook een omschrijving van een bijzondere vorm van proactieve werking, namelijk het proactief opsporen van misdrijven. Omdat de parlementaire onderzoekscommissie Dutroux een wettelijke regeling had bepleit, besloot de Commissie Justitie van de Kamer deze omschrijving ter elfder ure in het wetsontwerp Franchimont te droppen¹²⁵². Het resultaat was art.28bis, §2 Sv., dat bepaalt: "*Het opsporingsonderzoek strekt zich uit tot de proactieve recherche. Hiermee wordt verstaan, met het doel te komen tot het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen, het verzamelen, registreren en verwerken van inlichtingen op grond van een redelijk vermoeden 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, of misdaden of wanbedrijven zoals bedoeld in art.90ter §§2,3,4, uitmaken of zouden uitmaken. Het instellen van een proactieve recherche behoeft voorafgaande schriftelijke toestemming, door de procureur des Konings, de arbeidsauditeur, of de nationaal magistraat gegeven in het kader van hun respectieve bevoegdheid, onverminderd de naleving van de specifieke wettelijke bepalingen die de bijzondere opsporingstechnieken regelen.*" In dit ene artikel introduceerde de wetgever met "criminele organisatie", "bijzondere opsporingsmethoden" en "proactieve recherche" drie nieuwe begrippen. "Criminele organisatie" zou pas in 1999 een wettelijke omschrijving krijgen (*supra*, Deel II). Ook de "*specifieke wettelijke bepalingen die de*

¹²⁵⁰ DELBROUCK, L., *op.cit.*, 121-158; MINNAERT, M., *Disfuncties en belangen van de burger, politie en justitie, integratie en reorganisatie, opsporing en onderzoeksrechter, Acht (Octopus-)armen rondom het gerechtelijk onderzoek*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 63-72, DE VALKENNEER, C., "Voorwaarden om een proactief onderzoek te openen en uit te voeren", *Vigiles* 2000/1, 19-23; BOURDOUX, G., "Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique", *Déviance et Société* 1997, 431-441, CUSTODES, *De proactieve recherche-La recherche proactive*, Politeia, 1/1999.

¹²⁵¹ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke...*, *op.cit.*, 268 had het over een politie die "*al te weinig pro-reactief werkt*".

¹²⁵² Het ging om amendementen (nr.107) van drie leden van de Commissie Dutroux: Bourgeois, Landuyt en Verwilghen: *Parl.St. Kamer* 1996-97, 857/12. Uiteindelijk haalde amendement nr.146 het: *Parl.St. Kamer* 1996-97, 857/14. Over de parlementaire voorbereiding (of het gebrek eraan): DELBROUCK, L., *op.cit.*, 124-126.

bijzondere opsporingstechnieken regelen” zijn er tot op dit ogenblik niet, zodat het niet duidelijk is welke die technieken zijn, noch waarom ze “*bijzonder*” zijn¹²⁵³. Het was de wetgever eigenlijk uitsluitend om de invoering van het begrip “proactieve recherche” te doen.

OMSCHRIJVING- De wetgever geeft daarvan een omschrijving die slechts weinig verschilt van het door de rijkswacht gehanteerde begrip¹²⁵⁴. Over welke handelingen gaat het? “*Het opsporen, het verzamelen, registreren en verwerken van inlichtingen*”¹²⁵⁵. Die handelingen moeten gebeuren met een bepaald doel: “*te komen tot het vervolgen van daders van misdrijven*”. Dat moeten dus niet specifiek de misdrijven van 90ter Sv. zijn. De gegevensverzameling en -verwerking gebeurt “*op grond van een vermoeden van te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten*”. Niet zomaar om het even welke strafbare feiten, maar feiten die “*worden of zouden worden gepleegd in het kader van een criminele organisatie, zoals gedefinieerd door de wet*” of “*misdaden of wanbedrijven zoals bedoeld in art.90ter §§2, 3, 4 uitmaken of zouden uitmaken*”. Het opsporingsonderzoek “*strekt zich uit*” tot dergelijke “*proactieve recherche*”, die slechts kan “*ingesteld*” worden na voorafgaandelijke toestemming van een parketmagistraat. Het vermoeden van ernstige misdrijven (art.90ter Sv.) laat dus inlichtingenwerk toe. Dat inlichtingenwerk moet leiden tot de vervolging van de daders van misdrijven. Doch volgens art.28bis, §2 Sv. moet de beoogde vervolging blijkbaar niet beperkt blijven tot die aanvankelijk beoogde misdrijven op de lijst van art.90ter Sv. Het is immers allesbehalve denkbeeldig dat een onderzoek aanvangt op verdenking van een misdrijf uit de lijst van 90ter Sv. (bijvoorbeeld drughandel) en dan bewijs oplevert van een ander misdrijf. Dat andere misdrijf kan ook op de lijst van 90ter Sv. staan (bijvoorbeeld heling) of helemaal niet (bijvoorbeeld een fiscaal misdrijf). In beide gevallen kan vervolging met gebruikmaking van de resultaten van de “proactieve recherche”.

¹²⁵³ Een aantal parlamentsleden (Dardenne, Boutmans) beklagen zich over deze manier van wetgeving, met kruisverwijzingen naar (nog) niet bestaande wetgeving. (*Parl.Handelingen*, 1997-98, vergadering van 29 januari 1998, 4312.) Zij hadden ook vragen bij de zin van proactieve recherche tout court.

¹²⁵⁴ Zie hierover: POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 434-435.

¹²⁵⁵ Nu houden wij ons daar allemaal heel ons leven mee bezig: het gaat immers over wat onze zintuigen en hersens doen. Blijkbaar wil de wetgever nu de werking van de zintuigen en de hersens van de overheid regelen, al wil hij zeker geen centrale hersens, geen Big Brother, geen Leviathan die de individuen verplettert.

OMZENDBRIEF- In afwachting van meer gedetailleerde wetgeving stuurde de Minister van Justitie samen met het College van Procureurs-Generaal in 1997 een (geheime) richtlijn rond¹²⁵⁶. Die geldt nog steeds en bevat strikte eenvormige regels inzake de melding, sturing en controle van proactieve recherche. De omschrijving van "proactieve recherche" in de geheime richtlijn zou niet naar het misdrijvenlijstje van art.90ter Sv. verwijzen, maar naar "*feiten die gezien het georganiseerd verband in het kader van een criminele organisatie waarin ze worden begaan, of gezien hun aard een ernstige inbreuk op de wet opleveren*". De bedoeling van de proactieve recherche is het detecteren van criminele organisaties om via multidisciplinaire en projectmatige aanpak tot hun ontmanteling te komen. Het komt de politieke beleidsverantwoordelijken de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en het College van procureurs-generaal toe om de prioriteiten vast te leggen. Zij zullen dus bepalen op welke risicosectoren of doelgroepen de politie zich moet richten. De omzendbrief voorziet zowel lokale als nationale en internationale proactieve recherche, telkens onder leiding van het Openbaar Ministerie, hetzij de procureur des Konings, hetzij de nationaal (federaal) magistraat. Binnen de politiediensten vindt een nationale coördinatie plaats.

BEGINPUNT?- De vraag in welke mate de politie zelfstandig proactief mocht zoeken vooraleer het parket te contacteren lag buitengewoon gevoelig. Vandaar dat de richtlijn zegt dat de politie een kleine voorstudie mag maken om een projectvoorstel (bijvoorbeeld "*afpersing van het prostitutiemilieu door Albanese bendes in Brussel*") voor te leggen (verantwoording, doelstellingen, timing, enz.), waarna ze schriftelijke groen licht moet krijgen van het parket om met de gegevensverzameling door te gaan. Het parket zal het werk vanaf dan leiden.

REGISTRATIE- Opdat de informatiestroom makkelijk te volgen zou zijn en de verantwoordelijkheden duidelijk zouden vastliggen, bestaat er een zogenaamd informatievierkant tussen parket en politie op respectievelijk lokaal en nationaal niveau, die elk hun aanspreekpartners aangewezen krijgen¹²⁵⁷. De politie moet al haar activiteiten die kaderen binnen het proactief project nauwkeurig in een logboek bijhouden om controle mogelijk te maken. De magistraat heeft op elk moment inzage in dat logboek. *A contrario* kan hieruit afgeleid worden dat volgens de Minister en de

¹²⁵⁶ DELBROUCK, L., *op.cit.*, 122-123 en 137.

¹²⁵⁷ Lokale politie meldt aan nationale politie, maar werkt voor de rest onder controle en sturing lokaal parket. Nationale politie werkt onder controle en sturing nationaal magistraat.

procureurs-generaal de politie niet alles wat zij doet of vaststelt in het kader van een proactief project in een proces-verbaal moet vastleggen.

BEPERKING- Art.28bis Sv. telt ook nog een §3, dat niet beperkt is tot het proactief rechercheren, maar voor alle opsporingsonderzoeken geldt. Het luidt: *“Behoudens de wettelijke uitzonderingen mogen de opsporingshandelingen geen enkele dwangmaatregel inhouden noch schending inhouden van individuele rechten en vrijheden. Deze handelingen kunnen evenwel de inbeslagneming van [zaken] inhouden. De procureur des Konings waakt over de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyauteit waarmee ze worden verzameld.”* Dat de uitoefening van dwang een wettelijke basis behoeft, is niet nieuw, wel de algemene bepaling inzake *“schending van individuele rechten en vrijheden”*¹²⁵⁸. Ook opvallend is de introductie van de *“loyauteit waarmee bewijsmiddelen verzameld worden.”* Nochtans hebben rechtsgeleerden die deel uitmaken van de Commissie Franchimont, zoals professor Traest, het begrip “loyauteit” bekritiseerd als een bron van rechtsonzekerheid.

KEUZE POC-GC - De POC-GC schreef terecht dat *“l'ensemble de l'appareil policier et de ces activités (...) est touché par ce concept de proactivité. Il s'agit d'une véritable philosophie, d'une politique qui, bien au-delà de sa dimension purement judiciaire, imprime une réforme de l'action policière quand aux moyens d'y parvenir.”* Dat over de begrippen verwarring bestond, blijkt uit de Nederlandse tekst, waarin *“le concept de proactivité”* werd vertaald als *“proactieve recherche”*. De Franse tekst wilde er nu net op wijzen dat die “proactieve recherche” slechts één verschijningsvorm is van een meer algemene filosofie van “proactiviteit”. Die komt erop neer dat je op eigen initiatief naar mogelijke problemen op zoek gaat en niet langer mag wachten tot de problemen op je afkomen. De POC-GC zei dat in deze benadering criminaliteit werd gezien als één in een reeks van verschillende risico's die moeten worden *“beheerd, berekend en ingeschat en waarop moet worden vooruitgelopen.”*¹²⁵⁹ De senatoren raakten wel een beetje met zichzelf in de knoop bij de beoordeling van de proactieve recherche, meer bepaald van het doel van dergelijk speurwerk. Eerst schreven zij dat enkel de middelen waarmee de politie ingrijpt, hervormd worden, *“want het doel blijft hetzelfde. Voor de politie komt het*

Het lokaal parket correspondeert slechts met Procureur-Generaal en Nationaal Magistraat, bijvoorbeeld niet rechtstreeks met de nationale politie-eenheid.

¹²⁵⁸ Vaak valt het immers moeilijk uit te maken wanneer er een “inmenging” in iemands rechten bestaat en wanneer een “schending”. *Supra*, Hoofdstukken 2 en 3

*erop aan misdrijven op te sporen en de daders ervan te vinden.*¹²⁶⁰ Maar dan haalde zij politiemensen aan die beklemtonen dat hun proactieve benadering (recherche) van maatschappelijke verschijnselen “*niet enkel een gerechtelijk doel heeft*” en stelt vast dat het werk lijkt op dat van inlichtingendiensten, het “*mondt niet noodzakelijk uit in een gerechtelijke fase. Meer dan ooit is er een vervlechting van het administratieve onderzoek met het gerechtelijk onderzoek*”¹²⁶¹. Dat maakt het volgens de POC-GC gevaarlijk omdat de *a-posteriori*controle op de rechtmatigheid van bewijsmiddelen “*geenszins aangepast [is] aan de proactieve recherche waarvan de gegevens wellicht nooit duidelijk in een gerechtelijk dossier zullen worden opgetekend.*”¹²⁶²

BEGINSELEN VERDERE WETGEVING- Omdat 28bis §2 Sv. slechts de basis van het wetgevend kader uitmaakt, vermeldde de POC-GC de beginselen die volgens haar de grondslag moeten vormen voor wetgeving. Eerst en vooral moet de wet van 8 december 1992 worden nageleefd¹²⁶³. De Commissie zegt niet of dit nu niet het geval is, noch of een verandering van die wet of haar uitvoeringsbesluiten nodig is. Vervolgens eisen de senatoren “*transparantie ten aanzien van de controlerende instantie*”, waarmee ze het Openbaar Ministerie bedoelen. De politiediensten mogen zich niet op het beroepsgeheim beroepen ten aanzien van dit controleorgaan. Blijkbaar geldt de openheid wel niet tegenover om het even wie binnen het Openbaar Ministerie of de zittende magistratuur. Teslotte bracht de POC-GC ook de beginselen van legaliteit, evenredigheid en subsidiariteit en van *loyaliteit* van de bewijsverzameling nog eens in herinnering.

MELDPLICHT- Elders in haar eindrapport, niet onder proactieve opsporing, maar onder de titel “De medewerkers van het gerecht”, raakt zij het belangrijke thema van “verplichte aangifte” (meldplicht) aan. Zij vermeldt er de plicht voor financiële instellingen en andere beroepsgroepen om vermoedelijke witwasoperaties te melden (art.12, §1 van de wet van 11 januari 1993). Vervolgens oppert zij de idee om ook aan anderen (zoals de leveranciers van grondstoffen) een vergelijkbare aangifteplicht in het leven te roepen. Volgens de POC-GC hebben deze personen geen

¹²⁵⁹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 432.

¹²⁶⁰ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 432.

¹²⁶¹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 433.

¹²⁶² POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 433.

¹²⁶³ Deze plicht zou ook in de omzendbrief proactieve recherche staan. Op zichzelf is het al vreemd dat een omzendbrief uitdrukkelijk moet vermelden dat ambtenaren de wet moeten naleven.

beroepsgeheim , maar hebben ze nu enkel het recht om aangifte te doen, niet de plicht¹²⁶⁴. De senatoren stelden zelf niet de invoering van een nieuwe aangifteplicht voor, ze zegden enkel dat *“de vraag rijst of bepaalde verkopen geen aanleiding tot melding zouden moeten geven”*. Naast die vraag *“rijzen”* volgens het eindverslag immers ook *“bezwaren tegen de aangifteplicht: de samenleving dreigt te ontaarden in een politiestaat waar de burgers elkaar verklikken en bedreigen.”* De POC-GC achtte het blijkbaar niet gepast een keuze voor of tegen aangifteplichten te maken .

KEUZE BOSLY- In zijn voorontwerp van wet schikte professor Bosly zich naar de omschrijving van proactieve recherche in art.28bis, §2 Sv. Hij beperkte zich ertoe de *“mise en oeuvre”* van een *“enquête proactive au sens de l’art.28bis §2”* aan voorwaarden te onderwerpen (art.5.1). Daarbij somde hij eerst en vooral (art.5.2.) een aantal gegevens op die de parketmagistraat op straffe van nietigheid moet vermelden wanneer hij de politie de toelating geeft tot het uitvoeren van proactieve recherche. Naast de datum zijn dat het objectief van de proactieve recherche, het gepleegde misdrijf of het misdrijf dat op het punt staat gepleegd te worden, de aanwijzingen en concrete feiten *“qui laissent raisonnablement penser”* dat dat misdrijf gepleegd is of op het punt staat gepleegd te worden en de officier van gerechtelijke politie die het onderzoek leidt. De leiding van de proactieve recherche ligt - zoals in de omzendbrief - bij de procureur des Konings of bij de nationaal (federaal) magistraat (art.5.3.). De arbeidsauditeur wordt, anders dan in art.28bis §2 Sv. niet vermeld.

REGISTRATIE- De leidinggevende politieofficier moet ook volgens het voorontwerp punctueel rapporteren over de evolutie van het onderzoek aan de magistraat. Die kan het stopzetten wanneer *“les conditions légales visées à l’art.28bis, §2 du C.I.C. ne sont plus réunies, ou si l’enquête porte atteinte aux droits et libertés individuels de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi.”* Alle inlichtingen *“qui se rapportent à une infraction”* moeten zonder vertraging *in een proces-verbaal* aan de magistraat worden overgemaakt .

BIJZONDERE METHODEN- Volgens professor Bosly mag *“en cas de nécessité et si les autres moyens d’investigation ne suffisent pas”* een observatie (art.5.4.) of, onder dezelfde voorwaarden, infiltratie plaatsvinden in het kader van een proactieve

¹²⁶⁴ De POC-GC lijkt niet op de hoogte van de meldplicht die rust op producenten van drugsprecursoren.

recherche. De voorwaarden voor de inzet van deze gevoelige methoden in een proactief onderzoeksproject, verschillen in de tekst van Bosly nauwelijks van de normale voorwaarden voor hun inzet in een "klassiek" strafonderzoek (*infra*, § 3). De POC-GC vond nochtans dat de voorwaarden bij proactief speuren strenger moesten zijn. Het ietwat vreemd gevolg van Bosly's keuze is dat ook bij de proactieve recherche (namelijk voor langdurige observaties of die waarbij technische middelen worden gebruikt) de onderzoeksrechter ook in dat proactief werk betrokken raakt, iets wat de POC-GC waarschijnlijk zou toejuichen. Zij had immers aangedrongen op toelating en controle van een "*magistraat van de zetel*" voor methoden die de individuele vrijheden ernstig schenden (bijvoorbeeld direct afluisteren of opstellen van camera's in een privéplaats)¹²⁶⁵. Voor het beroep op informanten volstond voor Bosly een verwijzing naar de bepalingen terzake in zijn hoofdstuk over de bijzondere opsporingsmethoden (*infra*, §3).

SAMENVATTING- Het begrip "proactieve recherche" staat nu omschreven als deel van het opsporingsonderzoek. Doch de wetgever moet nog gedetailleerde regels uitvaardigen. In afwachting bestaat er een geheime omzendbrief, die de hoofdverantwoordelijkheid bij het Openbaar Ministerie legt en (al dan niet vertrouwelijke) registratie van het spuurwerk verplicht maakt. De inzet van deze methode is niet beperkt tot georganiseerde criminaliteit. Het voorontwerp Bosly gaat in dezelfde richting, met als opvallendste nieuwigheden de tussenkomst van onderzoeksrechters bij ernstige schending van individuele vrijheden en verbaliseringsplicht voor alle inlichtingen "*qui se rapportent à une infraction*".

§3.Bijzondere opsporingsmethoden

3.1.Informanten

WET- In het Belgisch strafrecht werd altijd erkend dat voor de medewerking van sommige personen aan de rechtshandhaving een prijs moet worden betaald (*supra*, Hoofdstuk 1). Het uitloven van premies zowel door de overheid als door private personen vormt een van oudsher aanvaarde methode om daders te ontdekken, bewijzen of andere nuttige inlichtingen te (helpen) verzamelen. Iedereen erkent ook dat de rechtshandhaving om resultaten te boeken vaak een beroep moet doen op bronnen die zelf geen communiezieltje hebben. Dat informanten in feite altijd hebben bestaan, neemt niet weg dat hun juridische relevantie in België traditioneel klein was.

¹²⁶⁵ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 439-440.

Het Wetboek van Strafvordering beperkte zich ertoe te zeggen dat personen die voor hun verklaring betaald zijn, niet onder ede mogen getuigen. Andere "d'annonciateurs" mogen dat wel, maar de jury zal wel worden gewaarschuwd dat het over "aangevers" gaat. (*supra*, Hoofdstuk 1)

ANONIMITEIT EN BEROEPSGEHEIM- De rechtspraak, daarin zonder al te veel kritiek gevolgd door de rechtsleer, heeft steeds erkend dat informanten anoniem kunnen blijven¹²⁶⁶. Enerzijds is dit nodig voor hun veiligheid: de anonimiteit beschermt informanten tegen eventuele repressailles. Anderzijds is het natuurlijk precies hun (geheime) positie die wezenlijk is voor hun (bestendige) bijdrage als informatiebron voor de rechtshandhaving¹²⁶⁷. Bij gebrek aan een uitdrukkelijke wet¹²⁶⁸ erkenden rechtspraak en rechtsleer dat de identiteit van een informant viel onder het beroepsgeheim van de politiemensen die de inlichtingen van de informanten verkregen hebben en ze hebben verwerkt¹²⁶⁹. De rechters lazen in art.458 Sw. dat eigenlijk alleen schending van het beroepsgeheim strafbaar stelt, meteen ook een soort verschoningsrecht: getuigende politiemensen mogen een antwoord weigeren op alle vragen over de identiteit van informanten¹²⁷⁰. Een tweede belangrijke krachtlijn in de rechtspraak is het onderscheid tussen bewijs van een misdrijf enerzijds, waarvoor strengere eisen gelden, en loutere aangifte of inlichting, waarvoor de toelatingsvoorwaarden soepeler zijn (*supra*). De inlichtingen die van een informant afkomstig zijn, dienen hoogstens als aangifte, niet als bewijs. Het probleem van de informanten wordt in de discussie vaak herleid tot deze vraag naar de toelaatbaarheid van anonieme verklaringen en aangiften.

INTEGRITEIT- Nochtans zijn er ook andere pijnpunten. Hoewel de wet duidelijk is en de politie formeel geen criminaliteit van de informant door de vingers mag zien, kan een informant maar nuttig blijven indien hij "in het crimineel milieu blijft"¹²⁷¹. Al

¹²⁶⁶ Dat geldt ook voor de identiteit van infiltranten. Cass.10 januari 1978, Arr.Cass., 546; Cass.26 februari 1986, Arr.Cass., 1985-86, 881.

¹²⁶⁷ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 95.

¹²⁶⁸ De geheime omzendbrief zou zijn eigen (geheime) bepaling bevatten over bronbescherming bij de omgang met informanten en de verwerking van de van informanten afkomstige inlichtingen.

¹²⁶⁹ Luik 8 januari 1986, *Pas.*1986, II, 45; Corr.Kortrijk 25 maart 1996, *op.cit.*, 128.

¹²⁷⁰ Verderop zullen we zien dat het wel minder duidelijk is ten aanzien van wie de politiemensen dit beroepsgeheim kunnen invoeren (*Infra*, § 4.1.)

¹²⁷¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 757 schrijft op basis van Nederlandse bronnen dat "de grens tussen informant en infiltrant [hierin gelegen is] dat de infiltrant met medeweten van de politie strafbare feiten pleegt". Voor zover wij weten, is zij de enige die een dergelijke positie inneemt. Persoonlijk vinden wij niet het medeweten, maar de actieve sturing, initiatief en gezag van de politie op de persoon "in het milieu" vereist om van infiltratie

kan een arrestatie of gevangenisstraf op zijn tijd de “criminele geloofwaardigheid” van de informant soms ten goede komen¹²⁷², wanneer dat te vaak gebeurt zal de informant de prijs van zijn hulp aan de politie te hoog vinden. Vandaar het vaak geventileerde vermoeden dat politiemensen hun informanten de hand boven het hoofd houden. De noodzakelijke geheimhouding bemoeilijkt onmiskenbaar de integriteitsbewaking bij het werk met informanten. In landen die veel geld besteden aan geheim politiewerk, blijkt dat vanwege het geheim karakter van de besteding van het fondsen een eventuele verduistering nauwelijks te controleren valt: in Spanje leidde het tot het grootse corruptieschandaal sinds het herstel van de democratie¹²⁷³. In landen als België daarentegen zou het voor tipgeld bestemde budget zo klein zijn dat in de praktijk de “goede” informanten verkiezen voor de privé-sector te werken. De grote vrees is dat geheimhouding en anonimiteit als een rookgordijn illegale praktijken van de onderzoeker aan het oog van de eigen hiërarchie, van de vonnisrechter en van de verdediging in strafzaken zou onttrekken¹²⁷⁴.

OMZENDBRIEF- De eerder genoemde geheime omzendbrief die minister van Justitie Wathélet in 1990 rondstuurde zou een vrij duidelijk regime hebben uitgewerkt voor het werken met informanten, voor het beheer en de geheimhouding. Hij zou een registratieplicht bevatten, verzekeren dat steeds twee politiemensen per

te spreken. De regel is immers dat ook bij infiltratie misdrijven slechts kunnen “*als het niet anders kan*” (*infra*).

¹²⁷² Andere criminelen zullen wantrouwig staan t.a.v. “collega’s” die na een arrestatie door de politie te vlug vrijgelaten worden of er te licht vanaf komen. Ze zullen vermoeden dat hij zich met informatie “vrijgekocht” heeft. Het door Franchimont ingevoerde recht van de ondervraagde op een kopie van het proces-verbaal van verhoor levert daarom een probleem op. De rest van de organisatie zou daarmee een extra controlemogelijkheid krijgen. Vandaar dat een uitzondering voorzien is. Toch gaat het slechts om tijdelijk uitstel. Het kan o.i. niet bedoeling van de wetgever zijn dat de beslissing van een arrestant om zich te laten overhalen informant te worden in een dergelijk p.v. zou belanden.

¹²⁷³ X, “El caso Roldán, el escándalo por corrupción más sonado de la democracia”, *El Mundo* 27 februari 1998 (in dezelfde krant ook lange uittreksels uit het veroordelend vonnis); LUZON CANOVAS, A., “Caso Roldán, Escrito del fiscal: La falta de control del dinero les permitió destinarlo a enriquecerse”, *El Mundo* 27 november 1999. Honderden miljoenen die onder meer bestemd waren voor de strijd tegen het terrorisme eindigden op Zwitserse bankrekeningen van het corrupte hoofd van de Guardia Civil en zijn medeplichtigen, werden gebruikt voor de aankoop van luxevilla’s of dienden voor de sponsoring van de “vuile oorlog” tegen het terrorisme.

¹²⁷⁴ Geprikkeld over het beeld dat “sommige kringen” ophangen van de bijzondere “praktijken” van de politie en het parket, de manier waarop zij uitgevoerd worden en de motieven waardoor zij ingegeven zijn, een beeld dat hij als denigrerend en “volkomen onjuist” bestempelt: BERKMOES, H., “De wettelijke regeling...”, *op.cit.*, 249. Het Hof voor de Rechten van de Mens hecht bij de interpretatie van art.6 E.V.R.M. hoe dan ook veel belang aan de controle door die *vonnisrechter* op de rechtmatigheid van het optreden van de onderzoekers in alle fasen van de procedure. Het vindt trouwens dat ook de *verdediging* in strafzaken een belangrijke rol speelt als “bewaker” van de rechtmatigheid van het onderzoek en de procedure.

informant aangeduid zijn en een derde, die niet onmiddellijk betrokken is bij de contacten met de informant, daarop controle uitoefent. Ook de betalingswijze, de controles op de betrouwbaarheid en de regels voor de verwerking van de informatie zouden zijn voorzien. Zwarte lijsten en gecodeerde registratie van identiteitsgegevens moeten vermijden dat onbetrouwbare informanten de politiediensten tegen mekaar uitspelen of zich door meerdere diensten laten betalen voor dezelfde informatie.

KEUZE BOSLY- Professor Bosly heeft de informant ('informateur') in zijn voorontwerp na de observatie en de infiltratie geplaatst. Het begrip omvat enerzijds "*elke persoon in contact met het crimineel milieu die, onder dekking van de anonimiteit, aan de politie informatie verstrekt met betrekking tot een gepleegd misdrijf of een dat in voorbereiding is*"¹²⁷⁵. Daarnaast is ook "*elke persoon die, onder dekking van anonimiteit, inlichtingen verstrekt aan de politie over een gepleegd misdrijf of een dat in voorbereiding is, in ruil voor ("moyennant") de betaling van een geldsom*"¹²⁷⁶. Rapporten of processen-verbaal die worden gemaakt na contacten met een informant mogen enkel het identificatienummer van de informant vermelden¹²⁷⁷. Vervolgens onderstreept professor Bosly dat de hoedanigheid van "informateur" de wanbedrijven en misdaden van de informant niet rechtvaardigen. Daarna volgt de al vermelde regel dat inlichtingen verkregen van een informant "*qui se rapportent à une infraction*" het voorwerp vormen - we nemen aan *moeten vormen* (fv) - van een proces-verbaal dat zonder vertraging aan de procureur des Konings moet worden overgemaakt¹²⁷⁸. In art.4.6. staat dat de informanten "worden geregistreerd" in een bijzonder nationaal register met vermelding van hun betrouwbaarheid. Nochtans kan een inlichting van een onbetrouwbare informant tóch gebruikt worden als ze belangrijk is. De procureur des Konings moet dan uitmaken welk gevolg hij eraan kan geven. Het zeer beknopte voorontwerp Bosly sluit het hoofdstuk Informanten af met de toestemming-verplichting voor de minister van Justitie om bij richtlijn de modaliteiten van de vergoeding en het beheer van informanten vast te leggen¹²⁷⁹. Het lijkt er sterk op dat het voorontwerp nauwelijks meer doet dan de geheime richtlijn van 1990 overschrijven.

¹²⁷⁵ Art.4.2.1°-eigen vertaling - (BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 119.)

¹²⁷⁶ Art.4.2.2.

¹²⁷⁷ Art.4.3.

¹²⁷⁸ Art.4.5.

¹²⁷⁹ Art.4.7.

KEUZE POC-GC- De POC-GC besteedde veel aandacht aan de bepalingen van de geheime omzendbrief van 1990¹²⁸⁰. Zij heeft in haar rapport het overzicht van de daarin vervatte regels wel doorspekt met eigen commentaar of opmerkingen van door haar gehoorde getuigen. Zelf werkte zij echter geen kader uit voor een wettelijke regeling van het gebruik van informanten. In haar lijst van *“principes die de grondslag moeten vormen voor de wetgeving”* (supra, §2) maakte zij geen onderscheid tussen de vier technieken die zij als bijzonder beschouwt: ze voorziet voor informantwerking dus geen andere regels dan voor observatie, infiltratie of misdaadanalyse. Niettemin valt het op dat de omschrijving van de “informant” enigszins afwijkt van die in het voorontwerp Bosly. De Commissie beschouwt als informant *“de anoniem blijvende persoon die de politie geregeld informatie bezorgt over misdrijven die gepleegd zijn of voorbereid worden of over hun daders”*. De POC-GC vereiste dat de informatievoorziening “geregeld” gebeurt en Bosly niet. De POC-GC zweeg over de tegenprestatie die de informant krijgt. Bosly van zijn kant zei dat als iemand wordt betaald, hij of zij informant is, maar daarnaast kunnen er nog andere informanten kunnen zijn. De omzendbrief van 1990 slaat alleen op informanten *“van wie kan en moet”* –dus: moet- *“worden aangenomen dat zij zelf deelnemen aan activiteiten van het georganiseerde misdadige milieu of dat zij op andere dan toevallige manier inlichtingen uit of over dat milieu vernomen hebben.”* De woorden “tipgever” en “informant” worden er trouwens door mekaar gebruikt¹²⁸¹. Bosly en de POC-GC gaven dus bredere definities van informant, de stevige band met het crimineel milieu is niet meer nodig.

SAMENVATTING- Over de precieze omschrijving van informanten bestaat nog geen duidelijkheid: de regelmaat waarmee informant inlichtingen moet leveren, of hij al dan niet met geld betaald wordt en vooral de aard van zijn relatie met het crimineel milieu verschillen naargelang de gehanteerde definitie. Voorlopig regelt een omzendbrief de praktijk en het lijkt erop dat de ontwerpwetgeving van professor Bosly weinig meer doet dan deze regels overnemen. Ze bevatten vooral waarborgen voor de integriteit van de rechtshandhaving tegen misbruiken en manipulaties door de informant. De rechten van de door de informant beschuldigde personen komen minder aan bod. Er lijkt consensus te bestaan dat informanten hun anonimiteit gegarandeerd moeten weten.

¹²⁸⁰ Die omzendbrief blijft blijkbaar geheim, want de POC-GC dateert hem eerst op 24 april 1990 (p.393) en vervolgens op 24 maart 1990 (p.398). We geloven dat de eerste datum, de juiste is.

¹²⁸¹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 393, noot 2.

3.2.Observatie

PERSOONLIJKE LEVENSSFEER- Gedurende lange tijd beschouwde niemand de observatie als een "bijzondere" opsporingsmethode. Dit is begrijpelijk: het gaat om een van de oudste opsporingsmethodes die er zijn¹²⁸². Ook het integriteitsrisico voor politie en gerecht is niet direct een punt. De problematisering vloeit voort uit de toegenomen aandacht voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Die groeiende parallel met de evolutie van "indringende" technologie waarmee gegevens van personen door anderen kunnen worden waargenomen, geregistreerd en verwerkt. Vooral wegens haar verdeckt karakter wordt de observatie als bijzonder gecatalogeerd. Het maakt de inmenging in de persoonlijke levenssfeer groter en het gebruik van de methode moeilijker te controleren. Beetje bij beetje sijpelde het besef door dat iemand dag en nacht heimelijk begluren, in zijn vuilnis snuffelen of (onder valse voorwendsels) zijn burens uithoren een even grote inmenging in iemands persoonlijke levenssfeer kan opleveren als het afluisteren van zijn telefoongesprekken. De bestaande strafprocedureregels bevatten nog steeds geen bijzondere bepalingen over observatie. De toepassing ervan als opsporingsmethode moet dus aan de algemene regels over informatieverzameling, (huis)zoeking en aanhouding worden getoetst. Daarbij speelt de "permissieve regel": wat niet verboden is, is toegelaten. De Belgische rechtspraak heeft zich tot voor kort nog nauwelijks met observatie beziggehouden¹²⁸³. Volgens vele auteurs¹²⁸⁴ heeft België in het licht van de Straatsburgse rechtspraak inzake art.8 E.V.R.M. nochtans dringend een betere wettelijke basis voor wat zij beschouwen als een onmiskenbare inmenging in de persoonlijke levenssfeer van zijn rechtsonderhorigen.

OMZENDBRIEF- In zijn geheime omzendbrief van 1990 zou de minister van Justitie er al wel enkele regels aan hebben gewijd. Hij zou observatie omschrijven als "*een geheel van personen en middelen aangewend ten einde op een discrete wijze informatie of bewijselementen te verzamelen betreffende bepaalde personen of aangelegenheden*". Dat is een ruime omschrijving, waar ook het informantenwerk en de "auditieve observatie" (afluisteren) onder valt. De minister zou er uitdrukkelijk op wijzen dat de richtlijnen enkel slaan op observaties "*die tot doel hebben de daders van misdrijven te ontdekken en bewijzen in te zamelen*". Dat betekent niet dat hij

¹²⁸² Cfr.FRIELINK, P. en WORTEL, J., "Ongebruikelijke opsporingsmethoden", *op.cit.*, 121: "*Op zichzelf is deze verhoogde aandacht opmerkelijk. Met name observatie en het werken met informanten en infiltranten komt immers al lang voor.*"

¹²⁸³ Pas recent kwam daar verandering in: K.I. Brussel 17 december 1999, *Vigiles* 2000/1, 17-18 noot C. DE VALKENEER.

andere observaties verbiedt, alleen dat hij ze niet regelt. De gerichte waarneming van mensen en gebeurtenissen behoort immers ook tot het dagdagelijkse werk van bijvoorbeeld administratieve politie of van de (politieke) inlichtingendiensten. De omzendbrief zou aanstippen dat observatie vaak tegelijk met andere methoden (bijvoorbeeld infiltratie) wordt toegepast, maar ook als zelfstandige methode kan worden ingezet. De omzendbrief zou enkel slaan op *langdurige* observaties en observaties waarbij de speurders gebruik maken van *bijzondere technische middelen* die de *privacy* van de geobserveerde personen of van derden kunnen schenden. Voor beide types van observatie zouden dan de evenredigheids- en de subsidiariteitsvereiste gelden. De omzendbrief zou observaties pas toelaten als er een soort “basisverdenking” bestaat: objectieve gegevens die erop wijzen dat de geobserveerden zware misdrijven plegen of op het punt staan ze te plegen. Daarnaast moet de politie het parket inlichten. Dat moet op zijn beurt waken over het verdere verloop van de actie en kan de operatie steeds afblazen. Ook andere diensten moeten worden gewaarschuwd, om te vermijden dat zij ongewild de aan de gang zijnde observatie zouden verstoren. De resultaten van de observatie moeten in een proces-verbaal komen, dat echter niet door de observant, maar door diens officier moet worden opgesteld. De richtlijn zou de anonimiteit van de ingezette mensen en ingezette middelen garanderen en de proces-verbaalplicht beperken tot “*bewijselementen die onmisbaar zijn ter veropenbaring van de waarheid*”. De toets van die “*onmisbaarheid*” gebeurt blijkbaar door de politie zelf of door het Openbaar Ministerie. De omzendbrief zou afzonderlijke bepalingen bevatten over de begeleide zending of uitgestelde inbeslagneming van illegale goederen¹²⁸⁵.

KEUZE BOSLY- In zijn voorontwerp omschreef Bosly observatie als een techniek waarbij een politie-ambtenaar systematisch, eventueel met hulp van technische middelen, op een discrete manier en zonder interactie met de geobserveerde personen, inlichtingen of bewijselementen verzamelt met betrekking tot bepaalde personen of bepaalde feiten¹²⁸⁶. Daarna komen de toepassingsvoorwaarden. Eerst en vooral is de toelating van de procureur des Konings of, als hij gevat is, van de

¹²⁸⁴ Bosly, die het voorontwerp geschreven heeft, lijkt bijvoorbeeld die mening toegedaan.

¹²⁸⁵ Ook dat is eigenlijk observatie, al gaat die meestal gepaard met het gebruik van informanten of soms zelfs van infiltranten. De minister zou bijvoorbeeld de veiligheid van informant of infiltrant noemen als een grond voor het uitstellen van inbeslagneming. Afstel (in Nederland “*doorleveren*” genoemd) kan niet, maar de uiteindelijke inbeslagneming kan - daar zorgen internationale verdragen voor - wel in het buitenland gebeuren.

¹²⁸⁶ Art.2.1.

onderzoeksrechter vereist. Daarop bestaat evenwel een uitzondering¹²⁸⁷: observaties waarvan de totale duur de vierentwintig uur niet overschrijdt en waarbij geen technisch middel wordt gebruikt dat het mogelijk maakt in een privéruimte te observeren. Zulke observaties mag de politie op eigen initiatief uitvoeren, maar ze moet in dat geval de procureur respectievelijk onderzoeksrechter onverwijld (“*sans retard*”) informeren. Voor het opzetten van observaties waarvan de “*totale duur de vier weken overschrijdt of waarbij technische middelen worden gebruikt die toelaten te observeren in een private plaats*” moet echter steeds een onderzoeksrechter toelating geven¹²⁸⁸. Vervolgens somt art.2.3. van het voorontwerp de gegevens op die op straffe van nietigheid in het kantschrift van de procureur of het bevelschrift van de onderzoekersrechter moeten staan. Het gaat om aanwijzingen en concrete feiten die de maatregel rechtvaardigen, de redenen waarom de maatregel “*indispensable*” is “*à la manifestation de la vérité*”, de personen of plaatsen waarop de observatie gericht is, de officier van gerechtelijke politie die het onderzoek leidt en de toegestane duur van de observatie. De officier moet rapporteren over de vooruitgang aan de bevoegde magistraat. Indien die opnieuw de voorgeschreven motiveringsplicht naleeft, kan die de duur van de observatie verlengen (art.2.5) of, wanneer de inbreuk op de grondrechten niet (meer) in verhouding staat tot het beoogde doel, de operatie stopzetten (art.2.6.). Inlichtingen “*qui sont relatives à une infraction*” moeten door de leidinggevende officier in een proces-verbaal worden gezet en aan de magistraat worden overgemaakt.

MELDING AAN GEOBSERVEERDE- Omdat nu net het feit dat observatie gebeurt zonder medeweten van de geobserveerde haar "gevoelig" maakt, vond professor Bosly dat de speurders achteraf alle personen die “*het voorwerp hebben uitgemaakt van een observatie*” daarvan schriftelijk op de hoogte moeten brengen (art.2.8). Deze - door Straatsburgse rechtspraak geïnspireerde - melding vormt de belangrijkste nieuwigheid in vergelijking met de omzendbrief. Zij moet gebeuren zodra het belang van het onderzoek het toelaat en ten laatste vijftien dagen na de regeling van de procedure door het onderzoeksgerecht. De griffier moet op verzoek van de procureur de geobserveerde personen aanschrijven. Deze informatieplicht geldt echter niet voor observaties van minder dan vierentwintig uur waarbij geen technische middelen zijn gebruikt die het mogelijk maken te observeren in een privéplaats.

¹²⁸⁷ Art.2.2.§3

¹²⁸⁸ Art.2.2.§2

KEUZE POC-GC- De POC-GC verwees naar de omschrijvingen van observatie in de geheime omzendbrief van 1990 en naar die van het Nederlandse College van procureurs-generaal. Net zoals Bosly zet ze de afwezigheid van interactie met de geobserveerde persoon in de verf. De observatie vormt voor de POC-GC niettemin als "bijzondere" opsporingsmethode wegens het gebruik van toestellen die vaak een inbreuk plegen op de persoonlijke levenssfeer¹²⁸⁹. De POC-GC stelde niet echt een wetgevend kader voor, maar somde uitgebreid allerlei mogelijke varianten van observatie op¹²⁹⁰. De POC-GC heeft alleszins veel meer problemen opgeworpen dan het voorontwerp Bosly er oplost¹²⁹¹. Zo schrijft zij dat "er nood is aan een regeling voor strafbare feiten die tijdens de observaties door de politie-ambtenaar worden gepleegd" (onopzettelijke verkeersongevallen bijvoorbeeld) en dat er "*een regeling moet komen betreffende de bestemming van observatieverslagen*", ook bij observaties die niet uitmonden in een strafvervolging¹²⁹².

SAMENVATTING- Vandaag de dag beschouwen zowel regering als parlement de observatie als een "bijzondere" opsporingsmethode, die een wettelijke regeling behoeft. Er is nog wel geen wetgeving. Zowel de omzendbrief van de minister en de procureurs-generaal als het voorontwerp Bosly leggen registratie- en toestemmingsvereisten vast, met de magistratuur als spil. Het voorontwerp neemt als enige de Straatsburgse suggestie over de geobserveerde persoon achteraf in te lichten. Korte observaties en die waarvoor geen technische middelen worden gebruikt die "privéplaatsen" binnendringen zou de politie gemakkelijker kunnen uitvoeren, maar ze moeten achteraf wel gemeld worden aan de bevoegde magistraat.

3.3. Infiltratie

WETGEVING EN RECHTSPRAAK- De bestaande wetgeving zegt niets uitdrukkelijk over infiltratie. In de rechtspraak werd er nooit een taboe op gelegd. Via de rechtspraak over uitlokking heeft de rechterlijke macht de rechtmatigheid van

¹²⁸⁹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 377. Bosly heeft rekening kunnen houden met de aanbevelingen van de onderzoekscommissie, vandaar misschien zijn bijzondere aandacht voor technische toestellen en voor het onderscheid naargelang de duur.

¹²⁹⁰ Bijvoorbeeld statische en dynamische, nationale en internationale, langdurige of kortstondige,... Zij geeft ook overzichten van (een aantal) technische hulpmiddelen die daarbij gebruikt (kunnen) worden, al geeft zij daarbij niet altijd aan wat de relevantie is voor de normering ervan.

¹²⁹¹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 376-393.

¹²⁹² POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 381.

undercoverpraktijken, waaronder infiltratie, impliciet erkend¹²⁹³. Latere beslissingen deden dat steeds uitdrukkelijker, doch koppelden meteen een aantal voorwaarden aan de toelaatbaarheid (*supra*, Hoofdstuk 3, 5.2.)¹²⁹⁴: geen uitlokking van misdrijven (*infra*, 3.4.) en, behalve in noodgevallen, geen misdrijven gepleegd door de infiltrant (*infra*, 3.5). Er is ook geen infiltratie mogelijk tenzij bij onderzoek naar ernstige misdrijven (evenredigheidseis) en dan nog moet de hele operatie geleid en gecontroleerd worden door de hiërarchische oversten. Die moeten waken over de wettigheid en *loyaliteit* van de actie. Politiemensen mogen dus niet op eigen houtje gaan infiltreren.

OMZENDBRIEF- De omzendbrief zou pseudokoop, aankoop van goederen afkomstig uit een misdrijf en uitgestelde inbeslagneming onderscheiden van infiltratie¹²⁹⁵. De meeste mensen en instellingen beschouwen pseudokoop en (test)koop nochtans als vormen van infiltratie. Vandaar dat het vreemd is dat volgens de omzendbrief de pseudo- of testkoper slechts “in beginsel” een politieambtenaar zou moeten zijn, maar een infiltrant blijkbaar altijd. De uitgestelde inbeslagneming kan volgens ons hetzij een vorm van observatie, hetzij een vorm van infiltratie, hetzij beide zijn. De richtlijn herhaalt verder het uitlokkingsverbod en de evenredigheids- en subsidiariteitsvereisten¹²⁹⁶. Infiltratie zou ook verboden zijn zonder voorafgaandelijke schriftelijke toestemming van de procureur des Konings. Die zou zijn beslissing nemen op basis van een vertrouwelijk verslag opgesteld door een officier samen met de dienstchef. Indien de betrokken politiedienst eerder of elders tevergeefs een verzoek heeft gedaan voor toestemming tot de operatie, moet hij dat melden. Het verzoek om toestemming gaat ook gepaard met volledige en waarheidsgetrouwe briefing van de procureur opdat die kan uitmaken of de inlichtingen rechtmatig bekomen zijn en de operatie niet in een uitlokking zou uitlopen¹²⁹⁷. Om uitlokking te vermijden zou de verantwoordelijke magistraat met name bij het doelwit een “*voorafbestaand opzet tot het plegen van het misdrijf*” (*infra*, 3.4.) moeten vaststellen. De infiltratie-operatie zou moeten verlopen overeenkomstig een vooraf door de magistraat goedgekeurd plan. Dit plan zou bij pseudokoop steeds de mogelijkheid moeten bieden aan de verdachte om te verzaken aan zijn voornemen het misdrijf te plegen (*infra*, 3.4.). Als er een gerechtelijk onderzoek

¹²⁹³ VERSTRAETEN, R., “Opsporingsmethoden...”, *op.cit.*, 624.

¹²⁹⁴ Brussel 19 november 1984, R.W., 1984-85, 2572 met noot J.Scheers.

¹²⁹⁵ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 366.

¹²⁹⁶ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 366.

¹²⁹⁷ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 368.

loopt, zou ook de onderzoeksrechter toestemming moeten geven¹²⁹⁸. De magistraten moeten tijdens de hele operatie op de hoogte worden gehouden. Zij kunnen de infiltratie op elk moment afblazen. Behalve in uitzonderlijke gevallen kunnen alleen speciaal opgeleide politiemensen (desnoods buitenlandse) als infiltrant optreden. De omzendbrief zou ook waarborgen eisen voor de veiligheid, de fysieke, psychische en morele onkreukbaarheid van de infiltranten en voor de veiligheid van derden. De voorschriften van de omzendbrief zouden ook van toepassing zijn op operaties in België op vraag van of samen met buitenlandse overheden. Het is niet duidelijk of dit betekent dat een Belgische politiemans en een *buitenlandse burgerinfiltrant* gezamenlijk kunnen optreden.

GEHEIME GEGEVENS- Hoeveel openheid mag de buitenwereld verwachten over infiltraties? De omzendbrief zou naar verluidt zeggen dat "*de gegevens die de veiligheid van informanten, pseudokopers of hun nabestaanden*" - waarschijnlijk worden de *naasten* bedoeld (fv) - "*betreffen, gedekt zijn door het beroepsgeheim*". Alle andere gegevens moeten voor de rechtbank kunnen worden gebracht. De minister zou ook waarborgen willen voor de anonimiteit van de ingezette agenten (cfr. *infra*, Deel IV). De leidinggevende officier zou verslag moeten geven bij proces-verbaal. Als inlichtingen de veiligheid van mensen in gevaar kunnen brengen, zou hij die volgens de omzendbrief echter wel mogen weglaten¹²⁹⁹. Om coördinatieproblemen te vermijden zou de magistratuur van de plaats van inzet in de mate van het mogelijke moeten worden ingelicht dat er een operatie bezig is.

KEUZE BOSLY- Professor Bosly heeft in art.3.1. van zijn voorontwerp infiltratie omschreven als "*la technique par laquelle un fonctionnaire de police, dissimulant sa qualité entre en contact avec un groupe de personnes au sein duquel on peut raisonnablement penser qu'une infraction a été commise dans le but de recueillir des informations ou des éléments de preuve à propos de cette infraction.*" Volgens deze omschrijving is de infiltrant steeds een politieambtenaar. Dat doet de vraag rijzen naar infiltratie door privépersonen (informanten), bedrijven die in contact komen met verdachten, andere ambtenaren (enkel voor fiscale ambtenaren is de toepassing voorzien¹³⁰⁰) of buitenlanders uit landen die burgerinfiltratie toelaten. Het voorontwerp geeft de indruk dat allemaal te willen verbieden, maar heeft dat nochtans niet met zoveel woorden gedaan. Het Openbaar Ministerie of de

¹²⁹⁸ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 366.

¹²⁹⁹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 369.

onderzoeksrechter kan volgens het voorontwerp een infiltratie door de politie toelaten bij “*suspicion*” van een misdrijf waarop een straf staat van drie jaar gevangenisstraf of meer. Daarenboven moet het om een “*cas de nécessité*” gaan en mogen “*les autres moyens d’investigation*” niet volstaan¹³⁰¹: een identieke verwoording van het subsidiariteitsbeginsel als bij de observatie. Het kantschrift van de parketmagistraat of het bevel van de onderzoeksrechter moet gedateerd zijn en een aantal elementen bevatten: het geviseerde misdrijf, de redenen waarom de infiltratie “*indispensable*” is voor de “*waarheidsvinding*”, de geviseerde groep van personen, de leidende officier, de toegelaten duur en – zo nodig - de aard van de goederen waarvan de aankoop of het transport toegelaten is. De sanctie voor het ontbreken van één van deze elementen is de nietigheid. Maar bij gebrek aan een ondubbelzinnig verbod blijft de vraag naar de sanctie bij burgerinfiltratie onbeantwoord. Zoals bij observatie behouden de magistraten steeds de leiding over de hele operatie en kunnen ze op elk moment de operatie afbreken. Opnieuw moet informatie “*relatives à une infraction*” worden opgenomen in een proces-verbaal¹³⁰² dat zo vlug mogelijk aan de magistraat moet worden overgemaakt. De politieambtenaar mag zich nooit voordoen als mogelijk verkoper van een goed dat het voorwerp of product van een misdrijf is¹³⁰³. Ook het gebruik van een handelsonderneming “*dans le seul but de mettre en oeuvre une infiltration*” is verboden¹³⁰⁴. Waarschijnlijk geloofde Bosly dat deze methode onverzoebaar was met het uitlokkingsverbod (*infra*, 3.4.), misschien achtte hij haar ook onevenredig voor het nagestreefde doel. In tegenstelling tot de omzendbrief besteedt het voorontwerp van Bosly geen bijzondere aandacht aan de uitgestelde inbeslagneming.

KEUZE POC-GC- De POC-GC gaf een overzicht van de verschillende varianten van infiltratie, van de geheime omzendbrief en van de opmerkingen van praktijkmensen daaromtrent. In een opmerkelijke passage stelde zij vast dat deze methode nog slechts zelden werd toegepast. In 1996 amper vier keer in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit, meer bepaald tegen drugshandel. Het ging dan wel om infiltratie zonder pseudokoop. Want die werd volgens de POC-GC veertien keer toegepast in onderzoeken tegen de georganiseerde criminaliteit. Blijkbaar gebruikte de overheid wel veel pseudokopen als onderzoeks- of betrapingsmethode bij de bestrijding van andere misdrijven, zoals valsmunterij, heling, oplichting, en dergelijke:

¹³⁰⁰ BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 124.

¹³⁰¹ Art.3.2.

¹³⁰² Art.3.9.

¹³⁰³ Art.3.10.

in totaal een honderdvijftig keer per jaar. De onderzoekscommissie schreef dat echte georganiseerde criminelen de methode doorzien. Hij is “*achterhaald om de hogere niveaus van de georganiseerde criminaliteit aan te pakken*”. Als techniek blijkt hij wel nuttig bij de aanpak van de lagere echelons en om nieuwe infiltranten praktijkervaring te laten opdoen¹³⁰⁵. De testkoop gebeurt slechts zelden omdat de overheid niet veel geld in criminele organisaties wil pompen en omdat daarvoor hoe dan ook niet veel fondsen beschikbaar zijn¹³⁰⁶. Voor het gebruik van dekmantelfirma's ontbreekt een wettelijke basis om met de overheid (belastingen, rechtbank van koophandel, en dergelijke) afspraken te maken¹³⁰⁷. De onderzoekscommissie wijst ook op andere praktische problemen bij de toepassing van de geheime omzendbrief: de onduidelijkheid over de anonimiteit van bronnen ten aanzien van de onderzoeksrechter, de formaliteiten die maken dat het te lang duurt voor toestemming of middelen klaar zijn voor de toepassing van de methode en vooral het constante balanceren op de grens van de uitlokking¹³⁰⁸.

SAMENVATTING- De infiltratie wordt voorlopig nog geregeld door rechtspraak die de praktijk onder strikte voorwaarden toelaat en door een geheime omzendbrief die een strikt meldings- en controleregime voorziet. Opmerkelijk is het absolute verbod op burgerinfiltratie dat echter niet zou gelden voor pseudokopen. Het voorontwerp Bosly stelde een vergelijkbare regeling voor als bij observatie, die veel belang hecht aan controle en leiding door parket of onderzoeksrechter. Ook moet heel de operatie volgens vooraf goedgekeurd plan verlopen. De POC-GC deed geen eigen voorstellen, maar wees wel op de zeldzame toepassing van infiltratie bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit en onderstreepte een aantal problemen met de bestaande regeling in de ministeriële omzendbrief. Alle betrokkenen benadrukken naast de klassieke beginselen ook het uitlokkingsverbod en het verbod voor de infiltrant om (tenzij in noodgevallen) zelf misdrijven te plegen.

3.4. Uitlokkingsverbod

3.4.1. Absoluut taboe

EEN VERBOD, VELE VERKLARINGEN- Een uitlokkingsverbod voor de politie (en haar opdrachtgevers in de magistratuur) vormt dus een hoeksteen van de bestaande

¹³⁰⁴ Art.3.11.

¹³⁰⁵ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 369.

¹³⁰⁶ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 371.

¹³⁰⁷ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 376.

rechtspraak¹³⁰⁹, de geheime omzendbrief¹³¹⁰ en van het voorontwerp Bosly. Over dat verbod lijkt er absolute eenstemmigheid te bestaan, zowel in rechtspraak als in rechtsleer¹³¹¹. Infiltratie of observatie moet onder bepaalde voorwaarden kunnen, maar de absolute grens die opsporingsinstanties nooit mogen overschrijden is die van de uitlokking¹³¹². Met De Valkeneer moeten we vaststellen dat over de grond (*ratio legis*) van het verbod en over de definitie van uitlokking minder ondubbelzinnigheid bestaat¹³¹³. De in de rechtsleer gebruikte omschrijvingen van waar het precies om gaat, bevatten kleine verschillen¹³¹⁴. Volgens Declercq gaat het om het aanwenden van “*valse middelen*”¹³¹⁵ door de overheden die met het opsporen of vervolgen van een misdrijf zijn belast om het misdrijf te doen plegen en het vervolgens vast te stellen¹³¹⁶. Op deze uit de rechtspraak van Cassatie¹³¹⁷ gehaalde omschrijving richten de meeste lagere rechters zich nu, al zal de feitelijke beoordeling van zowel de “*valsheid*” van de middelen of van het “*doen plegen*” vaak uiteen lopen¹³¹⁸.

¹³⁰⁸ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 370 en 371.

¹³⁰⁹ Brussel 5 maart 1897, *Pas.*, II, 209; Cass. 7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 653; Cass.27 februari 1985, *J.T.* 1985, 731 noot D.GARABADIAN; Brussel 7 september 1994, *Journ.Procès* 1994, nr.268, 25, noot C.DE VALKENEER.

¹³¹⁰ FIJNAUT, C. en VERBRUGGEN, F., “Proactive investigation...”, *op.cit.*, 119; DE NAUW, A., *Drugs*, Gent, E.Story Scientia, 1998, 89.

¹³¹¹ DE VALKENEER, C., “Overzicht van de Belgische en de Europese rechtspraak inzake undercover-praktijken”, in: FIJNAUT, C. en HUTSEBAUT, F. (eds.), *De nieuwe politiewetgeving in België*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 128 en “Limites et importance de la provocation en droit penal”, *Journ.Procès*1994, nr.268, 28.

¹³¹² De Nauw onderscheidt de begrippen “uitlokking” en “provocatie”. Hij gebruikt in deze context enkel het tweede begrip en reserveert uitlokking en aanzetting voor gedragingen van morele deelneming (DE NAUW, A., *Drugs*, *op.cit.*, 93.) Hij lijkt met zijn positie vrij geïsoleerd te staan. Taalkundig zijn het ons inziens synoniemen en in Hoofdstuk 5 zullen wij uitleggen waarom wij het Nederlands woord uitlokking verkiezen.

¹³¹³ DE VALKENEER, C., “Overzicht van de Belgische ...”, *op.cit.*, 128. DE NAUW, A., “La provocation à l’infraction par un agent de l’autorité”, *Rev.dr.pén.*1980, 322 lijkt de schijnbare tegenstrijdigheden in de rechtspraak te wijten aan het gewicht van de beoordeling van de feiten van elke zaak door de grondrechter, eerder dan aan onenigheid over de definitie. Wel moet ook hij verschillende rechtvaardigingen voor het uitlokkingverbod vaststellen, waardoor de rechtspraak aarzelt om de provocatie door de politie vast te hechten aan een bestaande rechtsfiguur (*Ibidem*, 322).

¹³¹⁴ Voor een volledige opsomming, zie KUTY, F., “Regard sur la provocation policière et ses conséquences”, *J.T.*1999, 10-11.

¹³¹⁵ Anderen hebben het over “bedrieglijke middelen”: VERSTRAETEN, R., “Opsporingsmethoden...”, *op.cit.*, 622; TRAEEST, P., “Algemene beginselen van het bewijsrecht in strafzaken”, bijlage VII bij het verslag van de eerste Bendecommissie, *Parl.St., Kamer* 1991-92, 673/8, 336; DE NAUW, A., “De toelaatbaarheid van de politie-infiltratie in België”, in: *Liber Amicorum Rummelink*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 448.

¹³¹⁶ DECLERCQ, R., *Beginselen van strafrechtspiegeling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 579.

¹³¹⁷ Cass.7 februari 1979, *Rev.dr.pén.* 1979, 394; *R.W.* 1979-80, 902 en noot.

¹³¹⁸ VERSTRAETEN, R., “Opsporingsmethoden...”, *op.cit.*, 623.

3.4.2. Basis

GEEN BASIS IN MATERIEEL STRAFRECHT- Als wettelijke basis voor het uitlokkingsverbod grijpen sommige rechters¹³¹⁹ en auteurs¹³²⁰ nog steeds naar morele aanzetting tot een misdrijf in 66, lid 4 Sw. Andere rechtspraak¹³²¹ en de meerderheid in de rechtsleer wijzen de koppeling van uitlokking door de politie aan het moreel daderschap van het "uitgelokte misdrijf" echter resoluut af¹³²². Zij geloven dat het procedurele begrip uitlokking door de politie ruimer is, dat met andere woorden ook gevallen die buiten art.66, lid 4 Sw. vallen, niettemin het uitlokkingsverbod schenden¹³²³. Zij verwerpen ook een derde strekking in de rechtspraak die voor de beoordeling van uitlokking aanknoopt bij het begrip "morele dwang", een dwang die de wilsvrijheid en daarmee ook de schuld van de dader van het misdrijf zou uitsluiten¹³²⁴. Volgens De Nauw mag de provocatie door een overheidsagent "ook niet verward worden" met de uitlokking als strafverminderende verschoningsgrond voor geweldsmisdrijven in art. 411 en 413 Sw.¹³²⁵ Later schrijft

¹³¹⁹ Vooral oudere rechtspraak: Corr.Leuven 24 december 1931, *R.W.*1931-32, 571; Krijgsraad Luik 16 maart 1945, *J.T.*1945, 405, noot S.H., maar toch ook Brussel 19 november 1984, *R.W.*1984-85, 2563-2568 met noot J.SCHEERS, 2571, waarvan het cassatieverzoek afgewezen werd: Cass. 5 februari 1985, *Pas.*, 1985, I, 690; Brussel 22 juni 1985, *Pas.*, 1985, II, 1985.

¹³²⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 761; HUYNEN, S., "Observations sous Cass. 8 janvier 1945", *J.T.* 1945, 232 en – zo komt het ons toch voor - SCHEERS, J., "Infiltratie, provocatie en undercoveragenten", in: *Jaarboek Mensenrechten* 1993, 69-70. Scheers blijft wel enigszins dubbelzinnig, vooral wanneer hij over "provocatie, in de echte zin van het woord" begint (*ibidem*, 70).

¹³²¹ Al in 1897 verwerpt het Brussels Hof van Beroep het argument van de rechtbank, die nietigheid van de vervolging baseert op de deelneming van de "uitlokkende agent" aan het misdrijf. (Brussel 5 maart 1897, *Pas.* 1898, II, 209.)

¹³²² "De provocatie mag," aldus De Nauw, "ook niet geassimileerd worden met aanzetting, die de morele vorm van daderschap is (art.66, vierde en vijfde lid Sw.) of in het algemeen met deelneming. Het is weliswaar denkbaar dat de provocatie in vele gevallen de vorm van strafbare deelneming zal aannemen." (DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 93 waar hij verwijst naar eigen artikels en naar Declercq en Traest.)

¹³²³ DE VALKENNEER, C., "Overzicht van de Belgische...", *op.cit.*, 128; DE NAUW, A., "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", *op.cit.*, 323 en *Drugs, op.cit.*, 93; DECLERCQ, R., *Beginselen...*, *op.cit.*, 579 en "Tentative, participation, désistement", in *Rapports belges (vol.I) au XIIe Congrès de l'Académie internationale du droit comparé*, Sydney, 18-27 août 1986, Antwerpen-Brussel, 1986, 455-484.

¹³²⁴ DE VALKENNEER, C., "Overzicht van de Belgische...", *op.cit.*, 130; DE NAUW, A., "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", *op.cit.*, 322-323; "Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten", *R.W.* 1987-88, 643; VERSTRAETEN, R., "Opsporingsmethoden...", *op.cit.*, 623; BOSLY, H., "La régularité de la preuve en matière pénale", *J.T.*, 1992, 122. Corr.Kortrijk 25 maart 1996, *op.cit.*, 126 durft dan ook te schrijven dat een "unanieme rechtsleer" de morele dwang verwerpt als "adequate grondslag voor de theorie van de provocatie". De Nauw zelf schrijft nochtans dat Bodson en "wellicht" Franchimont, Jacobs en Masset vasthouden aan de morele dwang als criterium.(DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 94).

¹³²⁵ DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 322. Hij verwijst daarvoor naar CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, 1975, n°391, note 2; VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, t.II, 1976, n°934; POUPART, J., "Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la

hij nog stilliger dat “*provocatie door de politie of in samenspraak met de politie [...] niets te zien [heeft] met de strafverminderende verschoningsgrond van de uitlokking als omschreven in de art. 411 e.v. Sw.*”¹³²⁶. Hij besluit meer algemeen dat de rechtsleer “*tamelijk eensgezind [is] om geen beroep te doen op verwante of gelijkkluidende figuren uit het materieel strafrecht om de politionele provocatie te beteugelen*”¹³²⁷.

BASIS IN PROCEDUREBEGINSEL- Masset legt de basis van het uitlokkingsverbod in art.8 Sv. dat zegt dat “*de gerechtelijke politie de misdaden, de wanbedrijven en de overtredingen [opspoor], de bewijzen ervan [verzamelt] en de daders [overlevert] aan de rechtbanken belast met hun bestraffing.*” Volgens hem beperkt dat het politiewerk tot “*het opsporen van reeds gepleegde misdrijven en hun auteurs*” en verbiedt het als dusdanig de uitlokking van nieuwe misdrijven¹³²⁸. Dat argument heeft nooit echt veel volgelingen gekend¹³²⁹, maar verliest na de uitdrukkelijke invoering van “*proactieve recherche*” door art.28bis Sv. nog meer van zijn overtuigingskracht¹³³⁰. Kuty zoekt niet echt naar wetboekartikels om de rechtsfiguur aan te koppelen. Volgens hem is de politionele uitlokking “*une notion extralégale, de création prétorienne*”¹³³¹. Bij goedkeuring van het voorontwerp Bosly zou deze

moralité publique”, n°6288 in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t.III. De wetgever heeft de strafverminderende verschoningsgrond van 413 Sw. bij betrapting op heterdaad bij overspel trouwens geschrapt.

¹³²⁶ DE NAUW, A., “La provocation par un agent de l’autorité”, *op.cit.*, 323; *Drugs, op.cit.*, 93.

¹³²⁷ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 94. Hij had eerder al geschreven: “*Het probleem van de provocatie door overheidsagenten is geen vraagstuk uit het materieel recht [...]. Het gaat om een probleem van behoorlijkheid in de opsporing...*” (DE NAUW, A., “Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten”, in: *Naar eer en geweten, Liber Amicorum J.Rommelink*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 643).

¹³²⁸ MASSET, A., “Les limites de certains moyens de preuve”, in *Les droits de la défense en matière pénale, Actes du colloque des 30-31 mai et 1er juin 1985*, Barreau de Liège, Ed. du jeune barreau de Liège, 1985, 191.

¹³²⁹ Zie de kritiek van DE VALKENEER, C., “Overzicht van de Belgische...”, *op.cit.*, 128-129. Zie nochtans voor een toepassing van het art.8 Sv.-argument: Cass.8 januari 1945, *Arr.Verbr.*1945, 76-77; Pas., 1945, I, 81; J.T., 1945, 232 en zeer recent Corr.Kortrijk 25 maart 1996, *Tijdschrift voor West-Vlaamse rechtspraak* 1997, 119, noot L. ARNOU, “Provocatie in strafzaken: de schemerzone”. In dat vonnis koppelen de rechters art.8 Sv. aan de loyaleiteit in de procesvoering en aan art.6, 1 E.V.R.M.

¹³³⁰ Zie nochtans een sybillijnse KUTY, F., *op.cit.*, 12, volgens wie politieagenten “*...ont donc une mission de police réactive, c’est-à-dire destinée à lutter contre les infractions déjà consommées. Et si l’article 28bis du Code d’instruction criminelle introduit, dans le cadre de l’information et sous la direction et le contrôle du procureur du Roi, le recours aux techniques d’enquête proactive, il existe une certitude: les investigations réactives et proactives ne se confondent pas avec la provocation.*” Ook Corr.Kortrijk 25 maart 1996, *loc.cit.*, 119 leest in art.8 Sv. het beginsel van de behoorlijkheid omdat “*het immers [alleen toelaat] de reeds gepleegde misdrijven op te sporen doch niet zelf een misdrijf uit te lokken.*” Toch lijken die West-Vlaamse rechters vooral te steunen op de recentere rechtsleer die behoorlijkheid verheft tot algemeen rechtsbeginsel en op art.6 EVRM. (*infra*)

¹³³¹ KUTY, F., “Regard...”, *op.cit.*, 10.

"*notion*" natuurlijk wel uitdrukkelijk in de wet komen te staan, maar de echte basis van het uitlokkingsverbod ligt hoe dan ook in "hogere" normen dan de nationale wetgeving. Soms schragen nog steeds vage morele beginselen de afwijzing van uitlokking, maar de rechtsgeleerden die het uitlokkingsverbod terugvoeren op een algemeen beginsel van "behoorlijkheid", "loyaliteit" (erg vaak - ook door de wetgever - verkeerdelijk "loyauteit" genoemd) lijken dezer dagen in de meerderheid. Sommigen verbinden die *loyaliteit* enkel aan de *bewijsverzameling*¹³³². Onder impuls van Declercq ontstaat echter een aanzwellende stroming in de rechtsleer die zegt dat het probleem de bewijsproblematiek te buiten gaat. Het gaat om een probleem van "*onbehoorlijk overheidshandelen in de vervolging*"¹³³³. De Valkeneer, die ons inziens het best de problemen van het uitlokkingsbegrip heeft aangevoeld, zoekt het antwoord in een variant daarvan: de ontoelaatbaarheid van praktijken die regelrecht ingaan tegen de doelstellingen van de rechtshandhaving (bij hem "*la justice*"). Het aanzetten tot misdrijven druist in tegen de plicht tot handhaving van dat recht en is daarom ontoelaatbaar¹³³⁴. In het enige Straatsburgs arrest dat uitdrukkelijk¹³³⁵ de politionele provocatie behandelt als schending van het recht op een eerlijk proces, zitten elementen waarin de aanhangers van beide stromingen zich kunnen vinden¹³³⁶.

3.4.3. Toepassing

CRITERIUM- Waar ligt nu de grens voor politiemensen die "listig infiltreren"? Het blijft in de praktijk moeilijk uit te maken of zijn nu heimelijk observeren (toegelaten), een gelegenheid scheppen om het misdrijf vast te stellen (eveneens toegelaten), dan wel het misdrijf uitlokken (verboden). In de rechtspraak van Cassatie lijkt alles te draaien om de "*misdadige wil*" (dus het opzet) in het hoofd van de dader. Eigenlijk komt de vraag naar uitlokking dan neer op de vraag in welke mate de politie het opzet (mee) heeft veroorzaakt. Het makkelijkst is nog het geval waarin die wil helemaal is *opgewekt* door de politie, dat wil zeggen dat iemand door het politie-

¹³³² DE VALKENEER, C., "Overzicht van de Belgische...", *op.cit.*, 130; DE NAUW, A., "Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten", *op.cit.*, 643.

¹³³³ DE NAUW, A., *Drugs*, *op.cit.*, 94 en de daar aangehaalde auteurs.

¹³³⁴ DE VALKENEER, C., "Limites...", *op.cit.*, 29, waarmee hij instemt met een passage in het aldaar door hem geannoteerd Brussels arrest. Dit standpunt vertoont enige gelijkenis met dat van het Amerikaanse Hooggerechtshof dat het verbod op entrapment baseerde op de intenties van het parlement bij het invoeren van strafwetten (*supra*, Hoofdstuk 3, 1.3.).

¹³³⁵ Vroeger had De Valkeneer op basis van *a contrario*-redeneringen inzake beslissingen van de Commissie voor de Rechten van de Mens geopperd dat provocatie een art.6.1 E.V.R.M.-probleem kon vormen: DE VALKENEER, C., "Overzicht van de Belgische...", *op.cit.*, 138.

¹³³⁶ Hof Mensenrechten 9 juni 1998, Teixeira de Castro t. Portugal, *loc.cit.*; J.L.M.B. 1999, 1149-1154, noot F.KUTY, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie ab initio et définitivement tout procès pénal".

optreden een misdrijf pleegt dat hij helemaal niet zinnens was te plegen. In dergelijk geval bestaat er geen twijfel over verboden uitlokking gaat. Sommige (oudere) arresten lijken trouwens het verbod tot dit geval te beperken¹³³⁷. De dader moet zijn zinnen dus al hebben gezet op het misdrijf. Doch wanneer een persoon weliswaar met criminele plannen rondloopt, maar nog geen enkele daad van uitvoering “*op weg naar het voltooien van het misdrijf*” stelde, is hij normaal niet strafbaar (*supra*, Deel II). Als de politie een dergelijke persoon dan met bedrieglijke middelen helpt (dat wil zeggen zijn wil versterkt) om met de materiële uitvoering te beginnen, lokt zij hem eveneens uit¹³³⁸. Om dat te beoordelen zal de rechter vaak veel belang hechten aan wie het eerst over het misdrijf is begonnen: de verdachte dan wel de politie¹³³⁹. Slechts in het tweede geval bestaat er uitlokking. Rechtspraak en rechtsleer beschouwen ook het geval waarin de politie het bij de verdachte bestaande voornemen om een misdrijf te plegen versterkt, terwijl bij de verdachte dit voornemen aan het verdwijnen was, als uitlokking¹³⁴⁰. Zij wijzen erop dat de politie die een verdachte benadert die van plan is een misdrijf te plegen, steeds de deur moet openhouden en de verdachte de mogelijkheid geven vrijwillig van het misdrijf af te zien. Gaat het alleen om het geval waarin het opzet om een misdrijf te plegen bestaat en de verdachte wel met de uitvoering is begonnen, maar hij zijn gedraging (misdrijf) nog niet voltooid heeft? De rechtspraak en het commentaar van mensen als Arnou¹³⁴¹ wijzen in die richting. Zij benadrukken immers dat voorbereidingsdaden straffeloos zijn, dat begin van uitvoering de drempel is voor strafbaarheid en dat de politie altijd de mogelijkheid tot vrijwillige terugtred moet openlaten. Bijgevolg lijken zij niet te denken dat er sprake is van uitlokking door de politie, wanneer een persoon zich schuldig maakt aan een voortdurend misdrijf en daaraan een eind wil maken, terwijl de politie – om tactische of bewijsredenen - hem aanmoedigt dat (nog) niet te doen¹³⁴².

GEEN UITLOKKING- Ook wanneer de overheidsagent enkel onder valse voorwendsels in persoonlijk contact komt met met een verdachte, maar zich voor het

¹³³⁷ DE NAUW, A., *Drugs*, *op.cit.*, 91 vermeldt rechtspraak die zegt: “*Er is geen sprake van provocatie wanneer de politie de beklaagden niet dermate heeft beïnvloed dat ze ertoe kwamen misdrijven te plegen, waaraan zij eerst niet hadden gedacht.*”(Cass.7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 653; *Pas.* 1979, I, 665; *R.W.* 1979-80, 903; Luik 26 juni 1979, *Jur.Liège* 1978-79, 306.)”

¹³³⁸ ARNOU, L., *op.cit.*, 131; KUTY, F., “Regard...”, *op.cit.*, 11.

¹³³⁹ LYBAERT, D., “De politionele uitlokking: wie is begonnen?”, *Vigiles* 1999, nr.2, 34-35.

¹³⁴⁰ Brussel 3 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 640-642 met noot A.DE NAUW, “Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten”.

¹³⁴¹ ARNOU, L., *op.cit.*, 136.

¹³⁴² Zie volgende alinea.

overige volkomen passief opstelt, bestaat er geen uitlokking. Dat is het geval wanneer de agent louter meerrijdt met een door anderen volledig georganiseerd verboden transport. Een Brusselse rechtbank vond in 1984 dat er evenmin uitlokking bestond wanneer de infiltrant zich ertoe had beperkt de bevelen van verdachten uit te voeren¹³⁴³. Uit de nadruk die de rechters leggen op het oorzakelijk verband tussen het politie-optreden en het misdrijf, volgt dat eens het misdrijf voltooid is, van uitlokking geen sprake meer kan zijn. Zo is het vaststaande rechtspraak dat het misdrijf "heling" is voltooid bij inbezitneming en dus niet meer voortduurt. Dit betekent dat een listige politietruuk na inbezitname, die ervoor zorgt dat de vindplaats van de goederen wordt ontdekt, geen verboden uitlokking oplevert¹³⁴⁴. Zo kan een agent zich bij een vermoedelijke heler aanmelden als een kandidaat-koper van een gestolen goed. Wanneer hij vervolgens de heler vergezelt naar het goed en hem dan inrekent, bestaat er geen uitlokking. Die is er daarentegen wel wanneer de politie bijvoorbeeld aandringt op de levering van drugs waarover de benaderde persoon (die geen antecedenten heeft) blijkbaar niet beschikt, maar er als gevolg van de verdeckte politie-interventie ernaar op zoek gaat¹³⁴⁵. In de rechtspraak wordt een belangrijk onderscheid gemaakt tussen het politie-optreden dat aanleiding vormt tot het *plegen* van het misdrijf enerzijds en politie-optreden dat aanleiding geeft tot de *vaststelling* van dat misdrijf anderzijds. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een infiltrant zich voordoet als criminele celgenoot van een aangehouden verdachte en zo een bekentenis bekomt inzake een vroeger gepleegd misdrijf. In dit geval rijst er wel een vraag naar de eventuele schending van het zwijgrecht, maar van uitlokking van een misdrijf kan geen sprake zijn¹³⁴⁶. Een ander gevolg is dat het optreden van een infiltrant tegen een al bestaande bende, geen uitlokking kan opleveren: het misdrijf is

¹³⁴³ Corr. Brussel 27 juni 1984, *Rev.dr.pén.* 1985, 682. Nochtans vergemakkelijken zij aldus het plegen van het misdrijf. KUTY, F., "Regard...", 11 vraagt zich af dat wel kan: "*Ne peut on considérer néanmoins que le fait de créer l'occasion de commettre une infraction est de nature à encourager un individu à commettre une infraction en renforçant sa détermination, ce qui constitue indéniablement une forme de provocation (...)*"

¹³⁴⁴ Cass.20 juli 1976, *Pas.* 1976, I, 1195; DE VALKENEER, C., "Overzicht van de Belgische...", *op.cit.*, 130; DE NAUW, A., "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", *op.cit.*, 325; VERSTRAETEN, R., "Opsporingsmethoden...", *op.cit.*, 622-623; DECLERCQ, R., *op.cit.*, 579; POC-GC, Eindverslag, 409.

¹³⁴⁵ E.H.R.M. 9 juni 1998 Teixeira de Castro t. Portugal, § 38 ; vgl. Brussel 18 juni 1987, *J.T.* 1987, 596.

¹³⁴⁶ Deze situatie mag niet verward worden met het geval waarin een bekentenis het rechtstreeks gevolg is van een uitgelokt misdrijf en als dusdanig door de illegaliteit van de uitlokking aangetast. Zie bijvoorbeeld het geval waarin een uitgelokte verkoop van drugs leidt tot arrestatie en bekentenissen inzake vroegere misdrijven, maar het Hof van Beroep het geheel onontvankelijk verklaart: Luik 19 mei 1998, *J.T.* 1999, 9-10, noot F.KUTY.

immers al voltooid bij de oprichting¹³⁴⁷. Wij kennen niemand die zich echt over het probleem van uitlokking door de burgerlijke partij heeft gebogen, maar in het licht van het voorgaande¹³⁴⁸ kan de gedraging van de burgerlijke partij die de dader tot het misdrijf heeft gebracht niet als verboden uitlokking worden beschouwd. Daarmee blijft de hele sector van private controle en opsporing, die nochtans een stormachtige ontwikkeling doormaakt¹³⁴⁹, buiten beeld. Dikwijls sturen producenten van merkproducten op eigen houtje kopers naar allerlei winkels op zoek naar namaakproducten om vervolgens een afgerond pak inlichtingen door te spelen aan de overheid. Zo sporen actiegroepen kinderporno op, leggen bedrijven lokaas of sturen zij valse omkopers op hun personeel af om hun onkreukbaarheid te testen¹³⁵⁰. In geen van deze gevallen kan er sprake zijn van verboden uitlokking als de politie en het gerecht daar niet bij waren betrokken en pas achteraf werden ingelicht.

GRIJZE ZONE- De overheidsagent die op de onder een vals voorwendsel benaderde verdachte zoveel druk uitoefent dat het aan dwang grenst, schendt dus het uitlokkingsverbod. Wie louter passief verdachten observeert, niet. Doch beide gevallen komen zelden voor in onderzoeken tegen "zware" verdachten. Het eerste (dwang) omdat de infiltrant meestal niet over de machtsmiddelen beschikt die in de criminele wereld beslissend zijn (geweld, steun van de organisatie, meedogenloosheid, ...) en omdat hij zelden of nooit op de hogere niveaus in een bende binnengeraakt. Het tweede (passieve aanwezigheid) is al even uitzonderlijk, omdat wie zich met ernstige misdrijven inlaat daarbij slechts "pottenkijkers" duldt voor zover dat nodig is. De infiltrant zal dus als kandidaat-koper, als vervoerder, als uitkijkpost of iets dergelijks moeten optreden. En daarmee zit hij in de grijze zone

¹³⁴⁷ Zo heeft de rechtspraak gezegd dat er geen uitlokking door de politie bestaat "*lorsque l'intervention de la police n'a pas suscité l'infraction mais a consisté uniquement à s'infiltrer dans l'association de malfaiteurs, déjà décidée à délinquer, pour faire échouer ces derniers.*"(POC-GC, Eindverslag, 409; Cass.5 februari 1985, *Pas.* 1985, I, 690; Cass. 8 januari 1986, *JL* 1986, 231; Bergen 5 mei 1992, *Rev.dr.pén.* 1992, 890 met noot DEVALKENEER, C., "L'exécution des opérations undercover".

¹³⁴⁸ Vooral in het licht van de stelling dat deze uitlokking niets te maken heeft met strafverminderende uitlokking in 411 Sw.(*supra*)

¹³⁴⁹ Zie BIGO, D., "La recherche proactive et la gestion de risque", *Déviance et Société* 1997, 423-429; HOOGENBOOM, B., "Over de betrekkelijkheid van het debat over opsporingsmethoden, pro-activering in relatie tot bijzonder opsporingsdiensten en particuliere recherche", *Delikt en Delinkwent* 1995, 570-593, DE CORTE, T. en VAN LAETHEM, W., *Grijze politie...*, *op.cit.*

¹³⁵⁰ Of politiebeheerders of verantwoordelijken binnen het gerecht hun ondergeschikten mogen testen om het vervolgens tuchtrechtelijk te testen, is een leuke vraag. (Voor het gebruik van een informant in een tuchtonderzoek tegen stadspersoneel: Beslissing van de Vlaamse Regering, Minister van Binnenlandse Aangelegenheden T.G.R. 1998, 105-107.) Van mensen in gevoelige functies kan de werkgever bijvoorbeeld contractuele toestemming tot dergelijke onaangekondigde tests vragen.

waar vele auteurs op wijzen¹³⁵¹: waar ligt de vage grens tussen het toegelaten "gelegenheid scheppen" en het verboden "aanmoedigen"? Het laatste woord is aan de feitenrechters en die zijn er blijkbaar nog niet uit. Rechtsgeleerden lossen bij ons de vraag naar de verboden uitlokking door overheidsagenten nog vaak op aan de hand van het klassieke beeld van de *iter criminis*, de weg naar de misdrijf die zo belangrijk is voor de pogingsleer. De agent zit als het ware mee met de verdachten in de wagen op deze weg naar het misdrijf. Hij mag niet aan het stuur zitten en zelf de route kiezen, hij mag wel als passagier zonder inspraak meerijden. Het probleem zit hem in de agent die als een soort co-piloot meerijdt en de bestuurder nuttige aanwijzingen geeft, zelfs al gaat die niet blindelings af op de inlichtingen die hij van de co-piloot krijgt. Kan dat door de beugel? De rechtbanken en de meeste rechtsgeleerden¹³⁵² hebben hier nog geen ondubbelzinnig antwoord op gegeven.

BEWIJS- Veel meer eenstemmigheid bestaat er over het bewijs van politiële uitlokking. Onder goedkeurend applaus van de rechtsleer hanteert de rechtspraak dezelfde verdeling van de bewijslast als bij het bewijs van rechtvaardigings- en verschoningsgronden. Dat betekent dat de verdachte of beschuldigde het bestaan van uitlokking moet aanvoeren als verweer en moet aantonen waarom zijn stelling "*niet van elke geloofwaardigheid is ontbloot*". Doet hij dat, dan moet de vervolgende partij het moeilijke bewijs leveren dat er géén uitlokking heeft plaatsgevonden¹³⁵³. In de praktijk zorgt vooral het feit dat ook het "aanmoedigen" van het crimineel opzet van een verdachte als uitlokking wordt gerangschikt, voor problemen. Vandaar dat rechtsgeleerde commentatoren veel belang hechten aan een volledige verslaggeving van hoe geheime operaties zijn verlopen. De rechtspraak die vroeger wel eens de andere kant durfde opkijken, stelt zich tegenwoordig onder invloed van de Straatsburgse rechtspraak over art.6 E.V.R.M. veeleisender op ten aanzien van politie en Openbaar Ministerie. Bepaalde regels van geheimhouding, vooral dan die aangaande de anonimiteit van een aantal bronnen, bemoeilijken immers de rechtmatigheidscontrole door de rechtbanken¹³⁵⁴.

¹³⁵¹ DE NAUW, A., "Les règles d'exclusions relatives à la preuve en matière pénale", *Rev.dr.pén.*1990, 714 (geciteerd in de motivering door Corr.Kortrijk 25 maart 1996, *loc.cit.*120); *Drugs, op.cit.*, 91. ARNOU, L., *op.cit.*, heeft het over een "schemerzone".

¹³⁵² KUTY, F., "Regard...", *op.cit.*, 11 lijkt een uitzondering, zijn antwoord is: neen.

¹³⁵³ Brussel 3 maart 1987, R.W., 1987-88, 640-642 met noot A.DE NAUW, "Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten", 643; VERSTRAETEN, R., "Opsporingsmethoden...", *op.cit.*, 623; Bergen 5 mei 1992, *Rev.dr.pén.* 1992, 890 met noot C. DE VALKENEER, "L'exécution des opérations undercover"; "Overzicht...", *op.cit.*, 133.

¹³⁵⁴ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 95.

3.4.4. Gemaakte keuze

KEUZE BOSLY- Het voorontwerp-Bosly was op dit punt ondubbelzinnig: "*L'officier ou l'agent de police judiciaire commis pour exécuter la mesure d'infiltration ne peut pas provoquer une personne à commettre une infraction.*"¹³⁵⁵ Deze bepaling herhaalt professor Bosly letterlijk wanneer hij het heeft over proactieve infiltratie¹³⁵⁶. Zo groot is zijn bekommernis om uitlokking te vermijden dat hij pseudoverkoop¹³⁵⁷ en het gebruik van voorgevelondernemingen bij infiltratie¹³⁵⁸ ronduit verbiedt. Omdat bij het gepubliceerde voorontwerp Bosly geen toelichting zit, beschikken wij niet over een uitdrukkelijke rechtvaardiging voor de bepalingen m.b.t. het uitlokkingsverbod. Waarschijnlijk bestond daar ook weinig vraag naar, nu het voorontwerp Bosly met het uitlokkingsverbod gewoon de bestaande rechtspraak bevestigde en dit verbod ook door een unanieme rechtsleer wordt verdedigd. Die rechtsleer voegt daar echter ook meteen aan toe dat niet altijd duidelijk is wat er precies onder uitlokking begrepen moet worden. Ook het voorontwerp Bosly bevat geen omschrijving van dit sleutelbegrip.

KEUZE POC-GC- Ook in het verslag van de POC-GC vinden we onder de beginselen die "*in acht genomen moeten worden bij de toepassing*"¹³⁵⁹ van bijzondere opsporingsmethoden een "*verbod van provocatie door de politie*" naast "*het verbod voor de opsporingsambtenaar*"¹³⁶⁰ (*of een derde die onder zijn gezag werkt*) om misdrijven te plegen". De POC-GC omschreef de "*provocatie door de politie*" als het "*doen ontstaan van het voornemen om een strafbaar feit te plegen of in het versterken van dat voornemen bij degene die het strafbaar feit daadwerkelijk zal plegen*". Daarvoor baseerde zij zich op een Cassatie-arrest van 1979¹³⁶¹ en op een artikel van ...professor Bosly. De POC-GC zegt dat "*provocatie door de politie in*

¹³⁵⁵ Art. 3.4. (BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 117.)

¹³⁵⁶ Art.5.5., §3

¹³⁵⁷ Art.3.10: "*La technique par laquelle un fonctionnaire de police se présente à une personne comme vendeur potentiel d'un bien qui est le produit ou l'objet d'une infraction, et dont cette personne souhaite acquérir la propriété est interdite.*" (BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 118.)

¹³⁵⁸ Art.3.11: "*La technique par laquelle un service de police utilise une entreprise commerciale dans le seul but de mettre en oeuvre une infiltration est interdite.*" (BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 118.)

¹³⁵⁹ Zij maakte een onderscheid tussen voorwaarden "*à la mise en oeuvre*" (de Nederlandse vertaling "*uitvoering*" in de officiële stukken is duidelijk verkeerd: het gaat eerder om de "*beslissing tot gebruik, tot inzet*" van de methodes. (POC-GC, Eindverslag, 405-408.)) en die "*lors de l'application* (bij de toepassing)" van die methoden.

¹³⁶⁰ Opnieuw is het opmerkelijk dat de Franse tekst, waarschijnlijk de originele, het heeft over "*officier de police judiciaire*". Er bestaat nochtans geen enkele aanwijzing dat het inderdaad over een officier zou gaan.

strijd is met het loyauteitsbeginsel en bovendien met *“de finaliteit van de strafvervolging: ze lokt strafbare feiten uit die ze vervolgens bekampt.”*¹³⁶² Het is echter niet duidelijk of dit het eigen standpunt was van de senatoren over de *ratio legis* van het uitlokkingsverbod, dan wel een loutere weergave van het standpunt van De Valkeneer waarnaar zij verwijzen. Ze halen in de voetnoot met de verwijzing naar de Valkeneer immers meteen ook het standpunt van Traest aan, die bezwaren heeft tegen het “loyaliteitsbeginsel” dat hij als te vaag beschouwt¹³⁶³. Misschien betekent de “verbanning” van het standpunt van Traest naar een voetnoot een senatoriële afwijzing, maar ondubbelzinnig is anders. Nauwkeurige lezing van De Valkeneers stukken leert trouwens dat deze auteur de sceptis van Traest over de praktische bruikbaarheid van het begrip “loyaliteit” deelt. De Valkeneer gelooft dat de grond voor het uitlokkingsverbod ligt in de finaliteit van de rechtshandhaving en dat is volgens hem het voorkomen van criminaliteit. Daarom vormen volgens hem (objectieve aanwijzingen van) voorafgaandelijke criminaliteit van het doelwit van een infiltratie het criterium om uit te maken of er al dan niet uitlokking bestaat.

3.4.5. Besluit

EENSGEZINDHEID VERBERGT VERWARRING- Het absolute uitlokkingsverbod van misdrijven vormt een van de weinige zekerheden in het hele debat over de opsporing en haar methoden. Zowel in het door rechtspraak en rechtsleer uitgewerkte bestaande regime als in de denkoefeningen over de toekomst van de proactieve en de bijzondere opsporing neemt dit verbod een centrale plaats in. Deze algemene eenstemmigheid is gezichtsbedrog: zij verbergt niet zozeer onenigheid als wel verwarring. Zo is het onduidelijk waarom uitlokken verboden is: volgens sommigen omwille van de *loyaliteit* van bewijsverzameling, volgens anderen wegens de finaliteit van de strafvervolging. Wanneer een gedraging van een overheidsagent nu al dan niet onder het uitlokkingsverbod valt, is ook omstreden. De rechtspraak lijkt een vrij subjectief getint uitlokkingsbegrip te hanteren, terwijl belangrijke rechtsgeleerden beklemtonen dat het om een zelfstandig strafproceduraal begrip gaat waarvoor geen beroep gedaan mag worden op (vergelijkbare of gelijkkluidende) begrippen uit het materieel strafrecht. Alleen over de bewijslastverdeling bij beweerdelijke uitlokking bestaat er geen discussie: het gaat om een verweer dat aan hetzelfde bewijsregime onderworpen is als rechtvaardigings- of

¹³⁶¹ Cass.7 februari 1979, *Rev.dr.pén.*1979, 394; *R.W.*1979-80, 902 en noot en Cass.5 februari 1985, *Arr.Cass.*1984-85, n° 337.

¹³⁶² POC-GC, Eindverslag, 408.

¹³⁶³ POC-GC, Eindverslag, 408, voetnoot 3.

verschoningsgronden. Ondanks de verwarring lijkt vreemd genoeg geen van deelnemers aan het debat over de opsporing het absolute uitlokkingsverbod als een "probleem" te beschouwen.

3.5. Rechtvaardiging of verschoning van misdrijven overheidsagenten

3.5.1. *Probleem*

PROBLEEM- Naast het uitlokkingsverbod is het verbod voor de onderzoekers om zelf misdrijven te plegen een andere, weliswaar minder absolute regel. De basisregel blijft ongewijzigd: de strafwet geldt voor iedereen, ook voor wie het recht moet handhaven. Art.78 Sw. zegt dat geen misdrijf of wanbedrijf verschoonbaar is dan in de gevallen bij wet bepaald. Rechtsleer en rechtspraak hebben echter, onder meer op basis van de voorbereidende werken, aanvaard dat ook rechtvaardigingsgronden (noodtoestand) en schulditsluitingsgronden (dwaling) bestaan die niet uitdrukkelijk in het wetboek zijn voorzien¹³⁶⁴. Vandaag de dag kent ons recht meer mogelijkheden tot strafuitsluiting voor als misdrijf omschreven gedragingen dan in de klassieke periode¹³⁶⁵. Toch blijft er in het Belgisch strafrecht nog veel verwarring en controverse bestaan over het nut en de inhoud van dogmatische begrippen als wederrechtelijkheid¹³⁶⁶, schulditsluitingsgronden of strafuitsluiting¹³⁶⁷. Deze twijfels zijn het gevolg van de zwijgzaamheid van de wetgever en van de terughoudendheid van de rechtsleer om veel aandacht te besteden aan een verfijnde theorie van het misdrijf¹³⁶⁸.

¹³⁶⁴ DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het misdrijf in het Belgisch strafrecht, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1993, 12-13

¹³⁶⁵ De noodtoestand bijvoorbeeld werd al lang door rechtspraak en rechtsleer aanvaard, doch pas in 1987 erkend door het Hof van Cassatie als autonome rechtvaardigingsgrond van de schulditsluitingsgronden van dwang of overmacht te onderscheiden. (Cass.13 mei 1987, *R.C.J.B.* 1989, 597-630 met noot A.DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité"; DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 40-43). Dwaling als schulditsluitingsgrond hebben de vaders van het Sw. weggelaten omdat ze het vanzelfsprekend vonden. Dat heeft ertoe geleid dat rechtsdwaling pas erkend werd in 1946 (DUPONT, L., *ibidem*, 62-63)

¹³⁶⁶ DE NAUW, A., "Is de materiële wederrechtelijkheid een nuttig begrip in het Belgisch strafrecht?", *Panopticon* 1992, 135-156; DUPONT, L., "De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf", in: *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, *op.cit.*, 127-145.

¹³⁶⁷ Een verhelderend overzicht van de toestand: DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 77 p.

¹³⁶⁸ DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 76. Zie voor de eigen pogingen van de auteur om daar wat aan te doen: DUPONT, L., "De constitutieve elementen van het misdrijf", in: *Om deze redenen*, L.A.Armand Vandeplass, Gent, Mys & Breesch, 1994, 201-228.

BELANG- De zoektocht naar mogelijke gronden voor strafuitsluiting is voor speurders nochtans van onschatbaar belang. Bij het proactief speurwerk en zeker bij de toepassing van de zogenaamde bijzondere opsporingsmethoden is het immers bijna onvermijdelijk dat overheidsagenten gedragingen stellen die aan een misdrijfomschrijving voldoen¹³⁶⁹. Eerst en vooral is een aantal als misdrijf omschreven handelingen nodig voor het opbouwen van een geloofwaardige en veilige dekmantel. De politie-infiltrant zal valse papieren moeten gebruiken, zoniet zullen zijn "doelwitten" hem al vlug kunnen ontmaskeren en neutraliseren¹³⁷⁰. Daarnaast overschrijft wie zich bijvoorbeeld als kandidaat-koper van illegale goederen aandient, daarbij vaak de grens van het strafbaar gedrag. Speurders vallen onder de letter van de strafbaarstelling van drugsmisdrijven, de heling of het bezit van pornografisch materiaal. Doordat de wetgever steeds meer gedragingen op steeds ruimere wijze strafbaar stelt, krimpt de handelingsmarge van wie *zich "voor het goede doel op de criminaliteit, maar niet in de criminaliteit wil storten"*. Zowat elke inlichtingen- of bewijsverzameling door informanten of infiltranten valt bijna onvermijdelijk onder een van de nieuwe misdrijven betreffende criminele organisaties (*supra*, Deel II). En observatieploegen maken zich schuldig aan snelheidsovertredingen, soms zelfs aan diefstal of inbraak, en als de geobserveerde zich van hun werk bewust is, misschien ook wel aan belaging (*stalking*).

TWEE (VERBONDEN) VRAGEN- Zoals gezegd lijkt zowat iedereen te aanvaarden dat het stellen van als misdrijf omschreven gedragingen door criminaliteitsbestrijders een noodzakelijk kwaad is. De vraag is niet langer of het kan, maar hoe het moet. Het is de vraag naar de grenzen van "toegestane criminaliteit". Nochtans gaat het om een moeilijke opgave: het in duidelijke normen vertalen van de paradox "*het is verboden, maar het mag*". Het judogevecht tussen overheid en crimineel, waarin beide mekaar met hun eigen middelen trachten te vloeren, levert voor de normgever twee afzonderlijke, zij het verbonden vragen op. De eerste vraag is of de overheidsagent strafbaar is voor de misdrijven die hij in het kader van zijn opdracht pleegt, en zo neen, waarom niet. De tweede vraag is die naar de gevolgen van die –

¹³⁶⁹ Door Dupont "deliktstypisch" genoemd. Ook in de Spaanstalige wereld vertaalt men het Duitse "*Tatbestandsmäßig*" door "*tipico*". De misdrijfomschrijving ("*Tatbestand*") heet er immers "*tipo penal*", zodat "*tipicidad*" de eerste vereiste is om van een misdrijf te spreken, waarna wederrechtelijkheid (*antijuricidad*), schuld (*culpabilidad*) en strafwaardigheid (*punibilidad*) volgen.

¹³⁷⁰ BERKMOES, H., "De wettelijke regeling...", *op.cit.*, 243 wijst erop dat in de hele discussie onvoldoende onderscheid gemaakt wordt tussen het optreden van een agent in een concrete strafzaak en de hele daaraan voorafgaande opbouw en bestending van een "dekmantel" die

meestal niet effectief opgespoorde en bestrafte - criminaliteit van de overheidsagent voor de procedurele behandeling van het eventueel misdrijf van de personen waarop zijn optreden was gericht. Soms gaat het om verschillende misdrijven, bijvoorbeeld het gebruik van valse stukken door de agent en het verkopen van drugs door het doelwit. Doch vaak gaat het om hetzelfde feit. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de agent medeplichtig is aan het invoeren van drugs door het doelwit van zijn onderzoek, bijvoorbeeld wanneer een *undercover*-agent er in het kader van een gecontroleerde levering "*voor zorgt*" dat de douane een container niet onderzoekt. Des te meer is dat het geval wanneer de agent, door giften, beloften en dergelijke morele (mede)dader is van het misdrijf (bijvoorbeeld de verkoop van drugs) van het doelwit.

3.5.2. *Het gedrag van de agent valt buiten de omschrijving van het misdrijf*

BESTANDEELSUITSLUITING- Een eerste manier om iemand ongewenste strafbaarheid te besparen, is ervoor te zorgen dat hij eigenlijk geen als misdrijf omschreven gedraging stelt. Eerder dan van strafuitsluitingsgronden past het van bestandeelsluitingsgronden¹³⁷¹ te spreken. Eén van de bestanddelen van de concrete misdrijfomschrijving ontbreekt dan bij de agent, zodat hij geen "*als misdrijf omschreven gedraging stelt*". In Hoofdstuk 2 hebben we bijvoorbeeld gezien dat de strafbepalingen die de woning en het briefgeheim beschermen, meteen ook een opening bieden voor overheidsambtenaren. Ook de strafbaarstelling van inmenging door ambtenaren in private en (tele)communicatie (art. 259bis Sw.) voorziet uitdrukkelijk dat er geen misdrijf bestaat wanneer het gaat om een volgens de regels uitgevoerde opdracht in het kader van een gerechtelijk onderzoek¹³⁷². Daarom is er ook geen rechtvaardiging, schulduitsluiting of verschoning in de zin van art. 78 Sw. vereist. Bestandeelsluiting al in de strafbaarstelling zelf voorzien kan voor deze misdrijfomschrijvingen gemakkelijk. Het eventueel misdrijf van de agent is immers een heel ander dan dat waarvoor het doelwit wordt aangepakt en de wetgever kan ook voorzien welk gedrag (onderscheppen en openen van brieven, afluisteren van gesprekken,...) de agent gaat stellen. Bij andere bijzondere opsporingsmethoden komt daarentegen een zekere vermenging van de misdrijven van doelwit en die van de agent vaak voor: de agent wordt deelnemer aan het misdrijf van het doelwit van

nodig is om een minimale kans op succes te hebben. Het tweede aspect zien de meeste deelnemers aan het debat volgens hem totaal over het hoofd.

¹³⁷¹ Het woord is van DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 37 die aanstipt dat zij soms moeilijk te onderscheiden zijn van strafuitsluitingsgronden.

¹³⁷² De inlassing van "*buiten de gevallen die de wet bepaalt of zonder inachtneming van de vormen die zij voorschrijft*" zorgt daarvoor.

zijn onderzoek. Daarenboven zijn onvoorspelbaarheid, improvisatie en gevarieerdheid van de misdrijftypes de regel. Daarmee bedoelen we dat een infiltrant die wordt ingezet tegen een van drugshandel verdachte criminele organisatie, zich door niet in het scenario voorziene gebeurtenissen verwickeld kan zien in het gebruik van drugs in groep, in illegaal wapenbezit, maar ook in afpersing of diefstal. Soms zal hij schuldig verzuim plegen ten aanzien van slachtoffers van de groep waarin hij is geïnfiltreerd, omdat hij zijn dekmantel zou verbranden als hij onmiddellijk zijn collega's te hulp zou roepen. De rechtspraak, die zoals gezegd de bijzondere opsporingsmethoden niet zomaar taboe wil verklaren, heeft het duidelijk moeilijk met de vraag hoe zij overheidspraktijken die in strijd zijn met de letter van de strafwet, toch kan "legitimeren"¹³⁷³.

BESTANDDEELSUITSLUITING VIA INTERPRETATIE- Soms spreekt het helemaal niet vanzelf dat in hoofde van de overheidsagent een misdrijfbestanddeel zou ontbreken. Liever dan zich te storten op de vraag naar de wederrechtelijkheid als afzonderlijke vereiste voor misdrijven verkiezen vele rechters dan een "creatieve interpretatie" van de misdrijfschrijving¹³⁷⁴. Zo aanvaardde het Brussels Hof van Beroep de strafbaarheid van de verkoper en de straffeloosheid van de overheidsambtenaar-(pseudo)koper van drugs. Het baseert zich daarvoor op een "creatieve" interpretatie van het moreel bestanddeel van het drugsmisdrijf. De verkoper wil zich verrijken ten nadele van de volksgezondheid, de infiltrant wil drughandelaars (laten) aanhouden. Daarom acht het Hof de eerste strafbaar, de tweede niet¹³⁷⁵. Een aantal belangrijke rechtsgeleerden verzet zich echter tegen een dergelijke "creatieve interpretatie" als methode om de afwezigheid van wederrechtelijkheid in het concrete geval vast te stellen. De rechter dreigt ermee tot een uitleg te komen die "*niet meer strookt met wat de wetgever bij het formuleren van de misdrijfschrijving heeft bedoeld*"¹³⁷⁶. Vandaar dat commentatoren de motivering van het Brussels Hof verwerpen. Voor de wetgever bestaat het drugsmisdrijf wanneer er (algemeen) opzet is en dat heeft ook de infiltrant. Het Brussels Hof leest zonder reden in de misdrijfschrijving een bijkomende, een bijzondere opzetvereiste, namelijk de wil "*zich ten nadele van de volksgezondheid te*

¹³⁷³ Anders dan in andere landen (zoals Duitsland, *supra*, Hoofdstuk 3, §2) sluit bijvoorbeeld de huidige Belgische drugswet de strafbaarheid van de infiltrant voor het drugsbezit niet uit.

¹³⁷⁴ Vgl. DUPONT, L., "De situering van het begrip wederrechtelijkheid...", *op.cit.*, 135-136.

¹³⁷⁵ Brussel 30 november 1984, *Rev.dr.pén.* 1985, 688; *J.T.* 1985, 729, noot D.GARABEDIAN.

¹³⁷⁶ DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 139-140 haalt deze bedenking van Nederlander DE WAARD aan.

verrijken¹³⁷⁷. Ook het Hof van Cassatie doet wat het kan, maar het kan het probleem slechts ontwijken, niet oplossen. Het verwierp bijvoorbeeld in 1985 de voorziening tegen het Brusselse "toegelaten-infiltratie-arrest" uit 1984 omdat "het enkel feit dat de verbalisanten zich bij het vaststellen van een misdrijf schuldig zouden gemaakt hebben aan een strafbaar feit of eraan zouden deelgenomen hebben, niet tot gevolg heeft dat hun vaststellingen nietig zijn, voor zover het gebruikt opsporingsmiddel niet is aangetast door nietigheid"¹³⁷⁸.

3.5.3. Rechtvaardiging, uitsluiting schuld dan wel opheffing strafwaardigheid

RECHTVAARDIGINGSGRONDEN- De Nauw juicht deze rechtspraak toe. Hij vindt het de verdienste van het Hof "onder ogen te hebben genomen dat het niet bepaald uitgesloten is, laat staan onvermijdelijk kan zijn dat de infiltrant strafbare feiten pleegt."¹³⁷⁹ Toch vraagt hij zich af waarop de straffeloosheid steunt. Hoewel er terzake geen rechtspraak bestaat, vindt De Nauw¹³⁸⁰ dat de infiltrant zich niet op rechtvaardigingsgronden als het "bevel van de overheid" (70 Sw.) of het "bevel van de hiërarchische overste" (152 en 260 Sw.)¹³⁸¹ kan beroepen. Hij zegt niet waarom, maar met De Valkeneer moeten we aanvaarden dat rechtvaardiging uitgesloten is bij een illegaal bevel¹³⁸². De infiltrant kan zelfs niet beweren dat het gaat om schulduitsluiting. Het bevel is immers niet schijnbaar rechtmatig, maar klaarblijkelijk illegaal. In uiterste gevallen kan de infiltrant zich zoals iedereen op noodweer beroepen. Doch eenieder ziet in dat deze rechtvaardigingsgrond wegens zijn beperkt toepassingsgebied in België, weinig zoden aan de dijk zal zetten. Daarenboven kan wie door eigen fout aan de basis ligt van de noodweersituatie, zich er niet op beroepen: een verwijt dat de infiltrant vaak tegengeworpen zal krijgen. Vandaar dat De Nauw, Garebadian en De Valkeneer¹³⁸³ schrijven dat de noodtoestand "de enige juridische constructie lijkt te zijn om de door politiemensen in

¹³⁷⁷ GAREBADIAN, D. , *op.cit.*, 736; DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 97; "De toelaatbaarheid van de politie-infiltratie in België", *op.cit.*, 452; DE VALKENEER, C., "L'exécution...", *op.cit.*, 900.

¹³⁷⁸ Cass.27 februari 1985, *Rev.dr.pén.* 1985, 694; *J.T.* 1985, 728.

¹³⁷⁹ DE NAUW, A., "De toelaatbaarheid...", *op.cit.*, 451.

¹³⁸⁰ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 97; "De toelaatbaarheid...", *op.cit.*, 452

¹³⁸¹ Vele rechtsgeleerden vinden dat 152 en 260 Sw. geen rechtvaardigingsgrond bevatten, omdat het feit, vanuit het standpunt van de rechtsorde, onrechtmatig is.(DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht...*, *op.cit.*, 136).

¹³⁸² Sommigen beschouwen het onrechtmatig, maar schijnbaar legaal bevel van de hiërarchische overste niet als een schulduitsluitingsgrond, maar als een beslissende verschoningsgrond (DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Belgisch strafrecht*, Acco, Leuven, 1990, nr.362, 219; DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht, op.cit.*, 136; VERHAEGEN, J., "L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales", *J.T.*1986, 452.)

¹³⁸³ DE NAUW, A., "De toelaatbaarheid...", *op.cit.*, 451, GAREBADIAN, D. , *op.cit.*, 737 ;DE VALKENEER, C., "L'exécution...", *op.cit.*, 900; "Overzicht...", *op.cit.*, 135..

de loop van een undercover-operatie gepleegde misdrijven te rechtvaardigen". Maar alledrie zijn zij voorzichtig. De Valkeneer wijst op de strikte toepassingsvoorwaarden voor noodtoestand, om te besluiten dat "*il est (...) probable qu'elle ne soit pas systématiquement applicable sans risque d'en dénaturer le contenu*"¹³⁸⁴. In zijn meest recente publicatie buist De Nauw trouwens de noodtoestand "*als rechtsfiguur (...) aangevoerd om de wederrechtelijkheid van daden van deelneming aan misdrijven bij de betrokken politieambtenaren op te heffen. De noodtoestand vereist immers een ogenblikkelijk gevaar. De algemene sociale nood van de bestraffing van drughandel volstaat niet. Bovendien gaat het te dezen meestal om undercoveroperaties die lange tijd vooraf bekend zijn en voorbereid worden.*"¹³⁸⁵ Die noodtoestand is een rechterlijke constructie, het gevolg van lang aandringen door de rechtsleer. Tot 1987 bracht het Hof van Cassatie de rationele keuze voor een als misdrijf omschreven gedrag om een groter kwaad te vermijden onder bij de schulditsluitingsgrond van overmacht en dwang ("*als een koekoeksjong*")¹³⁸⁶, waar van vrije keuze geen sprake meer is. Uit de discussie over de abortuswet kunnen we afleiden dat ook de hedendaagse wetgever de noodtoestand als zelfstandige rechtvaardigingsgrond waarschijnlijk wel ziet zitten. Tot nu toe heeft hij echter niet de behoefte gevoeld die wettelijk te regelen. Ook de verdragen van Wenen (art.11) en de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (art.73), die soms als rechtvaardigingsgrond worden ingeroepen voor vermeende drugsmisdrijven van speurders, bieden geen soelaas. Deze bepalingen willen aan de verdragspartijen duidelijk een impuls willen geven om gecontroleerde (drugs)leveringen toe te laten, maar verwijzen voor de concrete uitwerking van deze beleidskeuze naar het nationaal recht¹³⁸⁷. Zij hebben bijgevolg geen rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde: de nationale wetgever moet zelf tussenkomen en de strafwet en/of strafprocedure aanpassen. Dat is tot nader order niet gebeurd. Tenslotte is er de geheime omzendbrief over de bijzondere opsporingsmethoden uit 1990. Een hardnekkig gerucht zegt dat die misdrijven niet alleen toelaat wanneer dat voor de veiligheid van de infiltrant of anderen noodzakelijk is, maar ook wanneer dat nodig is voor de geloofwaardigheid van de dekmantel. Dat laatste is begrijpelijk, zoals het voorbeeld van de valse identiteitspapieren aangeeft. Verregaande infiltraties zijn anders zeker niet mogelijk. Een geheime omzendbrief kan evenwel niet beletten dat de praktijk hier en nu onwettig blijft.

¹³⁸⁴ DE VALKENEER, C., "L'exécution...", *op.cit.*, 900.

¹³⁸⁵ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 97.

¹³⁸⁶ DUPONT, L., "Een actueel probleem van penale aansprakelijkheid: de draagwijdte van het begrip overmacht", *Jura Falconis* 1968-69, 199 e.v.; *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 41.

SCHULDUITSLUITINGS- OF VERSCHONINGSGRONDEN- De verwarring tussen rechtvaardiging en schulduitsluiting als gronden voor strafuitsluiting bij als misdrijf omschreven gedragingen zit dus diep in de Belgische strafrechtelijke traditie ingebakken¹³⁸⁸. Door het pragmatisme in de procedure bestaan er immers talloze manieren om te zorgen dat een gedraging straffeloos blijft indien bestraffing sociaal niet wenselijk is¹³⁸⁹. Nochtans benadrukt de rechtsleer het belang van het onderscheid. Bij rechtvaardiging is de als misdrijf omschreven gedraging misschien niet toe te juichen, maar alleszins in overeenstemming met het recht: rechtmatig. Bij schulduitsluiting of bij beslissende verschoning daarentegen, zal een concreet persoon niet worden gestraft voor zijn als misdrijf omschreven gedraging. Het afzien van bestraffing neemt evenwel niet weg dat de maatschappij de gedraging op zichzelf wel als onrechtmatig blijft beschouwen. Dit dogmatisch onderscheid heeft minder belang voor een eventuele strafzaak¹³⁹⁰ tegen de overheidsagent: die wordt hoe dan ook vrijgesproken. Voor een eventuele strafzaak tegen het "doelwit" daarentegen kan dit wel degelijk een verschil maken. Als de gedraging van de infiltrant weliswaar niet strafbaar is, maar wel onrechtmatig, kan deze onrechtmatigheid immers het bewijs aantasten (*infra*, 4.4.).

3.5.4. Gemaakte keuze

KEUZE BOSLY- Het voorontwerp Bosly voorzag enkel straffeloosheid bij infiltratie. Art. 3.5., §1 luidt: "*L'officier ou l'agent de police judiciaire commis pour exécuter la mesure n'est pas pénalement punissable s'il commet une infraction qui est justifiée par les nécessités de l'opération et pour laquelle il a obtenu préalablement l'autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction. Toutefois l'autorisation ne peut être accordée lorsque l'infraction constitue un acte intentionnel de violence à l'égard des personnes ou lorsqu'elle est punie d'une peine égale ou supérieure à celle qui punit l'infraction [pour laquelle une infiltration peut être autorisée]*"¹³⁹¹. Indien de omstandigheden het onmogelijk maken vooraf toestemming te vragen,

¹³⁸⁷ DE NAUW, A., *Drugs*, *op.cit.*, 97.

¹³⁸⁸ De klassieke wetgever (aldus Haus) achtte het niet nodig om rechtvaardiging van schulduitsluiting te onderscheiden omdat het strafprocesrechtelijk resultaat voor de verdachte hetzelfde was: straffeloosheid. (DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 10 die (*ibidem*, 15 e.v.) dit argument weerlegt). Deze onderschatting van het probleem vindt misschien zijn oorzaak mede in een fixatie op het klassieke krenkingsmisdrijf met één enkele dader.

¹³⁸⁹ Van de Belgische procedure gaan dus minder impulsen uit tot rechtsdogmatische verfijning, in vergelijking met Nederland : DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 14.

¹³⁹⁰ Mogelijks wel voor de burgerlijke zaak aangespannen door het slachtoffer.

¹³⁹¹ BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 117.

moet de dader dat onmiddellijk melden achteraf (art.3.5.§2). Het gebruik van "*pas pénalement punissable*" lijkt op een beslissende verschoningsgrond te wijzen. Voor buitenstaanders is het niet duidelijk of het gaat om uitsluiting van de schuld als persoonlijk verwijt dan wel om uitsluiting van de strafwaardigheid van de gedraging¹³⁹². Dit laatste zou betekenen dat de wetgever enkel uit pure opportuniteitsredenen van bestraffing afziet. Doch anderzijds staat er ook "*une infraction qui est justifié*", wat dan weer wijst op een rechtvaardigingsgrond. De "*nécessités de l'opération*" vormen dus de basis voor een magistraat om met een bevel de wederrechtelijkheid van het verboden gedrag van de infiltranten weg te nemen. Deze "vrijbrief" geldt in het voorontwerp Bosly echter niet voor opzettelijke geweldsmisdrijven tegen personen, voor misdrijven die gelijk of zwaarder bestraft worden dan het "vermoede" misdrijf. Of de gedragingen die een in art.3.4. verboden uitlokking opleveren en tegelijk van de infiltrant een deelnemer aan het uitgelokte misdrijf maken, in de ogen van Bosly toch nog "verschoond" zijn, is niet duidelijk¹³⁹³. Over de eventuele misdrijven van informanten was het voorontwerp Bosly wel duidelijk: "*la qualité d'informateur ne permet pas de justifier les délits et les crimes commis par celui-ci.*"¹³⁹⁴ Geen rechtvaardiging dus¹³⁹⁵.

KEUZE POC-GC- Het rapport van de POC-GC valt moeilijk te beoordelen omdat de verslaggevers voortdurend sprongen maakten tussen de toestand zoals die nu bestaat en het wettelijk kader dat er in de toekomst moet komen¹³⁹⁶. De POC-GC leek het over de toekomst te hebben¹³⁹⁷ wanneer zij aanstipte dat voor het plegen van misdrijven in het kader van bijzondere opsporingen een "*interdiction de principe*" geldt¹³⁹⁸. Dat verbod "*ne saurait être absolue*". Waarom niet? Omdat "*de*

¹³⁹² Niet iedereen in de rechtsleer beschouwt de strafwaardigheid immers als een afzonderlijk element van het misdrijf. Sommigen beschouwen bepalingen die de strafbaarheid ondanks wederrechtelijkheid en schuld opheffen (bijvoorbeeld art.462 Sw. voor diefstal tussen bepaalde familieleden) als bestanddeeluitsluitend, d.w.z. als inperking van het toepassingsgebied van de misdrijfomschrijving (*supra*, 3.5.2.). Anderen beschouwen art.462 als vervolgingsuitsluitingsgrond, die met de structuur van het misdrijf niets te maken heeft. (Zie hierover uitgebreid: DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden...*, *op.cit.*, 72-75.)

¹³⁹³ Dat zou betekenen dat weliswaar het doelwit straffeloos zou blijven, maar ook de uitlokkende agent –hoewel die zijn "boekje te buiten is gegaan"- geen straf zal kunnen oplopen.

¹³⁹⁴ Art.4.4. (BOSLY, H. en DE RUE, M., *op.cit.*, 119.)

¹³⁹⁵ Waarschijnlijk hanteert Bosly de oude terminologie en bedoelt hij daarmee meteen ook geen schulduitsluiting of verschoning.

¹³⁹⁶ De titel is trouwens "bijzondere opsporingsmethoden en proactieve recherche, toestand en vooruitzichten"(POC-GC, Eindverslag, 335), waarbij het helaas niet altijd duidelijk is of het nu om de toestand, dan wel om de vooruitzichten gaat.

¹³⁹⁷ De passage staat immers onder de titel "Principes die de grondslag moeten vormen voor de wetgeving betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en het toezicht erop."

¹³⁹⁸ POC-GC, Eindverslag, 410.

undercoveragent die werkt in het criminele milieu, soms gedwongen [is] een misdrijf te plegen om zijn taak tot een goed einde te brengen (bij pseudo-koop bijvoorbeeld is de agent op een gegeven moment noodgedwongen in het bezit van drugs) of om niet ontmaskerd te worden.” Vervolgens wees de POC-GC op *“een zekere verleiding”* waaraan de agent blootstaat en waarvan de zaak-François een goed voorbeeld zou zijn en zei dan langs haar neus weg: *“het plegen van een misdrijf door een opsporingsambtenaar is bovendien in strijd met het legaliteitsbeginsel dat bij de bewijslevering moet worden geëerbiedigd.”* Waarna ze in de volgende twee alinea's dan weer doodleuk schreef dat het binnen het kader van een door Openbaar Ministerie of onderzoeksrechter goedgekeurd actieplan wel kan, *“omdat op die manier de feiten overeenkomstig artikel 70 Sw. gerechtvaardigd zijn.”* Bovendien *“kan het plegen van een misdrijf ook gerechtvaardigd [...] worden door de jurisprudentiële theorie van de noodtoestand”*¹³⁹⁹. De agent moet alles wel volledig opbiechten aan zijn oversten. Ook verderop zegt de POC-GC dat de misdrijven van de agent *“gerechtvaardigd zullen zijn.”*¹⁴⁰⁰ Haar verslag is op dit punt hoe dan ook niet verhelderend.

3.5.5. Besluit

EENSGEZINDHEID VERBERGT VERWARRING- Er bestaat grote eensgezindheid over het feit dat in het kader van de (bijzondere) opsporing overheidsagenten als misdrijf omschreven handelingen moeten kunnen stellen. Nochtans bestaat er in het huidige recht geen stevige basis om dergelijk gedrag te rechtvaardigen of te verschonen. De rechtsleer kan slechts vaststellen dat de rechtspraak hetzij onbevredigende antwoorden heeft gegeven (zoals het ontbrekend opzet bij de infiltrant), hetzij rond de hete brij bleef draaien (zoals bij het ontkennen van de relevantie van de misdrijven van de agent voor de door hem gedane vaststellingen). Het voorontwerp van professor Bosly stelde wel een regeling voor, doch zegt niet met zoveel woorden of het daarmee de gedraging van de agent wil rechtvaardigen, de schuld van de agent uitsluiten of ondanks wederrechtelijkheid en schuld uit opportuniteitsoverwegingen van bestraffing wil afzien. De POC-GC sprak wel over het thema, zij het niet al te ondubbelzinnig, en leek voor een rechtvaardigingsgrond te pleiten. Veel argumenten of dogmatische bespiegelingen wijdde ook zij echter niet aan het thema.

¹³⁹⁹ POC-GC, Eindverslag, 411.

¹⁴⁰⁰ POC-GC, Eindverslag, 424.

§4. Controle en sanctionering

4.1. Beroepsgeheim

TIJDELIJK OF PERMANENT- Geheimhouding speelt een beslissende rol in de hele discussie over de nieuwe aanpak. Eigenlijk moeten we een onderscheid maken tussen tijdelijke en permanente geheimen. Tijdelijke geheimhouding is nodig voor opsporingswerk dat verdekt gebeurt, dat wil zeggen buiten het weten van het doelwit. Als de overheidsambtenaren geen rechtstreekse interactie hebben met de persoon die zij bespieden, zoals bij het afluisteren, spreekt de wetgever van een “bewakingsmaatregel”. Terwijl een bewakingsmaatregel aan de gang is, moet die geheim blijven. Dat neemt echter niet weg dat hij achteraf wel geopenbaard kan worden. Zo gebeurt het afluisteren van een telefoon weliswaar in het geheim, maar volgt in beginsel achteraf bekendmaking zowel van het feit van het afluisteren als van de inhoud van de afgeluisterde gesprekken¹⁴⁰¹. Het gaat dus om tijdelijke geheimen. Meer in het algemeen vormt het - nu bij wet voorziene - geheim van het (voor)onderzoek typisch een tijdelijk geheim¹⁴⁰². Alle gegevens in kwestie kunnen daarna openlijk aan bod komen in de verdere behandeling van het dossier. Iedereen is het er echter over eens dat in onze maatschappij ook permante¹⁴⁰³ geheimen nodig zijn. Dat zijn gegevens die nooit bekend gemaakt mogen worden, omdat dat een hoger belang zou schaden. Veel minder eenstemmigheid bestaat er over wat geheim moet blijven, ten aanzien van wie de geheimhouding geldt en wie moet beslissen over de toegang tot dergelijke geheimen.

VEILIGHEID- Het eerste belang dat hoger staat dan de openbaarheid en de doorzichtigheid is het leven en het lichaam van mensen. Georganiseerde criminelen deinzen er niet voor terug om personen die hen hinderen met geweld aan te pakken. Vandaar dat de politie en gerecht in de eerste plaats mensen willen beschermen. Het gaat om mensen in verschillende situaties. In de eerste plaats gaat het om informanten, dat wil zeggen om mensen die voortdurend in contact staan met het crimineel milieu. Daarnaast gaat het echter ook over toevallige tipgevers of getuigen,

¹⁴⁰¹ Art.90sexies, laatste lid zegt dat de beschikkingen van de onderzoeksrechter, de verslagen van de officieren van de gerechtelijke politie en de processen-verbaal die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de maatregel uiterlijk na het beëindigen van de maatregel bij het dossier worden gevoegd.

¹⁴⁰² Zie hierover: DECLERQ, R., *Beginselen...*, *op.cit.*, 162-165; en onrechtstreeks (via recht op inzage in het strafdossier) VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht ...*, *op.cit.*, 816-817.

¹⁴⁰³ Natuurlijk is niets eeuwig, doch het gaat doorgaans over geheimen die bij wijze van spreken alle onmiddellijk betrokkenen moeten “overleven”.

over politiemensen (infiltranten, observanten,...) of burgers die de politie hebben geholpen (bijvoorbeeld door hun huis ter beschikking van de politie te stellen voor een observatie van de burenen). Het geheim dat hen moet beschermen, komt meestal neer op anonimiteit en komt als dusdanig aan bod in Deel IV.

EFFICIËNTIE- Het tweede belang dat geheimhouding rechtvaardigt is het opsporingsbelang. Daarmee bedoelen wij niet zozeer het opsporingsbelang in de concrete zaak. Dat is immers het eerder genoemd geheim van het vooronderzoek, zoals gezegd een tijdelijk geheim. Slechts wanneer het gaat om een negatief onderzoek, dat wil zeggen een onderzoek dat onvoldoende elementen oplevert tegen het doelwit, bestaat er een probleem. Dat men (nog) niets gevonden heeft, wil niet noodzakelijk zeggen dat er ook niets aan de hand is. Politiemensen en onderzoeksmagistraten vrezen dat een schending van de geheimhouding, bijvoorbeeld omwille van de plicht om iemand in te lichten over negatieve bewakingsmaatregelen, de slaagkansen van een verder onderzoek doet kelderen. De kans dat, eenmaal gewaarschuwd, een doelwit zich nog laat betrappen is volgens hen nihil. Onderzoekers zijn ook weigerachtig om in de (openbare) zaak tegen één persoon teveel te laten doorschemeren over het verwante, maar nog lopende (geheime) onderzoek tegen een andere persoon. Wie het opsporingsbelang inroept voor geheimhouding, denkt daarbij echter vooral aan het belang van de rechtshandhaving in het algemeen, op lange termijn. Dat belet onderzoekers al hun methoden of technische middelen bekend te maken, omdat zij daarmee andere of latere onderzoeken op het spel zouden zetten. Door de eigen methoden van naaldje tot draadje uit te leggen zouden ze hun efficiëntie in de toekomst hypothekeren. Politiemensen die verdekt moeten optreden, mogen niet herkenbaar zijn, omdat zij in een eerdere zaak volop in beeld kwamen. Details over technische snufjes waarmee ze doelwitpersonen stiekem volgen of bespieden, moeten zoveel mogelijk geheim blijven opdat toekomstige doelwitten ze niet zouden kunnen ontlopen of neutraliseren. Zelfs wanneer de doelwitpersonen de methodes en de technische mogelijkheden van de speurders kennen (iedereen weet dat telefoons afluisterbaar zijn), houdt men hen graag onwetend over de schaal waarop methoden ingezet worden. Zo wil men vermijden dat bijvoorbeeld de lage pakkans criminelen zou aanmoedigen.

WETGEVING- In de huidige Belgische wetgeving zit nog geen duidelijke lijn ten aanzien van geheimhouding in strafzaken¹⁴⁰⁴. Zoals gezegd spreekt de huidige Belgische wetgeving wel over het geheim van het opsporingsonderzoek (art.28quinquies,§1Sv.), maar dat gaat om een tijdelijk geheim. Daarnaast springt vooral art.90septies Sv. in het oog. Het regelt de registratie en bewaring van gegevens bij heimelijke kennisname door overheidsagenten van tele- of privécommunicatie. Partijen die vermoeden dat interessante gegevens geregistreerd werden die niet overgenomen zijn in het dossier, kunnen aan de rechter toegang vragen tot deze op de griffie bewaarde stukken. Deze rechter oordeelt soeverein over het verzoek van partijen om de resultaten van afluisteren te raadplegen en kan dus ook bepaalde stukken permanent geheim houden. Dat kan ter bescherming van *privacy* van derden, om het vermijden dat gedeelten die onder het beroepsgeheim vallen zouden worden geconsulteerd of om te beletten dat nog lopende onderzoeken zouden worden doorkruist¹⁴⁰⁵.

BEROEPSGEHEIM- Veruit het belangrijkste instrument voor de praktijkmensen om hun bronnen (permanent) af te schermen was hoe dan ook het beroepsgeheim, waarvan art.458 Sw. de schending strafbaar stelt. In 1978 oordeelde het Hof van Cassatie dat een politieambtenaar het beroepsgeheim mocht invoeren om de identiteit van een bron te verzwijgen, niet van een rechtstreekse getuige van een misdrijf, maar van een tipgever die vertrouwelijk een spoor had aangewezen¹⁴⁰⁶. In 1986 besliste hetzelfde Hof dat een officier van gerechtelijke politie mag weigeren de identiteit van een tipgever bekend te maken als hij dat in geweten geboden acht met het oog op de bescherming van die persoon en in het belang van de misdaadbestrijding¹⁴⁰⁷. Declercq spreekt van een “*vrij moeizaam opgebouwd arrest*”, met “*een omslachtige omschrijving [die] het toe te passen criterium enigszins [doet] vervagen. Het is alsof de rechter een soort toezicht zou uitoefenen op de opportuniteit van het bewaren van het geheim.*”¹⁴⁰⁸ Normalerweise is het immers de houder van het beroepsgeheim, in dit geval de politieman zelf, die bepaalt of hij gegevens al dan niet bekend maakt. Bij getuigenis in rechte heeft deze

¹⁴⁰⁴ Zo heeft Berkmoes gelezen dat de POC-GC stelt “*dat wellicht wettelijk moet worden bepaald dat alle informatie, ook de vertrouwelijke rapporten, moet worden meegedeeld aan de onderzoeksrechter*”. Tot zijn duidelijke frustratie “[wordt] wat de gevolgen daarvan zijn (onder meer op het vlak van de afscherming van anonieme getuigen en technische onderzoeksmethoden) echter in het midden gelaten” (BERKMOES, H., “De wettelijke regeling...”, *op.cit.*, 245).

¹⁴⁰⁵ VERSTRAETEN, R., “Opsporingsmethoden...”, *op.cit.*, 619-620.

¹⁴⁰⁶ Cass.10 januari 1978, *Arr.Cass.1978*, 546.

¹⁴⁰⁷ Cass. 26 februari 1986, *Arr.Cass.1985-86*, nr.410; *J.T.* 1986, 328.

geheimhouder geen spreekplicht, maar een spreekrecht en dus ook een zwijgrecht (in Nederland spreekt men over een verschoningsrecht). De rechter mag alleen oordelen of hij door te zwijgen het beroepsgeheim niet van zijn doel afwendt¹⁴⁰⁹. Dat is in de praktijk natuurlijk moeilijk te controleren, zolang de geheimhouder de lippen op elkaar houdt. Als het beroepsgeheim bestaat, komt het de houder, niet de rechter toe te kiezen voor zwijgen dan wel spreken. Aangezien er verder geen wettelijke regels bestaan over het beroepsgeheim, is het op dit moment niet echt duidelijk tegenover wie er dan wel een spreekplicht zou bestaan: de hiërarchische overste, heel het Openbaar Ministerie, alleen de zogenaamde vertrouwensmagistraten of ook de met de zaak belaste parketmagistraat¹⁴¹⁰ en de onderzoeksrechter¹⁴¹¹? De standpunten hierover lopen uiteen. Dat politiemensen hun beroepsgeheim kunnen inroepen en zo informatie over hun onderzoekswerk afschermen van de verdediging en de vonnisrechter staat vast. Of zij zich ook tegenover de onderzoeksrechter op hun beroepsgeheim kunnen beroepen, is echter veel minder duidelijk¹⁴¹². Tegenover het Openbaar Ministerie kunnen politiemensen zich normaal niet beroepen op hun beroepsgeheim¹⁴¹³, doch dat betekent niet dat zij aan om het even welke parketmagistraat volledige toegang tot alle informatie moeten geven¹⁴¹⁴. In de praktijk zullen politiemensen misschien wel bereid zijn met de ene magistraat het

¹⁴⁰⁸ DE CLERQ, R., *Beginnselen...*, *op.cit.*, 190-191.

¹⁴⁰⁹ Cass. 23 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, nr.43.

¹⁴¹⁰ Dat zou naar verluidt de strekking zijn van de geheime richtlijnen, maar VAN OTRIVE, L. en CAPELLE, J., *op.cit.*, 150, voetnoot 31 verwijzen naar een krantenbericht over een conflict in Brussel na weigering van rijkswachters de naam van een informant aan een procureur bekend te maken.

¹⁴¹¹ LYBAERT, D., "Het beroepsgeheim van de politieambtenaar t.o.v. de onderzoeksrechter, noot onder K.I. Antwerpen 12 november 1999", *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht* 2000, 100-104, de K.I. besloot dat beroepsgeheim bestond t.a.v. de onderzoeksrechter en dat de inbeslagname van een pak met "uiterst gevoelige informatie door nietigheid was aangetast, zodat het uit het strafdossier moest worden verwijderd.

¹⁴¹² Over goedkeuring door de K.I. van een weigering de identiteit van pseudokopers mee te delen aan onderzoeksrechter: K.I. Bergen, 4 mei 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1129, met noot PIEDBOEUF, F., "De l'étendue di controle de la légalité des preuves et des opérations policières par le juge d'instruction".

¹⁴¹³ BERKMOES, H., "De wettelijke regeling...", *op.cit.*, 248: "Uiteraard is wel de integrale, vertrouwelijke voorlichting van de parketmagistraat vereist". Wie precies "de" parketmagistraat is, laat hij daarbij wijselijk in het midden.

¹⁴¹⁴ Volgens de richtlijn van 1990 kennen in beginsel enkel de lokale contactambtenaren en de informantenbeheerder de identiteit. De procureur des Konings kan eisen dat hem de identiteit van een informant wordt meegedeeld indien hij van oordeel is dat noodzakelijk is ter uitvoering van zijn bevoegdheden (onder andere controle, sturing en bewaking van de rechtmatigheid van het bewijs). Als het Openbaar Ministerie aan de rechtbank inlichtingen moet overleggen over de wijze waarop het opsporingsonderzoek is gestart, zou het van de Minister de identiteit van de informant niet mogen onthullen.

geheim te delen, maar niet met de andere. Bij conflicten zal de nationaal magistraat of de procureur-generaal waarschijnlijk de knoop doorhakken¹⁴¹⁵.

BOSLY- Het voorontwerp Bosly voorzag dat voor observaties van meer dan vierentwintig uur en die waar met een technisch middel op een privéplaats wordt gekeken, een kantschrift of bevel van de onderzoeksrechter nodig was. Dat zou dus in het dossier komen. Daarnaast schreef Bosly ook voor dat alle inlichtingen verzameld in de loop van een proactieve recherche, een observatie of infiltratie "*qui sont relatives à une infraction*", in een proces-verbaal opgenomen moeten worden (*supra*). Ook die belanden dus in het strafdossier. Hetzelfde zou gelden voor "*les informations recueillies auprès des informateurs qui se rapportent à une infraction*", waarbij wel een codenummer in de plaats komt van de naam van de informant. Daarenboven zouden de personen die "het voorwerp hebben uitgemaakt" van (al dan niet proactieve) observatie van meer dan vierentwintig uur of van infiltratie, achteraf op de hoogte worden gebracht. Enkel gegevens die "*geen betrekking hebben op een misdrijf*" en de naam van de informant blijven dus permanent geheim. Het voorontwerp Bosly beschouwde de anonimiteit van de informant als cruciaal, maar het is niet duidelijk of het zwijgrecht zou veranderen in een zwijgplicht. Evenmin stond in dit voorontwerp tegenover wie de politie deze anonimiteit zou kunnen invoeren.

POC-GC- De POC-GC schreef dat het "*van het grootste belang [is] dat de betrekkingen tussen de politiediensten en de gerechtelijke controle-instantie zo groot mogelijk zijn*"¹⁴¹⁶. Betekent dat een kruis over alle geheimhouding? "*Wat gevaarlijk is,*" zegt de POC-GC wijs, "*is het niet-gedeelde geheim.*" Het is natuurlijk de vraag hoelang een gedeeld geheim nog een geheim blijft en met wie het dan gedeeld mag of moet worden. De POC-GC deed weinig meer dan de spanning vaststellen tussen geheimhouding en listen enerzijds en de tegenspraak en de controle van de vonnisrechter op *loyaliteit* en regelmatigheid anderzijds¹⁴¹⁷. Zij overliep de mogelijke "oplossingen" en verwierp - misschien - het (toenmalige) Nederlandse systeem. Dat hield in dat de inlichtingen uit geheime bronnen enkel gebruikt konden worden om andere onderzoeksmethoden op gang te brengen, maar *niet* als *bewijsmiddel* voor

¹⁴¹⁵ Anderzijds zullen vele magistraten ook geen behoefte voelen om de identiteit van de informant te kennen. Wat hen interesseert is de betrouwbaarheid van de informant (en dus van zijn informatie), eventueel de rol die hij in een operatie gespeeld heeft en het gevaar dat hij loopt

¹⁴¹⁶ POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 413.

¹⁴¹⁷ POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 415.

het vaststelling van iemands schuld. Alleen bewijsmiddelen zouden dan in het strafdossier belanden. Volgens de POC-GC is het nadeel van dit systeem “*dat een bepaald soort inlichtingen volledig aan de controle van de vonnisrechter wordt onttrokken*”. Als alternatief stelde zij voor dat “*la production en justice de renseignements émanant d’informateurs doit impérativement être accompagnée d’indications minimales concernant l’informateur*”. Tenslotte geloofde de POC-GC de informant op zijn betrouwbaarheid zou worden gecontroleerd door het Openbaar Ministerie of de onderzoeksrechter “*als zij de informatie in het strafdossier wensen te gebruiken*.” Hoewel de POC-GC geen duidelijke keuzes heeft gemaakt, is het verschil met Bosly frappant. Terwijl diens voorontwerp bol stond van verplichtingen tot opname in processen-verbaal, bekommerde de POC-GC zich slechts om het geheim voor zover het ging om het gebruik van informatie *als bewijs*. Wanneer dat niet het geval was, zag de POC-GC blijkbaar wel openingen voor geheimhouding. De senatoren namen ook geen standpunt in over de vraag tegenover wie de politie het beroepsgeheim kan invoeren. Zij vermeldden laconiek dat “*selon certains*” het beroepsgeheim niet geldt ten aanzien van de procureur of onderzoeksrechter¹⁴¹⁸.

4.2.Rechterlijke controle en rapporteringsplicht

WETGEVING- Het door de wet Franchimont ingevoerde art.28bis §3 Sv. zegt uitdrukkelijk dat “*de procureur des Konings waakt over de wettigheid van de bewijsmiddelen en de loyauteit waarmee ze worden verzameld*.”(*supra*, §2) Voor de onderzoeksrechter bestaat er een analoge bepaling (art.56, §1 Sv.). De magistratuur krijgt dus tot taak te waken over de wettigheid van alle acties tijdens het onderzoek. Om deze controle mogelijk te maken rust op politieambtenaren de verplichting alle informatie en inlichtingen mee te delen (art.28ter, §4 tweede lid en 56 §3 tweede lid Sv.). Dat lijkt een vrij onvoorwaardelijke bepaling en op het eerste gezicht lijkt zij een einde te maken aan de mogelijkheid voor de politie om het beroepsgeheim in te roepen tegenover Openbaar Ministerie of onderzoeksrechter. Of dat echt de bedoeling was van de wetgever, is echter twijfelachtig. Er blijven immers veel vragen open (*supra*, 4.1)¹⁴¹⁹.

KEUZE BOSLY- Het voorontwerp Bosly maakte van de magistratuur de spil van bijzondere opsporing, of die nu proactief of reactief is. De magistratuur waakt over

¹⁴¹⁸ POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 420.

¹⁴¹⁹ Zo vraagt Berkmoes of de praktijk met vertrouwelijke verslagen die geheim blijven voor de verdediging nu verboden is, of observaties in het vertrouwelijke deel van het dossier kunnen

de op het terrein door de politie uitgevoerde operaties. Een parketmagistraat of een onderzoeksrechter moet de toelating geven tot het verrichten van proactieve recherche, van een (lange of technische) observatie of van infiltratie. Hij zal daarbij meestal afgaan op de door de politie aangebrachte informatie. De politie heeft er alle belang bij de magistraat zo correct en volledig mogelijk in te lichten, misleiding van de magistraat kan tot nietigheid leiden. (*infra*). Ook gedurende het verdere verloop van de operatie zou de politie de magistratuur steeds op de hoogte moeten houden. Het voorontwerp eiste voor alle inlichtingen “*relatives à une infraction*” een proces-verbaal. Over vertrouwelijke rapporten, waartoe de zittende magistratuur en de verdediging geen toegang zou hebben, sprak Bosly niet. Rechterlijke controle was bij Bosly dus gewaarborgd. Ook controle door de verdediging vormde geen groot probleem. Weliswaar viel uit het voorontwerp moeilijk op te maken of de onderzoeksrechter permanente geheimen met de politie en het Openbaar Ministerie mocht delen. Hij zou dan gegevens buiten het strafdossier houden en dus de verdediging tegenspraak ontzeggen. De ondubbelzinnige verbaliseringsplicht verkleinde de marge voor dergelijke permanente geheimen ten zeerste. Daar alle processen-verbaal in het strafdossier belanden, zou de verdediging de nodige controle kunnen uitoefenen. Daarvoor moet het onderzoek natuurlijk inderdaad een verdachte opleveren. De talloze niet-verdachten die in de loop van de proactieve recherche zorgvuldig werden "weggefilterd" uit de groep mogelijke verdachten of samen met de verdachte zouden zijn geobserveerd, zouden achteraf bericht krijgen van de griffier (*supra*, §§2 en 3). Het lijkt echter ondenkbaar dat Bosly deze personen louter daarom een recht van inzage zou geven in het strafdossier. Uit het voorontwerp viel niet op te maken welke controle- of rechtsmiddelen ter beschikking staan van deze mensen indien zij vermoeden dat hun rechten werden geschonden door de "verdekte speurders": een klacht bij de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer of bij het Vast Comité voor Toezicht op de Politiediensten (Comité P)?

KEUZE POC-GC- De POC-GC maakte zoals gezegd geen duidelijke keuzes. Zij bevestigde wel steeds de suprematie van de parketmagistraat in het opsporingsonderzoek, en – opmerkelijker- van de onderzoeksrechter tijdens het gerechtelijk onderzoek¹⁴²⁰. Zo eisten de senatoren bijvoorbeeld dat de

blijven, wat moet gebeuren met uit het buitenland afkomstige informatie waarbij gevraagd is de afzender af te schermen,...(BERKMOES, H., “De wettelijke regeling...”, *op.cit.*, 248.)

¹⁴²⁰ Dit betekent een belangrijk verschil met Nederland waar gewaarschuwd wordt voor een te grote “betrokkenheid”, een gebrek aan afstand bij de rechter-commissaris.

onderzoeksrechter controle zou uitoefenen op de betrouwbaarheid van informanten. Ook merkwaardig was dat in haar tweede tussentijds verslag de POC-GC speelde met het idee van een bijzonder gerechtelijk toezicht door een “*rechter van de recherche*” of een “*rechter van de opsporingsmethoden*”. Die zou het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden in de proactieve fase moeten controleren¹⁴²¹. Daar was in het eindverslag geen sprake meer van. Daar heet het dat “voorzover de opsporingsmethoden passen in het opsporingsonderzoek, het logisch is dat die taak wordt opgedragen aan het bevoegde openbaar ministerie¹⁴²².” Daarna pleit het voor een aanpassing van de werkmethode van het parket, eventueel voor een structurele hervorming en een specifieke opleiding. De POC-GC rekende voor rechterlijke controle op het gevoelig onderzoekswerk blijkbaar meer op de met onderzoek belaste magistraten zelf dan op de vonnisrechters. Dat betekent ook relatief weinig controlemogelijkheden voor de verdediging. Ze verwacht vooral veel van de controle binnen een geherstructureerd Openbaar Ministerie.

4.3. Strafrechtelijke en tuchtrechtelijke sancties

STRAFRECHT- Wanneer politiemensen de grenzen van het strafbare overschrijden, geldt in beginsel de wet ook voor hen. Zolang een wettelijk kader voor de opsporingsmethoden ontbreekt, zal de kans groot zijn dat inderdaad misdrijven worden gepleegd (*supra*, 3.5.). De mogelijkheid tot burgerlijke partijstelling, die in België een belangrijke correctie vormt op het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie, maakt het voor politie en justitie moeilijker om de “daders” in eigen rangen en de informanten de hand boven het hoofd te houden. Een onderzoeksrechter moet dan uitzoeken of er inderdaad misdrijven zijn gepleegd. Of hij daar inderdaad in slaagt, hangt grotendeels af van de mogelijkheid die politiemensen en parketmagistraten hebben om zich op het beroepsgeheim (en eventueel het zwijgrecht) te beroepen (*supra*). Het Comité P zal waarschijnlijk vaak met dergelijke onderzoeken tegen “over de schreef gegane speurders” worden belast. Wegens zijn rechtstreekse ondergeschiktheid aan het Parlement beschikt het Comité immers over de nodige zelfstandigheid ten aanzien van de uitvoerende macht. Toch zal het uiteindelijk onderzoek door de rechterlijke macht moeten gebeuren. Vooral wanneer de betrokkenheid van een onderzoeksrechter bij de onbehoorlijke praktijken wordt vermoed, zal het onderzoek problemen opleveren. Dan zal de Hoge Raad voor Justitie waarschijnlijk moeten tussenkomen. Nu alle

¹⁴²¹ POC-GC, Tweede tussentijds verslag, *op.cit.*, 103. Voor (negatief) commentaar: BERKMOES, H., “De wettelijke regeling...”, *op.cit.*, 249.

voorstellen voorzien dat een magistraat bij allerlei gevoelige en riskante opsporingsmethoden effectief de leiding moet hebben en de belangrijke keuzes moet maken, is de kans dat magistraten in de fout gaan, behoorlijk toegenomen.

TUCHTRECHT- De strafrechtelijke weg zal, zeker tegen mensen uit politie of gerecht, pas worden gevolgd wanneer het om klaarblijkelijke, opzettelijke aantasting van hun integriteit gaat. Dat hoeft niet noodzakelijk met het oog op persoonlijke verrijking te zijn, het kan ook gaan om “overijverige” rechtshandhaving, de inzet van verboden middelen met de beste bedoelingen. Wanneer het om eenmalige uitschuivers, beoordelingsfouten, andere onopzettelijke fouten of minder zware feiten gaat, zal de sanctie meestal tuchtrechtelijk zijn. Het is immers heel goed mogelijk dat een ambtenaar zich op onverantwoorde wijze inmengt in de persoonlijke levenssfeer van mensen of bevelen of interne richtlijnen niet naleeft, zonder dat dit evenwel een misdrijf oplevert. Het gebeurt natuurlijk meermaals dat het “doelwit” nooit hoort van het onbehoorlijk gedrag waarvan hij “slachtoffer” is geweest (*supra*). Vandaar dat het “zelfreinigend” vermogen van de rechtshandhaving uitermate belangrijk is. Omdat dat in België in het verleden teveel gebreken vertoonde, worden nu zowel het tuchtstatuut van de politie als van dat van de magistratuur hervormd. De rook van dat politiek-juridisch slagveld is, onder meer wegens de nasleep van een aantal “affaires”, nog niet helemaal opgetrokken.

BELEIDSKEUZEN EN CONTROLE- Zowel in de bestaande regeling inzake proactief en bijzonder spoorwerk als in de toekomstvoorstellen van Bosly en van de POC-GC spelen de procureur des Konings en de onderzoeksrechter de hoofdrol. Zij hebben het laatste woord bij het maken een aantal cruciale keuzes. Zo is de selectie van doelwitten één van de belangrijkste aspecten, misschien wel het wezenlijke, van het proactief werk. Op welke mensen, groepen, bedrijven, wijken of sectoren van de economie concentreert de informatieverzameling zich? De omzendbrief over proactieve recherche stipt aan dat het gaat om een keuze van strafbeleid. Daarom moet deze keuze bij de beleidsverantwoordelijken liggen: de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie en het College van procureurs-generaal. Bosly en de POC-GC wilden bij de proactieve recherche of de inzet van bijzondere opsporingsmethoden de taak van de onderzoeksrechter echter zeker niet beperken tot grondrechtencontrole. Zij wilden integendeel dat hij de leiding zou nemen over de operaties, ook over de “gevoelige”. Dat is opmerkelijk. Want de wet Franchimont

¹⁴²² POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 412-413.

heeft de onderzoeksrechter zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie ontnomen. Dat betekent dat hij niet meer onderworpen is aan het tuchtrechtelijk toezicht van de procureur-generaal. Het Octopusakkoord voorziet daarenboven dat ook de hiërarchische band tussen de procureur-generaal en de procureur des Konings doorgeknipt werd. Het vreemde gevolg is dat de procureurs-generaal (al dan niet verenigd in het College) het opsporingsbeleid en dus ook de prioriteiten moeten uitstippelen, maar tegelijkertijd wel het gezag verliezen om dat beleid aan de lagere hiërarchische rangen en aan de onafhankelijke onderzoeksrechters op te leggen.

4.4. Bewijsuitsluiting en onontvankelijkheid

4.4.1. *Geen spectaculaire wetgevende ingrepen*

GEEN BIJZONDERE INGREPEN- De in 4.3. genoemde sancties treffen personen binnen de rechtshandhaving die zich onbehoorlijk gedragen. De “slachtoffers” kunnen misschien enig genoeg scheppen in de sanctie die hun “tegenstrever” ondergaat. “Doelwitten” hechten doorgaans echter vooral belang aan de vraag welk gevolg onbehoorlijk gedrag van politie of magistratuur heeft voor een eventuele strafprocedure tegen hen. Het valt op dat in het debat over de nieuwe aanpak in de opsporing de bekommernis over de grondrechten een constante vormt. Samen met de integriteit van de rechtshandavingsinstanties in het algemeen zijn het twee grondrechten (dat op een bescherming van de persoonlijke levenssfeer en dat op een eerlijk proces) die de nieuwe aanpak “bijzonder” maken. Doch dat heeft niet geleid tot een “bijzonder” debat over de sanctionering van onregelmatigheden. Dat debat is algemeen gevoerd bij de aanvaarding van de wet Franchimont, waarin de bijzondere opsporingsmethoden vreemd genoeg geen echt thema waren. De discussie heeft zich toegespitst op wie en wanneer nietigheden kon opwerpen of vaststellen. Over het algemeen blijven de bestaande bewijsrechtelijke regels behouden of codificeert de wetgever ze. De klassieke wetgever heeft slechts voor een aantal proceshandelingen uitdrukkelijk de sanctie (met nietigheid natuurlijk als belangrijkste) vastgelegd (*supra*, Hoofdstuk 2, § 4). Het voorontwerp Bosly had ook uitdrukkelijk een aantal nietigheidsgronden voorzien. Voor het overige blijven de bestaande regels gewoon van kracht. Vanzelfsprekend zullen in deze context de “substantiële nietigheden” wegens schending van algemene rechtsbeginselen, zoals de *loyaliteit* van de bewijsvoering en het – er al dan niet van afgeleide - uitlokkingsverbod uitermate belangrijk zijn.

4.4.2. Strengere bewijsuitsluiting

BEWIJSUITSLUITING- In de praktijk zal bewijsuitsluiting waarschijnlijk de belangrijkste sanctie blijven voor onbehoorlijke handelingen tijdens de opsporing, ook bij het gebruik van bijzondere methoden. Vanwege het enorme praktische impact, bestaat er uitgebreide rechtspraak en rechtsleer over het onrechtmatig bewijs en zijn gevolgen¹⁴²³. Wij verwijzen graag naar de literatuur. De leer in België is dat het onrechtmatig bewijs en alle bewijselementen die eruit voortvloeien,¹⁴²⁴ moeten worden uitgesloten¹⁴²⁵. Dit betekent dat ze “waardeloos” zijn voor de beoordeling van de strafvordering door de rechter¹⁴²⁶. Die mag er niet op steunen. De bescherming van de verdachte tegen “onbetrouwbaar” bewijs is zeker niet het enige argument daarvoor. Zelfs indien de betrouwbaarheid van het bewijsstuk voor de waarheidsvinding als een paal boven water staat, moet het worden uitgesloten.

ONTRADING- Het lijkt dan ook geen twijfel dat de rechtspraak door bewijsuitsluiting politie en parket collectief wil sanctioneren. Hij rekent op het ontradend effect dat bewijsuitsluiting zal hebben op de speurders¹⁴²⁷. In België hanteert de rechtspraak daarom ook geen weging van de ernst, geen eis van belangenschade, of geen “Schutznormtheorie”. Volgens die theorie kunnen personen een inbreuk op een norm enkel inroepen als zij behoren tot de groep van personen wiens rechten die norm wil beschermen. Ook wanneer het niet de rechten of belangen van de verdachte zijn die bijvoorbeeld geleden hebben onder onrechtmatige opsporingsactiviteiten, kan deze de onrechtmatigheid opwerpen. Bij proactief en bijzonder opsporingswerk belandt immers vaak een niet-verdachte mee in het net van de opsporing en raken diens rechten of belangen geschonden. Het is bijvoorbeeld best denkbaar dat observatie van het huis van A onrechtmatig is, maar dat B toevallig bij A op bezoek komt en de observanten zodoende bezwarende

¹⁴²³ BOSLY, H., “La régularité de la preuve en matière pénale”, *J.T.* 1992, 121-128; DECLERQ, R., *Beginselen...*, *op.cit.*, 573-579; DE NAUW, A., “Les règles d’exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge”, *Rev.dr.pén.* 1990, 705-723; DE SMET, B., “De handhaving en relativering...”, *op.cit.*, 113-123 en 131-137; GOOSSENS, F., *Het onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: begrip en gevolgen*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 85 p.; HUTSEBAUT, F., “Het onrechtmatig bewijs en zijn gevolgen”, in: DUPONT, L. en SPRIET, B.(eds.), *Strafrecht voor rechtspractici*, IV, Publicaties van het Instituut voor Strafrecht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, K.U.Leuven, 1991, 47-94; TRAEEST, P., “De internationalisering van het bewijsrecht: over telefoontap en de eisen die aan in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden”, *Rec.Cass.* 1996, 142-150; VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 924-932.

¹⁴²⁴ Het gaat om een Belgische variant van de leer van het “fruit of the poisonous tree”: VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 926.

¹⁴²⁵ Cass. 12 maart 1923, *Pas.*1923, I, 233-234.

¹⁴²⁶ DECLERQ, R., *Beginselen...*, *op.cit.*, 578.

elementen bekomen tegen B. De observatie zou bijvoorbeeld het alibi van B in een andere zaak kunnen ontcrachten. De nietigheid van het proces-verbaal maakt het echter ook in de zaak tegen B onbruikbaar. Aangezien de observatie onrechtmatig is, moet de zaak behandeld worden alsof er geen observatie geweest zou zijn. Hadden zij wettig opgetreden, dan zouden de speurders ook niet over het bewijs tegen B beschikt hebben. De verregaande gevolgen moeten ervoor zorgen dat politie en gerecht zich onthouden van onrechtmatig gedrag. Hun onrechtmatig optreden kan, maar hoeft geen misdrijf te zijn. Ook de schending van een algemeen rechtsbeginsel¹⁴²⁸ of van de hierboven beschreven regels van evenredigheid van een opsporingsmethode kan een onrechtmatigheid opleveren¹⁴²⁹. Ons inziens blijft ook een als misdrijf omschreven feit van een dader die van een schulduitsluitingsgrond of een beslissende verschoningsgrond kan genieten, onrechtmatig. Dat betekent dat het eruit vloeiend bewijs ook onrechtmatig is¹⁴³⁰.

4.4.3. Relativering

PRIVE-ONRECHTMATIGHEID- België heeft gekozen voor een strenge toepassing van de bewijsuitsluiting, strenger dan in sommige van onze buurlanden¹⁴³¹. Toch heeft dat onze rechters niet belet met aantal “nuanceringen” de “besmetting” van het onderzoeksdossier door onrechtmatigheden in het bewijs indijken¹⁴³². Een eerste belangrijke uitzondering heeft betrekking op het (gebrek aan) oorzakelijk verband tussen de onrechtmatigheid en het optreden van de rechtshandhaving¹⁴³³. Het Hof van Cassatie vindt sinds 1990 dat de rechter een bewijsstuk niet moet uitsluiten wanneer het voortvloeit uit onrechtmatig handelen van een privépersoon buiten medeweten van de overheid en dat toevallig in handen van de rechtshandhaving terecht komt. Het ging in dit geval om door een privépersoon gestolen bezwarende documenten die door een derde aan de politie waren overhandigd¹⁴³⁴ of door deze laatste bij een huiszoeking werden aangetroffen¹⁴³⁵. In vroegere

¹⁴²⁷ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 698 en 925.

¹⁴²⁸ Een voorbeeld is bewijs verkregen met de miskenning van de menselijke eer en waardigheid of de intellectuele integriteit, bijvoorbeeld door narcoanalyse, amfetamine-shocks, elektroshocks of “waarheidsserum”. (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 932.)

¹⁴²⁹ Doordat “evenredigheid” en “loyauteit” met zoveel woorden in de wetteksten terecht komen, zullen de meeste gevallen van “onrechtmatigheid” meteen ook “onwettig” zijn.

¹⁴³⁰ Zie nochtans Cass.27 februari 1985, *Rev.dr.pén.* 1985, 694; *J.T.* 1985, 728 (*supra*).

¹⁴³¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 926; GOOSSENS, F., *op.cit.*, 60-61.

¹⁴³² VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 926-927; GOOSSENS, F., *op.cit.*, 61.

¹⁴³³ Vgl. DE SMET, B., “Handhaving en relativering...”, *op.cit.*, 134-135 met de daar gegeven voorbeelden. Zie ook TRAEEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 146.

¹⁴³⁴ Cass.17 januari 1990, *R.W.*1990-91, 463-464, noot L.HUYBRECHTS.

¹⁴³⁵ Cass.17 april 1991, *Rev.dr.pén.* 1992, noot C.DE VALKENEER.

Cassatierechtspraak heeft het Hof de hoedanigheid van de bewijsverwerver irrelevant geacht¹⁴³⁶, doch toen ging het om een geval waarin de particulier de onrechtmatigheid wel degelijk had begaan met de bedoeling om het resultaat in een strafprocedure te gebruiken¹⁴³⁷. Rechtsleer leidt uit deze Cassatie-arresten - *a contrario* - af dat “door de aangever onrechtmatig verkregen bewijs niet mag worden gebruikt”¹⁴³⁸. Het arrest past in de logica van de bewijsuitsluiting omdat de rechter de overheid niet kan aanmoedigen tot respect voor de regels door haar te sanctioneren voor een onrechtmatigheid waar ze niets mee te maken heeft. Commentatoren hebben evenwel gewezen op het gevaar dat mensen uit politie of gerecht de regel gaan misbruiken¹⁴³⁹. Zij kunnen de bewijsverzameling “uitbesteden” aan privéspeurders of informanten¹⁴⁴⁰ of kunnen toevallige ontdekkingen “ensceneren”. In de voorbije jaren hebben verdachten en hun raadslieden de politie herhaaldelijk dergelijk “witwassen van onrechtmatig bewijs” verweten. In het zogenaamde KB-Lux-dossier is er zelfs een klacht neergelegd bij het Comité P.

AANGIFTE EN BEWIJS- De tweede uitzondering die de schadelijke weerslag van onrechtmatigheden op de vervolging relativeert, is het onderscheid dat het Hof van Cassatie maakt tussen aangifte en bewijs. De onrechtmatigheid kan tot gevolg hebben dat een stuk of element niet als bewijs kan dienen, doch dat neemt niet weg dat de aangifte geldig blijft. Politie en justitie kunnen dus verder speuren om op rechtmatige wijze bewijzen te verzamelen. Deze rechtspraak heeft een lange voorgeschiedenis. Zo besliste het Hof van Cassatie al in 1977 dat geen enkele wetsbepaling de strafrechter verbiedt zijn overtuiging te baseren op verklaringen van getuigen die zelf een misdrijf hebben gepleegd¹⁴⁴¹. Het ging in dat geval om een burgergetuige. In de jaren tachtig neemt de rechtspraak echter een vergelijkbaar standpunt in bij infiltratie, waar het wel degelijk om politiemensen gaat (*supra*)¹⁴⁴².

¹⁴³⁶ Vandaar dat het arrest in 1990 voor verrassing zorgt, aldus TRAEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 145 en *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 350-352.

¹⁴³⁷ GOOSSENS, F., *op.cit.*, 195 met verwijzing naar Cass.29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272-274.

¹⁴³⁸ TRAEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 146.

¹⁴³⁹ DE SMET, B., “Handhaving en relativering...”, *op.cit.*, 136; TRAEST, P., “De internationalisering...”, 147; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 927.

¹⁴⁴⁰ DE CORTE, T. en VAN LAETHEM, W., *Grijze politie*, *op.cit.*, 40. Ook “uitbesteding” aan geheime (inlichtingen)diensten kan hetzelfde gevolg hebben.

¹⁴⁴¹ Cass. 17 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 23-25.

¹⁴⁴² “Het enkel feit dat de verbalisanten zich bij het vaststellen van een misdrijf schuldig zouden gemaakt hebben aan een strafbaar feit of eraan zouden deelgenomen hebben, niet tot gevolg heeft dat hun vaststellingen nietig zijn, voor zover het gebruikt opsporingsmiddel niet is aangetast door nietigheid” (Cass.27 februari 1985, *Rev.dr.pén.* 1985, 694; *J.T.* 1985, 728.)

Ook recentere rechtspraak laat Belgische onderzoekers toe hun speurwerk aan te vatten, zelfs als de oorspronkelijk aangifte door buitenlandse politie afkomstig was uit onrechtmatige handelingen¹⁴⁴³. Vooraanstaande commentatoren staan nogal kritisch tegenover deze Cassatierechtspraak. Het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatigheid en het uiteindelijke resultaat van de strafvordering vormt het hart van hun kritiek. Zij vinden dat de overheid niet mag profiteren van een ernstige inbreuk op haar eigen regels¹⁴⁴⁴, zelfs niet indien die door een privépersoon is gepleegd¹⁴⁴⁵. Wanneer de fout gemaakt is door een (buitenlandse) collega-ambtenaar zou dat *a fortiori* niet mogen¹⁴⁴⁶. Volgens de critici bestaat er dan immers een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatigheid en het bewijs. De schade aan integriteit en “fairness” is volgens Traest en De Smet “*even groot wanneer Openbaar Ministerie of politie zelf onrechtmatige opsporingen verrichten dan wel profiteren van bewijsgegevens die door derden onrechtmatig zijn verkregen*”¹⁴⁴⁷. Daarnaast waarschuwen zij ervoor dat ook het onderscheid tussen aangifte en bewijs erg subtiel is en dat de rechters blijkbaar de neiging vertonen het oorzakelijk verband tussen beide ten onrechte te negeren. Traest stipt bijvoorbeeld aan dat wanneer een onrechtmatige aangifte door een politie-ambtenaar de bewijsvoering “oriënteert”, er wel degelijk een oorzakelijk verband bestaat tussen onrechtmatigheid en bewijs¹⁴⁴⁸. Over het algemeen lijkt de trend er dus een van relativering van de bewijsuitsluiting, doch er bestaan ook andere beslissingen waarbij de onrechtmatige gedragingen van verbalisanten net wel tot bewijsuitsluiting leiden¹⁴⁴⁹. Er bestaat dus behoorlijk wat verwarring¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴³ TRAEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 145 en de bijhorende rechtspraak.

¹⁴⁴⁴ TRAEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 147.

¹⁴⁴⁵ GOOSSENS, F., *op.cit.*, 49.

¹⁴⁴⁶ TRAEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 147.

¹⁴⁴⁷ TRAEST, P., Het bewijs in strafzaken, *op.cit.*, 351; DE SMET, B., “Handhaving en relativering...”, *op.cit.*, 136.

¹⁴⁴⁸ TRAEST, P., “De internationalisering...”, *op.cit.*, 147. Het onderscheid kan dus niet zonder enig voorbehoud aangenomen worden (*Ibidem*, 150). Instemmend: VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 927. Ook allesbehalve positief: KUTY, F., “Doit-on admettre avec la Cour de cassation que “la circonstance que le dénonciateur d’une infraction en a eu connaissance en raison d’une illégalité n’affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité?””, *J.L.M.B.*1998, 489-501.

¹⁴⁴⁹ Bijvoorbeeld Cass. 13 mei 1986, *Rev.dr.pén.* 1986, 905 met conclusies A.-G. J.DU JARDIN.

¹⁴⁵⁰ Kritisch over de beperking van procedurele sanctiemechanismen : DE NAUW, A., “De hantering van de begrippen ‘belang’ en ‘normdoel’ bij de toepassing van de nietigheidssanctie wegens niet-naleving van de regels uit het strafprocesrecht”, in: X, *De norm achter de regel, wet, doel en algemene rechtsbeginselen, Hommage aan Marcel Storme*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 101-119.

4.4.4. De sloophamer: onontvankelijkheid van de strafvordering

ALLEEN WANNEER IN DE KNOP AANGETAST- De onontvankelijkheid van de vervolging is in de Belgische strafrechtspraktijk de zwaarste sanctie voor vormverzuimen. De meningen over welke gebreken in de strafprocedure de nietigheid van het hele onderzoek rechtvaardigen, zijn verdeeld. Sommigen geloven dat deze sanctie alleen gepast is wanneer de *initiële procesakte of de eerste schakel in de procedure* door nietigheid is aangetast¹⁴⁵¹. Het voorontwerp Bosly kan als voorbeeld dienen. Dat liet allerlei gevoelige opsporingsmethoden slechts toe na een voorafgaande schriftelijke toestemming van een magistraat, die, op straffe van nietigheid, allerlei gegevens moest bevatten. Op één dergelijke toelating (voor een grootscheeps proactief onderzoek bijvoorbeeld) kunnen daarna talloze andere procedurehandelingen (huiszoekingen, aanhoudingen, verhoren, ...), opgesplitst over talloze gerechtelijke onderzoeken, voortbouwen. Als die oorspronkelijke toelating nietig was, zijn alle strafvervolgingen die er uit voortvloeien, onontvankelijk. Wanneer het onderzoek evenwel regelmatig begonnen is en er ergens in de loop van het verdere onderzoek een onregelmatigheid gebeurt, zou onontvankelijkheid een te zware sanctie zijn en moet bewijsuitsluiting volstaan.

OOK BIJ MISKENNING WEZENLIJKE BEGINSELEN- Toch wint de opvatting veld dat ook fouten later in het strafonderzoek tot onontvankelijkheid kunnen leiden wanneer *wezenlijke beginselen* zijn miskend. Deze fout zou dan dermate zwaar wegen dat de rechter de hele procedure voor "besmet" moet houden. Cassatie laat de beslissing over aan de feitenrechters¹⁴⁵². Zo verklaarde het Hof van Beroep van Antwerpen een strafvervolging onontvankelijk omdat in de loop van een nochtans regelmatig gestart strafonderzoek het zwijgrecht van de verdachten met voeten was getreden. Onontvankelijkheid slaat als een sloophamer heel het onderzoek aan diggelen, zodat vele commentatoren vinden dat er niet te kwistig mee mag worden omgesprongen. Zij vrezen dat de rechtsbescherming van de verdachte onevenredig groot is in verhouding tot het belang van een efficiënte rechtshandhaving en dat van slachtoffers¹⁴⁵³.

UITLOKKING- Nochtans is onontvankelijkverklaring in de loop de jaren uitgegroeid tot de typische sanctie bij uitlokking door overheidsagenten. Volstaat dan nietigheid

¹⁴⁵¹ DE NAUW, A., "Les règles d'exclusion...", *op.cit.*, 722.

¹⁴⁵² Kritisch hierover: DE NAUW, A. en VANDEBOTERMET, M., "Het ritueel bad...", *op.cit.*, 399; DE SMET, B., "Handhaving en relativering...", *op.cit.*, 137.

¹⁴⁵³ DE SMET, B., "Handhaving en relativering...", *op.cit.*, 138.

van de bij die uitlokking gedane vaststellingen als sanctie?¹⁴⁵⁴. Dan zou het mogelijk blijven dat de rechter het uitgelokte misdrijf niettemin bewezen verklaart op grond van andere bewijselementen die geen enkel verband vertonen met de uitlokking. De rechtspraak is met volle ruggensteun van de rechtsleer resoluut een andere weg ingeslagen en sanctioneert dezer dagen uitlokking bijna steeds met onontvankelijkheid. De dominante rechtsleer zegt (*supra* §3, 3.4.2.) dat uitlokking het beginsel van een behoorlijke strafprocedure miskent en zo de hele procedure besmet. Dat past in de moderne, expansieve toepassing van de onontvankelijkheid. Zelfs wie eerder terughoudend is en de onontvankelijkheid wil beperken tot gevallen waarin nietigheid de initiële schakel van de procedure aantast, mag geen probleem hebben met deze sanctie bij uitlokking van een misdrijf¹⁴⁵⁵. Uitlokking is immers een typevoorbeeld van een dergelijke situatie¹⁴⁵⁶.

4.4.5. Besluit procedurele sanctionering

EENSGEZINDHEID VERBERGT VERWARRING- Onregelmatigheden in de opsporing worden nog steeds afgestraft door "procedurele sancties" in de strafprocedure tegen het "doelwit" van die opsporingsactiviteit. Over de grote lijnen lijkt er grote overeenstemming te bestaan en er liggen ook geen voorstellen voor wetgevende ingrepen op tafel. Onrechtmatig bewijs mag in beginsel niet gebruikt worden, evenmin als daaruit voortkomend bewijs. Op de uitdeining van de uitsluitingsregel volgde echter, in een slingerbeweging, een terugschroeven, een relativeren ervan. De rechtsleer leeft zich met scherpe pen uit op de moeilijkheden van de rechtspraak om de grenzen van de bewijsuitsluiting vast te leggen. Het gevolg is dat het hele stelsel van sancties voor "procedurefouten" (nietigheden), in de woorden van één van de weinigen die er nog zicht op heeft (professor De Smet) een "*vrijwel niet te ontwarren kluwen*" is geworden¹⁴⁵⁷. Inmiddels zit de zwaarste sanctie, de absolute onontvankelijkverklaring van de strafvordering, ook in de lift. Toch lijkt alleen in gevallen van uitlokking, iedereen het eens met de toepassing ervan.

¹⁴⁵⁴ Dat leek de teneur in de vroegere rechtsleer, die schreef dat uitlokking door een overheidsagent tot vrijspraak "*bij gebreke aan wettig bewijs*" (VANHOUDT, J. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 497.) moet leiden.

¹⁴⁵⁵ DECLERCQ, R., *op.cit.*, 579; VERSTRAETEN, R., "Opsporingsmethoden...", 622; DE NAUW, A., "Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten", *op.cit.*, 643; bijvoorbeeld Bergen 5 mei 1992, *Rev.dr.pén.* 1992, 890 met noot C.DE VALKENEER.

¹⁴⁵⁶ DE SMET, B., "Handhaving en relativering...", *op.cit.*, 137.

¹⁴⁵⁷ DE SMET, B., "Handhaving en relativering...", *op.cit.*, 139.

4.5. Besluit

NIET BIJZONDER- Het bijzondere van proactieve opsporing van misdrijven en van sommige opsporingsmethoden heeft in België niet geleid tot bijzondere controle- of sanctioneringsmechanismen. Integendeel, beleidsinstanties, rechtspraak en rechtsleer hameren op de rol en verantwoordelijkheid van de gewone controleinstanties en vooral van de magistratuur. Kunnen zij die controle effectief waarmaken? Dat hangt eigenlijk af van de grenzen van het beroepsgeheim, die niet duidelijk vastliggen. Art. 458 Sw. biedt immers niet veel houvast. Alle voorstellen voor een regeling van de opsporingsmethoden voorzien uitgebreide verplichtingen voor de politie tot rapportering aan de magistratuur. Politiepersonen zullen geen geheimen meer mogen hebben voor het Openbaar Ministerie en volgens het voorontwerp Bosly en de aanbevelingen van de POC-GC ook niet voor de onderzoeksrechter. Vele inlichtingen zouden verplicht in een proces-verbaal moeten worden opgenomen. Dat zou een degelijke controle door de feitenrechter, na tegenspraak door de verdediging, mogelijk moeten maken. Wanneer de opsporingshandelingen niet op strafzaken uitlopen, moet deze controle natuurlijk binnen de rechtshandhaving zelf gebeuren. De verplichting om mensen die heimelijk geobserveerd werden of tegen wie een infiltratie is opgezet in te lichten, zou daartoe moeten bijdragen, al blijkt uit het voorontwerp Bosly niet hoe. Op het vlak van de sancties blijft alles bij het oude. Wie zich bij de handhaving van het strafrecht niet aan de regels houdt, riskeert strafrechtelijke en/of tuchtrechtelijke sancties. Daarenboven rekent het systeem ook op de ontradende kracht van procedurele sancties. De bewijsuitsluiting blijft de belangrijkste sanctie. Daarvoor moet het wel duidelijk zijn of een betwiste handeling inderdaad onrechtmatig is. Hier en nu valt die vraag bij gebreke aan wettelijke regeling van de opsporingsmethoden meestal niet te beantwoorden. Voor verregaande onbehoorlijkheden, met uitlokking van misdrijven door overheidsagenten als schoolvoorbeeld, staat de zwaarste sanctie open: de totale onontvankelijkverklaring van de strafvordering.

§5. Besluit

REGULARISATIE BESTAANDE VERSCHUIVING- De Belgische beleidsinstanties lijken volledig gevonden voor een verschuiving in de aanpak van criminaliteit: van reactief met klassieke, naar proactief met bijzondere methoden. Er werden pragmatisch al - onvolledige - normen uitgewerkt door de rechtspraak en door

geheime omzendbrieven. Nu wordt getracht de door iedereen als onmisbaar beschouwde wetgeving uit te werken.

PROACTIEVE RECHERCHE- Als eerste stap nam de wetgever het begrip "proactieve recherche" in het Wetboek van Strafvordering op. Politiepersonen mogen proactieve recherche uitvoeren, maar enkel met toestemming van de magistratuur, die de leiding krijgt en bij al haar beslissingen over een aantal grondrechten en rechtsbeginsels moet waken. Daarbij kunnen ook bijzondere opsporingsmethoden worden ingezet.

BIJZONDERE OPSPORING- Vanzelfsprekend worden deze methoden ook bij reactief speurwerk toegelaten, opnieuw onder leiding en gezag van de magistratuur en mits een aantal strenge voorwaarden. Het voorontwerp Bosly dat de basis moest vormen voor toekomstige wetgeving inzake bijzondere opsporingsmethoden, bleef eigenlijk beperkt tot drie methoden: het gebruik van informanten, langdurige visuele observaties of observaties waarbij technische middelen gebruikt worden die indringing in het privéleven meebrengen en infiltratie.

GRENZEN- Uitlokking blijft absoluut taboe. Het verbod voor speurders om bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden gedragingen te stellen die als misdrijf omschreven zijn, is niet zo absoluut. Soms krijgen zij daarvoor toch de toestemming. Bosly beperkte die toestemming wel tot infiltranten; observanten of informanten konden volgens zijn voorontwerp niet rekenen op straffeloosheid. Hoe deze "toegelaten criminaliteit bij infiltratie" dogmatisch moet worden gecatalogeerd, is onduidelijk. Het lijkt het de bedoeling dat een *rechtvaardigingsgrond* zou worden ingevoerd.

CONTROLE EN SANCTIONERING- De controlemechanismen bij de "nieuwe aanpak" zijn dezelfde als bij de oude, al kan hun praktische toepassing door de "eigen-aardigheid" ervan wel eens problemen opleveren. Ook de sancties waarvoor België kiest, veranderen niet: strafrechtelijke, tuchtrechtelijke en bewijsrechtelijke. De zwaarste procedurele sanctie, de onontvankelijkheid van de strafvordering, blijft voorbehouden aan strafprocedures die van in hun oorsprong aangetast zijn door een onrechtmatigheid of waarbij in de loop van de procedure fundamentele rechten of beginselen onherstelbaar miskend werden door de onderzoekers.

HOOFDSTUK 5. Persoonlijke beoordeling

"Is het een vooruitgang wanneer een kannibaal met mes en vork eet?"

(S.Lec)

INLEIDING- In dit laatste Hoofdstuk is het tijd voor een evaluatie van de gemaakte keuzes. Dit keer is dat extra moeilijk, omdat de wetgeving over proactieve en bijzondere wetgeving nog verre van klaar is.

§1.Proactieve opsporing

1.1.Begripsverwarring

MODEWOORD- Proactiviteit is een modewoord. Het heeft een positieve bijklank, want "pro" duidt steeds op iets positief en ook "actief" heeft in onze westerse wereld gunstige connotaties. Woorden als "contra" of "passief" verkopen minder goed. Voor zover wij weten, komt het woord uit de V.S.¹⁴⁵⁸. Daar wilde men ermee aangeven dat de onderzoeker bij bepaalde criminele activiteiten niet gewoon kon blijven zitten en slechts reageren op wat er gebeurde. Actief zijn volstond niet, hij moest actief *inwerken* op de "mogelijke, waarschijnlijke criminelen" om zo hun criminele intenties of activiteiten bloot te leggen. Dan pas kon men hen bestraffen. Met "proactief" stellen we opnieuw¹⁴⁵⁹ vast dat het begrip in België steeds vaker opduikt, maar dat de inhoud of het nut ervan helemaal niet duidelijk zijn. "Proactiviteit" blijkt ongeveer evenveel interpretaties te kennen als mensen die het begrip gebruiken. In Nederland, waar men waarschijnlijk meer dan om het even waar in Europa over het begrip heeft gedebatteerd, beklagen auteurs zich erover dat de term "pro-actief" is *"verwaterd tot een vaag en modieus begrip dat naargelang de context en de gebruiker een andere betekenis heeft. Erg is dat niet, zo lang wordt aangegeven wat me er precies mee bedoelt. Jammer genoeg ontbreekt het daar nogal eens aan en soms –dan wordt het echt pijnlijk- lijkt men ook zelf niet precies te beseffen waar me het over heeft."*¹⁴⁶⁰ Niets uit het Belgisch debat wijst erop dat het hier beter zou gaan¹⁴⁶¹. Wij weten ondanks de geheime omzendbrief, art.28bis Sv., het

¹⁴⁵⁸ Zie ook: REIJNTJES, J., "Boekbespreking Het politieel vooronderzoek in strafzaken. Over sturing en toetsing van de pro-actieve opsporing", *Delikt en Delinkwent* 1995, 977.

¹⁴⁵⁹ Een vaststelling die we ook bij begrippen als "georganiseerde criminaliteit" de eraan gekoppelde "criminele organisatie" hebben gedaan.

¹⁴⁶⁰ REIJNTJES, J., "Boekbespreking...", *op.cit.*, 977-978 die verwijst naar de auteur NAEYE.

¹⁴⁶¹ Overall kampt men trouwens met dit probleem. In hun inleiding op een boek over proactieve policing schrijven FIELD en PELSER m.b.t. politietechnieken die aangeduid worden met "covert, proactive, 'intelligence-led' or technological policing" : "As yet, there is no

voorontwerp Bosly en het eindrapport van de POC-GC nog altijd niet of proactief nu slaat op een houding bij de politie en gerecht, een tijdsfase in het verloop van een onderzoek, een synoniem voor inlichtingenwerk zonder verdenking van een misdrijf of een vorm van preventieve bestraffing.

PERSPECTIEF- Het begrip “proactiviteit” wijst meestal op een houding, een instelling bij iemand, namelijk iemand die zelf initiatieven neemt, liever dan louter af te wachten en te reageren op de initiatieven van anderen. In de verhoudingen tussen mensen bestaat er meestal *inter*-actie, wederzijdse beïnvloeding waarbij het niet altijd van belang is wie het eerst bewogen heeft. Het begrip “proactiviteit” duikt daarom meestal op in situaties waar een partij normalerwijze, uit gewoonte, luiheid, traditie, wettelijke voorschriften of welke reden ook een passieve houding placht in te nemen. Vroeger was er pas een misdrijf als een concreet rechtsgoed was beschadigd. Nu komt de strafwetgever veel vroeger tussen en maakt hij gedragingen strafbaar wegens het risico op schade aan abstracte rechtsgoederen dat zij meebrengen, precies omdat hij niet wil wachten op de schade maar ze voorkomen (*supra*, Deel II). Het strafrecht weerspiegelt gewoon de algemene tendens in onze maatschappij om schade als “beslissingscriterium” in te ruilen voor “risico” en “gevaar”. Het proactief optreden vormt de logische weerspiegeling op handhavingsvlak van deze verschuiving. Precies omdat het over een brede tendens in de hele maatschappij gaat, waarschuwen vele auteurs dat de deelnemers aan het debat over “proactiviteit” het juiste perspectief zouden behouden en zich niet blindstaren op deelaspecten ervan. Louter als voorbeeld kunnen we verwijzen naar de Franse socioloog Bigo, die beklemtoont dat proactiviteit niet te sterk gekoppeld mag worden aan het werk van de overheid. Aan de hand van voorbeelden uit de verzekerings- en kredietverleningssector toont hij aan dat op dit moment de overheid als het ware “achterloopt” op de privésector¹⁴⁶². Daarnaast waarschuwt hij ervoor om proactiviteit en bijzondere opsporingsactiviteiten niet te verwarren. De gezamenlijke behandeling van beiden door vele commentatoren heeft te maken met historische toevalligheden van het wetenschappelijk onderzoek. Ze mag niet leiden tot overschatting, noch van het belang van geheimhouding, noch van dat van dekmantelpraktijken. Daarmee

apparent agreement amongst researchers as to terminology.” (FIELD, S. en PELSER, C., *op.cit.*, 8)

¹⁴⁶² BIGO, D., “La recherche proactive et la gestion du risque”, *Déviance et Société*, 1997, 426; op dezelfde lijn: HOOGENBOOM, B., “Over de betrekkelijkheid van het debat over de opsporingsmethoden...”, *op.cit.*, 570-593; “Sun Tzu goes electronic: The changing nature of proactive methods in (criminal) intelligence”, in: FIELD, S. en PELSER, C., *op.cit.*, 163-179 (met onder meer voorbeelden van mogelijke bronnen)

zou men uit het oog verliezen dat talloze vormen van proactieve controle in volledige openheid gebeuren, aan de hand van profielen, “early-warning”-systemen of zwarte lijsten. Het verzamelen, vroeger van vingerafdrukken en dezer dagen van DNA-profielen in gegevensbanken¹⁴⁶³, vormt een typisch voorbeeld daarvan. De concrete vingerafdruk of het DNA-spoor kan vrij snel vergeleken worden met de profielen van een immense groep mensen (duizenden, als het moet miljoenen) die onmogelijk als “verdachten” in de klassieke zin kunnen worden bestempeld. Daarenboven heeft de de evolutie van de informatiemaatschappij ervoor gezorgd dat er eigenlijk een “overvloed” aan inlichtingen bestaat, zonder dat daarvoor noodzakelijk moet worden teruggevallen op dekmantelpraktijken. We willen daarom beklemtonen dat in de discussie over “proactieve opsporing” in België, zelden wordt stilgestaan bij de talloze registratie- en meldplichten die de wetgever aan privépersonen en -sectoren oplegt. Soms is het uitdrukkelijk de bedoeling dat strafonderzoekers er gebruik van zouden kunnen maken, meestal is het een welgekomen (voor de politie althans) neveneffect¹⁴⁶⁴. Een laatste vergissing¹⁴⁶⁵, die ons inziens het debat in België onmiskenbaar kakafonisch maakt, is dat onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen “proactieve aanpak” en strafprocedure.

INLICHTINGENWERK- Dat blijkt uit het rapport van de POC-GC. Die haspelt bijvoorbeeld “*proactivité*” als algemene filosofie in de organisatie van het politiewerk en één specifieke variant daarvan, proactieve opsporing van misdrijven, voortdurend door mekaar. De politiediensten beschouwen bijvoorbeeld het idee van “*community policing*”, waarbij de agenten het contact met de bevolking trachten te herstellen of verbeteren, om zo de problemen van overlast en criminaliteit gerichter aan te pakken, als een voorbeeld van “proactief werk”¹⁴⁶⁶. De politie wil dus op eigen initiatief op zoek gaan naar problemen. Het kan om zwerfvuil gaan, om graffiti, nachtlawaai, hondenpoep of gevaarlijk verkeer. Eén – minder zichtbaar - probleem kan ook zware of georganiseerde criminaliteit zijn. Om vast te stellen welke de dringendste

¹⁴⁶³ Art.90undecies Sv. Cfr. MEESE, J., "Een eerste commentaar bij de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken", *R.W.* 1999-2000, 1041-1052, vooral 1044 en 1050-1051.

¹⁴⁶⁴ Passagierslijsten op vliegtuigen of schepen kunnen *bijvoorbeeld* verplicht worden om identificatie bij rampen mogelijk te maken. Doch dat ze niet onmiddellijk na het veilig aankomen van de boot of het vliegtuig vernietigd moeten worden, wijst erop dat zowel de transportmaatschappijen als de overheid hen ook wel voor andere doeleinden nuttig achten.

¹⁴⁶⁵ In een meer sociologisch-filosofische bedenking waarschuwt Bigo ook dat een discussie over “proactief beleid” zich niet mag vernauwen tot de (op zich wel belangrijke) verhouding tussen technologische mogelijkheden van informatievergaring en –verwerking enerzijds en persoonlijke levenssfeer. Hij gaat om de meer algemene “herdenking” van maatschappelijke controlemechanismen, de maatschappij als “risicobeheerder”.

problemen zijn en hoe ze kunnen worden opgelost, gaat de politie op zoek naar informatie: zij wil zoveel mogelijk weten wat er leeft, zij wil de mensen kennen. Of en hoeveel informatie de politie daarbij opslaat en of zij dat openlijk dan wel stiekem doet, verschilt van geval tot geval. Dit “inlichtingenwerk” omvat zowel doordeweekse gegevens (wie woont waar sinds wanneer) als uitermate gevoelige inlichtingen. In Hoofdstuk 2 hebben we gezegd dat elk stukje “informatie” mogelijk later van pas kan komen. De vragen zijn wie de informatie *inwint*, hoe ze wordt *opgeslagen*, wanneer en waarvoor ze wordt *gebruikt*. De wetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens steunt op het beginsel van “doelgebondenheid”, wat betekent dat gegevens uitsluitend mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn ingezameld. Nochtans levert de combinatie van gegevens uit verschillende bronnen net “toegevoegde waarde” op bij informatieverwerking. Zo bestaan er betrouwbare gegevens bij de kabelmaatschappijen over wie er kabeldistributie heeft. Het doel van deze gegevensverwerking is vanzelfsprekend de dienstverlening en betaling. De belastingadministratie weet echter niet precies wie een T.V.-toestel heeft. Zij kent alleen wie zelf zegt dat hij er een heeft. Vandaar dat de wetgever de Administratie van Kijk- en Luistergeld toegang geeft tot de bestanden van de kabelmaatschappijen. De belastingsinspecteurs kunnen zich dan richten op personen die wel aangesloten zijn op de kabeldistributie, maar tegen de belastingsdienst zeggen geen T.V. te hebben. In andere smokkel- of fraudegevoelige sectoren, zoals de (internationale) handel in zwaar getaxeerde producten, zal de “risico-analyse” gebeuren op basis van meer gegevens uit meer bronnen (databanken met gegevens over verzender, oorsprong, bestemming, gevolgde routes, tussenpersonen, fiscale precedentes, ...). Het doel van die activiteit is echter niet de handhaving van het strafrecht, maar van het belastingsrecht. Pas wanneer bij de controle-activiteiten echt de verdenking van een ernstig misdrijf ontstaat, verandert het doel van de gegevensverwerking en begint de “opsporing”.

OPSPORING- Opsporing is verzameling, opslag en verwerking van gegevens met het oog op de handhaving van de strafwet. Typisch voor proactieve criminaliteitsbestrijding is dat zij niet start met *feiten* die onmiddellijk als vermoedelijk misdrijf herkenbaar zijn (*supra*, Hoofdstuk 2). Integendeel, zij richt zich op *personen* waarvan mensen (bijvoorbeeld politiemensen) vermoeden dat zij misdrijven plegen. Vervolgens worden systematisch inlichtingen over die personen ingewonnen, worden zij eventueel benaderd om hen op heterdaad te kunnen betrappen of om anderszins

¹⁴⁶⁶ Cfr. SCHUYT, C., “Proactieve rechtspleging”, *Delikt en Delinkwent* 1998, 738.

bewijzen tegen hen te verzamelen. De strafvervolging vormt echter slechts één van de vele mogelijke manieren waarop overheden op criminaliteit kunnen reageren. De POC-GC besloot zelf dat bestraffing van individuen als reactie op vastgestelde misdrijven op lange termijn onvoldoende is en dat ook andere maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit nodig zijn. Die andere maatregelen, vaak preventief of beveiligend genoemd, moeten het strafbeleid flankeren of steunen. Zo heeft het bestuur talloze economische activiteiten aan allerlei administratieve verplichtingen onderworpen. Het weigeren van vergunningen, het uitsluiten van aanbestedingen, het strikt inspecteren van de naleving van reglementen, zij passen allemaal in de “aanpak op alle fronten”. Dat schept natuurlijk het risico van “vermenging” van de verschillende informatiestromen. Zo ontslaat een lopend strafrechtelijk onderzoek naar oplichting en bedrog betreffende voedingswaren het bestuur niet van de plicht tegelijkertijd maatregelen te nemen ter bescherming van de volksgezondheid. Het kan daarvoor informatie uit het strafdossier nodig hebben. Anderzijds moet vermeden worden dat de strafbedreiging de "schuldige" betrokkenen ervan zou doen afzien spontaan nuttige inlichtingen over te maken aan de overheid die deze dan kunnen helpen bij de bescherming van de volksgezondheid¹⁴⁶⁷.

NIET NIEUW- Art.29 Sv. bevat al een algemene aangifteplicht voor ambtenaren en “gestelde overheden” die in de uitoefening van hun ambt kennis krijgen van misdrijven. Gelet op de omvang van het overheidsapparaat in onze maatschappij gaat het om een groot aantal personen. Nog sterker is art.30 Sv. dat een aangifteplicht voorziet voor iedereen die getuige is van een “*aanslag*” tegen openbare veiligheid, leven of eigendom”. Een dergelijke verplichting bij te dragen aan de opsporing vormt ons inziens een klassiek voorbeeld van “proactieve” opsporing. Helaas voor de politie kennen de meeste mensen art.30 Sv. niet en hoe dan ook bevat het artikel geen sanctie.

¹⁴⁶⁷ Misschien wel het bekendste voorbeeld om de problematiek van doelgebonden gegevensstromen te illustreren, is dat van de principiële scheiding tussen fiscale en strafrechtelijke gegevens. Belastingontduiking is een misdrijf en illegale handeltjes zullen - omdat ze clandestien gebeuren - bijna altijd meteen ook de fiscus tekort doen. Het doelgebondenheidsbeginsel vormt bij fiscaal-strafrechtelijke gegevens steeds een hekel punt, zowel naar interne Belgische verhoudingen als in internationale samenwerking: ROZIE, M., "Het gebruik van de resultaten van een fiscaal controle-onderzoek in een fiscaalstrafrechtelijk onderzoek", in: ROZIE, M. (ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 1-8 en DE HERT, P., "Internationale samenwerking inzake fiscale delicten en verbeurdverklaring voor en na Schengen", *ibidem*, 55-176.)

1.2. De keuze van de Belgische wetgever

N HET WETBOEK- De Belgische wetgever heeft ervoor gekozen om het begrip “proactieve recherche” in het Wetboek Strafvordering op te nemen. Sommige parlementsleden vinden dat op zichzelf al een reden om zich op de borst te kloppen. De formulering van art.28bis, §2 Sv. is helaas geen staaltje van helderheid. Het staat vast dat proactieve recherche “*het opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van inlichtingen*” is. Doch het staat natuurlijk net zo goed vast dat niet alle “inlichtingenwerk” proactieve recherche is¹⁴⁶⁸. Welke bijkomende kenmerken maken dan het verschil? De wet heeft het over nog twee elementen, een doel en een vermoeden van ernstige misdrijven, doch het is geenszins duidelijk wat de functie van die vermeldingen is. Behoren zij beide tot de omschrijving van proactieve recherche? Of gaat het om regels waaraan die moet voldoen? Of om een drempel vooraleer proactieve recherche kan beginnen?

DREMPEL?- Bekijken we eerst het vermoeden. Volgens de wetgever gebeurt het verzamelen, registreren enz. “*op grond van*” een redelijk vermoeden¹⁴⁶⁹. Hoe moeten we echter met dat “*op grond van*” begrijpen? Op het eerste gezicht lijkt het de bedoeling van de wetgever te zijn daarmee een grens (drempel) te stellen. Dan zou *pas wanneer* iemand een vermoeden heeft “*dat er te plegen of reeds gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten*” in de zin van 90ter Sv. zijn, mogen worden begonnen met het opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van gegevens. Of anders gezegd: het is verboden gegevens op te sporen, te verzamelen, te verwerken enzovoort, zolang er geen vermoeden bestaat van een misdrijf in de zin van 90ter Sv. Dat schreef ook de POC-GC, die daarin een “*duidelijke grens*” zag¹⁴⁷⁰, vergeleken met de vroegere grenzen “*die zo vaag waren dat ze alleen aanleiding konden geven tot ongerustheid*”. Wanneer we daar even bij stilstaan, sijpelt langzaam het besef door dat dit goedverpakte onzin is. Het vermoeden kan immers slechts het resultaat zijn van “*verwerkte gegevens*”, van

¹⁴⁶⁸ De POC-GC haalde zelfs de rijkswacht aan waar het “*uitvoeren van proactieve recherche*” figureert tussen andere objectieven als “*follow-up van de omvang, de aard en de ernst van een fenomeen*”, verbetering van de doeltreffendheid van de reactie van overheid en politie op een fenomeen, coördinatie en het “*uitvoeren van een preventieve projectmatige aanpak van een fenomeen*”. (POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 436.)

¹⁴⁶⁹ “Redelijk” lijkt ons een overbodige want vanzelfsprekende toevoeging, maar misschien wil de wetgever hier de Amerikaanse “*reasonable suspicion*” vertalen.

¹⁴⁷⁰ “*Le texte [art.28bis§§2 en 3] précise tout d’abord qu’une recherche proactive ne pourra être mise en oeuvre que: (...) s’il existe des données objectives permettant de créer une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus*” en nog twee ander voorwaarden voldaan zijn (type misdrijven en doel gegevensverzameling).

analyse van aanwijzingen, ongerijmdheden, geruchten, speurdersinstincten, hoe men het ook noemen wil. De POC-GC had het zelf over de vereiste “*données objectives permettant de créer une suspicion*”. De cirkelredenering is daarmee compleet: alle inlichtingenverwerking is verboden, tenzij ze steunt op voorafgaande inlichtingenverwerking. Dat is het wetgevend equivalent van de “Kretenzer die zegt dat alle Kretenzers altijd liegen”¹⁴⁷¹. Voorafgaand aan proactieve recherche bestaat er dus vanzelfsprekend ook al verzameling en verwerking van inlichtingen¹⁴⁷². Alleen maakt die nog geen deel uit van het “opsporingsonderzoek”. Een gewone wijkagent die rondkijkt en meldt wat hem is opgevallen, controleert, maar spoort niet op. Het gaat typisch om administratief politiewerk, niet om gerechtelijk werk. Doch die wijkagent zal ook “verdachte” geparkeerde voertuigen signaleren, bijvoorbeeld omdat blijkbaar niemand naar het voertuig omkijkt en het gedurende lange tijd blijft staan. In strafrechtelijke termen kan een voertuig niet “verdacht” zijn, doch het kan de agent wel aanzetten na te kijken of het voertuig gesignaleerd staat. Indien dat niet het geval is, mag hij dan zelf op zoek gaan naar de eigenaar, contact opnemen? Wanneer hij die niet vindt, mag hij dan verder onderzoeken? De vraag is die naar welke gegevens mogen worden verwerkt. Zo mogen in sommige situaties conform de Wet op het Politieambt identiteitsgegevens routinematig worden gecontroleerd, bijvoorbeeld rijbewijzen of nummerplaten. Een aantal andere gegevens zal een politieman pas kunnen natrekken in het kader van een opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld de gegevens over het telefoonverkeer van een privépersoon.

SCHARNIERMOMENT- Een alternatieve lezing van art.28bis, §2 Sv. is dat *vanaf het moment dat* iemand een vermoeden heeft van (nog niet gepleegde of nog niet bekende) ernstige misdrijven uit de lijst van 90ter Sv. en hij verdere gegevens wil verzamelen, hij dat moet doen “*met het doel te komen tot het vervolgen van daders van misdrijven*” en de persoon in kwestie daarvoor de toestemming van een magistraat nodig heeft. Artikel 28bis, §2 Sv. legt dan geen drempel die bepaalt vanaf welk moment proactieve opsporing kan beginnen. Het wil dan aan speurders die op de drempel van het vermoeden staan, zeggen wat ze moeten doen: toelating van

¹⁴⁷¹ We kunnen dan ook alleen de schouders ophalen bij hoogdravende uitspraken van het type: “*Men moet voorkomen dat aan de proactieve recherche een pre-proactieve recherche voorafgaat, wat in onze rechtsstaat onaanvaardbaar is.*” (POC-GC, Eindverslag, op.cit., 437.)

¹⁴⁷² Verslaggever Erdman hoopte dat “*een gedeeltelijke regeling van de proactieve recherche niet zal leiden tot het gebruik van pre-proactieve recherche, die op haar beurt wettelijk moet worden geregeld.*” (*Parlementaire Handelingen, Senaat 1997-98, 4248*) Helaas werkt hij dit niet verder uit. Hoewel hij de ingewikkeldheid van het begrip proactieve recherche aanvoelt, lijkt hij niet te beseffen dat hij daar met zijn neus op het fundamenteel probleem zit: wat is het omslagpunt waarop inlichtingenverzameling of registratie “recherche” wordt? (*infra*)

een magistraat vragen en strafvervolgning nastreven. Wat de zin van een dergelijke bepaling is, is niet onmiddellijk duidelijk. De politie die op een misdrijf stoot, moet immers altijd contact opnemen met de magistraten van het Openbaar Ministerie (art.28ter, §§2 & 4 Sv., art.29 Sv., art.56 §1 Sv., art.40 Wet Politieambt)¹⁴⁷³. Het kan toch niet de bedoeling zijn de toelatingsvereisten strenger te maken voor de meer ernstige misdrijven van 90ter Sv.?

DEUR- Wij denken dat de wetgever precies het omgekeerde wil. Het verbaast ons dat de wetgever niet met zoveel woorden spreekt over wat anderen net aanstippen als het bijzondere van het proactieve politiewerk, namelijk dat het de politie of het Openbaar Ministerie is die op eigen initiatief met de gegevensverwerking begint¹⁴⁷⁴. Dat is de breuk met het klassieke regime, dat enkel reactief optreden na het misdrijf toeliet (*supra*, Hoofdstuk 1). Als het vermoeden bestaat van een "te plegen misdrijf" (en dus nog geen misdrijf werd gepleegd), zou nu wél onderzoek mogelijk zijn. De onderzoekers moeten dus niet wachten tot zich een misdrijf (of een strafbare poging) zich heeft voorgedaan. Ze moeten wel wachten op het fiat van het parket. "Mits strenge voorwaarden" moet dus een verregaand onderzoek mogelijk zijn. Artikel 28bis, §2 Sv. moet dan vooral worden gelezen als een toelating, een bevoegdheid voor de magistraat om de speurders toegang te geven tot gegevens die zij vroeger pas bij een veel concretere verdenking van een gepleegd misdrijf konden vergaren. Het opent met andere woorden een deur voor de speurders, een deur waarop vroeger het kaartje "verboden voor onbevoegden" hing.

GEPLEEGD, NIET AAN HET LICHT- Gaat het om "proactieve" opsporing wanneer de politie het in art.28bis, § 2 Sv. vermelde vermoeden heeft van "*gepleegde maar nog niet aan het licht gebrachte feiten*"? Het hangt af van hoe het begrip proactief wordt omschreven. Met degelijke argumenten kan worden gesteld dat het eigenlijk om een *gewoon* strafonderzoek gaat. De woordkeuze van de wetgever weerspiegelt

¹⁴⁷³ Het probleem schuilt eerder in de keuze van het moment van melding. De rechtspraak had al erkend dat de agent die een misdrijf vaststelt, zelf enige bijkomende onderzoeksmaatregelen mag treffen om zo op voldoende wijze de magistraat te kunnen inlichten. Sommige politici en magistraten vreesden echter dat de politiediensten deze regel al te extensief interpreteerden en dus teveel autonomie hadden verworven.

¹⁴⁷⁴ Een belastinginspecteur of een accountant kan *bijvoorbeeld* vaststellen dat de grote omzetcijfers van een bedrijf in tegenspraak zijn met de geringe menselijke activiteit op dat bedrijf. Hij denkt aan mogelijke verklaringen. Het kan zijn dat een aantal activiteiten letterlijk aan het oog van buitenstaanders onttrokken zijn, *bijvoorbeeld* omdat de gebruikte werknemers in het zwart werken. Het kan anderzijds ook dat het bedrijf misschien wel zou kunnen dienen voor witwasactiviteiten. Daar bestaat dan onmiddellijk vermoeden van een misdrijf, dus de "klik" die een klassiek onderzoek op gang brengt.

de bekommernis over misdrijven die de overheid niet ter kennis worden gebracht via de klassieke kanalen en waarnaar de politie daarom zelf op zoek gaat. Het gaat om misdrijven waarbij alle betrokkenen de overheid erbuiten willen houden (drugssmokkel) of waarbij de getuigen te bang of te corrupt zijn om aangifte te doen (*supra*, Hoofdstuk 2). Voor de strafvordering verschilt die situatie echter hoegenaamd niet van de situatie bij een “gewoon” al gepleegd misdrijf. Welke juridische relevantie heeft het al dan niet “aan het licht brengen” van feiten? Bij *elk* vooronderzoek in strafzaken gaat het – mede - om het aan het licht brengen van gepleegde misdrijven. Wanneer een lijk gevonden wordt en de speurders trachten na te gaan of het om een ongeluk dan wel een moord gaat (het voorbeeld van een klassiek onderzoek), trachten zij eveneens een misdrijf aan het licht te brengen, op te helderen. Het vernieuwende aan art.28bis, §2 Sv. ligt in de uitbreiding van opsporingsbevoegdheden en een verlaging van de drempel om die bevoegdheden in te zetten. Sinds de invoering van art.28bis, §2 Sv. volstaat voor de misdrijven uit het lijstje van 90ter Sv. een "*redelijk vermoeden*" om opsporingsbevoegdheden “in te schakelen”, terwijl bij andere misdrijven moet de rechtshandhaving “*kennis gekregen*” hebben van een misdrijf. Noch de wetgever, noch Bosly, noch de POC-GC heeft uitgelegd wat het verschil tussen beide drempels is. Dat naar “*nog niet aan het licht gebrachte feiten*” mag worden gezocht, is helemaal niet nieuw. De uitdrukkelijke vermelding ervan in de wet lijkt ons daarom nutteloos en verwarrend.

TE PLEGEN- Wel nieuw is dus de mogelijkheid om nog niet gepleegde misdrijven op te sporen. Dat lijkt de essentie van proactief speurwerk: het inlichtingenwerk op verdachten toespitsen nog voor er een misdrijf is, om hen dan op een nieuw misdrijf te betrappen of stevige bewijzen tegen hen te vinden. Opnieuw past enige relativering. In Deel II wezen we op de neiging van de wetgever de strafbaarheid steeds verder naar voor te schuiven. Wanneer voorbereidende handelingen al strafbaar zijn, staan de onderzoekers al heel vlug voor een “gepleegd” misdrijf. Eigenlijk denkt de wetgever vooral aan voortdurende misdrijven en voortgezette misdrijven. Het probleem ligt, dat hebben we in Hoofdstuk 2 aangegeven, in het bewijs. Bij voortdurende misdrijven zoals bendevoorming, lidmaatschap van een criminele organisatie of bezit van illegale goederen slaagt de politie er niet in het “intreden van de strafbare toestand” vast te stellen, laat staan te bewijzen. Daarvoor moet precies het onderzoek gebeuren. Wanneer de onderzoekers op grond van vage vermoedens een groep kunnen bespieden en systematisch gegevens verzamelen over de leden ervan, dan zal een later misdrijf (“te plegen” bij het begin van het bespieden) aantonen dat de groep inderdaad het plegen van misdrijven

beoogde. Bij voortgezette misdrijven gaat het eigenlijk om een vergelijkbare logica. Alleen maakt de “strafbare toestand” plaats voor een hele reeks van afzonderlijke misdrijven in het kader van een overkoepelend plan. Na enkele misdrijven wil de politie een aantal mensen in het oog houden, hoewel zij geen concrete verdenking heeft. Het typische voorbeeld is de heler of de drugshandelaar. Hij pleegt keer op keer aflopende misdrijven. De speurders hopen door het speurwerk toe te spitsen op mensen die aan een profiel voldoen, hen te kunnen betrappen op een nieuw misdrijf. Dat hoeft op zich niet zo een heel zwaar misdrijf te zijn. De speurders gaan er immers van uit dat het slechts gaat om het laatste in een reeks, waarbij zij weten dat voor vroegere feiten uit de reeks het bewijs vaak onmogelijk te leveren is. Nochtans bestaat er in beide gevallen “*het vermoeden van een (gepleegd) misdrijf*” op het moment dat het speurwerk aanvangt.

CRIMINELE ORGANISATIES- In Deel II werd beschreven hoe de nieuwe misdrijven inzake criminele organisaties (niet altijd terechte) onvrede weerspiegelen inzake voortdurende misdrijven als bendevoering en de bestraffing van voortgezette misdrijven (art.65 Sw.). Nu krijgen we het vervolg: de weerspiegeling van de onvrede over de mogelijkheid om dergelijke misdrijven op te sporen en te bewijzen. Toch gaan de wenkbrauwen van elk nuchter mens omhoog bij de uitdrukkelijke vermelding van “criminele organisaties” in 28bis, §2 Sv. Daar staat dat de nog niet gepleegde of nog niet ontdekte feiten hetzij gepleegd moeten worden “*in het kader van een criminele organisatie, zoals gedefinieerd door de wet*”, hetzij “*misdaden of wanbedrijven zoals bedoeld in art.90ter §§2,3 en 4 Sv. uitmaken*”. De definitie van criminele organisaties in de wet is er achteraf gekomen met de invoering van art. 324bis Sw.¹⁴⁷⁵ Het vermoeden waarover art.28bis, §2 Sv. het heeft, slaat op strafbare feiten “*in het kader van een criminele organisatie*”. Dat lijkt ruimer dan een vermoeden van de misdrijven genoemd in 324ter e.v.Sw. Blijkbaar moet het Openbaar Ministerie bepalen wanneer strafbare feiten “*in het kader van een criminele organisatie*” gebeuren. Doch het vermoeden kan ook op andere strafbare feiten slaan, namelijk de “*misdaden of wanbedrijven zoals bedoeld in art.90ter, §§2,3 en 4*”. Art.5 van de wet van 10 januari 1999 betreffende de criminele organisaties heeft nu net de artikelen 324bis en ter Sw. (met de nieuwe strafbaarstellingen) toegevoegd aan art.90ter, §2 Sv., maar 28bis, §2 Sv. onaangeroerd gelaten. Dat maakt het nog moeilijker in te schatten wat de wetgever bedoelt met “*feiten in het*

¹⁴⁷⁵ Wij hebben in Deel II al geschreven dat de werkelijke reden voor de invoering van dat artikel ligt in een zoektocht naar een ankerpunt voor gevoelige opsporingsmethoden.

kader van een criminele organisatie" naast de misdrijven opgesomd in art.90ter Sv., waar lidmaatschap van en "deelname aan de activiteiten of beslissingen" van criminele organisaties ook tussen staan¹⁴⁷⁶.

DOELGEBONDENHEID- Art.28bis, §2 Sv. bevat ook een uitdrukkelijke vermelding van het doel van het inlichtingenwerk. Dat gebeurt "*met het doel te komen tot het vervolgen van daders van misdrijven*". De bedoeling is, aldus de POC-GC, het uitsluiten van "*louter verkennende recherche*", "*opsporingen zonder gerechtelijk doel*", die "*daardoor ontsnappen aan controle door de gerechtelijke instanties*"¹⁴⁷⁷. Volgens de onderzoekscommissie en ook volgens gezaghebbende professoren als Van den Wyngaert¹⁴⁷⁸ en Traest¹⁴⁷⁹ heeft de wetgever hiermee duidelijkheid geschapen. We moeten aannemen dat het zwijgen van Bosly ook instemming betekende. "*Autonome proactieve recherche door de politie, los van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek*" kan niet meer.

1.3. Beschrijving methode in plaats van regeling bevoegdheden

MOEILIK GEFORMULEERDE GEMEENPLAATSEN- Wat zegt die wetgeving nu werkelijk? *Als* er proactieve recherche bestaat, *dan* behoort die tot het opsporingsonderzoek en valt hij onder gezag en controle van de magistratuur, aldus art.28bis, §2 Sv. "*Het opsporingsonderzoek strekt zich uit tot de proactieve recherche.*" Dat is een pure tautologie, want het woord "recherche" is immers een synoniem voor "opsporing". Proactieve opsporing is opsporing, zegt het artikel. Niet echt een wereldschokkende uitspraak. Ook de verwijzing naar het "gerechtelijk doel" van de "opsporing" brengt niets bij, want het is niet meer dan normaal dat een opsporingsonderzoek, geregeld in het Wetboek van Strafvordering, een "gerechtelijke finaliteit" heeft.

VERGETEN VRAAG- De wetgever heeft de beschrijving van wat er in de praktijk gebeurt, overgenomen van de rijkswacht. Verontrust over te veel ongecontroleerde gegevensinzameling door de politie heeft hij grenzen willen stellen. Daarvoor heeft

¹⁴⁷⁶ Ook de specifieke vermelding van "misdaden en wanbedrijven" bij art.90ter Sv., lijkt *a contrario* te betekenen dat de strafbare feiten "in het kader van de criminele organisatie" ook op overtredingen zou kunnen slaan. Doch wij vrezen dat de wetgever gewoon zover niet nagedacht heeft.

¹⁴⁷⁷ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 436-437.

¹⁴⁷⁸ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 732-733.

¹⁴⁷⁹ TRAEST, Ph. en MEESE, J., "België", in TAK, P., *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, *op.cit.*, 25 zeggen dat de vroegere discussie "*achterhaald*" is, nu de wetgever met

hij blindweg naar drie “beperkende” criteria gegrepen: een gerechtelijke finaliteit, een beginvermoeden en een koppeling aan ernstige misdrijven. De fout ligt in het overhaaste aaneenknoopen van deze beperkingen aan de gegevensinzameling. De drie beperkingen kunnen zinvol worden gekoppeld aan ernstige opsporings-, dwang- of bewakingsmaatregelen (arrestatie, zoeking, afluisteren,...). Wanneer de wetgever ze echter verbindt aan een zo algemene, onvermijdelijke activiteit als het “*opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van gegevens*” leidt dit tot bovenstaande onzin: cirkelredeneringen en tautologieën. De vraag die de wetgever zich had moeten stellen en waarvoor hij systematisch de kop in het zand heeft gestoken, is: “wat maakt dat het verzamelen en verwerken van gegevens plots 'opsporing' wordt?” Wat is het *omslagpunt*? Eens men daar het antwoord op heeft, volgt al de rest (bevoegdheid magistratuur, toepassing regels strafvordering en dergelijke) vanzelf. En dan moet de wetgever de concrete regels bepalen. Hij moet beseffen wat zijn taak is als normgever in het strafprocesrecht en het wettelijk kader overeenkomstig verwoorden. Het Wetboek Sv. moet *niet beschrijven* hoe speurders tewerk gaan, welke *methodes* zij gebruiken. Het moet *bevoegdheden* toekennen aan de politie en gerecht en corresponderende *rechtsbescherming* aan de rechtsonderhorige. De strafprocedure moet dus zeggen wie wanneer welke bevoegdheid heeft, waartoe hij die kan gebruiken en – zo mogelijk - welke de sanctie is bij inbreuk op de regels. Helaas heeft onze wetgever dat niet gedaan, ook niet met de Wet Franchimont. Het voorontwerp Bosly bracht ook al geen respijt¹⁴⁸⁰.

VERDENKING EN VERMOEDEN- Klassiek lag het omslagpunt, het aanvangspunt van de opsporing bij het “kennis krijgen” van een misdrijf (art.29 Sv.). In België bestaat er geen strikte regel, een duidelijke lijn die het begin van het opsporingsonderzoek en dus van de strafprocedure aangeeft¹⁴⁸¹. Het opsporingsonderzoek was tot voor kort immers niet bij wet geregeld: onderzoeksbevoegdheden behelsden geen dwangmaatregelen, maar voor de rest gold de “permissieve regel” dat al wat niet was verboden, toegelaten was. Nu staat

art.28bis, §2 Sv. “*hieromtrent klare wijn heeft geschonken.*” Onderzoek zonder voorafgaande toestemming van het Openbaar Ministerie kan niet meer.

¹⁴⁸⁰ Het gaat in art.28bis, §2 (maar ook bij Bosly) om een beschrijving, waardoor het niet duidelijk is wanneer iets niet in de beschrijving valt en wat er gebeurt wanneer het erbuiten valt: als...dan...; als niet...dan... normen is wat nodig is.

¹⁴⁸¹ Dat is trouwens een gevolg van de Franse erfenis van ons systeem. VERREST, P., “Frankrijk”, in: TAK, P.(ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese Unie, op.cit.*, 349 stipt aan dat er ook daar door het ruime opsporingsbegrip (geen concrete verdenking vereist) er geen onderscheid gemaakt wordt tussen proactieve en reactieve opsporing. Hij voegt er wel onmiddellijk aan toe dat er van oudsher een sterk onderscheid gemaakt wordt tussen de politieke fase (vergaring van inlichtingen en informatie) en de justitiële.

het opsporingsonderzoek wel in de wet, vereist de “inmenging” in het privéleven wel wettelijk geregelde bevoegdheden en beperken wettelijke voorschriften, grondrechten en een loyaliteitsplicht de bewegingsvrijheid van de onderzoekers. Dat maakt het plots veel belangrijker te weten wanneer het strafrechtelijk onderzoek begint. Nochtans hebben wij in Deel II vastgesteld dat het vastpinnen van een misdrijf in de tijd veel moeilijker is geworden doordat de wetgever misdrijven anders omschrijft. Vermoedens en verdenkingen zitten altijd vast aan die misdrijfomschrijvingen en “vervagen” daarom mee. Vandaar dat we in Deel II hebben gepleit voor scherp afgelijnde misdrijven.

1.4. Alternatief: regeling en controle informatiehuishouding, naast verdenking van gewone komt vermoeden van zware misdrijven

REGELING TOEGANG TOT GEGEVENS- Het begrip proactiviteit kan de wetgever best schrappen, want het verwacht meer dan het verduidelijkt. Volgens ons is “proactief” binnen de opsporing gewoon een nieuwsprakerig synoniem voor “inquisitoir”, ingevoerd door mensen die veel Amerikaanse bronnen raadpleegden en daardoor de mogelijkheden en beperkingen van het eigen opsporingsstelsel verkeerd inschatten. Wat de wetgever wel moet doen, is orde scheppen in de informatiehuishouding. Er bestaan al uitvoerings-K.B.’s over gegevensbestanden bij de politie, er staan nu regels in het Wetboek van Strafvordering inzake het onderzoeksdossier. Nu moet er nog een regeling komen betreffende de informatieverwerking in de fase waarin het opsporingsonderzoek “op gang schiet” en in de loop van dat opsporingsonderzoek. Tot een aantal gegevens heeft de onderzoeker automatisch toegang, tot andere pas wanneer er aan bijzondere voorwaarden wordt voldaan. Deze voorwaarden worden strenger naarmate de (grondrechtelijke) risico’s groter zijn. Dat kan gaan om risico’s voor de eerlijkheid van de procedure (gegevens afkomstig van een informant, van een onderzoeker die zelf betrokken partij is) of voor een grotere inbreuk in de persoonlijk levenssfeer (brieven openen is zwaardere inmenging dan de gegevens op de enveloppe noteren). Vandaar dat de speurder tot sommige gegevens slechts toegang kan krijgen met toestemming van een rechter (telefoonnummers en –gesprekken) en tot sommige andere zelfs helemaal geen (sommige anonieme bronnen, door immunititeit beschermde of door beroepsgeheim gedekte). Door een bepaald type politiewerk als “proactief” af te zonderen heeft men in België ten onrechte verschillende soorten onderzoeken door elkaar gehaald. Naar onze mening moet bijvoorbeeld een inlichtingeninzameling waarbij alleen wordt gebruik gemaakt van open bronnen,

zoals persknipsels, vakliteratuur, Staatsbladen of handelsregisters aan minder strenge voorwaarden worden onderworpen dan observatie of infiltratieacties waarbij speurders iemands huis binnendringen.

GEEN FASE- Van den Wyngaert schrijft, met verwijzing naar Nederlandse rechtsgeleerden, dat er vaak geen sprake is van een “proactieve fase”, die aan het gewone opsporingsonderzoek voorafgaat. Vaak loopt het proactief en het reactief onderzoek door mekaar. Wij zijn het daar mee eens: het verschil ligt niet in de tijd, maar in de “voorkennis” die bestaat bij de onderzoeker op het moment dat hij onderzoeksdaden stelt. Bij het reactief onderzoek weet hij dat er (waarschijnlijk) een misdrijf is, bij het proactief onderzoek heeft hij hooguit een vaag vermoeden ten aanzien van een niet altijd precies omschreven groep personen¹⁴⁸². In beide gevallen kan er niettemin sprake zijn van een strafonderzoek onder leiding van de magistratuur. Een onderzoek naar een seriemoordenaar zal noodzakelijk “reactief” zijn omdat er al moorden zijn, maar naast het speurwerk met klassieke methoden zal ook “proactief” worden gewerkt. Uit een groep van mensen die aan een specifiek profiel beantwoorden, tracht men door eliminatie een aantal “mogelijke verdachten” te selecteren. Aan de selectie van de activiteiten, de sector of de groep van personen waarop het “proactief” inlichtingenwerk zal worden gericht, zit een belangrijke crimineel-politieke dimensie. Daarom is het niet verrassend dat het Openbaar Ministerie de leiding krijgt. Beleid en prioriteitenstelling zijn na de Wet Franchimont immers zijn taak. Het moet er dan wel over waken dat het zich niet al te zeer door vooroordelen laat meeslepen. Toch zit er in de toegenomen rol van de magistratuur een paradox. De grotere rol bij het maken van gevoelige keuzes geldt als waarborg voor de grondrechtenbescherming en weerspiegelt het wantrouwen ten aanzien van de politie. Daarmee verschuift nochtans de vraag van “*accountability*”: wie beschermt ons tegen een eventuele willekeur van magistraten? Het recente doorknippen van de hiërarchische banden tussen de procureur-generaal enerzijds en procureur des Konings en onderzoeksrechter anderzijds, dreigt voor bijkomende verbrokkeling van het beleid te zorgen, als iedereen zijn eigen lokale prioriteiten proactief gaat bekampen. Daarmee zou ook een verwatering van verantwoordelijkheden dreigen.

¹⁴⁸² De is duidelijk de keuze die de Nederlandse wetgever gemaakt heeft met het nieuwe art.132a Sv. (BURUMA, Y., "Nederland", in TAK, P., Heimelijke opsporing in de Europese Unie, *op.cit.*, 564.)

PROACTIEVE ADMINISTRATIEVE POLITIE- Wanneer de politie uit eigen beweging gegevens gaat verzamelen, gaat het niet altijd om opsporing. Wij geloven dat op zich niets zich verzet tegen een aantal vormen van proactieve administratieve politie. Zodra dat echter leidt tot de vaststelling van een gewoon misdrijf of het vermoeden van een misdrijf van art.90ter Sv., begint de opsporing onder leiding van het parket. Een multidisciplinaire aanpak van problemen betekent dat het starten van het opsporingsonderzoek niet kan betekenen dat het Openbaar Ministeren en de strafprocedure de zaak gedurende jaren zouden kunnen monopoliseren. De POC-GC wilde echter niet weten van proactief werken buiten de gerechtelijke sfeer. Doch haar regel dat "*proactieve recherche alleen binnen de strafvordering kan*", zegde niets over de zaken die buiten de "*opsporing (recherche)*" vallen. In Van de Wyngaerts woorden "[*valt*] *het gebruik maken van deze bevoegdheden [opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van gegevens] met als enkel doel het loutere verzamelen van inlichtingen (...) dus buiten het kader van de proactieve recherche.*"¹⁴⁸³ Hoewel men zich kan afvragen wat we moeten verstaan onder "*enkel doel het loutere verzamelen van inlichtingen*", is het "*erbuiten vallen*" het belangrijkste. Dat wil immers niet zeggen dat het bruto verboden zou zijn¹⁴⁸⁴. Vandaar dat een duidelijke regeling van de informatiehuishouding zich opdringt, ook de informatie die "oprecht administratief" is, dat wil zeggen echt geen punitief maar een preventief doel heeft.

DOELGEBONDENHEID- Voor een modern strafonderzoek kunnen allerlei gegevens van belang of nut zijn. De relevante vragen zijn daarom: tot welke gegevens krijgen de speurders toegang, welke vereisten qua ernst van het misdrijf en sterkte van de verdenking zijn daarvoor nodig en wie moet daarvoor toestemming geven. Daarnaast komt (in de volgende paragraaf) de vraag aan de orde of die inzameling heimelijk, met gebruik van list of zelfs door middel van als misdrijf omschreven handelingen kan gebeuren. Het doel van de "inlichtingeninzameling" is niet zoals de Belgische wetgever zegt "*te komen tot het vervolgen van daders*", maar gewoonweg het afdwingen van de strafwet. Als doel is dat zo ruim dat het doelgebondenheidsbeginsel weinig waarborgen biedt voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Verwerking van gegevens heeft meestal meerdere (mogelijke) doelen, die niet allemaal vastliggen. Telefoonmaatschappijen houden

¹⁴⁸³ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit., 733.

¹⁴⁸⁴ De situatie is vergelijkbaar met die van de geheime omzendbrief die alleen informanten en observaties regelt die gerechtelijke finaliteit hebben. Die sluit afzonderlijke regelingen voor andere sferen (openbare of militaire veiligheid *bijvoorbeeld*) niet uit.

gegevens over tijdstip, duur en nummers van telefoongesprekken bij voor facturatie. De politie kan die echter gebruiken voor het opsporen van “contacten”, het volgen van verplaatsingen of het natrekken van een alibi of verklaring. Het is niet alleen mogelijk, maar zelfs waarschijnlijk dat het “doel”(strafrechtelijke vervolging) niet bestaat op het moment waarop de gegevens worden verzameld en geregistreerd, maar bijvoorbeeld wel bij een latere verwerking. Dan moet het duidelijk zijn wat er met de gegevens kan en mag gebeuren en wie er verantwoordelijk voor is.

1.5.Besluit

BAN HET BEGRIP- Het woord proactiviteit slaat op veel meer dan strafprocessuele opsporing van misdrijven. Dit leidt tot een ongeziene verwarring tussen proactiviteit en proactieve recherche, waar bijvoorbeeld de POC-GC nooit uit is geraakt. Het begrip “proactieve recherche” verdwijnt best zo vlug mogelijk uit onze wetgeving, waar het eigenlijk nooit in had mogen komen. Wat de wetgever moet doen, is op zoek gaan naar een juridisch breekpunt, het moment waarop inlichtingenwerk van welke aard ook “omslaat” in (strafprocedurale) opsporing. In Duitsland werkt men met het criterium “Verdacht”, in Nederland met dat van “verdenking” en dat heeft men aangepast voor de strijd tegen georganiseerde criminaliteit.

ONDERLIGGEND MISVERSTAND- De Nederlandse (en minder de Duitse) discussie waaide over. Vele Belgische waarnemers en wetgevers hebben echter nooit goed begrepen hoe de proactieve vork aan de strafprocedurale steel zat. Wij geloven dat de reden is dat in België -anders dan in voornoemde landen¹⁴⁸⁵- de “geboorte” (of is het nog maar de verwekking) van de strafprocedure nog niet echt goed is ontleed. Bij ons wordt die blijkbaar nog “geschapen”: ze was er niet en plots is ze daar wel. Dan is het onvermijdelijk dat de politie zelfstandig het begin van de opsporing en dus van de magistratelijke controle bepaalt. Dit was precies wat de parlementsleden na de zaak Dutroux met art.28bis, §2 Sv. wilden veranderen. Maar helaas verandert het nieuwe artikel hier uiteindelijk niets aan....

VERDENKING- Met een Belgische - of eigenlijk beter nog een Benelux - tegenhanger van art.132a NI.Sv. zou de normale strafprocedure de proactieve recherche gewoon opsloppen. Er moet dringend worden nagedacht over de

¹⁴⁸⁵ Op dit vlak zitten we op dezelfde lijn als onze zuiderburen: supra.

minimuminhoud van een begrip als verdenking. Dat is immers een afgeleide van de in Deel II beschreven uitdeinende strafbaarstellingen¹⁴⁸⁶.

NORMEER DE PRAKTIJK- Tenslotte onderschatten politici, hoewel ze te pas en te onpas goochelen met begrippen als informatiemaatschappij, de complicaties van het ontwerpen van een wettelijk kader voor het “bijzondere” informatieverwerkingsproces dat wij vroeger strafprocedure plachten te noemen. De senatoriële nonsens over de verboden “preproactieve onderzoeken” bewijst dat. Met art.28bis,§2 Sv., de voorlopige rechtsbasis, heeft de wetgever, met de bedoeling de rechtshandhaving in te perken, uiteindelijk misschien vooral legitimerend gewerkt. De tevredenheid van de rechtsleer over dat wetsartikel verbaast ons. Wij hebben gewezen op de tautologie die erin verscholen zit. Dat de politie zelfstandig geen "proactieve recherche" mag doen, doch voorafgaande toestemming van het Openbaar Ministerie nodig heeft, geldt als een enorme verwezenlijking. De wetgever stemde daarmee een motie van vertrouwen in de staande magistratuur, doch ook niet meer dan dat. Belangrijke vragen zoals "wanneer begint de opsporing?" en "welke waarborgen bestaan er tegen misbruik door het Openbaar Ministerie?", blijven onbeantwoord, als ze al worden gesteld. Wij hopen dat de wetgever zich bij de “uiteindelijke” regeling beter geïnspireerd zal tonen. Een soort codificatie van de onderscheiden normeringen voor de politiële gegevensverwerking, met inbegrip van strengere of afwijkende regimes voor "gevoelige" informatie, dringt zich op. Dan kan het uitwerken van een verdenkingscriterium, als een trekker die moet worden overgehaald voor het op gang schieten van een opsporingsonderzoek (en dus van de strafprocedure), volstaan om de verwarrende, tautologische en dus nutteloze bepaling van art.28bis, §2 Sv. op te ruimen.

§2. Bijzondere opsporingsmethoden

2.1. Nut van het begrip

VERWARRING- Berkmoes¹⁴⁸⁷ heeft gelijk dat, ondanks de vele hoorzittingen en het lange rapport, de POC-GC nog steeds niet duidelijk heeft gemaakt wat er zo bijzonder is aan de “bijzondere opsporingsmethoden”. Bijzonder is volgens Van Dale onder andere “*niet algemeen, ongewoon, opmerkelijk, eigenaardig, vreemd*,

¹⁴⁸⁶ De verlaging van de verdenkingsdrempel bij georganiseerde criminaliteit in de Nederlandse strafprocedure, werd in België in feite ook geschapen door het zo ruim formuleren van de misdrijven inzake criminele organisaties.

¹⁴⁸⁷ BERKMOES, H., “De wettelijke regeling...”, *op.cit.*, 241.

buitengewoon". Het begrip dient dus om sommige methoden te onderscheiden van de gewone. Wat de "gewone" opsporingsmethoden zijn, somt men zelden uitdrukkelijk op, doch het lijkt te gaan om (huis)zoeking, aanhouding, ondervraging van verdachten en getuigen, sporenonderzoek, studie van documenten (*supra*, Hoofdstuk 1). Een huiszoeking is eigenlijk een "gerechtvaardigde inbraak", waarbij de inmenging in de persoonlijke levenssfeer uitermate groot is. Hetzelfde kan het geval zijn bij ondervraging: dat hangt van het onderwerp af, zoals de Amerikaanse president in de Lewinsky-zaak mocht ondervinden. Ook het risico dat "niet-verdachte personen" onderzoeksmaatregelen moeten ondergaan, lijkt bij vele gewone methoden te bestaan. Een ander element, het gevaar voor de integriteit van politie (corruptie of machtsmisbruik), is evenmin kenmerkend voor de methoden die als bijzonder worden aangeduid. Ook bij de vaststelling van verkeersovertredingen bestaat dat risico, ook bij het onderzoek op de plaats van het misdrijf kan de onderzoeker met bewijzen knoeien, vriendschapsrelaties met getuigen kunnen het spuurwerk beïnvloeden,...

GEWONE METHODEN- Naar onze mening hangt het gewone van deze methoden samen met drie kenmerken. Ten eerste, dat de politie zichtbaar in haar hoedanigheid van politie optreedt. Ten tweede, dat bevoegdheden, rechten en plichten wettelijk zijn bepaald (Wet Politieambt of het Wetboek van Strafvordering)¹⁴⁸⁸. Het derde kenmerk tenslotte is dat de onderzoekers vooral onverbloemd hun gezag en macht gebruiken, dat het optreden van agenten beantwoordt aan het klassieke verwachtingspatroon ten aanzien van de politie in een rechtsstaat.

BIJZONDERE METHODEN- Bijzondere methoden zijn dus niet-gewoon, één of meer van de drie voornoemde kenmerken ontbreekt. Bijgevolg zijn er gradaties in "bijzonderheid". Een methode kan "bijzonder" zijn omdat ze *of* niet openlijk is (zoals telefoontap), *of* niet wettelijk geregeld is (zoals het hanteren van fotoboeken) *of* niet berust op het onverbloemd gebruik van gezag en macht (zoals voorwendselcontroles). In de voorstellen voor een toekomstige regeling in België (Hoofdstuk 4) werden alleen de informantenwerking, de verdeckte observatie en de infiltratie als "bijzonder" bestempeld. In België geldt een methode dus blijkbaar slechts als bijzonder als de politie *én* haar hoedanigheid verbergt *én* een niet wettelijk

geregelde praktijk gebruikt *én* niet onverbloemd gebruik maakt van gezag en macht (maar eerder van list).

NIET BIJZONDER?- Vandaar dat de wettelijk geregelde “onderschepping van (tele)communicatie” niet (meer) bijzonder is. Nochtans lijkt de scheiding tussen “visuele” en “auditieve” observatie kunstmatig. In de toekomst zal dat nog meer het geval zijn, daar de digitalisering van alle gegevens voor zogenaamde technologische “convergentie” zorgt. Dat betekent dat zowel geluid als beeld allemaal in digitale signalen worden omgezet voor (tele)communicatie. Spraaktechnologie zet het gesproken woord onmiddellijk om in een geschreven woord. Het verschil tussen “afluisteren” en “stiekem bekijken” boet dan waarschijnlijk aan belang in. Ook het gebruik onder voorwendsels van een wettige bevoegdheid, waar de list eigenlijk belangrijker is dan de gezagsuitoefening, valt zo buiten beeld. Nochtans is het goed denkbaar dat de politie bijvoorbeeld gebruik maakt van een zoekingsmandaat voor een minder zwaar misdrijf (diefstal) om meteen ook inlichtingen te kunnen verzamelen of observatie-apparatuur te plaatsen in het kader van een onderzoek naar een zwaar misdrijf (ontvoering). De geplande regels over *infiltratie* maken duidelijk dat de agenten eigenlijk vaak op verdeckte wijze “zoekingen” uitvoeren, dat wil zeggen zoekingen zonder dat de onderzochte het weet. Doch kan een *observant* dat ook doen: een gesloten lokaal binnengaan en er weer buitenkomen zonder sporen na te laten¹⁴⁸⁹? De onderzoeksrechter kan schending van het briefgeheim toestaan, dat wil zeggen de enveloppe openen en de inhoud lezen. Doch kan hij, om geen argwaan te wekken, de brief terug laten dichtplakken en gewoon aan de geadresseerde bezorgen¹⁴⁹⁰? En zo ja, moet iemand worden ingelicht dat zulks gebeurd is en wanneer dan? Het gaat om praktijken die in politiestaten schering en inslag zijn en daarom terecht veel vragen oproepen. Vragen die het voorontwerp Bosly echter niet ondubbelzinnig heeft beantwoord.

2.2.Bevoegdheden i.p.v. methoden

BEVOEGDHEDEN- De fout van de normgever is dezelfde als bij de proactieve opsporing (*supra*, §2). Opnieuw *beschrijft hij vooral methoden*, terwijl wat hij moet doen – en slechts een beetje doet - het vastleggen van bevoegdheden en het regelen van hun uitoefening is. De centrale vragen veranderen niet: tot welke

¹⁴⁸⁸ Zowel de Wet op het Politieambt als de regeling van het opsporingsonderzoek in het Wetboek van Strafvordering zijn vrij recent, zodat de afwezigheid van een wettelijke regeling al bij al toch ook niet zo “bijzonder” is.

¹⁴⁸⁹ Voor de huidige situatie: zie TRAEST, Ph. en MEESE, J., *op.cit.*, 50-51.

gegevens krijgt de onderzoeker toegang, onder welke voorwaarden en wat mag hij ermee doen? Voor toegang tot sommige gegevens kan dwang nodig zijn; voor andere kan een list gerechtvaardigd zijn; op nog andere kan een absoluut verbod rusten.

WISSELWERKING- Vlug zal blijken hoe kunstmatig het in Hoofdstuk 4 gemaakte onderscheid tussen gewone en bijzondere methoden is. In de praktijk zal er bijna onvermijdelijk een voortdurende wisselwerking bestaan tussen informantenwerking, observatie en infiltratie. Bij infiltratie observeert de infiltrant per definitie. En zonder medewerking van informanten is het nauwelijks denkbaar dat de speurders aan de “verdenking” zouden komen die ze nodig hebben om van de magistraat de toelating te krijgen voor de infiltratie. Zonder de hulp van informanten zullen ze ook niet gemakkelijk een veilige dekmantel kunnen opbouwen. Doch niet alleen tussen de drie “bijzondere”, maar ook tussen allerlei “gewone” onderzoeksmethoden bestaat in de dagdagelijkse praktijk een voortdurende wisselwerking. Een huiszoeking kan een verdenking opleveren die observatie rechtvaardigt, een ondervraging een informant, een buurtonderzoek kan kaderen in de opbouw van een dekmantel,...

BIJZONDER GEVAARLIJK?- Wanneer wij pleiten voor “normalisering” van methoden als informantenwerking, observatie en infiltratie, doen we dat zeker niet om de ongebreidelde of ongecontroleerde toepassing ervan aan te moedigen, integendeel. Wij zijn ons maar al te zeer bewust dat aan sommige methoden fysieke en psychologische gevaren zitten. Bij infiltratie bestaan beide. Bij informantenwerking vooral fysiek gevaar voor informant en psychologisch gevaar voor politiemensen. Doch ook in zedenzaken bestaat mogelijk psychologisch gevaar, bij openlijke onderzoeken tegen terroristen mogelijk fysiek gevaar. Wij hebben gewezen op het gevaar van corruptie, maar dat is kleiner bij verdeckte observatie, waarbij er geen rechtstreekse interactie is met de verdachte dan bij de administratieve controle van vergunningen door steeds dezelfde wijkagent. Ook onderzoeksmethoden waarbij de controle op de rechtmatigheid moeilijk ligt of waarbij het gevaar van uitlokking groot is, manen aan tot zuinig gebruik. Doch een dergelijke zuinigheid kan ook geboden zijn wegens iets zo prozaïsch als de te hoge kostprijs of de geringe effectiviteit van de methode¹⁴⁹¹.

¹⁴⁹⁰ Over het onderscheppen van post: TRAEST, Ph. en MEESE, J., *op.cit.*, 48.

BIJZONDER INDRINGEND?- De inmenging in de persoonlijke levenssfeer hebben we al vermeld. Een onderzoeksrechter die gelijktijdige huiszoekingen op vijftig plaatsen beveelt, moet net zo goed nagaan of er wel voldoende verdenking is om een zo grootschalige inmenging in de privélevens van mensen te bevelen. Ook bij de toepassing van de drie methoden die professor Bosly als "bijzonder" weerhield, kan de mate van inmenging in het privéleven nogal verschillen. Dat blijkt uit het onderscheid dat het voorontwerp heeft gemaakt tussen verschillende soorten observatie: als technische middelen zijn gebruikt die toelaten in privéplaatsen te kijken, gelden strengere regels. Informantenwerking kan gewoon "geïstitutionaliseerde roddel" zijn, maar ook feitelijke "burgerinfiltratie". Vandaar dat het vreemd is dat professor Bosly geen onderscheid heeft gemaakt tussen "passieve" inzameling van gegevens die informanten spontaan aanbrenge en het gericht "uitsturen" van informanten, dat naar infiltratie kan neigen. Misschien is de moeilijkheid om dit verschil in de praktijk vast te stellen de reden waarom hij eraan voorbij gaat, maar op andere punten heeft dat bezwaar nochtans niet gespeeld.

SAMENVATTING- De wetgever moet bevoegdheden scheppen voor de onderzoekers, die hen onder bij wet bepaalde voorwaarden toegang geven tot informatie die zij nodig hebben. Hoewel de wetgever zich bewust moet zijn van de risico's die aan bepaalde bevoegdheden en methoden verbonden zijn, bestaat er geen reden om informantenwerking, observatie en infiltratie in een apart hokje onder te brengen voor een regeling. De risico's zijn verschillend naargelang het geval en bestaan net zo goed bij talloze "gewone" methoden.

2.3. Geheimen en leugens

HEIMELIJKE INZAMELING- De twee belangrijkste factoren, die in de Belgische voorstellen omtrent de "bijzondere opsporingsmethoden" (*supra*, Hoofdstuk 4, §3) onvoldoende uit de verf komen, zijn de "geheimen en leugens". Beide zijn nodig, beide zijn gevaarlijk en daarom beangstigend. Alle auteurs beklemtonen terecht dat er een belangrijk verschil tussen het heimelijk over iemand gegevens verzamelen en dat openlijk doen. Een aantal "vrijplaatsen" (zoals de woning) verdient daarenboven extra bescherming¹⁴⁹². Dat is trouwens niet meer dan een eeuwenoude traditie, die

¹⁴⁹¹ Cfr. *supra* Hoofdstuk 4, 3.3. de vaststelling van de POC-GC dat pseudokoop niet lukt bij georganiseerde criminaliteit.

¹⁴⁹² In de Belgische af luisterwet krijgen - anders dan in andere landen - private plaatsen geen bijzondere aandacht. Afluisteren van de verdachte in zijn woning kan dus perfect. De extra privacyverwachting in de woning lijkt gewoon in subsidiariteits- en evenredigheidsstoets te

we alleen zullen moeten aanpassen aan de evolutie van de technologie. In een tijd van scanners, warmtezoekers, af luistermateriaal en Internettoestanden zullen juridische muren de steeds minder stevige, fysieke muren moeten vervangen¹⁴⁹³. De heimelijkheid maakt controle extra moeilijk, zodat de zelfdiscipline van de overheid groter moet zijn. Dat kan men wel institutioneel en wetgevend aanmoedigen, maar uiteindelijk blijft de vraag welke controle van buitenaf nodig en mogelijk is. De verplichting voor de politiediensten om jaarlijkse verslagen op te maken kan daar een bijdrage toe leveren. Maar ook de verdediging heeft (in het licht van het E.V.R.M.) daarbij een belangrijke taak. Met de bestaande regeling van het geheim van het onderzoek kunnen de onderzoekers bepaalde gegevens probleemloos (tijdelijk) geheim houden. Bosly's voorstel om personen die stiekem geobserveerd werden in te lichten, is gebaseerd op Straatsburgse rechtspraak. Maar heeft de "mededeling" door de griffier dat iemand het voorwerp is geweest van een bijzondere opsporingspraktijk (observatie of infiltratie) eigenlijk veel zin? Het is immers allesbehalve duidelijk wat er precies moet of kan worden meegedeeld. Vooral bij onderzoeken die (nog) niets hebben opgeleverd, past de vraag naar de grenzen van het onderzoeksgeheim¹⁴⁹⁴. Daarenboven zullen heel veel mensen die weliswaar in het onderzoek betrokken zijn geraakt, maar die "weggefilterd" zijn, moeilijk te identificeren zijn. Het kunnen er trouwens heel veel zijn.

PERMANENTE GEHEIMEN- Vervolgens komt de cruciale vraag naar de mogelijkheid van "permanente geheimen". De Belgische beleidsmakers nemen een dubbelzinnig standpunt in, maar de nadruk lag zowel bij professor Bosly als bij de POC-GC vooral op de gevaren van geheimhouding voor controle en doorzichtigheid. De uitgebreide verbaliseringsplicht bij Bosly liet inderdaad nog weinig ruimte voor permanente geheimen. "Speurdersbaas" Berkmoes repliceert terecht dat, indien geen permanente geheimen meer mogelijk zijn, een aantal bijzondere opsporingsmethoden best totaal wordt verboden¹⁴⁹⁵. Hij vraagt zich af of de vertrouwelijke rapporten van politie aan Openbaar Ministerie, die nu overeenkomstig de omzendbrief van 1990 worden gebruikt, in de toekomst niet meer zullen kunnen.

moeten worden verrekend. Enkel voor plaatsen die toebehoren aan houders van het beroepsgeheim bestaat er bijzondere aandacht: art.90octies Sv.

¹⁴⁹³ Vgl. COLBRIDGE, T., *op.cit.*, 18-24.

¹⁴⁹⁴ Dit onderzoeksgeheim vormt trouwens ook een probleem voor de politiemensen die hun informanten moeten "uitsturen" op zoek naar informatie. Daarvoor moeten zij die informanten meestal de nodige gegevens over de feiten en het onderzoek geven, wat strikt gesproken neerkomt op een schending van hun beroepsgeheim. Het gevaar bestaat dat de informant hen meer uithoort dan omgekeerd...

Verder moet de wetgever zeker ook nog nadenken over de wenselijkheid dat de onderzoeksrechter gegevens permanent geheim zou kunnen houden, zowel voor de controlerende rechters (onderzoeks- en vonnisgerechten) als voor de verdediging. De vrees bestaat dat de onderzoeksrechter dan “gecompromiteerd” geraakt door de geheimen die politie en Openbaar Ministerie hem toevertrouwen en dat hij dus (nog meer) aan onafhankelijkheid en onbevooroordeeldheid inboet. Uit de gemotiveerde schriftelijke toelating die de magistraten zullen moeten geven voor de inzet van bijzondere methoden, krijgt de verdachte een goed zicht op de gegevens waarover de speurders op dat moment beschikken en dus ook op de mogelijke bron, dat wil zeggen op wie waarschijnlijk de informant was. Bosly's idee dat het zou volstaan de naam van de informant in het proces-verbaal te vervangen door zijn codenummer opdat die op zijn twee oren zou kunnen slapen, lijkt ons enigszins naïef. Op dit probleem van bronbescherming gaan we in Deel IV verder in.

LEUGENS- Het laatste, misschien belangrijkste en moeilijkst te regelen aspect is de “leugen”. Daarmee bedoelen we de (opzettelijke) misleiding, het (met de beste bedoelingen) schenden van het vertrouwen van mensen. Dit maakt deel uit van sommige opsporingspraktijken en het kan zowel bij “klassieke” als bij “bijzondere” opsporingsmethoden gebeuren. Het gebruik van leugens valt echter moeilijk te verzoenen met de “loyaliteitsplicht” die de wetgever zichzelf en de rechtshandhaving heeft opgelegd. Iedereen lijkt het ermee eens dat “totale en onvoorwaardelijke eerlijkheid” niet kan. Niemand lijkt echter in staat de grenzen van “toegelaten oneerlijkheid” duidelijk te bepalen. Samen met het brengen van duidelijkheid over “absolute geheimen” vormt deze begrenzing van het toegelaten liegen dan ook de wezenlijke opdracht van de wetgever bij de normering van de (bijzondere) opsporingsmethoden. Vertrouwen, dat heeft ons systeem aan den lijve ondervonden, is iets heel breekbaars en het is moeilijk te lijmen¹⁴⁹⁶. Zo kan het in het kader van infiltratie best handig zijn in het milieu het gerucht te verspreiden dat een aantal politiemensen corrupt is. Helaas valt een dergelijk gerucht nauwelijks te

¹⁴⁹⁵ BERKMOES, H., “De wettelijke regeling...”, *op.cit.*, 245 (in zijn publieke lezing op de studiedag was hij wel explicieter op dit punt.)

¹⁴⁹⁶ Gevaar van het gebruik op grote schaal van deze methodes, vooral van die waarbij “listig” en “betrokken” opgetreden wordt, is dat van de geloofwaardigheid: de vervagende grenzen tussen goed en kwaad, behoorlijk en onbehoorlijk. Vgl. Amerikaanse films: reactie op de vroegere karikaturale voorstelling van de goede held met alleen kwaliteiten op een wit paard en de door-en-door slechte op een zwart paard. Nu een tendens om parallelen te benadrukken tussen de politiemans en de gangster, de wederzijdse beïnvloeding, zij zijn en doen eigenlijk hetzelfde, maar het gaat om toevallige tegenstrevers, concurrenten. De duivel schrikt niet zozeer af maar verleidt, maakt misbruik van aspiraties en zwakheden om mensen contra-intuïtieve dingen te laten doen...

controleren. Het gaat een eigen leven leiden en kan een hele politiedienst verzieken, omdat de buitenstaanders de dienst niet meer vertrouwen of omdat collega's aan het twijfelen slaan. Het kan nodig zijn een vals proces-verbaal op te stellen om een informant te beschermen, doch wanneer dat regelmatig gebeurt, leidt het tot onherstelbare schade aan de rechtshandhaving in haar geheel.

2.4. Spontane vragen bij tekst Bosly

DUUR- Professor Bosly werkt aan een nieuw voorontwerp, zodat een detailanalyse van zijn werkstuk voorbarig zou zijn. Dat zijn tekst talloze vragen oproept, is hiervoor al gebleken. Toch kunnen enkele voorbeelden illustreren hoe moeilijk het is om de regels in gedetailleerde wetten vast te leggen. De tekst van het voorontwerp fixeert bijvoorbeeld ook erg op de duur van de observatie. Was dat wel een goed idee? Anders dan bij een aanhouding of een telefoongesprek valt de precieze duur van een verdeckte geheime observatie moeilijk te meten. Slaat de "duur van de observatie" op de tijd dat men naar iets uitkijkt of alleen op de tijd dat men iemand inderdaad ziet? Hoe berekent men die duur bij onderbroken observaties of bij opeenvolgende? Zal dat geen al te ingewikkelde bureaucratie opleveren? Men kan iemand gedurende uren uit het oog verliezen, bijvoorbeeld omdat die thuis in zijn bed ligt. Hoe bepaal je de duur van de observatie bij "technische observaties" buiten privéplaatsen? Neem een camera die op een loods gericht staat. Die kan dag en nacht draaien en alle beelden opnemen. Dat is echter een behoorlijke verspilling. Technisch is het niet zo moeilijk de camera alleen te laten draaien wanneer er iets beweegt. De totale duur van de "observatie" zal zo drastisch verminderen. Dit verandert echter weinig aan de mate van "inmenging" in de privésfeer.

LOT GEGEVENS- Een ander grote leemte is zoals gezegd de afwezigheid van een regeling over wat er met de gegevens moet gebeuren¹⁴⁹⁷. Een magistraat kan operaties afblazen wanneer niet meer wordt voldaan aan de wettelijke voorwaarden. Wordt dan heel de voorafgaande gegevensverzameling retroactief illegaal en moeten dan alle gegevens vernietigd worden? Of kan de bekomen informatie nog dienen als "sturingsinformatie"? En kan de zaak door een band met een andere zaak of een nieuw gegeven "gereanimeerd" worden, mogelijkerwijze door een andere magistraat? Vragen als deze sluiten aan bij onze algemene vaststelling dat de regeling van de opsporing onmogelijk is zonder een regeling van de

¹⁴⁹⁷ Dit is een opmerkelijk verschil met de afluisterwet: art.90septies Sv.

informatiehuishouding in het algemeen¹⁴⁹⁸. Die algemene regeling van de verzameling, de opslag, de verwerking en het gebruik van politieke en gerechtelijke gegevens zal ook duidelijk moeten maken in welke mate het *doelgebondenheidsbeginsel* bij gegevensverwerking (*supra*) een rem kan vormen op het gebruik in strafzaken van gegevens die door administraties en privépersonen zijn verzameld. De kwestie van allerlei verplichte registraties (van hotelbriefjes tot financiële gegevens) en meldplichten (zware misdrijven, verdachte financiële transacties, mogelijke illegale passagiers,...), waar Bosly totaal niet bij stilstond, zal dan plots in perspectief komen te staan.

ENCRYPTIE- De bedenking dat zowat alle informatie in de toekomst in "computergegevens" zal worden omgezet, brengt ons bij een laatste opvallende leemte in het werk van professor Bosly. Zijn voorontwerp bevatte een ontwerp-reglementering van gevoelige informatieverzameling en het weerspiegelde een grote bekommernis om de bescherming van de privésfeer. Daardoor verbaast het oorverdovend stilzwijgen over de controversiële encryptiediscussie des te meer. Die gaat over het coderen van gegevens om ze te beveiligen: een technologische "schutting" die computer- en telecommunicatiegegevens tegen pottenkijkers en manipulaties moet beschermen. Een Belgische "sluipwet" legde de verplichte deponering van encryptiesleutels bij een overheidsdienst op¹⁴⁹⁹. Ze vormt een typisch, ietwat naïef voorbeeld van proactieve aanpak van mogelijke criminaliteit. Het is de bedoeling dat de speurders indien ze dat nodig achten, de sleutel tot decoding zullen kunnen opvragen bij deze instelling¹⁵⁰⁰. Uiteindelijk kwam er op initiatief van de regering¹⁵⁰¹ een wet die de betwiste encryptieregeling afschafte¹⁵⁰² en drie jaar later kwam er ook een wet betreffende computercriminaliteit¹⁵⁰³. Die heeft,

¹⁴⁹⁸ Over het thema van de politiebestanden: DE SCHUTTER, B. en DE HERT, P., "Is België klaar met zijn politie-privacywetgeving?", *Vigiles* 1995/3, 1-12; D[ELTOUR], P., "Kommittee P woelt in politie-informatie", *De Morgen* 28 mei 1996.

¹⁴⁹⁹ DUMORTIER, J., "Stille invoering van cryptografiecontrole in België", *Computerrecht* 1995/2, 79; "Cryptografie is niet verboden", *Campuskrant* 8 februari 1996, 3.

¹⁵⁰⁰ Of die wet wordt afgedwongen is niet duidelijk. Een andere poging om de encryptie en decryptie bij wet te regelen bleek een uitschuiver: DUMORTIER, J., "Une histoire belge: het wetsvoorstel van de dames Bribosia-Picard en Maximus 'betreffende de decryptie van berichten", *Computerrecht* 1997/2, 88-89.

¹⁵⁰¹ Eigenlijk gebeurde dit in opdracht van de regering door de heer Van Eecke, een wetenschappelijk medewerker van een andere universiteit dan professor Bosly.

¹⁵⁰² VAN EECKE, P. en DUMORTIER, J., "Bescherming van privécommunicatie op het Internet", in/ X, *De rechten van de mens op het Internet*, Antwerpen, Maklu, 2000, 91-92.

¹⁵⁰³ Wet 28 november 2000 inzake de informaticacriminaliteit, *B.S.* 3 februari 2001.

totaal onafhankelijk van de discussie over de opsporingsmethoden, onder meer de "virtuele zoeking" en de "inbeslagneming van computergegevens" geregeld¹⁵⁰⁴.

2.5. Besluit

NORMALISERING EN NORMERING- Na de vaststelling dat het gebruik van de term "proactieve recherche" door de wetgever geen al te schitterende ingeving is, komen we nu tot de vaststelling dat ook de Belgische omschrijving van "bijzondere opsporingsmethoden" eigenlijk geen goed idee is. Zij zouden beter samen met de "normale" opsporingsmethoden worden geregeld. Daar hoorden de observatie en de informantwerking trouwens thuis tot ze werden "geproblematiseerd". Dat betekent geenszins dat geen normering nodig zou zijn, integendeel. Alleen vinden wij dat die niet specifiek op de drie uitgekozen methoden moet slaan. Er zijn net zoveel eigenschappen die de methoden onderscheiden als die ze binden, terwijl zij die misschien wél gemeen hebben met "gewone" methoden. Dat nu precies deze drie in de doos "bijzondere opsporingsmethoden" beland zijn, lijkt voor een groot deel met historisch toeval te maken te hebben. Wij stellen voor dat de wetgever - naar Nederlands voorbeeld - zou inzoemen op *bevoegdheden* van de politie en justitie: de gegevens waartoe ze toegang krijgt, de manier waarop en de eraan verbonden voorwaarden. Bij de regeling van die bevoegdheden zal steeds geoordeeld moeten worden over de toelaatbaarheid van heimelijke inzet, de mogelijkheid gegevens permanent geheim te houden en de mogelijkheid om een bevoegdheid op listige manier aan te wenden. De Belgische beleids mensen hebben wel nagedacht over het eerste aspect, maar bieden tot nader order geen ondubbelzinnig antwoord op de tweede en de derde vraag.

§3. Uitlokking, rechtvaardiging en verschoning

3.1. De laatste grens: plegen mag soms, uitlokken nooit

ABSOLUTE GRENS- Het taboe op het plegen van als misdrijf omschreven feiten door opsporingsambtenaren is weggevallen. De belangrijkste rechtsleer en -waarschijnlijk - rechtspraak suggereren weliswaar dat, zoals de wet nu is, het in de meeste gevallen "eigenlijk" nog niet kan. Doch ze lijken het volmondig eens dat het soms moet kunnen. Ook de geheime omzendbrief, het voorontwerp Bosly en de POC-GC zitten op deze lijn. Zowat alles in de reglementering en de toepassing van proactief en bijzonder politiewerk wijst dus op relativering en nuancering van

¹⁵⁰⁴ Cfr. *Parl.St., Senaat 1997-98, 1-828/3, 15.*

klassieke normen. Daarom verdient het enige absoluut taboe dat in de storm van veranderingen niet slechts overeind blijft, maar zelfs zijn positie versterkt, bijzondere aandacht. Het gaat om het verbod voor mensen die voor de rechtshandhaving werken om misdrijven uit te lokken¹⁵⁰⁵. In alle landen verzet men zich ertegen, alle Belgische rechtsgeleerden en blijkbaar ook de rechtspraak van hoog tot laag zeggen dat het niet kan¹⁵⁰⁶. Ook alle hervormingsvoorstellen wijzen uitlokking uitdrukkelijk af. Zelfs gewezen hoofdcommissaris Reyniers, een van de pioniers van de bijzondere opsporingsmethoden die voortdurend de grenzen van het toelaatbare heeft afgetast, verzet zich met klem tegen beweringen als zou hij ooit tot "provocatie" zijn overgegaan¹⁵⁰⁷. De enige uitzondering vinden we bij niet nader genoemde personen die door de POC-GC zijn gehoord. Als enigen vragen zij zich af "*of aan dit verbod een absolute waarde moet toegekend worden dan wel of er in welomschreven gevallen van mag worden afgeweken (bijvoorbeeld ter bescherming van de fysieke integriteit van kinderen.)*"¹⁵⁰⁸. De Senaatscommissie citeerde hen, voegde eraan toe dat het over "*een gevoelig punt*" ging, maar verwees vervolgens naar haar eerder tussenrapport, dat een absoluut uitlokkingsverbod bevatte¹⁵⁰⁹.

WAAROM- Vreemd genoeg neemt iedereen dat uitlokkingsverbod als onomstotelijk uitgangspunt en gaat men daarna pas op zoek naar redenen om het te verantwoorden en naar een omschrijving van wat nu eigenlijk uitlokking is. In Deel I en Deel II hebben we gemerkt dat dergelijke rare kronkels in het denkproces, waarbij het antwoord vastligt en op basis daarvan de juiste vraag gezocht wordt, wel vaker voorkomen. Wij hebben er eveneens aangestipt dat dogmatici als taak hebben aan te geven welke (onuitgesproken) voor-oordelen aan de basis liggen van beleidskeuzes en het erop gesteunde systeem te testen op zijn coherentie. Spannen rechtspraak en rechtsleer ook hier de kar niet voor het paard? Past niet eerst de vraag waarom iets al dan niet kan en pas daarna de vertaling in een concrete omschrijving van de verboden gedraging?

¹⁵⁰⁵ "*Il convient dès lors de réaffirmer l'interdiction absolue de recourir à la provocation policière et l'interdiction de principe de commettre des infractions*" (POC-GC, *Eindverslag, op.cit.*, 408).

¹⁵⁰⁶ VAN OTRIVE, L. en CAPELLE, J., *op.cit.*, 147 vormen in de literatuur een beetje de uitzondering, wanneer zij schrijven, zonder onder stoelen of banken te steken dat ze het er niet mee eens zijn: "*All in all, Belgian jurisprudence now rules that it is acceptable to provoke somebody to commit a felony as long as the police take into account certain conditions.*"

¹⁵⁰⁷ DE MOOR, F., "Het werk van de speurder", *Knack Magazine* 1 februari 1995, 28-29.

¹⁵⁰⁸ In de Dutrouxtijden waarin de hoorzittingen plaatsvonden, gold de integriteit van kinderen als een soort "opperste rechtsgoed" waarmee men politici kan overtuigen dat het (bijna) alle middelen heiligt.

¹⁵⁰⁹ POC-GC, *Eindverslag, op.cit.*, 524.

3.2. De verdwenen verantwoording uitlokkingsverbod

UITLOKKINGSVERBOD ZAT IN LEGALITEITSPLICHT- In de jonge jaren van onze wetboeken besteedde niemand al te veel aandacht aan het probleem van uitlokking van misdrijven door de overheid. Misschien was dat omdat dat verbod in het klassieke model niet meer dan een van de verschijningsvormen vormde van de algemene opdracht legaal op te treden. Op de politie rustte, zoals op alle rechtsonderhorigen, de plicht de verbodsbepalingen van het Strafwetboek te respecteren, tenzij er een rechtvaardigingsgrond bestond (Hoofdstuk 1, 3.2). Men kan zeggen dat de overheidsagent die een persoon aanzet tot het plegen van misdrijven zich daarbij zelf vaak schuldig maakt aan moreel daderschap of aan morele of materiële medeplichtigheid aan het misdrijf van die persoon¹⁵¹⁰. Hij pleegde dus zelf een als misdrijf omschreven gedraging en de door art. 78 Sw. vereiste rechtvaardiging ontbrak. Dat kon niet en daarbij paste een sanctie.

LOGISCH BIJ REACTIEF STRAFRECHT- Het klassiek straf- en strafprocedurerecht huldigde immers een reactieve aanpak van criminaliteit: eerst schade aan een behartigenswaardig (concreet) rechtsgoed, dan pas overheidsoptreden (*supra*, Hoofdstuk 1). In die logica paste een uitlokkingsverbod perfect. De uitlokkingsgedraging ging immers noodzakelijk vooraf aan het misdrijf en kon dus niet reactief zijn. Het is ons inziens deze gedachtengang die Masset ertoe brengt een basis voor het uitlokkingsverbod te zoeken in art. 8 Sv., waarin hij de regel las dat speurders zich alleen mogen bezighouden met al gepleegde misdrijven (*supra*, Hoofdstuk 4, 3.4.2.). Daarmee koos hij al voor een uitlokkingsverbod dat verder gaat dan het legaliteitsgebod. Gedragingen van informanten of infiltranten die (nog) niet strafbaar zijn, omdat er (nog) geen hoofdmisdrijf is, beschouwde hij als illegaal wegens schending van de regels van het strafprocesrecht. Dezelfde gedachtegang verklaart waarom de orthodoxen in rechtspraak en rechtsleer gedurende een lange tijd de infiltratie als onderdeel van een opsporings- of gerechtelijk onderzoek ronduit afwezen. De infiltrant gaat op de kandidaat-crimineel af en zij geloven dat dergelijke praktijk bijna onvermijdelijk in uitlokking uitmondt. Het valt trouwens op dat zelfs de voorstanders van infiltraties als noodzakelijk kwaad ze wel gedurende lange tijd

¹⁵¹⁰ In Deel II hebben we gezien dat het in hoofde van de deelnemer zelfs niet het bijzonder opzet vereist is wanneer de eigenlijke dader dat wel moet hebben (*supra*).

“verbannen” hebben naar het aan de opsporing voorafgaande of ermee parallel lopend “politie-onderzoek”¹⁵¹¹.

VANZELFSPREKENDHEID VERDWIJNT- Vandaag de dag erkennen rechtspraak, rechtsleer en wetgever evenwel dat naast de reactieve er ook een proactieve benadering nodig kan zijn. Ook de zogenaamde “bijzondere opsporingsmethoden” heten nu een noodzakelijk kwaad. In bepaalde gevallen moeten overheidsambtenaren en hun medewerkers listig (niet-oprecht) en/of verdekt kunnen optreden, waarbij ze zelf betrokken geraken in criminele activiteiten. De vraag is niet langer of bijzondere methoden moeten gebruikt worden, maar *welke, wanneer en hoe* (*supra*, Hoofdstuk 4, §3). Zowel rechtspraak als rechtsleer verzekeren daarbij dat, gelet op de uiteindelijke doelstelling van informantenwerking, observatie en infiltratie, deze drie activiteiten onder de noemer opsporing (*recherche*) thuishoren. Dat betekent dat ze vallen onder de regels van de het strafprocedurerecht en onder het gezag en leiding van de magistratuur. Zij willen daarmee vermijden dat de strafprocedure hoe langer hoe meer beïnvloed, ja zelfs aangetast raakt door gebeurtenissen buiten of naast het strafrechtelijk onderzoek waarover de rechterlijke macht geen enkele controle zou hebben. Met het verlaten van zowel het reactief dogma - geen onderzoek zonder voorafgaand misdrijf - als het absoluut misdrijfverbod voor overheidsambtenaren - geen misdrijf door de onderzoeker -, verdwijnen meteen ook twee “klassieke” argumenten waarom uitlokking niet kan. Het uitlokkingsverbod verliest dus zijn vanzelsprekend karakter.

3.3.De zoektocht naar gronden voor een zelfstandig uitlokkingsverbod

3.3.1.Een eigen uitlokkingsbegrip in het strafprocesrecht

VERVREEMDING VAN HET MATERIEEL STRAFRECHT- Het nieuwe jasje dat "uitlokking door overheidsagenten" krijgt aangemeten, vormt een goede illustratie van de continentendrift in het strafrecht: de vervreemding tussen het materieel strafrecht en het strafprocedurerecht. Het Franse woord “*provocation*” vinden wij op drie

¹⁵¹¹ Ook Minister van Justitie Vranckx, die in de jaren zeventig de infiltratie in de sfeer van de internationale drugshandel een “jumpstart” gaf, deed dat. Hij weigerde de mensen van het BCI die stiekem informatie moesten verzamelen door het “milieu” ongemerkt binnen te dringen, de hoedanigheid van agent van gerechtelijke politie te geven. Ook de Minister beschouwde hun taak dus als behorend tot een nog-niet-strafprocedurele-fase, zodat ook de leiding en het toezicht niet bij de rechterlijke macht of het Openbaar Ministerie kwam te liggen. Ze bleef bij de minister zelf, met alle ellende vandien (*supra*, voetnoot 1122).

belangrijke plaatsen in ons strafrecht terug¹⁵¹². In Boek I Sw. treffen we het aan als een vorm van moreel daderschap, het aanzetten van anderen tot een misdrijf (art.66 Sw.)¹⁵¹³. Daarnaast bevat Boek II Sw. de uitlokking als strafverminderende verschoningsgrond (411 Sw.). En tenslotte bestaat er de "provocatie door de politie of in samenspraak met de politie", het absolute taboe dat grenzen stelt aan de overheidsactiviteiten gericht op criminaliteitsbestrijding. De overgrote meerderheid in de rechtsleer pleit ervoor deze drie gelijklopende begrippen een verschillende inhoud te geven. Volgens De Nauw "*is ook de rechtspraak [...] tamelijk eensgezind om geen beroep te doen op figuren uit het materieel strafrecht om de politionele provocatie te beteugelen*"¹⁵¹⁴.

VERWARRING- Wij vinden dat vreemd. Ons uitgangspunt is dat, hoewel ze in de praktijk misschien (ook) andere functies heeft gekregen, de strafprocedure wezenlijk dient voor het afdwingen van het strafrecht. Vandaar dat wij verkiezen de betekenis van procedurebegrippen eerst te zoeken in het materieel strafrecht. Wie daarvan wil afwijken, moet over goede argumenten beschikken. De voorbije twee decennia hebben een pak rechtspraak over uitlokking opgeleverd, zonder dat de verwarring daarmee van de baan zou zijn. De rechtsleer wijt de "schijnbare tegenstrijdigheden" tussen verschillende rechterlijke beslissingen aan de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter over het al dan niet bestaan van uitlokking. Hij geeft echter ook toe dat ook de aarzeling om uitlokking van misdrijven door overheidsagenten te koppelen aan bestaande rechtsfiguren daartoe heeft bijgedragen¹⁵¹⁵.

3.3.2. Verantwoording door (bevooroordeelde) eliminatie

DE NAUW- Professor De Nauw lijkt zich - naast De Valkeneer - nog het meest bezig te houden met de verantwoording van een "zelfstandig" uitlokkingsconcept in het strafprocesrecht¹⁵¹⁶. Helaas komt in de bijdragen die deze gezaghebbende auteur aan het thema wijdt, het onderscheid tussen de beschrijving van de rechtspraak en zijn eigen standpunt niet altijd even goed uit de verf. Terwijl aanvankelijk het

¹⁵¹² Eigenlijk op meer, want ook het uitdagen tot een duel heet "*provocation*" (art.423 e.v. Sw.) en het uitlokken komt als een soort deelnemingsvariant in een aantal misdrijfomschrijvingen zelf voor: 118bis, 158, 234, 274 Sw., 293 en 380quarter Sw

¹⁵¹³ *Supra*, Deel II, Hoofdstuk 2.

¹⁵¹⁴ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 94.

¹⁵¹⁵ DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 322.

¹⁵¹⁶ Hij heeft als luidspreker gefungeerd die het standpunt van mensen als Declercq over het uitlokkingsverbod als aspect van het behoorlijkheidsgebod (*supra*, Hoofdstuk 4, 3.4.2. en *infra*) in brede kringen ingang heeft doen vinden.

beschrijvende de overhand had, is in latere stukken de eigen mening van de auteur meer op de voorgrond getreden. Zijn gevoeligheid voor de dogmatische verwickelingen die aan het begrip kleven, steeg ook¹⁵¹⁷. Wat laat De Nauw toe de navelstreng van de "(politie) provocatie" naar het materieel strafrecht door te knippen¹⁵¹⁸? Vreemd genoeg rust zijn categorisch besluit niet op een duidelijke argumentatie. Het vloeit immers voort uit een soort eliminatieproces waarbij achtereenvolgens uitlokking in de zin van 411 Sw., uitlokking als vorm van morele dwang en uitlokking in de zin van art. 66 Sw. worden geschrapt.

VERSCHONENDE UITLOKKING- Eerst weigert De Nauw beslist een koppeling van het verbod van uitlokking door overheidsagenten aan 411 e.v. Sw.¹⁵¹⁹ Dat artikel bevat omstandigheden waarvan de wetgever begrijpt dat ze de wil van een normaal persoon om geweldsmisdrijven te plegen beïnvloeden. Dat is bijvoorbeeld het geval voor zwaar geweld tegen personen dat op zijn beurt een gewelddadige reactie "uitlokt" die de grenzen van de noodweer te buiten gaat. De maatschappij kan dergelijke feiten niet goedkeuren, maar toont begrip door de straffen gevoelig te verlagen. De uitlokkingssomstandigheden verminderen de schuld van de dader¹⁵²⁰, het maatschappelijk verwijt wegens de gepleegde feiten¹⁵²¹. Vreemd genoeg zegt De Nauw niet waarom hij de koppeling van uitlokking door de politie aan 411 Sw. e.v. zo radicaal verwerpt. Hij verwijst gewoonweg naar zichzelf en naar andere

¹⁵¹⁷ Gelet op zijn bijdragen aan de Belgische wederrechtelijkheiddiscussie in de tweede helft van de jaren tachtig en de eerste helft van de jaren negentig, betwijfelen we of hij de "contrainte morale"(dwang) nog steeds "cause de justification" zou noemen, zoals hij in 1980 deed (DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 322). Hij zou nu waarschijnlijk "excuse" schrijven.

¹⁵¹⁸ De Nauw tracht in zijn Nederlandstalige stukken de drie vormen van uitlokking te onderscheiden door verschillende begrippen te hanteren. "Uitlokking" gebruikt hij voor de strafverminderende verschoningsgrond van 411 e.v.Sw. Wanneer hij het over art.66 Sw.heeft, verkiest hij "aanzetting". Voor een te activistische politie die misdrijven "doet plegen om de daders te betrappen" reserveert hij de term "provocatie". Wij stellen het op prijs dat hij door een verfijnde woordkeuze de begripsverwarring uit de wereld tracht te helpen. Aangezien het Frans als moedertaal van de wetboeken telkens "provocation" gebruikt, volgen wij hem niet. Dat doen rechtspraak en rechtsleer trouwens ook niet. "Uitlokking" lijkt ons een goede vertaling van "provocation" en wij beschouwen "provocatie" als een synoniem ervan.

¹⁵¹⁹ Wat hij dus uitlokking noemt.

¹⁵²⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...op.cit.*, 226.

¹⁵²¹ De strafwetgever vindt het "normaal" dat een "redelijke" persoon zichzelf in deze omstandigheden "niet helemaal onder controle heeft", al blijft voor het overige de zelfbeheersing wel de basis van heel het systeem. Overigens heeft de wetgever recent de verschoning geschrapt voor de echtgenoot in geval van betrapting op heterdaad bij overspel (413 Sw.). Dit gebeurde met art.3 wet 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan, *B.S.* 6 februari 1998. Daarmee gaf de wetgever aan dat vandaag de dag de redelijke mens zich ook in die omstandigheden wel moet kunnen beheersen en niet tot geweld mag overgaan. De argumenten waren dat overspel gedecriminaliseerd is sinds 1987 en dat de lichamelijke integriteit tot een hogere waarde is geëvolueerd dan de huwelijksrouw.(DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht, op.cit.*, 293).

rechtsleer¹⁵²². Wij kunnen natuurlijk wel raden naar de reden. De verschoningsgrond (411 Sw.) zou immers enkel kunnen slaan op gewelddaden van de politie die tegengeweld van de "verdachte" uitlokken. De Nauw vindt ook minder hand tastelijk optreden van de politie dat een burger tot een geweldloos misdrijf overhaalt, ongehoord. Ook dat moet gesanctioneerd worden. Toch vragen wij ons af of, afgezien van het beperkte toepassingsgebied (qua schuldverminderende omstandigheden en verschoonde feiten), de logica achter de twee rechtsfiguren echt wel zo verschillend is. Het gaat steeds om omstandigheden die de keuzevrijheid weliswaar niet wegnemen, maar beïnvloeden in de richting van een misdrijf. Het misdrijf en het persoonlijk verwijt blijven op de uitgelokte persoon rusten, maar zijn "schuld" is kleiner dan van wie helemaal vrijwillig dezelfde gedraging stelt. De straf vermindert, omdat zij in verhouding staat tot de persoonlijke schuld. Wanneer het beperkt toepassingsgebied de struikelsteen is, rijst de vraag waarom niemand voor een dergelijke strafverminderende verschoning een plaats opeist in het Algemeen Deel (Boek I Sw.). Die vraag blijft in de Belgische literatuur echter uit¹⁵²³.

MORELE DWANG- De wetgever houdt nochtans ook in Boek I rekening met de invloed van de omstandigheden of van andere personen op de wil van de dader bij het plegen van het misdrijf. Dat gebeurt bijvoorbeeld in art.71 Sw. dat zegt dat "*er geen misdrijf is wanneer de beschuldigde of beklagde (...) gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan.*" Wanneer deze macht niet fysiek maar moreel van aard is, spreken we van (morele) dwang en gaat de dader vrijuit. Rechtspraak en rechtsleer hebben deze schulduitsluitingsgrond streng geïnterpreteerd: de normale mens moet behoorlijk wat druk kunnen weerstaan. Alleen wanneer de wilsvrijheid helemaal "uitgeschakeld" is, verdwijnt de schuld als vereiste voor strafbaarheid. Vandaar de rechtspraak die alleen van verboden provocatie door de politie spreekt wanneer de daders door politie zozeer onder druk gezet zijn dat zij niet meer "vrij" over hun handelingen beslissen¹⁵²⁴. Die is niet zover verwijderd van de Amerikaanse leer van *subjective entrapment*, die

¹⁵²² DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 93 verwijst naar "La provocation...", *op.cit.*, 322. Ook daar poneert hij deze regel echter als een gegeven, met verwijzing naar CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, 1975, n°391, note 2; VANHOUDT, C. en CALLEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, deel II, 1976, n°934 en POUPART, J., "Crimes et délits contre des familles et contre la moralité publique", n°6288 in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t.III.

¹⁵²³ Eigenlijk heeft er vroeger één, heel concrete gestaan in art.77 Sw. Die verminderde de doodstraf bij jeugdige leeftijd van de dader tot levenslange dwangarbeid en verdween samen met die straffen.

¹⁵²⁴ *Supra*: Brussel 19 november 1984, *R.W.*1984-85, 2563-2568, noot J.SCHEERS, 2571.

zoals gezegd veel ruimte laat aan infiltranten (*supra* Hoofdstuk 3). De Nauw¹⁵²⁵ verwerpt die rechtspraak keer op keer en verheugt zich over andere uitspraken die dat ook doen. Zijn argumentatie is echter schriel. Aanvankelijk beperkt hij zich tot vaststelling dat rechtspraak en rechtsleer geen totale uitschakeling van de wil vereisen¹⁵²⁶, zonder verdere motivering van het "waarom". Later wijst hij erop dat "*de rechtspractici het beperkt toepassingsgebied [van morele dwang] gelet op het vereiste van de uitschakeling van de vrije wil kennen*". "*Onnodig te zeggen dat bij een dergelijke omschrijving van de provocatie de meeste gevallen door de beugel kunnen omdat één van de voorwaarden voor morele dwang de uitschakeling van de vrije wil is*". De stelligheid van deze uitspraak verhuult de redeneerfout. De voorziene praktische gevolgen (te weinig gedragingen van de politie zullen afgekeurd worden) gebruikt De Nauw immers als argument om een strikte omschrijving af te wijzen. Hij "[zegt] met Ph. Traest dat de persoon die geprovoceerd wordt het misdrijf ongetwijfeld uit vrije wil pleegt [en] slechts kennelijk bedrogen [is] door het politieoptreden. De morele dwang vormt dus geen adequaat criterium voor provocatie."¹⁵²⁷ Daarmee zit hij echter in een cirkelredenering gevangen: de persoon die "geprovoceerd" is, pleegt het misdrijf enkel "uit vrije wil" wanneer men uitschakeling van de vrije wil verwerpt als criterium voor provocatie. Eigenlijk zegt De Nauw dus niet meer dan: "*morele dwang is geen goed criterium voor uitlokking omdat ik dat vind*". Anderen vinden dat ook en net als bij De Nauw gaat het om vooraanstaande auteurs. Hun stelling verdient dus respect, maar het weze duidelijk dat eerder dan met argumenten, zij met dogma's werken. Volgens hen bestaat er ook verboden uitlokking wanneer iemand die voor de politie werkt een kandidaat-dader beïnvloedt zonder de vrije wil van die kandidaat uit te schakelen.

MORELE DEELNEMER- Wat is het probleem? Onder andere dat politie en gerecht iemand gebruiken die door listen, beloften of druk een ander aanzet tot het plegen van misdrijven. Dat klinkt ons bekend in de oren. Wij hebben in Deel II gezien dat art. 66 Sw een dergelijk gedrag strafbaar stelt als (moreel) daderschap. Waarom verwerpen De Nauw en co. dan een beroep op art.66 Sw. dat het heeft over hen "*die, door giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden de misdaad of het wanbedrijf rechtstreeks hebben*

¹⁵²⁵ En hij krijgt daarvan veel steun in de rechtsleer, *bijvoorbeeld* BOSLY, H., "La régularité de la preuve en matière pénale", *J.T.*1992, 123; DE VALKENEER, C., "Overzicht...", *op.cit.*, 131 beperkt zich tot een verwijzing zonder persoonlijk standpunt.

¹⁵²⁶ DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 323 verwijst naar een arrest van Gent uit 1921 en naar Constant.

¹⁵²⁷ DE NAUW, A., *Drugs*, *op.cit.*, 93-94.

uitgelokt"? Verschillende rechterlijke beslissingen en ook een aantal auteurs maken die koppeling wel. De Nauw geeft toe dat het natuurlijk goed denkbaar is dat de provocatie in veel gevallen de vorm van strafbare deelneming zal aannemen. Doch "de daad van de provocateur hoeft nochtans niet binnen de grenzen van art.66 Sw. te vallen om provocatie op te leveren"¹⁵²⁸. Opnieuw gaat hij uit van een (voor)oordeel over wat "provocatie" is¹⁵²⁹, dat echter op geen andere dan gezagsargumenten rust. In 1980 gebruikte De Nauw trouwens nog een vreemde bedenking om zich tegen een koppeling aan art.66 Sw. af te zetten. "*Si la provocation policière était renfermée dans les cas strictement déterminés par les art. 66 et 67 du code pénal, elle ne ferait pas disparaître la matérialité de l'infraction et la culpabilité de l'auteur. Le juge ne pourrait sans commettre un déni de justice refuser d'appliquer la loi pénale à un fait qu'il a reconnu constant.*"¹⁵³⁰ Het tweede deel van deze bedenking is waar: iemand die een misdrijf heeft gepleegd omdat hij daartoe is uitgelokt door een ander (privé)persoon, blijft zelf strafbaar. De Nauw vindt dat de door de politie uitgelokte persoon niet gestraft mag worden en zegt dat daarom art.66 Sw. geen geschikte omschrijving geeft van uitlokking. Daarmee zet hij opnieuw de zaken op hun kop. Hij neemt - zonder het met zoveel woorden al te zeggen - als vertrekpunt wat hij eigenlijk wil bewijzen: dat uitlokking door iemand die voor de overheid werkt iets anders is dan uitlokking door een gewone burger. In het eerste geval past straffeloosheid, in het tweede niet.

De Nauws bewering dat uitlokking "*niet geassimileerd kan worden met aanzetting (...) of deelneming*" (*supra*) is dan ook niet meer dan dat: een bewering. Zijn persoonlijke mening (die door anderen en door sommige rechtscolleges wordt gedeeld) dat ook gedragingen van de overheidsagent die niet voldoen aan de vereisten van deelneming, onverantwoord zijn, ondersteunt hij echter niet met slaande argumenten. De Nauws "uitlokking" zou, zo geeft hij zelf toe, de gevallen van 66 en 67 Sw. trouwens omvatten¹⁵³¹ en er dan nog andere gedragingen aan toevoegen.

¹⁵²⁸ DE NAUW, A., *Drugs, op.cit.*, 93.

¹⁵²⁹ Namelijk DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 323 en TRAEEST, Ph., *Het bewijs in strafzaken, op.cit.*, n°640).

¹⁵³⁰ DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 323

¹⁵³¹ Zodat de agenten (als deelnemers) misdrijven plegen. DE NAUW, A., "La provocation...", *op.cit.*, 323. DE VALKENEER, C., "Overzicht...", *op.cit.*, 129 besluit, anders dan De Nauw dat dit tot onwettigheid van de vaststellingen leidt (*infra*). Het probleem van misdrijven van de overheidsagent, komt daarom hierna aan bod (in 3.4.)

3.3.3. Nieuwe verantwoording

BEHOORLIJKHEID- Zowel rechtspraak als rechtsleer hanteren nu wat De Nauw het "subtiel onderscheid tussen toegelaten infiltratie en verboden provocatie" noemt¹⁵³². Over de reden waarom uitlokking door overheidsagenten verboden is, bestaat zoals gezegd nog enige onduidelijkheid. Sommigen beroepen zich op de behoorlijkheid van de bewijsvoering, anderen houden het op het nog algemener criterium van "behoorlijkheid van de opsporing en de vervolging"¹⁵³³. Dat loyaliteitsbeginsel is met de wet Franchimont van 1998 in het Wetboek van Strafvordering (art.28bis, §3 en 56, §1 Sv) opgenomen. Het arrest Teixeira de Castro van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat een uitlokkingsverbod voor de politie ook baseert op het in art.6 E.V.R.M. vervatte recht op een "eerlijk proces", lijkt op dezelfde lijn te zitten. Toch kan uit dat arrest ons inziens niet zoveel afgeleid worden, omdat het Hof daar het "inplanten" van een tot dan onbestaand opzet vaststelt¹⁵³⁴ om vervolgens te besluiten dat de procedure oneerlijk was geweest.

PASSIVITEITSPLICHT- Want wat betekent "behoorlijk"? Vroeger viel het antwoord nog mee: overeenkomstig de regels van strafrecht, strafprocesrecht, tuchtrecht en eventueel algemene rechtsbeginselen zoals proportionaliteit. Begrippen als eerlijkheid, onafhankelijkheid en openbaarheid kunnen dan de maatstaf vormen voor een behoorlijkheidstoets. Nu echter het liegen en bedriegen, het plegen van bepaalde misdrijven en het geheim optreden soms "moeten kunnen" mits het voor het goede doel is, betekent het dat dergelijk gedrag niet *per se* "onbehoorlijk" kan zijn. Wanneer burger Jan een verdachte Piet overhaalt tot het plegen van een misdrijf, staat dat de veroordeling van Piet niet in de weg. Wanneer blijkt dat Jan voor de politie werkt, hoewel Piet dat niet weet, is een veroordeling van Piet wel "onbehoorlijk". Nochtans verschilt de gedraging van Piet in de twee gevallen noch qua materieel noch qua moreel bestanddeel. Het bodemargument is dat het "onbehoorlijk" is te straffen voor misdrijven die de politie zelf (mee) veroorzaakt heeft,

¹⁵³² DE NAUW, A., *Drugs*, Gent, E.Story-Scientia, 1998, 90. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Teixeira de Castro lijkt zich te kunnen verzoenen met dat onderscheid.

¹⁵³³ De POC-GC registreert één opvallende dissident: professor Traest. Die "vindt het loyaliteitsbeginsel te subjectief en meent dat het eerder behoort tot het domein van de deontologie dan tot het recht; bovendien is het een te beperkt concept in die zin dat het betrekking heeft op de politie en niet op burgers." (POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 408, voetnoot 3, verwijzend naar TRAEST, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, *op.cit.*, n°629.)

¹⁵³⁴ Al kan men wel bedenkingen hebben bij de argumenten waarop dit besluit rust, zoals *bijvoorbeeld* het feit dat de verdachte de drugs niet in huis had, maar moest gaan halen bij een derde. Vooral amateurs, domkoppen of waaghalzen verstopten de drugs in hun eigen woning.

omdat zij precies tot taak heeft om misdrijven te "voorkomen". Daarom is het onbehoorlijk dat de overheidsagent de verdachte aanmoedigt. De straffeloosheid van Piet vormt een straf voor Jan de politiemans. Sommige auteurs besluiten daaruit dat de agent, ook de infiltrerende, uitsluitend passief moet blijven. Hij mag geen enkel initiatief nemen, hij moet steeds de poort openlaten voor het afblazen van een gepland crimineel project, hij mag niets doen dat als een aanmoediging zou ervaren kunnen worden. Kuty bijvoorbeeld verdedigt een dergelijk maximalistisch uitlokkingsbegrip. Hij vreest dat het Hof van Cassatie fout zit: ook het "*scheppen van de gelegenheid om het misdrijf te plegen*", valt volgens hem onder "*aanmoedigen*" en dus onder de verboden uitlokking¹⁵³⁵. Zoals vele anderen bekritiseert hij de rechtspraak van het Hof van Cassatie omdat die te veel aandacht besteedt aan de wil van de uitgelokte en zo uitmondt in een heel subjectivistische benadering van de problematiek. Kuty pleit voor een "objectivering" en valt daarvoor net als andere rechtsgelcerden¹⁵³⁶, maar ook politiemensen als Reyniers¹⁵³⁷, terug op voorafgaande (kennis over de) criminele activiteiten van de benaderde persoon¹⁵³⁸.

3.3.4. Kritiek

VEILIGHEID- Passief erbij zijn: dat klinkt prachtig, maar werkt natuurlijk niet. Eerder dan als "wereldvreemd", kunnen we een dergelijk uitlokkingsverbod als "onderwereldvreemd" bestempelen. Zijn verdedigers staan onvoldoende stil bij de criteria voor geloofwaardigheid en veiligheid van de infiltrant binnen het milieu dat hij tracht binnen te dringen. De rechtspraak veroordeelt sommige operaties als uitlokking omdat de agent steeds heeft aangedrongen op uitvoering van de operatie. Misschien is dat niet altijd de slimste manier van handelen, want drugshandelaars hebben inderdaad al infiltranten ontmaskerd omdat die zich overdreven gretig toonden. Of het fel aandringen op de uitvoering hierom meteen moet worden verboden, is echter een ander paar mouwen. Het aandringen kan ook passen in een geloofwaardige dekmantel: vele kandidaat-kopers doen het ook echt. De koper van

¹⁵³⁵ KUTY, F., "Regard...", *op.cit.*, 11.

¹⁵³⁶ DE VALKENEER, C., "Overzicht...", *op.cit.*, 133: "...de concrete vaststelling van uitlokking vaak moeilijk is. De gebruikte criteria zijn immers zeer subjectief. Het beste criterium blijft m.i. dan ook het voorafgaandelijk crimineel optreden bij de beklagde, of althans, sporen daarvan."

¹⁵³⁷ "Hoe defineert u provocatie? Reyniers: Laten wij een concreet voorbeeld nemen. Ik weet, bijvoorbeeld, dat iemand het milieu frequenteert, zonder dat hij daarom drugs of wat dan ook verhandelt. Toch vraag ik hem of hij mij een kilogram cocaïne kan leveren. Als die man mij dat goedje levert, is er duidelijk sprake van provocatie. De situatie is heel anders, als een bekend misdadiger in volle aktie door toedoen van een infiltrant gepakt wordt." (DE MOOR, F., "Het werk van een speurder", *op.cit.*, 29.)

¹⁵³⁸ Zij zwijgen wel over de manier waarop die voorafgaande kennis verkregen moet of mag worden.

een gestolen meesterwerk die bereid is de eraan verbonden risico's te lopen, laat die kans niet graag aan zijn neus voorbij gaan. Behoedzaamheid past dan bij de dekmantel van een schijnkoper, totale passiviteit niet. Zal anders de wantrouwige verkoper (heler) hem niet al te vlug kunnen ontmaskeren? Hij moet tijdens de onderhandeling gewoon even de indruk geven dat hij niet met de transactie wil doorgaan. Echt geïnteresseerde kopers zullen blijven onderhandelen, maar het ruime uitlokkingsverbod zou overheidsagenten verbieden ook maar de minste poging te ondernemen om de transactie te redden. Een rechtbank heeft ook al uitlokking afgeleid uit het feit dat het steeds de agent was die de verdachte had opgebeld en niet omgekeerd. Nochtans is dat vanuit veiligheidsoverwegingen een perfect verdedigbare werkwijze. Niet alleen vergroot de infiltrant zo zijn geloofwaardigheid als wantrouwige koper, hij vermijdt ook dat de verdachte hem via de telefoon(maatschappij) kan controleren of dat een andere persoon (een collega of familielid bijvoorbeeld) bij vergissing de hoorn zou opnemen en ongewild de zaak zou verraden. De grondvraag is: in welke mate mag de politie het initiatief behouden? De meerderheid vindt: helemaal niet, want wanneer zij dat doet, valt het niet meer uit te maken wie de "goeden" en wie de "slechten" zijn. Vandaar waarschijnlijk ook Bosly's uitdrukkelijk verbod van voorgeveloperaties en schijnverkopen. Politiemensen kunnen daar tegen opwerpen dat zij om veiligheidsredenen het initiatief minstens gedeeltelijk willen behouden. Is dat niet het wezen van proactief optreden: rekening houden met wat het doelwit doet, maar een eigen koers uitstippelen? Niet gewoon reageren op wat de verdachte doet, want daarmee is de rechtshandhaving gedoemd te falen (*supra* Hoofdstuk 2. Door de zaak zelf te controleren vermijdt de politie dat door (onverwachte of ongewenste) initiatieven van de "echte" criminelen de zaak uit de hand loopt.

ONDERHANDELEN- De meeste auteurs wijzen erop dat precies consensuele misdrijven de opgang van proactief werk en de bijzondere opsporingsmethoden nodig maken, doch lijken de gevolgen daarvan te onderschatten. De strafbare gedraging bekroont immers een onderhandelingsproces, waarvan het wezen is dat partijen naar mekaar toegroeien, dus mekaar aanmoedigen (*quid pro quo*: voor wat, hoort wat). Wanneer de verdeckte onderzoeker of de informant zich, zoals sommige auteurs willen, volkomen passief opstelt en dus niets "bijdraagt" aan het crimineel project, waarom zouden de verdachten hem er dan bij willen? De afscherming van deze onderhandeling van de buitenwereld is, dat hebben wij in Hoofdstuk 2 gezien, net wat de infiltratie nodig maakt. Wie het uitlokkingsverbod vertaalt in een passiviteitsverplichting, stelt geen grens aan de infiltratie, maar maakt ze gewoonweg

onmogelijk. Hij zou dan beter infiltratie uitdrukkelijk verbieden en enkel observatie en passieve informantenwerking toelaten.

DOEL OPERATIES- Wij vrezen dat geen oplossing mogelijk is, tenzij er een eind komt aan het dovemansgesprek tussen normgever(s) en praktijkmensen. Eerstgenoemden blijven erop hameren dat de "nieuwe aanpak" van de rechtshandhaving rechtstreeks dient tot vaststelling van misdrijven, het verkrijgen van bewijzen en het vatten van daders¹⁵³⁹. Vandaar dat zij herhaaldelijk een uitdrukkelijk verbod bepleiten op de toepassing van infiltratie of observatie "louter met het oog op informatiewinning". Zoals Stuka-vliegtuigen mogen de "bijzondere methoden" alleen de grondtroepen van dichtbij steunen in de concrete veldslagen. Praktijkmensen durven dat misschien niet altijd met zoveel woorden zeggen, doch zij beseffen dat zij, althans voor de "grote jongens", anders tewerk moeten gaan. Pas wanneer ze op voorhand een grote hoeveelheid gegevens hebben verzameld en genoeg weten over de sterke en zwakke plekken van de tegenstrever, zullen ze "aanvallen". De bijzondere methoden willen zij dan ook inzetten als spionagevliegtuigen of lange-afstands-bommenwerpers. Eerstgenoemden trachten de verdedigingslijnen, de plannen, de logistiek en de aanvoerlijnen in kaart te brengen. Laatstgenoemden mikken op doelwitten ver achter de linies van het klassieke slagveld. De promotoren van de nieuwe aanpak in de praktijk zien concrete strafonderzoeken en vervolgingen (tegen personen) als tactische fases, veldslagen die slechts zin hebben indien ze passen in een globale strategie (tegen een groep of zelfs verschillende groepen). En de grondstof van die globale strategie is het "inlichtingenwerk", "intelligence". Het probleem is dat het zoeken naar "bewijzen" niet altijd bewijzen oplevert, maar wel andere nuttige inlichtingen. De weinige evaluaties van de infiltratiepraktijk tonen aan dat het verloop van een dergelijke operatie behoorlijk onvoorspelbaar is. En informanten zijn ook niet bepaald programmeerbare robots. Slechts voor de weinig gesofisticeerde schijnaankopen kunnen we spreken van tactische infiltratie, die rechtstreeks bewijs oplevert van het misdrijf waarvoor de verdachte vervolgd wordt. Niet zelden blijkt de infiltratie een strategisch instrument dat slechts algemene aanwijzingen voortbrengt en dan nog vaak tegen andere personen dan het oorspronkelijke doelwit. Wanneer dat doelwit een serieuze rol speelt in de organisatie, zal een "rechtstreekse benadering" immers zelden lukken. De infiltrant kan slechts via vrienden, kennissen, stamlokalen en dergelijke ermee in contact

¹⁵³⁹ Vandaar ook het ongerijmde verbod op "proactieve recherche" als louter inlichtingenwerk (supra, §1)

komen. De eventuele uitlokking van mensen uit de kring van het doelwit, staat dan ook los van de informatie (de vaststellingen) omtrent het doelwit. Zo kan een infiltrant bijvoorbeeld aan een vermoedelijke luitenant van het doelwit laten weten dat hij ervoor kan zorgen dat drugs probleemloos langs de douane geraken. De bedoeling kan zijn om vervolgens via observatie en tap zicht te krijgen op de contacten tussen die luitenant en het doelwit, wat eventueel aanwijzingen kan opleveren van hun plaats in de al bestaande criminele organisatie. Op basis van het voorgaande kunnen we de agent dus (poging tot) uitlokking van een misdrijf invoer drugs verwijten, doch er bestaat er geen uitlokking voor het verenigingsmisdrijf (*infra*)¹⁵⁴⁰. Wij hebben in Hoofdstuk 2 aangegeven dat de opsporingsactiviteit niet meer vertrekt vanuit feiten, maar vanuit personen. De bestaande leer van de uitlokking hangt dan ook samen met wat er gebeurt met de door een overheidsagent benaderde persoon, met het "mogelijks uitgelokte individu". Het probleem is dat de uitlokkingsleer moeilijk te rijmen valt met de in Deel II geschetste evolutie: het doelwit is volgens de rechtshandhavers vaak niet meer een individu, maar een "strafrechtspersoon", een groep van min of meer verdachte personen. Gelden voor het uitlokken van een collectiviteit of haar leden andere regels? Daar heeft nog niemand echt lang genoeg bij stilgestaan¹⁵⁴¹.

MISDRIJFTYPE- Ook opmerkelijk: de nieuwsoortige misdrijfomschrijvingen (consensuele misdrijven, samenspannings- en verenigingsmisdrijven) dienen wel als verantwoording voor de nieuwe opsporingsaanpak, maar de "klassieke woordenschat" domineert nog steeds de hele uitlokkingsdiscussie. Rechtspraak en rechtsleer hebben bij het "uitgelokte" misdrijf nog te vaak een "handelingsmisdrijf" voor ogen. Men spreekt immers over de klassieke "*iter criminis*", die weg die de dader aflegt van "intentie" naar "voltooiing" van het misdrijf¹⁵⁴², over "*het voornemen opwekken bij hem die het misdrijf materiël zal uitvoeren*" en over "*la provocation qui doit précéder la commission de l'infraction*". De dominante Belgische uitlokkingsleer komt er op neer dat de overheidsagent enkel als totaal passieve passagier mag meerijden in de wagen op de "weg naar het misdrijf". Het discours is nog te veel gericht op achttiende-eeuwse misdrijven die geformuleerd zijn vanuit een

¹⁵⁴⁰ Vandaar het belang van de sanctionering van uitlokking. De sanctie voor de uitlokking van één feit kan immers beide zaken kelderen (*infra*).

¹⁵⁴¹ De strafbaarheid van rechtspersonen maakt die vraag nog prangender. Het is best denkbaar dat een infiltrant zich door een bedrijf (rechtspersoon) laat aanwerven. Wanneer zal het aanmoedigen van individuen binnen die rechtspersoon ook neerkomen op uitlokking van de rechtspersoon als dusdanig? Mogelijks kan het mededingingsrecht, meer bepaald het kartelrecht, waar rechtspersonen de hoofdrol plachten te spelen inspiratie leveren.

mechanistische visie op oorzakelijke verbanden tussen handeling en (maatschappelijke) schade. De moderne plichtmisdrijven waartegen proactief opgetreden wordt, zijn zo niet meer geformuleerd¹⁵⁴³: wij hebben gezegd (in Deel II) dat i.p.v. een *iter criminis* af te leggen, de rechtsonderhorige nu op een slappe koord danst. Het is erop blijven of eraf vallen, zonder tussenweg, zonder "*iter*". Hoe formuleer je daar uitlokking? Dat die bestaat wanneer de politie iemand van de koord afduwt, lijdt geen twijfel. Maar dat zou neerkomen op dwang, de eerder al behandelde verschoningsgrond die de auteurs niet als criterium voor uitlokking willen. Mag de politie de koorddanser uitdagen of aanmoedigen tot het nemen van bijkomende risico's? Als de agent samen met de danser op de koord staat, wanneer kan men dan zeggen dat het waggelen van de éne de val van de andere heeft veroorzaakt? En doet dat er echt toe? Wij hebben in Deel II aangetoond dat bij de nieuwe abstracte gevaarzettingmisdrijven de wetgever de strafbaarheid zover naar voor heeft geschoven dat het misdrijf bijna altijd al voltooid zal zijn op het moment dat de agent tussenkomt. Het misdrijf van bendevoering bestaat van zodra de wilsovereenstemming en de organisatie aanwezig zijn. Wanneer een overheidsagent dan helpt bij de voorbereiding van misdrijven die de bende beoogt, kan er eventueel sprake zijn van uitlokking voor die oogmerk-misdrijven, maar onmogelijk voor het verenigingsmisdrijf zelf¹⁵⁴⁴. In de woorden van het Hof van Beroep te Brussel is "*[een op drugtrafiek gerichte] vereniging, als dusdanig, niet vatbaar (..) voor de meest gebruikelijke vorm van politionele uitlokking, d.i. het aanzetten tot het plegen van een misdrijf door misdadig opzet te doen ontstaan bij de potentiële dader; dat bij zulke vereniging het misdadig opzet noodzakelijkerwijze reeds bestaat, vanaf het ogenblik dat de vereniging ontstaat.*"¹⁵⁴⁵ Ook agenten die de dader na de feiten in de val

¹⁵⁴² *Supra.*

¹⁵⁴³ Ook De Nauw beseft wel dat "optreden tegen een drughandelaar schier vertrekt van een overtuiging in tegenstelling met reguliere misdrijven waar er vertrokken wordt van concrete gegevens, zoals een dader, een slachtoffer of een voorwerp." Vandaar dat hij begin van uitvoering van het misdrijf door het doelwit als drempel voor inmenging door de overheidsagent niet ziet zitten. Hij verkiest de beslissing over het al dan niet bestaan van uitlokking te baseren op wie het initiatief genomen heeft. (DE NAUW, A., "De toelaatbaarheid...", *op.cit.*, 453.)

¹⁵⁴⁴ KUTY, F., "Regard...", *op.cit.*, 11, voetnoot 12

¹⁵⁴⁵ Daarnaast bestaat er volgens dit Hof nog een "andere vorm", het "aanmoedigen (renforcer)" van dat opzet of het "tot een handelen [brengen] waarop zijn opzet niet reeds specifiek was gericht." (Brussel 3 maart 1987, R.W., 1987-88, 642.) Zie ook de POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 409, voetnoot 2: "Il n'y a pas de provocation policière lorsque l'intervention de la police n'a pas suscité l'infraction mais a consisté uniquement à s'infiltrer dans l'association de malfaiteurs déjà décidée à délinquer, pour faire échouer ces derniers (Cass. 5 februari 1985, Pas., 1985, I, 690; Cass. 8 januari 1986, JL, 1986, 231; Bergen, 5 mei 1992, RDP, 1992, 890 noot C.DE VALKENEER, "L'exécution des opérations undercover")"

lokken of ermee de buit of andere bewijzen van een reeds voltooid misdrijf trachten op te sporen, maken zich niet schuldig aan uitlokking¹⁵⁴⁶.

DE VALKENEER- De meest genuanceerde stelling lijkt ons die van De Valkeneer. Die struikelt over het gebruik van "behoorlijkheid van bewijsmiddelen" als criterium. Terecht benadrukt hij dat een bepaalde vorm van oneerlijkheid, listigheid en dus "onbehoorlijkheid" vanwege de politie door de beugel moet kunnen. Waar hij de grens wil trekken, is bij de "*finalité de l'action répressive*". Die wil misdrijven vermijden en het mee misdrijven veroorzaken, is daar niet mee te verzoenen. De Valkeneer legt daarom het criterium in "*(sporen van) voorafgaande criminele activiteit*" bij het doelwit. Daar valt veel voor te zeggen. We kunnen het toelichten door de politie te vergelijken met de brandweer. Wanneer we denken waartoe die dient, dan is het om te blussen, niet om brand te stichten. Georganiseerde criminaliteit is een bos- of heidebrand, waartegen de allergrootste middelen ingezet worden. En de logica van de in dit Deel behandelde aanpak is die van de "gecontroleerde" bos- of heidebrand. Dat betekent dat de brandweer een stuk bos of hei opzettelijk en gecontroleerd in brand steekt. Daarmee maait men het gras weg voor de vlammen van de grote, oncontroleerbare en vernietigende brand, die gedoemd is uit te doven. We denken niet dat De Valkeneer de stelling verdedigt dat een brandweerman nooit brand mag stichten. In de overgrote meerderheid van gevallen is dat wel waar, maar er bestaan dus uitzonderingen. Het gevaar is natuurlijk dat van het verlies van controle over de eigen brand, die misschien nog schadelijker is dan de bestreden brand. De Valkeneer pleit er daarom voor alleen met "gecontroleerde branden" te beginnen wanneer de rook of vlammen van een wilde brand al te zien zijn (voorafgaande criminaliteit van het doelwit). Dat neemt niet weg dat brandweer en overheid samen ook proactief kunnen optreden: ze kunnen in risicozones uitkijkposten plaatsen die tijdig alarm kunnen slaan. Proactief werk slaat ook op het preventieve: een rookverbod bij lange droogte, het eventueel besproeien van bedreigde percelen, het kappen van bebossing om brandgangen, corridors te maken die moeten beletten dat het vuur overslaat (*firewalls*). Sommigen vinden dat ook zuiver preventief met "gecontroleerde branden" gewerkt kan worden.

KRITIEK- Toch dreigt "voorafgaande criminele activiteit" als criterium al vlug tot misbruiken te leiden. Mensen uit bepaalde milieus of met een strafrechtelijk verleden

¹⁵⁴⁶ Het uitlokken van een bekentenis mag dus niet verward worden met het verkrijgen van een bekentenis als gevolg van een uitlokking. Beiden kunnen wel in strijd zijn met het

zouden zich veel moeilijker tegen uitlokking kunnen verdedigen, hoewel voor het concrete misdrijf zij subjectief niet meer of niet minder "intentie" hadden dan een burger met een blanco strafregister. Ook biedt het geen oplossing voor het probleem van de luitenant die "uitgelokt" werd, in het kader van een onderzoek naar zijn "baas", wanneer tegen laatstgenoemde wel al aanwijzingen bestaan van voorafgaande criminele activiteit.

3.3.5. Besluit

BUITENWETTIG?- Het voorgaande overzicht brengt ons tot de verontrustende vaststelling dat het enige absolute taboe in de "nieuwe" aanpak van (georganiseerde) criminaliteit, het uitlokkingsverbod, eigenlijk dogmatisch niet afgestemd is op de misdrijven waarvoor het bedoeld zou zijn. Daarenboven blijft "postdelictueel" (dat wil zeggen eens de verdachte een misdrijf heeft gepleegd) wangedrag van de overheidsagent buiten schot. Gelet op de nieuwe misdrijftypes moet de draagwijdte van het uitlokkingsverbod ook behoorlijk gerelativeerd worden. Ondanks de bestaande verwarring acht noch de POC-GC, noch het voorontwerp Bosly het nodig uitlokking wettelijk te omschrijven. Dat betekent dat de bestaande regel geldig blijft en een passiviteitsplicht op de agent rust: geen enkele aanmoediging van de mogelijke dader(s). Het louter "scheppen van een gelegenheid" is géén uitlokking. Elke andere gedraging is "onbehoorlijk" omdat het de "taak van de politie is om misdrijven te voorkomen, niet om ertoe aan te zetten." Doch is de wetgever zelf het daar nog wel mee eens? We vinden dat de wetgever moet duidelijk maken wat hij bedoelt met verboden uitlokking en waarom hij vindt dat ze niet kan. Want hij pleit er vandaag de dag zelf voor dat bepaalde misdrijven (met relatief beperkte maatschappelijke schade) moeten kunnen om andere misdrijven (met grote sociale schade) te kunnen bestraffen en zo verdere schade te voorkomen. Hij stelt niet langer corruptie strafbaar maar "omkoopbaarheid". Daar is de "nieuwe aanpak" van de opsporing een antwoord op. Om "omkoopbaarheid" vast te stellen mag een onderzoeker zich als kandidaat-omkoper voordoen. Wie die nieuwe aanpak radicaal verwerpt, kan zonder problemen vasthouden aan een ruim uitlokkingsverbod. Doch wie de nieuwe aanpak verdedigt zonder de uitlokking in vraag te stellen, vraagt om problemen. De basisvraag is ons inziens dezelfde bij uitlokking als bij (andere) vormen van "in beginsel verboden gedrag". Zodat wij opnieuw bij de vraag naar de verantwoording van "criminaliteit voor het goede doel" belanden.

3.4. De ontbrekende verantwoording voor de criminaliteit van overheidsagenten

3.4.1. Een dogmatische hoofdbreker

PROBLEEM- Vanuit ons dogmatisch perspectief zoeken wij geen antwoord op de vraag hoeveel uur een observatie moet duren vooraleer ze een inmenging in het privéleven oplevert. Dat lijkt ons typisch een (ietwat willekeurige) keuze voor beleidsmakers. Het belangrijkste is dat ze inderdaad een keuze maken. Wij vinden dat dergelijke beslissingen in wetgeving of quasi-wetgeving (in de ruime zin) thuishoren en gaan er niet verder op in. De dogmatiek zoekt wel een antwoord op de vraag waarom de ene als misdrijf omschreven handeling wel bestraffing verdient en de andere niet. Het gaat dan immers over typisch dogmatische problemen als toerekening, rechtvaardiging, schuld of strafwaardigheid. In Deel II hebben wij gezien dat de wetgever steeds meer gedragingen van een steeds bredere kring van personen steeds vroeger strafbaar stelt. Dat draagt ertoe bij dat wie zich met de in dit Deel belichte "nieuwe" aanpak van misdrijven bezig houdt, onvermijdelijk zelf als misdrijf omschreven gedragingen zal stellen. Dat is om twee redenen problematisch. Enerzijds wegens de aansprakelijkheid (strafrechtelijk en burgerrechtelijk) van de betrokken personen. Niet alleen houden zij zich bezig met moeilijk en gevaarlijk werk, maar ook hangt de "illegaliteit" van hun optreden steeds als een zwaard van Damocles boven hun hoofd. Zij hebben geen enkele garantie dat, wanneer een operatie erg mis zou gaan, het "gedoogbeleid" eindigt en iemand die de wet plots opnieuw letterlijk toepast, de afwezigheid van regels tegen hen zal gebruiken. Anderzijds heeft de illegaliteit van de operaties ook een weerslag op de zaak tegen het doelwit. Dat zal de illegaliteit van het overheidsoptreden kunnen inroepen als verdediging, waarbij het resultaat kan zijn dat ondanks de betrouwbaarheid van de bewijselementen, de hele zaak op de klippen loopt. Hoe halen wij die "nieuwe opsporing" uit de illegaliteit?

3.4.2. Noodtoestand?

HUIDIGE SITUATIE- Dat de huidige situatie onbevredigend is, lijkt niemand nog te betwisten. De politie, het Openbaar Ministerie en de rechtspraak zitten wel met de moeilijke situatie dat in afwachting van wetgeving de nieuwe methoden al wel dag in dag uit toepassing vinden. Wij zijn het met de overige commentatoren volmondig eens dat de Brusselse rechtspraak die afwezigheid van de vereiste schuldvorm bij de overheidsagenten vaststelde, de bal misloeg. Het ontbreken van het vereiste opzet

kan de agent redden bij misdrijven waarvoor bijzonder opzet vereist is¹⁵⁴⁷. De redenering faalt helaas bij andere misdrijven omdat ze motief en opzet verwart. In 1984 kon de rechtspraak natuurlijk ook niet terugvallen op de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond want het Hof van Cassatie had die toen nog niet erkend. Zoals De Nauw en De Valkeneer herhaaldelijk hebben onderstreept, is die buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond momenteel de enige terugvalmogelijkheid. Het voordeel ervan is dat een persoon zich, anders dan bij noodweer, ook op noodtoestand kan beroepen wanneer hij zelf aan de basis ligt van die toestand. Dat zal immers vaak het geval zijn. Toch is de kritiek van de rechtsleer op het gevaar van onwenselijke "uitrekking" van deze rechtvaardigingsgrond terecht. Wij hopen met hen op een wettelijke regeling, maar stellen ons toch vragen bij het tactisch (of hypocriet zoals u wil) onderscheid dat de rechtspraak onder goedkering van De Nauw maakt (*supra*, Hoofdstuk 4): hoewel de agenten geen misdrijven mogen plegen, maakt dat hun vaststellingen niet onrechtmatig. Zonder er al te veel woorden aan vuil te maken suggereren zij een afwezigheid van een oorzakelijk verband tussen de misdrijven van de agenten en de misdrijven die zij vaststellen. Zij hebben geen overtuigende argumenten voor hun "gedoogbeleid" ten aanzien van (vooral) infiltranten.

MAATSCHAPPELIJKE NOODTOESTAND?- Het valt wel op dat de argumenten van de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond voor individuele gevallen "veralgemeend" zijn, dat wil zeggen van het niveau van de individuele rechtsonderhorige naar dat van de maatschappij. En de vraag naar de verantwoording van criminaliteit van overheidsagenten zit in het hart van die retoriek. Individuele noodtoestand slaat op een persoon die zich gedwongen ziet te kiezen voor het minste kwaad, het opofferen van het ene behartenswaardige rechtsgoed om het andere te redden. Het bezwaar tegen de invoering van noodtoestand als zelfstandige rechtvaardigingsgrond ligt in het legaliteitsbeginsel, dat zegt dat het rangschikken en beschermen van rechtsgoederen de taak van de wetgever is. Nu zien we echter dezelfde woordenschat opduiken bij diezelfde wetgever, maar dan op het niveau van het strafbeleid van de maatschappij. Die maatschappij ziet zich voor een "verscheurende keuze" geplaatst: politie en gerecht dingen laten doen die vroeger verboden waren, dan wel het opofferen van veiligheid en andere maatschappelijke belangen door de criminaliteit onvoldoende krachtadig te bestrijden. Vandaar dat

¹⁵⁴⁷ Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn bij witwassen zoals wij het in Hoofdstuk 5 van Deel V zullen voorstellen, maar niet voor *bijvoorbeeld* verruimde heling in het bestaande art.505 Sw.

velen bezwijken voor de verleiding te spreken over een "maatschappelijke noodtoestand", die ook criminaliteit door de overheid als het "mindere kwaad" moet rechtvaardigen. Wij geloven dat een eerste zwakte van het noodtoestandargument in België is dat het "grotere kwaad" niet duidelijk afgelijnd is, wat de afweging tussen strijdige belangen bemoeilijkt. Daarenboven bestaat er een wezenlijk verschil tussen de individuele en de maatschappelijke noodtoestand. Het individu is immers een "rechtsonderhorige" (normadressaat met een moeilijk woord): hij is onderworpen aan door anderen geformuleerd recht. Noodtoestand slaat dan op de uitzonderlijke situatie waarin hij twee tegenstrijdige normen onmogelijk kan naleven. Wie het strafbeleid bepaalt - en dat is uiteindelijk de wetgever - is daarentegen een "normgever". Het kiezen tussen conflicterende belangen is geen uitzondering op de regel, maar de kern van zijn taak. Die keuze maakt hij niet alleen wanneer hij ziet dat de maatschappij geconfronteerd wordt met "grote bedreigingen" zoals terrorisme, georganiseerde criminaliteit of economisch bankroet. Dat doet hij ook wanneer hij de maximumsnelheid in de bebouwde kom of de minimumprijs voor bier vastlegt. Vandaar dat wij de vaak opgevoerde tegenstelling tussen "rechtsstaat" en "criminaliteitsbestrijding" verwerpen als vals. Begrensde criminaliteitsbestrijding is een wezenlijk element van de rechtsstaat¹⁵⁴⁸.

NOOD AAN WET- Wat willen we hiermee nu duidelijk maken? Gewoonweg dat de "buitenwettelijke" praktijken van de opsporing nauw verbonden zijn met de beleidskeuzes die de overheid heeft gemaakt of waar zij zich achter heeft geschaard. En dat daarom op die overheid, en op de wetgever in het bijzonder, de plicht rust de samenhang te herstellen: iets kan niet tegelijk toegelaten (en zelfs wenselijk) en verboden (en zelfs strafbaar) zijn. De vraag is dan in welke dogmatische vorm ze die "toelating" moet gieten. Het thema van de rechtvaardigings- en verschoningsgronden vormt immers een van de terreinen waarop het Strafwetboek jammerlijk tekort schiet. Rechtspraak en rechtsleer hebben getracht de verwarring tussen rechtvaardiging en verschoning te bannen. Om aan een wetgevend verzuim een mouw te passen heeft het Hof van Cassatie zich zelfs in de schemerzone tussen rechterlijk activisme en inbreuk op de bevoegdheden van de wetgever gewaagd. Het heeft noodtoestand als een niet in het Strafwetboek voorziene rechtvaardigingsgrond¹⁵⁴⁹ aanvaard. Na decennia van weerstand, valt het des te meer op dat amper een goed decennium later iedereen te pas en te onpas zich op

¹⁵⁴⁸ Daarom beschouwen vele mensen "straffeloosheid" bij zware misdrijven niet helemaal onterecht als een falen van de rechtsstaat. (Infra, Deel IV)

het bestaan van een noodtoestand beroept. Vreemd genoeg wijst iedereen voortdurend op het "gebrek aan wetgevende basis" voor allerlei opsporingsactiviteiten, maar staat niemand stil bij de vraag of een wettelijke regeling van de noodtoestand aangewezen is. Wij vinden het inderdaad de hoogste tijd daarvoor, maar het volstaat niet. Ook andere gedragingen moeten straffeloos kunnen blijven, hoewel zij eigenlijk aan de misdrijfomschrijving voldoen.

3.4.3. De problematische rechtvaardigingsgrond van Bosly (en de POC-GC)

KEUZE BOSLY - De voorlopige keuze in België valt dan ook alleen maar te betreuren. De wetgever verkiest aan te modderen met een achterhaald Algemeen Deel en blijkbaar wilde ook professor Bosly daar geen verandering in brengen. Nochtans vormt "criminaliteit door overheidsagenten" niet enkel bij infiltratie een probleem. De oplossing van professor Bosly (art. 3.5 van zijn voorontwerp) vertoonde overigens nog andere zwakheden. Dat de infiltrant geen opzettelijke geweldmisdrijven tegen personen mag plegen, is begrijpelijk. Hoe leg je uit dat de dader van geweld eigenlijk een overheidsagent is die het doet voor het goede doel? Ergens moet je een grens stellen en dan is Bosly's keuze tegen geweld makkelijk verdedigbaar. Waarschijnlijk besepte professor Bosly ook wel dat hij daarmee wantrouwige criminelen een duidelijke hint geeft: als je wil testen of iemand een infiltrant is, laat hem dan iemand in mekaar slaan. Als hij weigert, kan je hem niet betrouwen. Wanneer het echt tot een test komt waarbij het geweldmisdrijf het enige alternatief is voor de bijna-ontmaskerde-infiltrant, kan die zich eventueel nog beroepen op de noodtoestand. Het voorbeeld toont wel aan hoe moeilijk het is om "een beetje illegaliteit" toe te staan. Welke infiltranten moet je dan gebruiken? Eén van wie het doelwit niet kan eisen dat hij dergelijke "examens" zou doorstaan, omdat de organisatie hem voor iets anders nodig heeft dan voor zijn brutaliteit of spierballen. De dekmantel van die infiltrant is dan kandidaat-koper¹⁵⁵⁰, witwasser¹⁵⁵¹, stroman, piloot, vrachtwagenchauffeur, computer- of telecomspecialist, beveiligingstechniker of iets dergelijks. Dan is de kans dat hij tot geweld gedwongen wordt kleiner. Helaas zal een dergelijke infiltrant bijna onvermijdelijk een "uitlokker" zijn volgens de hierboven gegeven omschrijving. Hij zal immers niet louter passief kunnen blijven, zijn gedrag zal vaak een "aanmoediging" tot een misdrijf vormen. Doch zelfs de infiltrant die over die hindernis geraakt, plaatste Bosly voor

¹⁵⁴⁹ Later kreeg ze wel impliciet bevestiging van de wetgever met de abortuswet.

¹⁵⁵⁰ Zo kan een agent zich als een pedofiel voordoen in een "nieuwsgroep" waar verboden materiaal aangeboden of uitgewisseld wordt.

nog een gracht. De infiltrant mocht volgens het voorontwerp slechts als misdrijf omschreven feiten plegen wanneer die niet strafbaar zijn met "een gelijke of zwaardere straf" dan die op het feit waartegen hij infiltreert. Die voorwaarde week af van wat in de geheime omzendbrief zou zijn voorzien¹⁵⁵² en lijkt ons van een ontroerende kantoorwijsheid doordrenkt. Eerst en vooral stoort ze zich niet aan het probleem dat op het moment dat de infiltratie begint, men doorgaans niet weet wat men zal vinden. Vaak vindt men ook niets en wat men wel vindt, verschilt niet zelden van wat men oorspronkelijk verwachtte. Infiltratie gebeurt immers niet "naar een feit", zelfs niet "tegen een persoon". Infiltratie betekent binnendringen, niet zozeer in iemands levenssfeer als wel in een gesloten groep van mensen. Bosly omschrijft infiltratie zelf trouwen als "*entrer en contact avec un groupe de personnes*". Het misdrijf dat de onderzoeker vermoedt en waarover hij inlichtingen of bewijzen wil verzamelen ligt vaak nog niet precies vast. Speurders zouden deze voorwaarde dan ook gemakkelijk kunnen omzeilen door het onderzoek te beginnen wegens verdenking van een zwaar maar ruim omschreven misdrijf. Neem bijvoorbeeld betrokkenheid bij een criminele organisatie. Deel II heeft duidelijk gemaakt dat zowat iedereen met slechte vrienden of ongebruikelijk veel geld daarvan verdacht kan worden en dat de daarvoor voorziene straffen behoorlijk zwaar zijn. Vreemd genoeg zal, als we Bosly goed begrepen hebben, de procureur of de onderzoeksrechter geen toestemming kunnen geven voor een dergelijke operatie. Want hoe gaat een infiltrant in contact komen met dergelijke organisatie? Trachten lid te worden? Kan niet, aldus Bosly, want dan pleegt hij een feit waarop dezelfde straf staat als op de feiten die hij onderzoekt: het lidmaatschap van de anderen. Door zich als buitenstaander-specialist aan te bieden? Helemaal uitgesloten, want daar staat (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 4) een nog zwaardere straf op¹⁵⁵³. Ook het samen met de vrachtwagenchauffeur een container drugs begeleiden kan niet, want dan gaat het eveneens om een misdrijf waarop dezelfde straf staat. Een bezorgde Bosly ging ons inziens op dit punt compleet uit de bocht. Niemand durft te betwijfelen dat een infiltrant gebruik zal moeten kunnen maken van dekmantel-identiteitsbewijzen, bankkaarten, rijbewijzen en dergelijke. Helaas voor professor Bosly voorziet het

¹⁵⁵¹ Deze dekmantels zijn o.i. op lange termijn erg moeilijk verzoenbaar met Bosly's onvoorwaardelijke verbod op voorgevelondernemingen.

¹⁵⁵² Die houdt het bij het vage criterium van "proportionalité par rapport aux infractions que l'opération a pour but d'élucider et aux criminels qu'elle a pour but d'identifier ou d'arrêter". (POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 411.)

¹⁵⁵³ Wil Bosly hiervoor de klassieke vergelijking van de relatieve zwaarte van straffen hanteren? Die is immers aanvechtbaar, omdat zo één dag gevangenisstraf nog steeds zwaarder is dan een boete of verbeurdverklaring van honderden miljoenen. (Over straffen, zie *infra*, Deel V)

Strafwetboek voor het gebruik van valse stukken nog steeds opsluiting (een criminele straf)¹⁵⁵⁴. Dat zou betekenen dat deze praktijk verboden blijft voor de infiltratie tegen drughandelaars, witwassers, dieven, valsmunters, corrupte ambtenaren enzovoort. Het begeleidend observatieteam zou zelfs geen snelheidsovertredingen mogen plegen om de snelle wagens van de zware jongens te volgen. Het klinkt mooi, maar het werkt natuurlijk niet. Wij hopen dan ook dat de wetgever het voorontwerp niet zal volgen op dit punt. Doch zelfs als deze passage sneuvelt, is het voorontwerp nog niet duidelijk, omdat de professor op een belangrijk punt verwarring zaaide door zijn ongelukkige woordkeuze. Wanneer hij aan het begin van zijn zin zei dat de infiltrant "*pas pénalement punissable*" was, leek hij het te hebben over het wegvallen van hetzij de schuld (persoonlijke verwijtbaarheid), hetzij de strafwaardigheid van de agent. In beide gevallen zou de gedraging van de agent wel wederrechtelijk zijn¹⁵⁵⁵. Dan is het logisch om, zoals Bosly uitdrukkelijk deed, over de straffeloosheid van "*de persoon die de maatregel moet uitvoeren*" (de infiltrant) te spreken en te zwijgen over de wederrechtelijkheid van de feiten. Die blijft behouden, zodat alle andere deelnemers gewoon strafbaar blijven. Verschoning werkt immers "*in personam*". Het is bij Bosly niet duidelijk of ambtenaren die meewerken aan de dekmantel, bijvoorbeeld de ambtenaar die valse papieren of adressen verstrekt, hier wel onder vallen. Doch burgers die de overheidsagent bijstaan, komen zeker in de problemen. We denken bijvoorbeeld aan de informant die een infiltrant introduceert of op een andere wijze helpt, maar ook aan *bona fide* bedrijven en hun werknemers wanneer die op vraag van de politie en gerecht deelnemen aan gecontroleerde leveringen, schijntransacties e.d. Zij voeren onder het bestaand recht geen wettig bevel in de zin van art.70 Sw. uit en blijven bijgevolg strafbaar. Waarschijnlijk is dat niet de bedoeling van Bosly. Hij schrijft dat "*de inbreuk*" (d.w.z. de als misdrijf omschreven gedraging) van de infiltrant niet strafbaar is, wanneer ze gerechtvaardigd is ("*justifiée*") door de noden van de operatie. Ondanks de verwoede inspanningen van zijn academische collega's worstelt ook professor Bosly met het onderscheid tussen rechtvaardiging en verschoning. Als de "*infraction justifiée*" is, is er geen sprake meer van een misdrijf. Dat betekent dat het feit als dusdanig niet wederrechtelijk is, zodat wegens de afhankelijkheid van de deelneming (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1) alle deelnemers vrijuit gaan. Een rechtvaardigingsgrond "*wast de zonden van de*

¹⁵⁵⁴ Enkel de kunstgreep waarbij het bijzonder opzet bij de agent ontkend zou worden, kan dan soelaas brengen.

¹⁵⁵⁵ In het eerste geval zou ze dan niet aan de agent verwijtbaar zijn en het tweede wel, maar acht de wetgever bestraffing om beleidsmatige redenen niet wenselijk.

rechtshandhaving weg". De vaststellingen en bewijzen die uit deze gedraging voortvloeien, zijn dan ook rechtmatig en dus bruikbaar tegen het doelwit. Onze laatste vraag bij het voorstel van Bosly is wie er moet uitmaken of een feit "*justifiéé par les nécessités de la opération*" is. Op de beslissing van het Openbaar Ministerie dat zulks het geval is, zal zeker rechterlijke controle nodig zijn en in het licht van de Franchimont-logica geldt dat ook voor een beslissing van de onderzoeksrechter. Uiteindelijk zal de vonnisrechter moeten uitmaken of iets "*noodzakelijk was voor de operatie*"¹⁵⁵⁶. Betekent dat voor de veiligheid van mensen of ook om meer slaagkansen (een grotere pakkans) te hebben? Dit laatste is de strekking van de geheime omzendbrief van 1990¹⁵⁵⁷. Maar zal de vonnisrechter wel over voldoende informatie beschikken om die noodzakelijkheid in te schatten?

KEUZE POC-GC- Ook de POC-GC geloofde dat de toestemming van Openbaar Ministerie of onderzoeksrechter zal volstaan, opdat de feiten "*overeenkomstig art.70 Sw. gerechtvaardigd*" zouden zijn¹⁵⁵⁸. Daardoor kunnen de eruit vloeiende bewijzen "*ook in overweging worden genomen, als ze tenminste niet door andere nietigheden zijn aangetast*"¹⁵⁵⁹. Wij verheugen ons over de koppeling aan art.70 Sw. en zouden ook art. 154 Sw. over het hiërarchisch bevel in de discussie willen betrekken.

3.4.4. Onbeantwoorde vragen

KRITIEK- Toch zien wij een addertje onder het gras. Rechtvaardiging kan misschien wel zin hebben voor feiten die passen in de opbouw of bescherming van de dekmantel. Hiervoor hebben we echter vastgesteld dat de overheidsagent erg vaak ook deelnemer is aan het misdrijf waarvoor het doelwit wordt vervolgd. Nu volgens de dominante rechtsleer in ons land rechtvaardiging "*in rem*" gebeurt, zitten we in de knoei. Want rechtvaardiging van de deelnemingsgedraging van de agent valt dan niet te rijmen met een blijvende wederrechtelijkheid van de gedraging van het doelwit. Wanneer de infiltrant en een vrachtwagenchauffeur van een smokkelorganisatie samen het goedge het land binnen brengen, zijn zij deelnemers aan hetzelfde misdrijf: invoer. Dan gaat het volgens onze dogmatici niet op om te zeggen dat de invoer door de agent gerechtvaardigd is en die door zijn gezelschap niet. In Deel II hebben wij ons al verzet tegen de sluipende "collectivering" van

¹⁵⁵⁶ Loopt in de tussentijd de verjaring voor het "misschien-misdrijf" van de infiltrant die de opgelegde grenzen mogelijks heeft overschreden? Stuiten onderzoeksdaden tegen het doelwit ook de verjaring van het misdrijf van de infiltrant? Na de nieuwe verjaringswet van 1999 durven we de vraag bijna niet meer stellen.

¹⁵⁵⁷ POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 411.

¹⁵⁵⁸ POC-GC, Eindverslag, *op.cit.*, 411.

strafrechtelijke verantwoordelijkheid. We benadrukten het belang dat wij hechten aan de persoonlijke schuld van ieder van de verschillende bij een ingewikkeld misdrijf betrokken individuen. Daarom verwerpen wij de toepassing van "*reële verzwarende omstandigheden*" op deelnemers die met die omstandigheden niets te maken hebben. Wij pleiten dus voor een subjectieve benadering van kwalificaties: de bijdrage van verschillende personen aan een "zelfde" feit kan voor elk van hen verschillende misdrijven opleveren, afhankelijk van wat elkeen doet, weet en wil. Met een dergelijke kijk op het misdrijf kan men ook "*in personam-rechtvaardigingsgronden*" verdedigen, volgens ons best in het kader van een modernisering van art.70 en 152 Sw. Het enige denkbare alternatief, een verschoningsgrond, zou wel persoonlijk zijn en het voordeel hebben dat de gedraging van de infiltrant als "fout" bestempeld blijft. Zij heeft echter het nadeel dat de betwiste gedragingen van de infiltrant wederrechtelijk blijven, met alle gevolgen van dien. Het bewijs zou onrechtmatig zijn, de gehanteerde goederen of gelden voor verbeurdverklaring vatbaar en wie ze onder zich neemt een heler of witwasser (*infra*, Deel V).

MELDING ACHTERAF- Soms laten de omstandigheden bij infiltratie gewoonweg niet toe om voorafgaandelijke toestemming te vragen aan de procureur of de onderzoeksrechter. Dat ziet iedereen die zich over infiltratie heeft gebogen wel in¹⁵⁶⁰. Wanneer de infiltrant dan een misdrijf heeft gepleegd, is hij volgens Bosly en de POC-GC gehouden "*sans retard*" de procureur of onderzoeksrechter te informeren. Staan we hier dan voor een "*rechtvaardiging onder opschortende voorwaarde*"? Een *post-factum*-rechtvaardiging? Terwijl aangifte aan de overheid wel als strafuitsluitende verschoningsgrond is voorzien, zou een "*retro-actieve rechtvaardigingsgrond*" een dogmatische nieuwigheid zijn. Het maakt de zaken er zeker niet eenvoudiger op¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁹ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 424.

¹⁵⁶⁰ POC-GC, Eindverslag, *Parl.St. Senaat* 1998-99, 1-326/9, 410-411.

¹⁵⁶¹ Wij zien trouwens nog een probleem. Enerzijds is de informatieplicht van de infiltrant uitermate logisch. Aan de andere kant gaat het, zeker in combinatie met de algemene plicht tot volledige verslaggeving meteen over een vreemde variant van gedwongen zelfbeschuldiging. Eenmaal hij alles opgebiecht heeft, zou dan van een vervolging, misschien zelfs van een tuchtsanctie dan geen sprake meer kunnen zijn. Dat kan *bijvoorbeeld* wanneer de infiltrant in een geïsoleerde situatie waar van noodtoestand geen sprake is, het verbod op geweldmisdrijven aan zijn laars lapt. Gaat hij dan vrijuit wanneer hij op grond van zijn verplichte verslaggeving alles van naaldje tot draadje vertelt? Soms zal de "rugdekking" van de infiltrant, door observanten, afluister toestellen e.d. voor "onbesmet" bewijs kunnen zorgen,

INTERNATIONALE TEGENSTELBAARHEID- Het verbaast ons al niet meer, maar ondanks de herhaaldelijke beklemtoning van het internationaal karakter van "het fenomeen georganiseerde criminaliteit" en de nood aan een internationale respons, staat men in België nauwelijks stil bij de weerslag van die internationalisering. Nochtans liggen de vragen voor de hand. Kan een voor een Belgische overheid werkende (Belgische of buitenlandse) agent ook in het buitenland misdrijven plegen? Zoniet volstaat het dat wantrouwende criminelen mogelijke infiltranten naar het buitenland lokken. In België is het buitenland immers (behalve tijdens de spitsuren) bijna nooit meer dan anderhalf uur ver. Talloze operaties, van grensoverschrijdende observatie tot betaling in het buitenland van informanten, gaan ons grondgebied te buiten. Kan de Belgische wetgever inbreuken op buitenlands grondgebied wel rechtvaardigen of verschonen? Moet de Belgische rechtspraak buitenlandse rechtvaardigingsgronden of verschoningsgronden aanvaarden? Voorlopig bestaat er slechts een beperkte bij verdrag uitgewerkte "ne bis in idem"-garantie, wanneer er in België of een ander land een vrijspraak (of een buitenvervolgingsstelling) uitgesproken is. Over transacties en "akkoorden met criminelen" heeft men al nagedacht, al bestaat er nog onduidelijkheid over de oplossing. Daar komen we op terug in Deel IV. Extraterritoriale rechtvaardiging of verschoning zijn echter nog *terra incognita*¹⁵⁶², mede omdat dergelijke zaken pragmatisch (door niet-vervolging, diplomatieke immuniteit of weigering van de uitlevering) worden afgehandeld. Het valt echter te vrezen dat dit op lange termijn niet houdbaar zal zijn (zeker niet binnen de Europese Unie), zodat de Belgische wetgever voor de verandering eens vooraf over de mogelijke gevolgen van nieuwe wetgeving zou kunnen nadenken.

IMMUNITEIT- Welke alternatieven bestaan er? Het toekennen van immuniteit, zoals dat in het Angelsaksisch recht gebruikelijk is (*infra*, Deel IV, Hoofdstuk 3), past helemaal niet in onze traditie en voorlopig zijn wij nog niemand tegengekomen die daarvoor pleit. De toekenning van diplomatieke onschendbaarheid aan agenten van Europol en beperkingen op het recht dat zij hebben om voor nationale rechtscolleges te getuigen, heeft vooral in Duitsland en Nederland behoorlijk wat kritiek uitgelokt¹⁵⁶³. Die zal nog toenemen naarmate de bijdrage van Europolmensen aan concrete

maar we zouden dit vraagstuk toch willen toevoegen aan het "huiswerk" van professor Bosly....

¹⁵⁶² Op de lange lijst met complexe problemen bij VAN DEN WYNGAERT, C., "Rapport général, Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, section IV, Droit pénal International", *Revue internationale de droit pénal* 1999, 35-132, vinden we wel bedenkingen over extraterritoriale strafbaarstelling (72-73), aan transacties en "deals" (76-86), doch niet over rechtvaardiging of verschoning.

operaties op het terrein groeit, wat nu door het EUV wordt voorzien. Immunitet van de (mede)dader-agent zou trouwens ook de onrechtmatigheid van zijn handelen niet opheffen en dus mogelijk tot onrechtmatigheid van het door hem verzamelde bewijs leiden.

3.4.5. Besluit

VERWARRING TROEF- Tot nader order bestaat er geen duidelijkheid over de manier waarop ons rechtsstelsel met het probleem van de als misdrijf omschreven gedragingen van de agent moet omgaan. De rechtspraak grijpt naar noodgrepen zoals “creatieve interpretatie” of “het verbreken van het oorzakelijk verband”, maar krijgt daarvoor kritiek van de rechtsleer. De voorstellen voor de toekomst lijken rechtvaardigingsgronden te verkiezen, al raken zij verstrikt in de verwarring tussen rechtvaardiging en verschoning waar België als sinds de invoering van het Strafwetboek mee worstelt. De voorliggende rechtvaardigingsgronden leveren een aantal complicaties op. Zo lijkt de begrenzing van Bosly tot “even zware misdrijven” niet houdbaar en vergeet men al te vaak het verband tussen de gedraging van de agent en de strafprocedure tegen het doelwit, meer bepaald de gevolgen van het “*in rem karakter*” van rechtvaardigingsgronden.

3.5. Persoonlijk alternatief: herenigingsmodel

3.5.1. *Uitlokking van misdrijven is een materieelrechtelijk begrip*

INLEIDING- In Deel II hebben we vastgesteld dat een improviserende wetgever het algemeen deel van ons strafrecht meer en meer buitenspel zet. Zijn zenuwachtigheid weerspiegelt waarschijnlijk de koortsachtigheid van het hedendaags maatschappelijk en politiek leven en zal dus ook wel enigszins onvermijdelijk zijn. Toch is het spijtige resultaat een verregaande verwarring, een normvervaging: letterlijk en figuurlijk. In dit Deel zien we dat deelnemers aan het debat zo mogelijk nog meer goochelen met fundamentele beginselen en Latijnse rechtspreuken. De discussie is nog aan de gang, zodat besluiten steeds iets voorbarigs hebben. Opnieuw stellen we evenwel vast dat de (kandidaat-)normgevers de moeilijkheid van de materie onderschatten. De algemene beginselen worden weliswaar vaak aangeropen, maar door de verkaveling van de concrete normgeving loopt die vast in op zichzelf wel verdedigbare maar onderling moeilijk te combineren of zelfs ronduit tegenstrijdige regels. Wij onderschatten de

¹⁵⁶³ VAN DEN WYNGAERT, C., "Rapport général...", *op.cit.*, 100.

moeilijkheidsgraad van wetgevend werk allerm minst, zodat wij ook geen wonderwetgeving kunnen aanreiken. Wij beperken ons tot kleine suggesties waarvan we hopen dat zij inspiratie kunnen geven aan de normgever(s).

UITLOKKEN IS DEELNEMEN- Eerst en vooral stellen wij de hereniging van uitlokking en strafbaar gedrag van overheidsagenten voor. Het uitlokken van andermans misdrijven is verboden en zelfs strafbaar. In tegenstelling tot de huidige meerderheidstendens in rechtspraak en rechtsleer stellen wij voor de uitlokkingsvraag te beschouwen als een materieelrechtelijke kwestie. Het al dan niet bestaan van een misdrijf vormt het wezen van het materieel strafrecht. De vraag of iemand anders dat misdrijf uitgelokt heeft, is daar volgens ons onlosmakelijk mee verbonden. Daarom is onze stelling dat van uitlokking alleen dan sprake kan zijn wanneer het gaat om strafbare uitlokking. Daarmee bedoelen wij dat een persoon de wil van de vervolgte persoon om het misdrijf te plegen beïnvloed heeft en als dusdanig (mede)dader wordt van diens misdrijf.

GEEN TEGENARGUMENTEN- De rechtsleer kan ons niet overtuigen met zijn pogingen om uitlokking van art.66 Sw. los te koppelen. Als enige argument geven zij hun persoonlijke mening dat ook gedragingen die buiten art.66 Sw. vallen "onbehoorlijk" zijn. Dat kan best, maar dat een bepaald gedrag onbehoorlijk is, betekent niet dat het meteen ook als uitlokking bestempeld moet worden. Zoals gezegd ligt de oorzaak van het misverstand in de algemene aanvaarding van een taboe op uitlokking. Rechtsgeleerden als De Nauw of Declercq, die een breder taboe willen, ook op andere vormen van "onbehoorlijk" gedrag van overheidsagenten, kunnen dat objectief verwezenlijken door die gedragingen onder te brengen onder de paraplu van de uitlokking. Zij rekken uitlokking dus uit voorbij de grenzen van art.66 Sw. Hun argumenten kunnen ons niet overtuigen. Als zij vinden dat bepaalde in hun ogen onbehoorlijke beïnvloeding die art.66 te buiten gaat, moeten zij maar zeggen waarom dat niet kan. "Uitlokking" is dan onbehoorlijk, maar het is niet omdat het onbehoorlijk is, dat het ook uitlokking is. Wij vinden dat zij onvoldoende argumenten geven voor het inruilen van de materiële strafwet als grens van het toelaatbare voor een onbestemd criterium als behoorlijkheid. Eerder dan om de absolute behoorlijkheid te waarborgen, gaat het immers om grenzen te stellen aan "toegelaten onbehoorlijkheid" vanwege de overheid. "Behoorlijkheid" als maatstaf voor de beperking van "duldbare onbehoorlijkheid" slaat nergens op. Het misdrijf als bouwsteen van het strafrechtsbestel biedt meer houvast. Art.66 Sw. bestraft wie de misdaad heeft uitgevoerd of aan de uitvoering rechtstreeks heeft meegewerkt, wie

noodzakelijk hulp levert en wie door giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden rechtstreeks heeft uitgelokt. Verboden uitlokking vormt voor ons gewoon een vorm van strafbaar gedrag. Daaraan kleven wij dan ook een principieel verbod waarop uitzonderingen mogelijk zijn, géén absoluut en onvoorwaardelijk taboe.

3.5.2. *Situatie van de uitgelokte*

BLIJFT SCHULDIG- Eén van de argumenten tegen een beroep op art.66 Sw. is dat de schuld van de uitlokker de schuld van de uitgelokte niet wegneemt. Daar zijn wij het helemaal mee eens. Wanneer Jan aan Piet 1000 Euro belooft als Piet Jan drugs bezorgt, moet Piet dat weigeren. Als Piet in een videowinkel werkt en zijn baas Jan hem onder bedreiging van ontslag verplicht ook pedofiel materiaal "onder de toonbank" te verkopen, moet Piet dat weigeren. Tenzij de druk die Jan op Piet uitoefent van die aard is dat Piets wilsvrijheid verdwijnt (morele dwang, art.71 Sw.), verdwijnt Piets persoonlijke schuld niet. Dat uitlokker Jan eigenlijk een vermomde overheidsagent is, maakt bij de beoordeling van het gedrag van de uitgelokte Piet eigenlijk geen verschil. Die weet dat immers niet, dus het beïnvloedt zijn gedraging niet.

MINDER SCHULDIG- Moeten wij dan helemaal geen rekening houden met de invloed van de uitlokker? Ja, toch wel. Daarin verschilt ons standpunt van dat van de bestaande rechtsleer. In de mate dat uitlokker Jan (mee) schuld heeft aan het misdrijf, vermindert de schuld van de uitgelokte Piet. We herinneren eraan dat de auteurs van het Strafwetboek met de gedachte hebben gespeeld om een onderscheid te maken tussen het geval waarin de uitlokker een onbestaand opzet schept in hoofde van de uitgelokte en dat waarin hij louter een bestaand opzet aanmoedigt. Het argument voor Nypels en co. om het toch maar te laten vallen, was dat dergelijke subtiele en abstracte onderscheiden de volksjury te veel in de war zouden brengen en dat men het gewenste effect maar door toepassing van de verzachtende omstandigheden moest krijgen (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1, 2.4.3.1.). Het argument van de verwarring van de volksjury gaat nu niet meer op. Het te subtiele, "verwarrende" onderscheid tussen al bestaand opzet en nieuw gecreëerd opzet is langs de achterdeur toch in ons recht belandt. Rechtscolleges hanteren het immers als maatstaf voor uitlokking door de overheid. Daarom lijkt, nu er toch nieuwe wetgeving moet komen, niets zich te verzetten tegen de invoering van een algemene strafverminderende verschoningsgrond van uitlokking. Ter vervanging van

de bijzondere verschoningsgrond van 411 Sw. kan een algemene verschoningsgrond van uitlokking een plaats krijgen in Boek I.

STRAFVERMINDERENDE VERSCHONINGSGROND- Wanneer Jan geen beloften, giften, dreiging, enz. gebruikt, dan kan Piet niet zeggen dat hij door Jan is uitgelokt en krijgt hij de volle lading van de strafwet. De vraag is of hij die ook verdient wanneer Jan het bij Piet al bestaand opzet met giften, beloften, e.d. aanmoedigt. De wetgever moet daar een keuze maken. Vindt hij dat Jans gedraging de schuld van Piet –al was het maar een beetje- vermindert, dan moet Piet minder zwaar gestraft worden. Wij vinden eigenlijk van wel, zodat een strafverminderende verschoningsgrond wegens zijn verplicht karakter te verkiezen is boven de onzekerheid van een beroep op verzachtende omstandigheden. Vervolgens komt het geval waarin Piet eigenlijk niet van plan was een misdrijf te plegen en hij daar door de giften, beloften enz. van Jan door is toe overhaald. Jan heeft dus een niet-bestaand opzet doen ontstaan in het hoofd van Piet. In dat geval vinden wij dat er zeker sprake is van verminderde schuld bij Piet en dat zijn straf op grond van een strafverminderende verschoningsgrond vermindering verdient. Zoals gezegd verdient Piet, buiten het geval van dwang van Jan, geen complete straffeloosheid.

UITLOKKENDE OVERHEID- Voor de schuld van Piet maakt het volgens ons geen verschil of uitlokker Jan op verdeckte wijze voor de politie of de overheid werkt. Als de uitlokker het opzet van de dader heeft versterkt, moet er volgens ons liefst en als hij het heeft doen ontstaan, moet er zeker een recht op strafvermindering bestaan. Of de schade of de gevaarstelling door de overheid gesanctioneerd moet worden, vinden wij een aparte zaak.

Zoals De Valkeneer zien wij het grote gevaar niet zozeer in het onbehoorlijke optreden van de agent. Volgens ons is de cruciale vraag of de overheid criminaliteit creëert die er anders niet gekomen zou zijn. Wij komen daar dadelijk op terug. De vraag hoe dat gesanctioneerd moet worden, komt daarna. Een van die mogelijke sancties van dergelijk overheidsgedrag is het belonen van het doelwit, in dit geval de persoon wiens misdrijf door een overheidsagent is uitgelokt. De wetgever kan het instrument daarvoor aanreiken door van uitlokking door de overheid een beslissende verschoningsgrond te maken voor de uitgelokte persoon. Daarmee bedoelen wij dat de wetgever de strafwaardigheid van de uitgelokte gedraging opheft om redenen van

strafbeleid, namelijk het beletten dat de overheid “extra” misdrijven genereert¹⁵⁶⁴. Of een dergelijke regel een strafuitsluitingsgrond, dan wel een vervolgingsuitsluitingsgrond is, moet de rechtsleer maar uitvechten. Wij hebben twijfels omtrent de vraag of de uitgelokte persoon volledig straffeloos moet blijven, met strafvermindering kunnen wij genoegen nemen. Indien dat toch als gewenst voorkomt, zouden wij de straffeloosheid alleszins beperken tot het geval waarin de agent zelf het opzet heeft doen ontstaan. Onze keuze voor een materieelrechtelijke oplossing heeft ons inziens een aantal voordelen, waarvan we nu al het persoonlijk karakter van de verschoning kunnen vermelden. Het is mogelijk dat een aantal deelnemers al wel het opzet hadden vóór de tussenkomst van de agent, terwijl anderen pas door tussenkomst van de agent bij het crimineel project betrokken raken. Zo kan de agent in opdracht van een al actieve smokkelaar op zoek gaan naar een transporteur. Laatstgenoemde kan dan uitgelokt zijn, maar de smokkelaar zeker niet. Die zal dus geen verschoning kunnen genieten.

EERLIJK PROCES ONMOGELIJK- Wij zien wel in dat in sommige gevallen de implicatie van de overheid in het misdrijf grote gevaren oplevert voor de eerlijkheid van het daaropvolgend proces. Je kan het oneerlijk vinden dat de agent zelf niet gestraft wordt, je kan sterke twijfels hebben over de partijdigheid en de geloofwaardigheid als getuige van de agent-provocateur. Doch wij zijn het hoegenaamd niet eens met de stelling waar blijkbaar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens mee schermt, dat wanneer Piet tot een misdrijf aangezet is door Jan die buiten zijn weten voor de overheid werkt, Piet onmogelijk nog een eerlijk proces kan krijgen. Dat is gewoonweg niet waar. Wij geloven dat een eerlijk proces net de manier is om uit te maken wat de rol van eenieder geweest is en om zo nodig

¹⁵⁶⁴ Eerder dan de eindeloze discussie tussen subjectieve en objectieve uitlokking, zien wij hier wel iets in het in Amerika bepleite onderscheid tussen “*market-level-inducement*” (d.w.z. de geboden prijs is “normaal” in de betrokken markt, zodat het voorspelbaar is dat een deelnemer in zijn dagdagelijks activiteiten met een dergelijk aanbod in aanraking komt). Als hij daar niet aan kan weerstaan, kan hij zich niet beroepen op uitlokking: de wetgever vraagt om dergelijke “verleiding” te weerstaan, wie dat niet kan, is sociaal gevaarlijk. Pas wanneer de prijs buitengewoon hoog is, d.w.z. een aanmoediging die gewone marktdeelnemers nooit zouden tegenkomen is het mogelijk dat men personen die normaal (in de dagdagelijkse marktomstandigheden) zouden weerstaan aan de gewone verleidingen en dus niet sociaal gevaarlijk zijn. Het is de uitlokker die door de exorbitante prijs iemand die het niet is in gewone omstandigheden, door hem in buitengewone omstandigheden te plaatsen, er een crimineel van maakt. Dan bestaat er geen verschil voor de uitgelokte of het voorstel van een privépersoon komt dan wel van een agent. Het geval dat een privépersoon dat zou doen, is trouwens erg onwaarschijnlijk: welk belang heeft die om veel meer te betalen dan de marktprijs? Dit criterium voor uitlokking als grens voor de overheidsagent die infiltreert, lijkt ons een veel logischer en realistischer dan de absolute passiviteit.

te komen tot de vaststelling van strafverminderende of beslissende
verschoningsgronden.

3.5.3. *Situatie van de uitlokker*

GERECHTVAARDIGD- Volgens ons zal de overheidsagent die een ander persoon uitlokt, daarmee deelnemer zijn aan diens misdrijf. De vraag naar de bestraffing van die agent past voor ons dus in de ruimere vraag naar de (toegelaten) criminaliteit door overheidsagenten. Uit Deel II weten wij dat de schuld en de bestraffing van mededaders irrelevant is voor de veroordeling van één van hen. Wij zouden de strafuitsluiting voor overheidsagenten uitdrukkelijk voorzien in een vernieuwd Hoofdstuk VIII van Boek I Sw. over “rechtvaardings- en verschoningsgronden”. Daar krijgt naast noodtoestand, die uitdrukkelijk in het wetboek moet komen en noodweer, die naar Boek I moet verhuizen ook een nieuw artikel 70 Sw. een plaats. Er zou een "*rechtvaardigingsgrond in personam*" inzitten, niet alleen voor de uitvoerder, maar ook voor de magistraat-opdrachtgever. Hij geldt zowel voor de deelneming aan het misdrijf van het doelwit als voor andere misdrijven die de agent nodig heeft en die voorzienbaar en toegelaten zijn bij zijn onderzoeksopdracht. De agent (of hij nu zelf ambtenaar is of niet) zou volgens ons op een persoonlijke rechtvaardigingsgrond moeten kunnen rekenen, die de wederrechtelijkheid van zijn gedraging wegneemt zonder dat zulks afdoet aan de wederrechtelijkheid van de gedragingen van de overige deelnemers aan hetzelfde “feit”. De Nauw schrijft dat het “*in rem*”-karakter van een rechtvaardigingsgrond, niet betekent dat hij ook *erga omnes* werkt. Wij voelen aan wat hij bedoelt, maar vragen ons af of zijn uitleg echt verhelderend is. Wij verkiezen minder te spreken over een “strafbaar feit”, maar om de strafbare gedraging van alle onderscheiden personen. Dat heeft ons gebracht tot de suggestie in Deel II om de kwalificatie zoveel mogelijk te “personaliseren”, zodat bijvoorbeeld verschillende deelnemers aan een zelfde feit zich aan verschillende misdrijven schuldig kunnen maken. Dat laat ons ook toe te pleiten voor “persoonlijke” (*in personam*) rechtvaardigingsgronden, eventueel naast de “*in rem*”-rechtvaardigingsgronden. Slechts wanneer de agent de enige uitvoerder van het “hoofdfeit” is waaraan het deelnemingsgedrag van de doelwitpersonen gekoppeld zit, zullen die bij gebreke aan hoofdfeit kunnen genieten van de rechtvaardiging. In alle andere gevallen blijven zij strafbaar.

VERSCHOOND- Wanneer de agent geen voorafgaande goedkeuring kon krijgen voor zijn misdrijf, lijkt enkel een opheffing van de strafwaardigheid een bevredigende oplossing. Daar plakt dan wel de vraag aan naar de gevolgen van het verschoond

misdrijf voor de bewijslevering die eruit voortvloeit en die naar het zwijgrecht van de agent. Misschien moet men in dergelijke gevallen van de agent een spijtoptant maken... De vraag naar de invloed van criminaliteit door de spijtoptant op het bewijs tegen anderen, komt in §4 aan bod. Er blijven niettemin problemen bestaan: als het feit onrechtmatig blijft, wordt het bewijs onrechtmatig en zou burgerlijke schadevergoeding kunnen. Omdat deze misdrijven meestal niet zullen gepleegd worden *met het oog op bewijs*, maar uit puur zelfbehoud bijvoorbeeld, is dit misschien geen ramp voor het onderzoek (het oorzakelijk verband met het bewijs zal vaak ontbreken).

3.5.4. Voor- en nadelen

BEGRIPSMATIGE EENHEID- Een eerste voordeel van onze keuze is het herstel van de eenheid tussen materieel en formeel strafrecht. De gekozen oplossing volgt trouwens volledig de krachtlijnen die door het bestaande systeem lopen: eenieder moet aan de druk van personen of omstandigheden kunnen weerstaan, maar wie dat niet doet, heeft wel minder schuld dan wie helemaal op eigen initiatief vrij voor dezelfde strafbare gedraging kiest. Wij geloven dat het strafprocesrecht zijn enige bestaansreden heeft in de afdwinging van het materieel strafrecht en dat daarom aan hetzelfde begrip slecht verschillende betekenissen mogen gegeven worden wanneer het echt niet anders kan. Anders dan Bosly bijvoorbeeld plaatsen wij het uitlokkingsverbod niet specifiek in een regel over bijzondere opsporingsmethoden: het heeft algemene gelding.

VEREENVOUDIGING- De drie verschillende vormen van uitlokking die de rechtsleer nu onderscheidt (66 Sw., 411 e.v. Sw. en politionele uitlokking) zouden samenkomen in één omschrijving. Wij hebben aangegeven dat de wetgever, zo hij dat wenst, nog altijd andere rechtsgevolgen kan toekennen aan uitlokking door de overheid dan aan private uitlokking.

BEWIJS- Het derde voordeel is dat het boetseren van uitlokking tot een verschoningsgrond, klopt met de regels die nu al de bewijsvoering inzake uitlokking beheersen. Die verdeling van de bewijslast inzake uitlokking, ontleend aan de rechtvaardigings- en verschoningsgronden, geniet immers van unanieme steun in rechtspraak en rechtsleer.

AANMOEDIGEN “DESERTIE”- Uit deze bewijsregel volgt een ander – zij het ons inziens eerder theoretisch - voordeel. Daar ons voorstel ook van private morele uitlokking een verschoningsgrond maakt, zet het de vervolgte uitvoerder aan om elementen aan te voeren die aangeven dat de beweerde verschoningsgrond "niet van alle waarschijnlijkheid ontbloomt" is. Om strafverminderende verschoning te genieten moet hij dus zelf elementen aanbrengen die wijzen op uitlokking door de morele dader(s), dat wil zeggen op de druk van opdrachtgever of leider. De wetgever scheidt zo tegenstrijdige belangen tussen uitvoerder en opdrachtgever-uitlokker. Eerstgenoemde wordt in zijn eigen belang een getuige tegen laatstgenoemde. Uitlokking als verschoningsgrond zou dus een soort spijtoptanten aanmoedigen. Of dat echt werkt, hangt waarschijnlijk van de omstandigheden van de concrete zaak af, niet in de minst van de omvang van de strafvermindering.

PERSOONLIJK KARAKTER- Over het voordeel van het persoonlijk karakter van het uitlokkingsbegrip hebben wij het al gehad. Politie en justitie zetten de bijzondere opsporingsmethoden vaak in tegen een dadergroep van verschillende personen (*supra*). In het voorgestelde systeem is het perfect mogelijk dat sommige deelnemers aan hetzelfde misdrijf uitgelokt zijn en anderen niet.

TOELAATBAARHEID BEWIJS- De activiteiten van de onderzoeker vallen weliswaar binnen de misdrijfsomschrijving, doch zijn gerechtvaardigd zodat al het eruit voortvloeiend bewijs voor de zaak tegen het doelwit meteen ook niet meer door onrechtmatigheid bedreigd is. De rechtmatigheid van het bewijs blijft wel een probleem bij de onvoorziene misdrijven van de infiltrant. In het beste geval bestaat er daar noodtoestand of verschoning, doch in dat laatste geval zou het eruit voortvloeiende bewijs onrechtmatig blijven.

NADEEL- Het probleem van het subjectivisme blijft aan de uitlokking plakken. Dat is ons inziens onvermijdelijk bij uitlokking: het onderscheid tussen de subjectieve en objectieve benadering is niet alleen weinig realistisch, het maakt in de praktijk ook weinig verschil. Het enige alternatief is het Amerikaanse voorstel om gewoon te aanvaarden dat verleiding die “gewoon” is op de markt in kwestie (of de verleider nu overheidsagent is of niet) een beroep op uitlokking uitsluit. Aanmoediging die de “verleide” op een gewone markt nooit zou hebben ondervonden, verschoont hem en leidt tot straffeloosheid. De diepere maatschappelijk-filosofische vraag naar de schaal waarop de overheid verleiding mag gebruiken blijft onbeantwoord. Zij kan volgens ons echter niet losgemaakt worden van de strafbaarstelling van gedragingen

die op een andere manier nauwelijks vastgesteld of bewezen kunnen worden (Deel II). Wij blijven erbij dat de wetgever te veel en te vroeg strafbaar stelt. Wil hij dan niet dat zijn wetten worden gehandhaafd? De bewijsproblemen inzake uitlokking zullen blijven bestaan, maar we gaan er ook niet op achteruit

3.5.5 *Besluit*

DOGMATISCH SAMENHANGENDER- Wij hebben getracht om het uitlokkingsverbod in te kaderen in het (gerelativeerde) verbod misdrijven te plegen voor ambtenaren. De uitlokker zou een als misdrijf omschreven handeling stellen, namelijk moreel daderschap. Hij kan echter gerechtvaardigd zijn, de uitgelokte kan verschoond zijn. Het heeft een aantal voordelen, namelijk het verwijderen van onderscheiden wanneer er geen duidelijke ratio voor bestaat. Het past perfect in de nu al gehanteerde bewijsrechtelijke logica die iedereen goed vindt en moedigt (in theorie) desertie van de uitvoerders en aangifte van opdrachtgevers aan. Als sanctie voor het aanzetten tot misdrijven werkt het minder bot. De verschoning werkt individueel, zodat alleen de echt uitgelokten ervan genieten. Daarenboven zou het risico dat “goed” bewijs besmet raakt door onrechtmatigheid verminderen. Het gaat om een ingewikkeld stuk dogmatische hersengymnastiek, doch het huidige systeem dat de Belgische beleidsmakers onaangeroerd willen laten, schittert ook niet door begripsmatige eenvoud of praktische gebruiksvriendelijkheid. Opnieuw stellen wij vast dat vele problemen voortvloeien uit een verouderd en onvoldoende gesofisticeerd Algemeen Deel van het Strafwetboek.

§4. Controle en sanctionering

4.1. Nadenken over verabsolutering bewijsuitsluiting als procedurele sanctie

INLEIDING- Net nu de gevaren en mogelijke misbruiken een belangrijke reden vormen voor normering, valt het op dat qua controle en sanctionering, geen opvallende ingrepen voorzien zijn. De op dat vlak bestaande tendenzen (*supra*, Hoofdstuk 2) zullen dan ook doorgaan. Aangezien de reglementering ongetwijfeld een ingewikkeld normencomplex zal opleveren, zal zij meteen de kans op fouten vergroten. Binnen een dergelijk onderzoeks- en bewijscomplex zal het niet meevallen om de precieze gevolgen van onrechtmatigheden in het algemeen en van onrechtmatig bewijs in het bijzonder vast te stellen. Een laattijdig vastgestelde nietigheid in de toestemming tot een proactief onderzoek (omdat er bijvoorbeeld een vermelding ontbrak) kan weerslag hebben op de talloze gerechtelijke onderzoeken overal te lande die hebben genoten van de toegevoegde waarde van het proactief

inlichtingenwerk. (*Supra*, Hoofdstuk 4, 4.4.4.). Om vast te stellen of er een verband bestaat tussen een fout en schade, nodig voor het vaststellen van het bestaan van krenkingsmisdrijven, zijn er verschillende "oorzakelijkheidsleren"¹⁵⁶⁵. Bij bewijsuitsluiting daarentegen, wordt in België het *oorzakelijk verband* tussen onrechtmatigheid en het bewijs meestal niet nader geanalyseerd. Gelet op de in Deel II beschreven evolutie in de omschrijving van misdrijven en de in dit Deel beschreven evolutie in de opsporing, is het daar misschien tijd voor. Moet er een uitzondering komen voor onderzoeksdaden die te goeder trouw gebaseerd zijn op een achteraf ongeldig verklaarde proceshandeling?

NADELEN- De onderliggende *ratio* van bewijsuitsluiting is dat het als sanctie ontradend zal werken ten aanzien van overijverige onderzoekers. Zo zou ze er voor zorgen dat die de grondrechten van al dan niet verdachte burgers respecteren. Doch er zitten natuurlijk een aantal wezenlijke nadelen aan verbonden. Zoals bij zovele sanctienormen zullen ze niet zozeer leiden tot het vermijden van het verboden gedrag, maar eerder tot het creatief zoeken van manieren om de sanctie te ontlopen. Onrechtmatig bewijs kan worden "witgewassen", "toevallig" door anderen worden ontdekt of gebruikt als sturingsinformatie. In de Belgische praktijk is de afstand tussen de dader van de onrechtmatigheid en het uiteindelijke proces waarop de sanctie gevelde wordt, zowel in tijd als psychologisch erg groot. De "verantwoordelijken" zullen zich slechts zelden persoonlijk op het proces moeten komen verantwoorden. Het grootste probleem is echter dat de gevolgen van een echt consequente toepassing van de uitsluitingsregel leidt tot resultaten die de publieke opinie zowel als vele rechtspractici als onwenselijk ervaren. Om te vermijden dat manifest schuldigen vrijuit zouden gaan, moet de rechtspraak allerlei uitzonderingen uitwerken die het geheel niet steeds overzichtelijker maakt. Daarenboven geniet vooral, om niet te zeggen alleen, wie schuldig is, van bewijsuitsluiting. De onrechtmatigheid van het bewijs neemt immers niet weg dat het bewijs uitermate betrouwbaar kan zijn. De andere personen, wiens rechten misschien geschonden zijn door speurders, doch zonder dat het leidt tot een strafzaak, hebben er niets aan. Uitsluiting van perfect betrouwbaar bewijs sanctioneert en beloont dus niet altijd de juiste mensen. De stelling dat wanneer alle onrechtmatig bewijs en al het daaruit voortkomend bewijs niet uitgesloten worden, er meteen geen eerlijk proces meer zou zijn, kan daarom niet zonder meer worden

¹⁵⁶⁵ DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht...op.cit.*, 302 e.v.

gevolgd . Ook het Europees Hof voor de Rechten is tot nu toe niet zo ver willen gaan.

ALTERNATIEF- In de rechtspraak duiken allerlei formules op om de effecten van bewijsuitsluiting te beperken¹⁵⁶⁶. Soms wijst men erop dat wie zich erop beroept, belangenschade moet kunnen aantonen. Het niet naleven van bepaalde regels (bijvoorbeeld interne regels die de verhoudingen tussen de betrokken diensten regelen) zou dan voor de rechtsonderhorige geen verschil maken. Persoonlijk voelen wij wel wat voor het klassieke Engelse systeem, dat de rechter enige discretionaire bevoegdheid geeft om te beoordelen of bewijs toelaatbaar is. Hij kan rekening houden met zowel de ernst van de onrechtmatigheid als met die van het bewezen misdrijf. De *betrouwbaarheid* van het bewijs lijkt ons daarbij een uitermate belangrijke factor. Dit alles mag natuurlijk niet begrepen worden als het aanmoedigen van onrechtmatige praktijken, integendeel. De personen die ervoor verantwoordelijk zijn, moeten ervoor gesanctioneerd worden, zowel individueel als collectief, tucht- of strafrechtelijk. Nu lijkt dat onvoldoende te gebeuren omdat de bewijsuitsluiting al te vaak als afdoende sanctie wordt beschouwd. Ook een burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de overheid die over de schreef is gegaan, moet mogelijk zijn, zeker als de individuele dader van de onrechtmatigheid niet te achterhalen valt.

4.2. Onontvankelijkheid is verkeerde sanctie voor uitlokking

TE BOT- De eenstemmigheid over onontvankelijkheid van de strafvordering als enige gepaste sanctie voor uitlokking van misdrijven door overheidsambtenaren, wekt verbazing. Hoewel we de beweegredenen erachter wel begrijpen, gaat het om een lompe en dus te mijden sanctie. In de hiervoor voorgestelde visie op de uitlokking, waarvan de wetgever een strafverminderende of beslissende verschoningsgrond zou maken, moet de rechter de strafvordering wel degelijk ontvankelijk verklaren. Hij moet zelfs heel gedetailleerd op de grond ingaan. Als hij uiteindelijk tot uitlokking besluit, genieten (enkel) de individuen die persoonlijk uitgelokt zijn van strafverminderende of beslissende verschoning. Het is dus mogelijk dat zij samen met andere bij het misdrijf betrokken personen veroordeeld worden. Anders dan in het huidige systeem zullen niet-uitgelokte medebeklaagden dus niet mee profiteren van de uitlokking.

¹⁵⁶⁶ Cfr. HUYBRECHTS, L., "Het zaken-, bank- en beroepsgeheim in het strafproces", in TILLEMANS(ed.), *op.cit.*, 182.

4.3.Nood aan zeer strikte interne controle en toetsing toelaatbaarheid

ZELFREINIGING- Als er over een zaak eenstemmigheid bestaat, is dat er grote gevaren zitten aan de evolutie in de opsporingsmethoden. Daarom past het vooral duidelijke regels en goede alarmmechanismen en controlemogelijkheden te hebben. De keuze om het Openbaar Ministerie daarbij een centrale rol te geven, lag voor de hand en is ook een goede zaak. Toch is het geen waterdichte garantie en zal ook de controle op en verantwoordelijkheid van dat Openbaar Ministerie duidelijk moeten vastgelegd worden. De opsporingsinstanties vragen immers erg veel vertrouwen van de maatschappij, zodat ze zich dat ook waard moeten tonen. Als ze zich zelf niet aan de vastgelegde grenzen houden, moeten er sancties komen.

CENTRALE TOETSING- Omdat sommige opsporingspraktijken pijnlijke vragen oproepen naar de ethiek van het strafbeleid, past het deze voortdurend in vraag te stellen. Het Nederlandse model van een Centrale Toetsingscommissie, die over de juridische, politieke en ethische wenselijkheid van de opsporingspraktijken uitspraak doet, verdient zeker aanbeveling. Het lijkt aangewezen dat in deze Commissie niet exclusief zou bestaan uit mensen uit de rechtshandhaving. Zoals in de V.S. en Nederland moet de regel gelden dat hoe "gevaarlijker" de praktijk is, des te hoger het hiërarchisch niveau dat toestemming moet geven en dus ook de afstand tot het concrete onderzoek. Via verslaggeving moeten politie en Openbaar Ministerie de maatschappij op de hoogte houden van de methodes die in haar naam bij de misdaadbestrijding worden gebruikt. De onderzoekers moeten kunnen begrijpen dat sommige praktijken gewoonweg verwerpelijk zijn, buiten verhouding staan tot het nagestreefde doel of gewoonweg contraproductief zijn. Het goed informeren van de beleids mensen, wier inzicht in de praktijk inderdaad vaak tekort schiet, is daarbij uitermate belangrijk.

INTERNATIONAAL- Gelet op de uiteenlopende situaties en gevoeligheden in verschillende landen valt ook af te wachten hoe de controle op de rechtmatigheid en behoorlijkheid in een internationale context zal verlopen. De eerste stap, het bewustwordingsproces en het in kaart brengen van de situatie in verschillende landen, is al gezet. Met Europol en het in de steigers staande Europees Openbaar Ministerie blijkt duidelijk dat er over het probleem wordt nagedacht . Toch blijft het de vraag of die zich niet uitsluitend als "crimefighters" gaan opstellen, of zij wel in staat zullen zijn te waken over de rechtmatigheid. Het valt ook af te wachten in welke

mate de verdediging de rechtmatigheid van opsporingshandelingen in het buitenland door buitenlandse diensten zal kunnen controleren of aanvechten.

4.4. Rol van de verdediging

WAAKHOND- De verdediging in strafzaken heeft daarbij nog steeds een belangrijke rol te spelen. Indien de opsporingsmethoden genormeerd worden en definitief uit de taboesfeer gehaald worden, moeten de speurders de eerlijkheid hebben achteraf verslag te doen over de ingezette methode. De bescherming van bronnen mag geen excuus zijn voor flagrante vervalsing of manipulatie van de door het strafdossier geschetste "werkelijkheid". Ook het tactisch voordeel op korte termijn zal eigenlijk niet dikwijls opwegen tegen de nadelen van geheimhouding. De verdediging in strafzaken moet als één van de waakhonden die de eerlijkheid van de procedure bewaken, de kans krijgen om eventuele wanpraktijken aan het licht te brengen. Buitenlandse voorbeelden hebben geleerd dat ze, zeker als ze weerklank krijgen in de pers, belangrijk kunnen zijn bij het wakkerschudden van het maatschappelijk geweten.

4.5. Besluit

WORDT VERVOLGD- Een evaluatie van de Belgische keuzes op het vlak van controle en sanctionering is moeilijk. De keuzes zijn immers nog niet duidelijk gemaakt. Weliswaar is het duidelijk dat erg veel verwacht wordt van de magistratuur, vooral van het Openbaar Ministerie. Toch is het nog niet helemaal duidelijk of alles nu in processen-verbaal zal moeten komen, dan wel of aparte, vertrouwelijke verslagen voor het parket mogelijk blijven. Wij kunnen nu al voorspellen dat de politiediensten erop zullen wijzen dat samenwerking met vele partnerlanden onmogelijk zal worden, indien zij alles inderdaad in processen-verbaal moeten vastleggen. Vanuit dogmatisch perspectief vallen er voorlopig dan ook nog niet veel algemene besluiten te trekken. We hebben enkel vraagtekens geplaatst bij de verabsolutering van de regel van de bewijsuitsluiting. Die beloont en bestraft volgens ons de verkeerde personen. Hij laat de ware "schuldigen" waarschijnlijk ook te vaak zonder sanctie. Met nog meer overtuiging verwerpen we de onontvankelijkheid van de strafvordering bij uitlokking door overheidsambtenaren. Het eerder voorgestelde alternatief, van uitlokking een verschoningsgrond maken, zou veel gepaster sanctionering mogelijk maken. Dat alle voorstellen hun eisen stellen inzake interne controle, verslaggeving en toestemming, vinden we normaal. Het valt af te wachten hoe het in de praktijk zal verlopen.

§5. Besluit

AFWACHTEN- Vanuit de strafrechtelijke dogmatiek, die algemene beginselen en grote lijnen tracht te ontwaren, valt het moeilijk besluiten te trekken over de verschuiving in de opsporing van misdrijven, omdat alles nog volop in beweging is. Het zal nog even duren eer de nieuwe evolutie in België resulteert in nieuwe normen. Dat de in Hoofdstuk 1 belichte klassieke uitgangspunten van reactief, openlijk, oprecht en onafhankelijk onderzoek moeten worden herbekeken in het licht van de tekortkomingen uit Hoofdstuk 2, is duidelijk. Zowel het gebrek aan efficiëntie van de klassieke methoden, vooral bij de opsporing van anders omschreven misdrijven en bij georganiseerde criminaliteit als de opkomst van afdwingbare grondrechten maken tussenkomst van de normgever onvermijdelijk. De impulsen komen overduidelijk uit het buitenland en we hebben er slechts enkele aandachtspunten uit gelicht voor het bestuderen van de voorstellen die nu in België op tafel liggen. De Belgische keuzes zijn nog niet definitief, gelukkig maar. De architecten van in Hoofdstuk 4 beschreven voorstellen lijken immers niet de juiste vragen hebben gesteld, ook al hebben zij weliswaar een aantal regels uitgewerkt voor proactieve recherche en voor bijzondere opsporingsmethoden. Onder dat laatste zijn enkel informantwerking, observatie en infiltratie begrepen.

PROACTIEF- Met de bedoeling proactief onderzoek door politiediensten slechts toe te laten met de zegen van het Openbaar Ministerie, voerde de wetgever art.28, bis §2 Sv. in. Het bedroevend resultaat is een nutteloze tautologie. De wezenlijke vraag, wanneer inlichtingenverzameling omslaat in opsporing, blijft onbeantwoord. De invoering van een verdenkingsbegrip, eventueel een gemildere verdenkingsdrempel bij georganiseerde criminaliteit, had veel meer zin gehad. Gelet op de ruime misdrijfomschrijvingen uit Deel II is dat milderer waarschijnlijk zelfs niet nodig. Het begrip proactief, dat meer verwarring scheidt dan duidelijkheid, kan dan best verdwijnen. Het lijkt ons eigenlijk neer te komen op een verkeerd begrepen nieuwspraak voor inquisitoir. De bredere trend van door de overheid opgelegde gegevensverzameling door privé-instanties blijft al te zeer buiten beeld.

BIJZONDERE OPSPORING- Al even teleurstellend is de voorgestelde regeling voor "bijzondere opsporingsmethoden". Bepaalde vormen van onderzoek zijn onder deze noemer samengebracht. Nochtans wordt niet op overtuigende wijze aangetoond wat het "bijzondere" is dat hen samenbrengt en afzondert van andere

onderzoeksmethoden. De bestaande voorstellen voor een wettelijke regeling *beschrijven de methoden*, terwijl zij er beter aan zouden doen *bevoegdheden* vast te leggen. Wetgevende normen zijn zeker nodig. Doch ze zouden best worden gekaderd in een meer algemene herformulering van de informatieverwerking door politie en gerecht. De voorstellen die professor Bosly op vraag van de regering uitwerkte, bevatten een aantal belangrijke lacunes. Vanuit dogmatisch-strafrechtelijk standpunt vinden wij er twee bijzonder betreuenswaardig. Enerzijds werd het enige overgebleven taboe, het uitlokkingsverbod voor de politie, niet in vraag gesteld. Nochtans laat de verantwoording ervan, in het licht van de nieuwe misdrijfomschrijvingen en opsporingsmethoden, behoorlijk wat te wensen. Anderzijds is er de grote frustratie voor de dogmaticus, zeker wanneer het gaat om een voorstel uitgewerkt door een academicus als professor Bosly, dat er geen bevredigend juridisch regime bestaat voor de toegelaten criminaliteit van onderzoekers. Tenslotte valt het op dat, hoewel de strafbepalingen inzake criminele organisaties ingevoerd zijn als "kapstok" voor de bijzondere opsporingsmethoden, deze uiteindelijk helemaal niet beperkt blijven tot die strijd tegen georganiseerde criminaliteit. Het lijstje van art.90, ter Sv. is immers veel ruimer.

ALTERNATIEF- Wij hebben getracht een alternatief model uit te werken, dat de kwesties van uitlokking en "toegelaten speurderscriminaliteit" herenigt. Uitlokking, of ze door een vermomde overheidsagent gebeurt dan wel door een gewone burger, wordt opnieuw een vorm van moreel daderschap en dus strafbaar. In hoofde van de uitgelokte persoon zou uitlokking een strafverminderende of beslissende verschoningsgrond vormen. Indien hij is ingegaan op een voorstel dat men in een normale (illegale) marktsituatie ook zou kunnen krijgen, kan er hoogstens strafvermindering komen. Wanneer daarentegen buitensporige druk wordt uitgeoefend, die het doelwit in een normale marktsituatie niet zou ontmoeten, zal de verschoning beslissend zijn. Dan is immers iemand aangezet tot het plegen van een misdrijf dat hij normaal nooit zou plegen. Voor de onderzoeker die "als misdrijf omschreven gedragingen" stelt, stellen wij de invoering van een rechtvaardigingsgrond voor. Het zou dan wel gaan om een *persoonlijke rechtvaardigingsgrond*, in tegenstelling tot die in de huidige Belgische dogmatiek, waar rechtvaardiging *in rem* werkt. Dat levert een coherent systeem op, zowel in materieel-strafrechtelijk als in procedureel opzicht. De rechtmatigheid van de gedraging van de onderzoeker neemt niet weg dat die van zijn "criminele mededaders" toch strafbaar blijven. Zij kan er wel voor zorgen dat het door de agent verworven bewijsmateriaal meteen ook *rechtmatig* werd verworven.

CONTROLE EN SANCTIONERING- Tenslotte is gebleken dat, hoewel veel belang gehecht wordt aan controle, er nauwelijks gedacht is aan de sanctionering. Hoewel ook hier de verwarring groot is en zij in de toekomst waarschijnlijk nog zal toenemen, hebben we hiervoor geen alternatief model uitgewerkt. Wel plaatsten we vraagtekens bij de bewijsuitsluiting als sanctie en nog meer bij de onontvankelijkheid als "sanctie" voor uitlokking. Boven deze "procedurele" sancties in de strafprocedure tegen doelwitten waartegen (betrouwbaar) bewijs gevonden is, verkiezen wij tucht-, straf- en burgerrechtelijke sancties.

OVERVLOED?- In Deel II bleek dat de misdrijfomschrijvingen steeds ruimer en vager worden. Bij de schepping van het strafrecht vervagen dus de grenzen tussen verboden (strafbaar) en toegelaten gedrag. In dit Deel bleek nu dat ook de opsporing steeds verder blijkt te gaan en dat ook bij de handhaving van het strafrecht de grenzen van het toelaatbaar en verboden (speurders)gedrag op hun beurt vervagen. Een van de gevolgen is dat allerlei personen, die vroeger totaal niet in beeld kwamen bij de handhaving van het strafrecht, nu ook strafbaar zijn én betrappt worden. Bestrafing is dikwijls echter niet gewenst, zodat manieren nodig zijn om hen toch vrijuit te laten gaan. In het volgende Deel IV kijken we hoe daar een mouw aan kan worden gepast. Doch ook een andere vaststelling uit dit Deel, dat een beetje kleine criminaliteit nodig is voor het bestrijden van de grote criminaliteit, zullen we in het volgende Deel IV herkennen. De overheid moet soms een prijs betalen voor de handhaving van het strafrecht.

DEEL IV. DE PRIJS VAN HET BEWIJS: VAN EENZIJDIG OPGELEGD NAAR ONDERHANDEL(EN)D STRAFRECHT

INLEIDING- In Deel III bleek reeds hoe belangrijk (al dan niet geheime) bronnen zijn voor de hedendaagse aanpak van georganiseerde criminaliteit. De bronnenschaarste lijkt de houding van de vervolgende instanties tegenover getuigen te hebben versoepeld. In dit Deel staan de figuur van de (geheime) getuige en zijn belang voor het bewijs centraal. In Hoofdstuk 1 stellen we vast dat de klassieke overheid slechts op zichzelf rekende. Het wezen van strafrecht was immers dat het door de overheid werd opgelegd. Zij onderzocht "inquisitoir" wat er was voorgevallen en vervolgde met de hulp van burgers als het kon, zonder als het moest. Zij ging van haar eigen sterkte uit: er was geen plaats voor akkoordjes. De in Deel II beschreven uitdeining van strafbaarheid en de in Deel III beschreven veranderingen in de opsporing hebben tot gevolg dat steeds meer mensen onder de strafwet vallen en in theorie steeds meer misdrijven worden opgespoord. We hebben er niettemin op gewezen dat in de volgende fase, die van de vervolging en het bewijs, de overheid met moeilijkheden blijft kampen. Ook in deze fasen heeft de opkomst van afdwingbare grondrechten haar manoeuvreerruimte sterk ingeperkt. Dit probleem komt in Hoofdstuk 2 aan bod. Vandaar dat velen ervoor pleiten de eigen zwakte toe te geven en een prijs te betalen voor het bekomen van bewijs in belangrijke zaken. Verschillende impulsen zorgen voor een herdenking van de klassieke evenwichten. Buitenlandse voorbeelden lijken aan te tonen dat toegevingen aan spijtoptanten de moeite lonen en dat anonimiteit voor bange getuigen soms moet kunnen (Hoofdstuk 3). In België bestaan dan ook vergevorderde plannen voor een wettelijke regeling in die zin (Hoofdstuk 4). In Hoofdstuk 5 geven we zoals steeds onze persoonlijke beoordeling van de gemaakte keuzes als exponenten van bredere trends in het strafrecht.

HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE : Eenzijdig opgelegd strafrecht

“Necessity is the plea for every infringement of human freedom. It is the argument of tyrants; it is the creed of slaves.”

(W.Pitt, de jonge)

§1. Voorhistorie : van accusatoire geschillenbeslechting naar inquisitoire strafprocedures

ACCUSATOIR SYSTEEM- In de Germaanse en vroegmiddeleeuwse tijden¹⁵⁶⁷ viel strafrecht grotendeels samen met burgerlijk aansprakelijkheidsrecht (*supra*, Deel II) en werd uitgebreid gebruik gemaakt van collectieve wraak- en verzoeningsprocedures¹⁵⁶⁸. Om de escalatie van lichamelijke wraak te vermijden, voorzagen de wetten allerhande afkoopmechanismen. Omdat het de beledigende clan of familie was die bestraffend optrad, was een onderhandelde oplossing eerder regel dan uitzondering. Het waren « nieuwe criminele fenomenen » die volgens sommige auteurs de tekortkomingen van de al te formalistische Germaanse procedures aantoonde. De groei van de steden en de nieuwe verhouding tussen de standen veroorzaakten immers « sociale ontworteling ». Daaruit groeide een « eeuwenlange » plaag : een onderwereld van beroepscriminelen, die werden gerecrueteerd uit rondreizende lieden, ontslagen soldaten en roofridders¹⁵⁶⁹. De opkomende feodale vorsten trachtten de geweldescalaties de kop in te drukken door privé-weerwraak te verbieden en zichzelf uit te roepen tot verplichte scheidsrechter in het conflict (*supra* Deel II). Vooral vanaf de twaalfde en de dertiende eeuw slaagden zij daar meer en meer in.

¹⁵⁶⁷ Talloze systemen uit een periode van een achttal eeuwen in één zin samenvatten kan enkel in een sloganeseke veralgemening. Zie over getuigenbewijs in de Germaanse en Frankische tijd : ZACHARIAS, K., *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, Berlijn, Duncker & Humblot, 62-67 en de daar aangehaalde werken.

¹⁵⁶⁸ Een terugkeer naar de pre-Romeinse situatie. Tijdens de “klassieke” Romeinse tijd (tot ongeveer 300 n.C.) bleef de private klachtprocedure trouwens gelden voor “*delicta privata*” zoals roof, diefstal of belediging. Over het getuigenbewijs in de Romeinse tijd: ZACHARIAS, K., *op.cit.*, 57-62.

¹⁵⁶⁹ ZACHARIAS, K., *op.cit.*, 67.

ACCUSATOIR- Aanvankelijk trokken vertegenwoordigers van de vorst doorheen het land, om in dorpen en gehuchten te horen of er misdrijven waren gepleegd. Zij vroegen aan de lokale bewoners om de verdachten aan te wijzen¹⁵⁷⁰. Op deze manier leefden de Germaanse procedures nog voor een groot deel voort en werden die slechts beetje bij beetje aangepast en gestandaardiseerd. In elk dorp werd een groep personen als een soort beschuldigingsjury belast met het onder ede aanwijzen van verdachten¹⁵⁷¹. De rechters bleven volledig lijdzaam in de procedurele strijd tussen aanklagers en aangeklaagde. Waarheidsvinding behoorde niet tot de doelstellingen van de strafprocedure. De waarheid was een voorgegeven, dat door de natuur moest worden « geopenbaard »¹⁵⁷². De aangeklaagde persoon moest zijn onschuld bewijzen. Dat kon op verschillende wijzen: door godsoordelen (tweegevecht, vuurproef, waterproef) of doordat de aangeklaagde zelf of met andere mensen (zogenaamde eedhelpers) onder eed zijn onschuld beled¹⁵⁷³. Getuigen was een vriendendienst en de rechter onderzocht dan ook eerder de deugdelijkheid van de aangeklaagde dan het concrete verloop van de feiten. Engeland was het eerste rijk in Europa waarin de centrale vorst zich kon opdringen als dé belangrijkste scheidsrechter voor alle lokale gemeenschappen: al vanaf de elfde eeuw. Uit de langzame formalisering van de rechtspraak door rondtrekkende koninklijke rechters groeide er de *common law*. Het strafproces vormde het hart van de procedure en al wat er voor dat proces gebeurde (het vooronderzoek), moest in het licht van dat latere proces worden bekeken. Het proces werd een steekspel tussen partijen, met de rechter op de tribune. Hij zou het steekspel in zeer strikte formele regels gieten, die ook vandaag de dag een kenmerk blijven van het « accusatoir systeem ». Zij vormen dus nog steeds de basis van heel de Angelsaksische rechtstraditie. Die is blijven rusten op accusatoire grondslagen¹⁵⁷⁴.

INQUISITOIR SYSTEEM- Precies het formalisme van het accusatoir systeem maakte het vaak ongeschikt voor het onderzoeken van misdrijven. Vandaar dat een zelfstandige publieke strafprocedure ontstond, waarmee de vorst zich van het formalisme bevrijdde. De formele « overwinning » op de tegenstrever maakte als

¹⁵⁷⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit..., 6; ZACHARIAS, K., op.cit..., 70-71.

¹⁵⁷¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit..., 5; ZACHARIAS, K., op.cit..., 71 vertelt hoe de bevraging van deze "jury" in het geheim gebeurde om hen te beschermen tegen wraakacties van criminelen.

¹⁵⁷² ZACHARIAS, K., op.cit..., 62.

¹⁵⁷³ Zie voor meer TRAEEST, P., *Het bewijs in strafzaken*, op.cit..., 30-53;

¹⁵⁷⁴ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, op.cit..., 7.

bewijsprocedure plaats voor het ambtshalve uitpluizen van het feitelijke gebeuren¹⁵⁷⁵. Irrationele bewijsmiddelen zoals godsoordelen verdwenen. Foltering en ondervraging van getuigen en deskundigen waren veel betere middelen om de waarheid te vinden. Zoals aangestipt in Deel III begonnen in het zog van de Kerk¹⁵⁷⁶ ook andere vorsten voor de zwaarste misdrijven geleidelijk gebruik te maken van de voor criminaliteitsbestrijding veel « efficiëntere » inquisitoire procedures¹⁵⁷⁷. De bewijslast kwam nu op de schouders van de vervolgende partij te liggen en de bewijsvoering werd aan strikte regels gebonden, waarbij aan elk bewijselement een bepaalde waarde werd toegekend¹⁵⁷⁸. De bekentenis vormde het bewijsmiddel bij uitstek en de strikt gereglementeerde folterpraktijken droegen daar in belangrijke mate toe bij. Het wezen van de inquisitoire procedure was dat het ging om eenzijdige machtsuitoefening van een sterke overheid. De nieuwe regels verminderden haar afhankelijkheid van de inbreng van burgers in de procedure.

WANTOESTANDEN- Professor Van den Wyngaert schrijft dat « *de, oorspronkelijk goed bedoelde, inquisitoire procedure uit de hand [liep]. Gaandeweg werd overdreven de nadruk gelegd op de bekentenis als bewijsmiddel, en werd door de inquisiteurs alles in het werk gesteld om de beklagde tot een bekentenis te brengen. De excessen hiervan tijdens de Spaanse Inquisitie zijn voldoende bekend.* »¹⁵⁷⁹. Willekeur, winstbejag en misbruik van het strafrecht voor financieel-politieke

¹⁵⁷⁵ ZACHARIAS, K., *op.cit...*, 71;

¹⁵⁷⁶ Al in 1215 vormde paus Innocentius III het kerkelijk strafproces om tot een inquisitoire procedure (JEROUSCHEK, G., "Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit", *ZStW* 1992, 328 e.v.)

¹⁵⁷⁷ Vanwege de sterke positie van de lokale machthebbers, vooral in onze steden, botsten de centrale vorsten overigens op veel weerstand. De procedure zette zich slechts voor de ernstigste misdrijven door. (MONBALLYU, J., "Het onderscheid tussen de civiele en de criminele en de ordinaire en extraordinaire strafrechtspleging in het Vlaamse recht in de 16^{de} eeuw", in: DIEDERIKS, H. en ROODENBURG, W. (eds.), *Misdaad, zoen en straf. Aspecten van de Middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum, Verloren, 1991, 102-132; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 7-8.

¹⁵⁷⁸ Zo zullen in procedures tegen geestelijken meer getuigen nodig zijn naarmate de aangeklaagde hoger staat in de kerkelijke hiërarchie: ZACHARIAS, K., *op.cit...*, 73.

¹⁵⁷⁹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 8. Historische studies hebben aangetoond dat die « *excessen van de Spaanse Inquisitie* » vanuit ons hedendaags standpunt schokkend zijn, doch in vergelijking met de gemeenrechtelijke rechtspraak in dorpen en steden eigenlijk nog meevielen. Zij geven wel aan dat, onder meer onder invloed van de protestantse propaganda, de Spaanse Inquisitie is uitgegroeid tot een symbool van wanpraktijken. Dat heeft natuurlijk in de eerste plaats te maken met het onderwerp van haar bevoegdheid, misdrijven die de religieuze onverdraagzaamheid van de tijd en het regime weerspiegelden. Het belang van het rechtsgoed (het enig en waar geloof) rechtvaardigde dat nauwelijks van verdediging te spreken viel. De procedure diende enkel het (kerkelijke en/of wereldse) overheidsbelang. De verdachte was slechts voorwerp, geen onderwerp van de procedure. De onderzoekers lichtten hem niet in over het misdrijf dat zij hem tenlaste legden. Hij had geen recht op rechtsbijstand. Vgl. voor de gemeenrechtelijke, "capitale" procedures: VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 8.

doeleinden (recht en politiek vielen moeilijk te onderscheiden) gingen deel uitmaken van het zwarte imago van de Spaanse Inquisitie. De bescherming van al wie inlichtingen verstreekte over de vaak machtige personen waarop de Inquisitie haar pijlen richtte, bracht de inquisiteurs ertoe de aangevers absoluut geheim te houden (*supra*, Deel III, Hoofdstuk 1, 1.2.). Nochtans vormden die aangiften de basis voor het verdere onderzoek¹⁵⁸⁰.

BEKENNEN- Van den Wyngaert situeert de buitensporigheden in de overrijverige jacht op bekentenissen. Daar is iets van, maar zij laat daarmee een ander, misschien nog belangrijker oogmerk van de inquisiteurs onderbelicht. Het heeft te maken met het soort misdrijven waarvoor het Heilige Officie bevoegd was. In veel van die gedragingen draaide het niet louter om de innerlijke geloofskeuzes. Zowel bij protestanten, joden, mohammedanen of heksen schulde een groot gevaar in het groepsgebeuren, de collectiviteit. Het ging immers over een « samenzwering » tegen het ware geloof en de maatschappij die erop berustte, vaak met buitenlandse « vijanden » als bondgenoot. Het breken van samenzweringen gebeurde door de deelnemers tegen mekaar uit te spelen, om via de ene meer te weten te komen over de overigen. Daarom trachtten de inquisiteurs ook van (mogelijke) verdachten de aangifte van anderen af te dwingen¹⁵⁸¹. Wanneer de Inquisitie zich in een plaats aanmeldde, kondigde zij meteen een korte zogenaamde « gratieperiode » aan (30 tot 40 dagen). Wie zich binnen die periode aanmeldde, kon rekenen op een « *behandeling overeenkomstig de beginselen van christelijke barmhartigheid* »¹⁵⁸². Dat had tot vreemd gevolg dat een verbazingwekkend hoog aantal mensen zichzelf spontaan bij de Inquisitie aanmeldde en schuldig verklaarde. Anders dan Van den Wyngaert suggereert, moest zelfs de Inquisitie bij de meeste personen voor bekentenissen niet overgaan tot foltering. Volgens geschiedkundigen beschuldigden mensen zichzelf uit vrees aangegeven te worden door vrienden of kennissen die zich al in de macht van de Inquisitie bevonden¹⁵⁸³.

VERKLIKKEN- Aan het spontaan opbiechten zaten immers voordelen. Deze waren weliswaar afhankelijk van de zelfstandige beslissing van de Inquisitie, die zelf de

¹⁵⁸⁰ ZACHARIAS, K., *op.cit...*, 73, voetnoot 238.

¹⁵⁸¹ De Inquisitie rechtvaardigde deze methode met het argument dat ketterij een misdrijf was van het soort "dat men gewoonlijk in groep becommentarieert" (CUERDA-ARNAU, M., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Centro de publicaciones Ministerio de Justicia e Interior, 1995, 31).

¹⁵⁸² CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 30-31.

¹⁵⁸³ LEA, C., *Historia de la Inquisición española*, Madrid, 1983, Vol.II, 477 e.v.

waarde van elke bekentenis en de achterliggende motieven beoordeelde. Deze voordelen varieerden: een mildere executiemethode, een lichtere straf of het ontlopen of stopzetten van eventuele foltering. Het opbiechten, voor of na de arrestatie, moest alleszins aan een aantal geldigheidsvoorwaarden voldoen. Eerst en vooral moest er « berouw » zijn. Daarnaast diende de « zondaar » te verzoeken om terug toegelaten te worden tot de « *unidad católica* », de Kerkgemeenschap. Tenslotte moest het opbiechten « volledig » zijn. Opdat de bekentenis volledig zou zijn, was het precies noodzakelijk alle personen aan te geven waarvan men wist dat het kettters waren of dat zij ooit deelgenomen hadden aan ketterse praktijken. De formules vastgelegd voor de ondervraging van « spontane bekenners » hamerden op het belang van de vermelding van alle mededeelnemers aan de ketterij en op de zware straffen die de ondervraagde riskeerde als hij een bij hem bekende naam zou weglaten. Deze methode vormde, zo blijkt uit een brief aan de Paus uit 1595, de belangrijkste manier om de « *asociados* » (deelgenoten) te ontdekken¹⁵⁸⁴. De wetgever moedigde ook niet-verdachte aangevers aan, dat wil zeggen personen die niet deelnamen aan de ketterse « samenzwering » tegen Kerk en geloof. Naast de waarborg van geheimhouding kregen deze buitenstaanders een deel van het geconfiscieerde vermogen van de veroordeelden (*infra*, Deel V, Hoofdstuk 1, 1.5.).

ONBETROUWBARE BRONNEN- De Inquisitie « beloonde » aangevers dus ofwel met mildere bestraffing of straffeloosheid, ofwel met een kans op persoonlijke verrijking. Velen beschouwden de combinatie van het persoonlijk (financieel) belang van de aangevers en de afscherming van hun bijdrage voor de verdachte als een uitnodiging tot valse en onbetrouwbare aangiften. Deze op geheimhouding van onbetrouwbare bronnen gebaseerde onderzoeksbenadering bestendigde de reputatie van de Inquisitie als instrument van godsdienstfanaten en politieke despoten. Die werken immers bijna altijd met geïnstitutionaliseerde verklikking om hun machtsbasis te bestendigen. Het feit dat uitgebreide formele regels de praktijk vergezelden, verhulde de onderliggende willekeur niet.

NUANCERING- Wie in de zeventiende en achttiende eeuw wantoestanden aankloeg en hervormingen bepleitte, mocht daarbij het beeld van de Inquisitie gebruiken. Wie wantoestanden uitvergroot, moet echter wel opletten dat hij het perspectief niet verliest. Wanneer we afstand nemen van de praktische brutaliteit en kijken naar de grote onderliggende vragen, zien we een aantal problemen van alle tijden. Enerzijds

¹⁵⁸⁴ Over deze brief aan Clemens VIII: LEA, C., *op.cit...*, Vol.II, 484.

de vraag of iemand die zijn eigen misdrijven opbiecht of berouw toont daarvoor beloond mag of moet worden. Daarnaast bestaat er de vraag of iemand die informatie geeft over andere bij misdrijven betrokken personen daarvoor van de overheid gunsten in ruil mag krijgen. Bekentenis van eigen misdrijven, aangifte van anderen en gunstiger behandeling zijn drie analytisch te onderscheiden begrippen. De Inquisitie koppelde de drie dus aan elkaar, door de gunsten gekoppeld aan bekendenis afhankelijk te maken van aangifte van anderen. Het had veel te maken met een beeld van misdrijven als « zonde »: « berouw » en « boete » vormde de sleutel tot « vergeving ». De test van de oprechtheid van dat berouw lag in het dwarsbomen van het eigen misdrijf en zijn gevolgen. Omdat het misdrijf bestond in een soort samenzwering maakte een volledige aangifte van alle andere samenzweerders die men kende, deel uit van die test. Varianten van deze driehoeksverhouding treffen wij in alle tijden in alle discussies over straffen aan. Hierin moet immers steeds de verhouding tussen de straf en haar tegenpool, de beloning, onder ogen worden gezien. Vormt strafvermindering noodzakelijk een beloning of integendeel de « juiste » straf ? Moeten of mogen gedragingen ná het voltooien van het misdrijf een invloed hebben op de strafmaat, of moet die enkel worden bepaald in functie van de schuld op het ogenblik van het misdrijf ? De mogelijkheid om straffen « af te kopen » heeft in alle tijden in meer of mindere mate bestaan. In Hoofdstuk 1 van Deel V komen we hier nog op terug. Hier willen we alleen onderstrepen dat het « goedmakend » gedrag voor of ná het misdrijf altijd al « beloond » werd met een mildere strafrechtelijke behandeling. Het gaat om vragen die niet typisch zijn voor de Spaanse Inquisitie onzaliger gedachtenis. Een « liberaal strafrecht » kan zich alleen niet vinden in de door de Spaanse Inquisitie gekozen verhouding tussen de conflicterende belangen.

EEUWIG THEMA- De discussie over de verhouding tussen straffen en belonen heeft de aandacht gekregen van alle grote rechtsfilosofen en strafrechtshervormers : van Plato, Aristoteles en Cicero over St.Thomas van Aquino tot de renaissance-denkers als Macchiavelli, Montaigne, Hobbes of Spinoza¹⁵⁸⁵. Het spreekt dan ook vanzelf dat het thema in de werken van verscheidene Verlichte filosofen uit de achttiende eeuw terugkeerde. Montesquieu bijvoorbeeld liet zich in zijn *Esprit des lois* uitermate sceptisch uit over de soeverein die « *des récompenses* » uitdeelt¹⁵⁸⁶. Ook Beccaria besteedde in « Over misdaden en straffen » aandacht aan het thema. Zoals vele

¹⁵⁸⁵ Voor de voorbeelden en verwijzingen: QUINTANAR DIEZ, M., *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Madrid, Edersa, 1996, 3.

Verlichte filosofen vond hij het belonen van de deugd een goede remedie tegen de criminaliteit. Dat belette hem niet harde kritiek te leveren op het belonen van het verklikken van de eigen mededaders. De praktische voordelen, waar hij niet blind voor bleef, wogen volgens hem niet op tegen de nadelen. Eerst en vooral mocht de overheid verraad, dat zelfs bij criminelen verwerpelijk is, niet aanmoedigen. Daarnaast vreesde hij dat de overheid op die manier de eigen onzekerheid zou tonen, de zwakheid van de wet die de hulp inroept van wie de wet breekt¹⁵⁸⁷. Commentatoren van Beccaria's werk durfden terzake nogal eens met hem van mening te verschillen. Zij geloofden dat het « verraden » van criminelen niet « laffer » is dan de criminaliteit zelf. Zij rekenden erop dat de vrees voor het verraad de criminelen voorzichtig zullen maken in de keuze van hun medeplichtigen en zodoende het aantal criminele verbanden zal verminderen¹⁵⁸⁸. Jeremy Bentham verdedigde bijvoorbeeld zowel premies voor aangifte van misdrijven als het belonen door de rechter van « verraad van mededaders » tegen de wijdverbreide kritiek dat zij tot valse aangiften en getuigenissen zouden leiden. Net als Diderot vond hij wel dat dit enkel kon voor de zwaarste misdrijven of wanneer er geen andere manier bestond om straffeloosheid te vermijden¹⁵⁸⁹. De meeste Verlichte denkers leken er niettemin van overtuigd dat de afweging de rechter toekwam: zowel Beccaria als Kant of Bentham geloofden dat het genaderecht van de vorst onverzoenbaar was met de rechtsstaat¹⁵⁹⁰. De uitvoerende macht kon er immers het werk van wetgevende macht, toegepast door de rechterlijke, mee teniet doen.

§2. Reactie : begrenzing en versterking van het machtsapparaat

BEGRENZING- Onze wetboeken zijn dus de vrucht van een reactie op de scheefgegroeide situaties van het *Ancien Régime*. Iedereen weet ondertussen dat de hervormingen in het strafrecht al lang voor de Franse Revolutie aan het kiemen

¹⁵⁸⁶ QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 4-5.

¹⁵⁸⁷ BECCARIA, C., *op.cit.*, 362-364.

¹⁵⁸⁸ Zie de voetnoot van DIDEROT in BECCARIA, C., *op.cit.*, 363. Zo ook het commentaar van HAUTEFORT bij de Franse vertaling van Beccaria: zie QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 5, voetnoot 16.

¹⁵⁸⁹ QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 5, voetnoot 16 en 6-7

¹⁵⁹⁰ DE CARRERAS, F., "El indulto en nuestro Estado de derecho", *El Pais* 12 december 2000, <http://www.elpais.es/p/d/20001212/opinion/carreras.htm>. Deze professor grondwettelijk recht haalt de beroemde uitspraak van Bentham aan: "Als de straf noodzakelijk is, mag ze niet vergeven worden; als ze niet noodzakelijk is, mag ze niet uitgesproken worden."

waren¹⁵⁹¹. De Inquisitie had aan het einde van de achttiende eeuw al heel veel van haar pluimen verloren en was nog slechts een schaduw van het gevreesde instituut van de zestiende en vroege zeventiende eeuw. Niettemin stond ze nog steeds symbool voor zowat alles waar de verlichte Franse revolutionairen tegen revolteerden. Vandaar dat de postrevolutionaire codificaties schoon schip maakten met een aantal wanpraktijken uit het *Ancien Régime*. Dat zij duidelijk liberaal geïnspireerd waren, lijdt geen twijfel. Als uitwerking van de beginselen en rechten vervat in de Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger bevatte ook de *Code de procédure pénale* van 1808 allerlei bepalingen die de rechtsonderhorige moesten beschermen tegen de staatsmacht en –willekeur. Wij hebben hierboven al uitgelegd dat een reeks beginselen daarvoor de basis vormden : legaliteit, persoonlijke schuld en straf, evenredigheid, subsidiariteit en openbaarheid.

VERSTERKING- Toch werd de revolutionaire soep niet zo heet gegeten als ze werd opgediend (*supra*, Deel III). De gebeurtenissen in de twee decennia na 1789 zorgden ervoor dat het herstel van maatschappelijke orde en rust de wetgever meer bekommerde dan stevige waarborgen voor de individuele rechtsonderhorige. Het verdwijnen van de absolute monarchie betekende geenszins dat de rol van de staat als vertegenwoordiger van het algemeen belang hiermee afnam. De revolutie bracht integendeel een belangrijke centralisering van de macht en mondde uiteindelijk uit in een keizerrijk. Ook het strafrecht bleef meer dan ooit publiek recht. De afstraffing van de inbreuk op het « sociaal contract » vormde een eigen belang van de overheid en de maatschappij. Een belang dat de persoonlijke belangen van de bij een misdrijf betrokken individuen oversteeg. In tegenstelling tot de periode vóór de Franse revolutie vormden vanaf de negentiende eeuw klachtmisdrijven, waarbij de wetgever de strafvordering afhankelijk maakte van het initiatief van het slachtoffer, een zeldzame uitzondering¹⁵⁹². Zelfs bij klachtmisdrijven bleef de controle van het slachtoffer over de strafzaak beperkt tot het initiatief. Eens de klacht er was, nam het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsmonopolie opnieuw volledig op. Tenzij het vóór de aanhangigmaking gebeurde, kon een eventueel terugkrabbelen van het slachtoffer daar niets aan veranderen. Het strafrecht was van openbare orde. Dat betekende dat bijvoorbeeld elke privaatrechtelijke overeenkomst die de regels van de strafwet of strafvordering zou miskennen, absoluut nietig was. Iemand bij contract

¹⁵⁹¹ Dat neemt evenwel niet weg dat zelfs de meest Verlichte wetboeken, zoals het Toscaans Sw. uit 1786, een uitzondering bleven maken voor hekserij en misdrijven tegen de staatsveiligheid (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 10, voetnoot 25).

aanduiden als schuldige van een misdrijf kon dus nooit. Een werkgever in de transportsector die zijn chauffeurs onder druk zet, kan tot op vandaag zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid niet in het arbeidscontract uitsluiten.

COMPROMIS- Als «*één van de minst geslaagde wetboeken van Napoleon*»¹⁵⁹³ draaide het Wetboek van Strafvordering de liberale klok op een aantal belangrijke punten terug. Voor het vonnisgerecht gebeurde alles in het openbaar en voor ernstige zaken met een volksjury. Van de strafrechter verwachtte de wetgever nog steeds een actieve zoektocht naar de waarheid. De procedure kreeg echter ook een aantal onmiskenbaar accusatoire trekken met mogelijkheden tot initiatief en vooral tegenspraak voor de verdediging. Doch de keerzijde van het compromis was de terugkeer naar het prerevolutionair systeem van een inquisitoir vooronderzoek : schriftelijk, geheim en niet-tegensprekelijk. Tegelijkertijd ging de uitbouw van een modern politie-apparaat door, dat de staat permanente controle over de openbare orde in het hele grondgebied moest opleveren. Wij hebben in Hoofdstuk 1 van Deel III al geschreven dat het vooronderzoek als een minder belangrijke fase gold, als de voorfase van de vonnisfase die het wezen uitmaakt van de strafprocedure. Tegelijkertijd hebben we dat genuanceerd: de grote aandacht die de *wetgever* aan de vonnisfase besteedde, overschaduwde het *praktisch* belang van het vooronderzoek.

§3. Sterke overheid

BEKEND THEMA- Napoleon kon toen hij zijn - achteraf door België overgenomen - Wetboek van Strafvordering en een nieuw Strafwetboek invoerde, terugkijken op de vele discussies uit de achttiende eeuw. De pro's en contra's van het belonen van aangiften en het « compenseren » van criminelen die zich tegen hun vroegere companen keren, vormden een weerkerend thema in alle grote hervormingsdebatten. De keuzes die in die wetboeken zitten, waren dan ook bewuste keuzes.

STERKE OVERHEID- Strafrecht werkt met negatieve sancties; het is de harde hand van de staat. Ook onze strafprocedure draagt het keur van compromisloosheid. Haar architecten waren beducht voor de terugkeer van de willekeur en

¹⁵⁹² VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 185. Voor voorbeelden van klachtmisdrijven: *Ibidem*, 186.

machtsafwending waaraan de rechterlijke macht zich tijdens het *Ancien Régime* zou hebben bezondigd¹⁵⁹⁴. Zij ontnamen het parket de mogelijkheid tot het sluiten van compromissen over misdrijven. Belgische rechtspraak en rechtsleer hielden desondanks, bij stilzwijgen van de wetgever, steeds vol dat het Openbaar Ministerie oordeelde over de opportuniteit van strafvervolging¹⁵⁹⁵. Daarin verschilde het Belgisch systeem van dat in Duitsland of Italië, waar het zogenaamde (proceduraal) legaliteitsbeginsel het Openbaar Ministerie dwong te vervolgen als het een misdrijf vaststelde. Het verschilde echter ook van dat van Nederland¹⁵⁹⁶ of van Angelsaksische landen omdat het aan de burgerlijke partij de kans gaf de strafvervolging op gang te brengen¹⁵⁹⁷. Het ging hierbij om een « correctie » op het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie. Zij moest tegengaan dat het slachtoffer in de kou zou blijven staan omdat het Openbaar Ministerie geen tijd of geen zin had om te vervolgen¹⁵⁹⁸. Zodoende had het slachtoffer in België de mogelijkheid om te genieten van de voordelen die de strafprocedure bood, bijvoorbeeld verregaande onderzoeksbevoegdheden voor een actief speurend magistraat¹⁵⁹⁹. Niet-vervolging om redenen van opportuniteit lag hoe dan ook moeilijk bij zware misdrijven. De inquisitoire onderzoeksprocedure berustte op de basisidee van een overheid die van haar eigen sterkte uitging. Zij had een monopolie op het legitiem geweld en de wetgeving kende haar de nodige machts- en dwangmiddelen toe. Van de magistratuur verwachtte het wetboek dat zij met die middelen actief zou zoeken naar de waarheid omtrent mogelijke misdrijven.

KIEZEN OF DELEN- Het Wetboek van Strafvordering kende daarvoor aan diverse autoriteiten *bevoegdheden* toe, die vaak ook *plichten* waren voor rechtsonderhorigen : duldingsplicht of soms zelfs medewerkingsplicht. Zo kon de onderzoeksrechter verdachten aanhouden, getuigen dwingen een volledige verklaring af te leggen, goederen in beslag laten nemen, huiszoekingen bevelen, enzovoort. Het « klassieke » strafonderzoek was reactief (*supra*, Deel III). Openlijk

¹⁵⁹³ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*..., 11.

¹⁵⁹⁴ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging...*, *op.cit.* , 179.

¹⁵⁹⁵ De wetgever heeft in art.5 van de wet van 12 maart 1998 zijn instemming daarmee betoond door invoering van art.28 quater Sv.

¹⁵⁹⁶ Art.12 e.v. NI. Sv. voorziet wel een klaagprocedure bij niet vervolging door het Openbaar Ministerie.

¹⁵⁹⁷ Door burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter (art. 63 Sv.) of door rechtstreekse dagvaarding voor politie- of correctionele rechtbank. Voor de ernstigste misdrijven, de misdaden, kan de burgerlijke partij niet rechtstreeks dagvaarden.

¹⁵⁹⁸ VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, *op.cit.*, 76 e.v.

¹⁵⁹⁹ Verschillende recente wetten, vooral de Wet Franchimont, versterken de positie van slachtoffers en benadeelden in de Belgische strafprocedure aanzienlijk. (*Infra* , Hoofdstuk 2)

gebruik van bevoegdheden, oprechtheid van de onderzoekers en onafhankelijkheid ten aanzien van de in het misdrijf betrokken personen waren de regel. Het Strafwetboek en het Wetboek van Strafvordering bevatten weinig of geen uitdrukkelijke aanmoedigingen of beloningen voor positief gedrag, wel talloze verplichtingen. Soms stonden er geen sancties op. En als dit wel het geval was, dreigde het wetboek veeleer met *negatieve* sancties zoals boetes, lijfswang, nietigheid enz. In Deel III hebben we het voorbeeld gegeven van artt.29 en 30 Sv.: het ging om een plicht, voor ambtenaren en burgers om (bepaalde) misdrijven te melden. Daarop stond echter geen sanctie, wat hun praktisch impact (zeker voor art.30 Sv.) ernstig verminderde. Op de plicht te getuigen stond wel een boete en de magistraat had de mogelijkheid dwang te gebruiken om de getuige te doen verschijnen (157 Sv.). Wie onder eed valse verklaringen aflegde en die volhield tot het einde van de debatten (meineed), riskeerde zelfs zware straffen (215 e.v. Sw.).

BELONENDE WETGEVER- Wij hebben in Hoofdstuk 1 van Deel III al gewezen op de achterliggende filosofie van de klassieke wetgever. Die rekende erop dat de onderzoekers konden voortgaan op het eigenbelang van door het misdrijf benadeelden en op de burgerzin van anderen om de waarheid te achterhalen. Vandaar dat in de strafbeleidsdiscussie over de verhouding tussen straffen en belonen, de nadruk onmiskenbaar op straffen lag. Doch dat was de grote voorpoort van een systeem dat wel een aantal achterpoortjes- en zijvensters openliet. In de tijd van Napoleon waren dat er slechts weinig. Zij lagen in de lijn van een eeuwenoude traditie, die - zoals voor de misdrijfomschrijving (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1)¹⁶⁰⁰- een uitzonderingsregime toeliet ter bescherming van de het allerhoogste rechtsgoed : het leven en de macht van de soeverein. De orthodoxie in de handhaving, die de staat dwong compromisloos op te treden op grond van staatsgezag en –macht, moest in dergelijke noodgevallen wijken. Omdat de Napoleontische wetboeken een reactie vormden op wanpraktijken van een onvoldoende onafhankelijke rechterlijke macht, ontzegde de (post)revolutionaire wetgever de magistratuur de beschikkingsbevoegdheid over deze "wortel". De strafwetgever zelf - en niemand anders - « beloonde » in een aantal gevallen gedragingen na het misdrijf met straffeloosheid of strafvermindering. De magistraat moest enkel nagaan of de wettelijke voorwaarden voor beloning (verschoning) aanwezig waren. Als de verdachte deze strenge test doorstond, kwam de rechter geen opportuniteitsoordeel

en dus ook geen onderhandelingsmarge toe. De Belgische strafwetgever sprong vrij zuinig om met de beloning van "verklikkers". Misschien voelde hij daaraan geen al te grote behoefte omdat ten tijde van de invoering van het Strafwetboek het systeem niet rechtstreeks werd bedreigd. Het Strafwetboek koppelde de bijzondere (dat wil zeggen aan concrete misdrijven verbonden) verschoningsgronden aan de misdrijven tegen de veiligheid van de staat¹⁶⁰⁰, aan bendevoorming¹⁶⁰² en andere vormen van oproer¹⁶⁰³ en weerspanning¹⁶⁰⁴. Bij misdrijven tegen personen of eigendommen leverde « postdelictueel » gedrag zelden verschoning op¹⁶⁰⁵. De wetgever behield met andere woorden de beslissende verschoningsgrond voor aan gedragingen die « gevaarzetting » opleverden en sloot ze uit wanneer iemand effectief concrete schade had geleden. Bij « zichtbare » misdrijven zoals oproer en weerspanning volstond het om afstand te nemen van de groep. Bij « geheime » misdrijven moest men méér doen : de overheid waarschuwen en de leiders aangeven¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰⁰ In Deel II hebben we gezien dat wetgevers voor dergelijke misdrijven de strafbaarheid behoorlijk vooruitschoven en de persoonlijke toepassingsfeer verbreedden. Bij strafbaarstelling moest de wetgevers orthodoxe keuze voor krenkingsmisdrijven dan wijken.

¹⁶⁰¹ Art.136 Sw. slaat op alle misdrijven tegen de Veiligheid van de Staat in Titel I van het Sw.: *“Degenen onder de schuldigen die vóór enige aanslag en vóór enig begin van vervolging die samenspanningen of die misdrijven en hun daders of mededaders aan de overheid kenbaar maken, blijven vrij van de straffen, gesteld op de samenspanningen omschreven in deze titel, en op de misdrijven omschreven in art.111.”* Art. 111 is een eenzijdig aanzettingsmisdrijf: het niet aanvaarde voorstel een samenspanning te plegen tegen het leven van iemand van de koninklijke familie.

¹⁶⁰² Art.326 Sw.: *“Van de in dit hoofdstuk bepaalde straffen blijven vrij de schuldigen die, vóór enige poging tot misdaden of wanbedrijven welke het doel van de vereniging zijn, en vóór enig begin van uitvoering van vervolging, het bestaan van die benden en de namen van hun hoofdbevelvoerders of ondergeschikte bevelvoerders een de overheid kenbaar maken.”*

¹⁶⁰³ Art.134 Sw.: *“Geen straf wordt uit hoofde van oproer uitgesproken tegen hen die van die benden deel uitmaken zonder daarin enig bevel te voeren en zonder daarin enige bediening of enige functie te vervullen en die zich verwijderen op de eerste waarschuwing van de burgerlijke of militaire overheid, of zelfs naderhand, wanneer zij buiten de plaats van de oproerige bijeenkomst worden gevat zonder tegenstand te bieden en zonder wapens. Zij worden echter gestraft wegens de andere misdaden of wanbedrijven die zij persoonlijk hebben gepleegd.”*

¹⁶⁰⁴ Art.273 Sw.: *“In geval van weerspanning in bende of samenshoring gepleegd, is artikel 134 van dit wetboek toepasselijk op de weerspanningen zonder functie of bediening in de bende, die zich verwijderen op de eerste waarschuwing van het openbaar gezag, of zelfs naderhand, indien zij, zonder nieuw verzet en zonder wapens worden gevat buiten de plaats waar de weerspanning is gepleegd.”*

¹⁶⁰⁵ Zie wel bijvoorbeeld bij het bedrieglijk trekken van effecten in art. 509, tweede lid Sw.: “De vervolging zal echter niet plaatshebben of zal worden gestaakt, indien het effect betaald is of indien fonds bezorgd is op het ogenblik dat het bedrog ontdekt wordt, tenzij de betrokkene klacht heeft gedaan. In dat geval wordt de schuldige veroordeeld tot gevangenisstraf van vijftien dagen tot drie maanden en tot geldboete van zesentwintig frank tot driehonderd frank of tot een van die straffen alleen.”

¹⁶⁰⁶ Vgl. 192 Sw.: “Personen die schuldig zijn aan een der misdrijven, omschreven in de artikelen 160 tot 168, 169, tweede lid, 171 tot 176, 177, tweede lid, 180, laatste en voorlaatste lid, 185bis, 186, tweede tot vierde lid, 187bis, 497, tweede lid, en 497bis, eerste lid, blijven vrij van straf, indien zij, vóór enige uitgifte van nagemaakte of geschonden munten of van

BELONENDE UITVOERENDE MACHT- Het belonen van goed gedrag ná het misdrijf kon daarnaast ook gebeuren in de fase ná de veroordeling door de rechterlijke macht. De uitvoering van de straf viel immers onder de verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht. Hoewel Verlichte denkers er sterk tegen gekant waren en het tijdens de Franse revolutie een tijd was afgeschaft, bleef het eeuwenoude gratierecht van de soeverein ook in het Belgische liberale systeem behouden als « voorrecht » van de uitvoerende macht (art. 73 [110 gecoörd.] G.W.)¹⁶⁰⁷. Die beschikt daarmee over een uitgebreide waaier van mogelijke « beloningen » : het kwijtschelden, inkorten, omzetten van de straf of het milderen van het strafregime¹⁶⁰⁸. We herinneren er tenslotte nog eens aan dat (*supra*, Deel III, Hoofdstuk 1), de uitvoerende macht niet alleen in de allerlaatste, maar ook in de allereerste fase van een strafprocedure belonend kon optreden. Al dan niet in overleg met een privépersoon, kon zij premies uitloven en uitbetalen aan mensen die informatie aanbrachten over misdrijven. Rechtspraak en rechtsleer interpreteerden het Wetboek voor Strafvordering pragmatisch. De wetgever leek alleen een aantal « onbetrouwbare » bronnen alleen als getuigen te willen uitschakelen, inlichtingen moesten zij wel kunnen geven. Bij anderen geloofde hij dat het volstond de feitenrechter te waarschuwen voor de mogelijke onbetrouwbaarheid van dergelijke bronnen voor de waarheidsvinding. Rechtspraak en rechtsleer weigerden echter een taboe te leggen op het gebruik van « betaalde » informatie of op informatie van « mededaders » (*supra*, Deel III, Hoofdstuk 1).

BESLUIT- De keuze achter ons « klassiek » systeem lijkt resoluut, maar eigenlijk ging het om een soort compromis. Beccaria's idee dat de staat moest uitgaan van zijn eigen sterkte en zich niet afhankelijk mocht tonen van criminelen, had duidelijk de overhand. De wetgever verwachtte veel heil van het ontradend effect dat de zekerheid van bestraffing zou uitdragen (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1). Dat betekende dat de overheid na de feiten geen mogelijkheden mocht bieden aan opportunisten om toch nog aan bestraffing te ontsnappen. Pragmatisch als hij was, heeft Napoleon echter geen absoluut verbod gekozen : het betalen van aangevers moest kunnen

nagemaakt of vervalst papier en vóór enige vervolging, die misdrijven en hun daders aan de overheid kenbaar maken.”

¹⁶⁰⁷ Von Ihering (uit het legalistische Duitsland afkomstig) vond dat het genaderecht een veiligheidsklep kon zijn, een billijke correctie van de algemeenheid van het *ius strictum* in gevallen waarin het nuttiger is te vergeven dan te straffen, gepaster te vergeten dan te vervolgen of gewoonweg de ruwheid van de wet te temperen. (DE CARRERAS, F., *loc.cit.*)

(*supra*, Deel III, Hoofdstuk 1) en in uitzonderlijke gevallen werden ook samenzweerders die zich tijdig terugtrokken, beloond met straffeloosheid. Straffeloosheid bleef echter beperkt tot de lagere rangen die zich al vlug terugtrokken en dan nog slechts wanneer geen concrete rechtsgoederen waren gekrenkt. Wanneer het om « geheime » misdrijven ging, behoorde het aangeven van mededaders tot de voorwaarden om verschoning te genieten. De uitvoerende macht hield in het negentiende-eeuwse België met het genaderecht wel nog steeds een joker achter de hand.

§4. Zwakke (rechts)positie van verdachten en derden

VERDACHTE- De sterkte van de overheid, haar mogelijkheden en bevoegdheden gingen natuurlijk ten koste van privé-personen. Dat gebeurde in de eerste plaats ten koste van de verdachte. De strafrechtshervormingen waarvan de negentiende-eeuwse wetboeken een uitvloeisel waren, kenden aan die verdachte inderdaad een aantal belangrijke rechten toe. Die moesten hem beschermen tegen machtsmisbruiken door de overheid. Vooral in de fase voor het vonnisgerecht genoot hij van een verstevigde rechtspositie: onschuldvermoeden, duidelijke tenlastelegging, juryrechtspraak voor ernstige misdrijven en openbaarheid van de debatten. Tegenover die mondelinge, openbare en tegensprekelijke behandeling voor het vonnisgerecht, stond echter het geheime¹⁶⁰⁹, schriftelijke en niet-tegensprekelijke karakter van het inquisitoire vooronderzoek. In deze fase was de verdediging natuurlijk allesbehalve rechteloos (*supra*, Deel III Hoofdstuk 1). Toch bevond zij zich hier niet echt in een sterke positie. Verdachten ondergingen het onderzoek eerder dan er een actieve rol in te spelen. Actief speuren was immers de opdracht van de onderzoeksrechter. Die moest zowel elementen zoeken die bezwarend konden zijn voor de verdachte als elementen die in diens voordeel spraken. De status van partij in het geding leverde de verdachte wel een aantal duidelijke rechten en plichten op. Wegens de negatieve gevolgen die de strafprocedure voor de verdachte had, voorzag de procedure slechts onthoudings- en duldingsplichten. Positieve medewerkingsplichten waren wegens hun « tegennatuurlijk » karakter zeldzaam. De staat moest de wilsvrijheid van de verdachte respecteren. Voor wat niet goedschiks gebeurde, rekende de staat op

¹⁶⁰⁸ DUPONT, L., *Beginnselen...*, *op.cit...*, 366-369; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 418-419.

¹⁶⁰⁹ Het gaat vooral om tijdelijke geheimen en om de geheime (interpretatie van de) resultaten van openlijke dwang- of onderzoeksmaatregelen (*supra*, Deel III)

haar mogelijkheden om fysieke dwang uit te oefenen. De overheid moest wel de lichamelijke onschendbaarheid van de verdachte respecteren (folterverbod).

DERDEN- Het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht betekende dat het misdrijf een rechtstreekse verhouding schiep tussen de staat (eigenlijk beter : de maatschappij, vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie) en de (vermoedelijke) dader. Het beweerde slachtoffer van een misdrijf kon in België ook partij worden in dat geding door een burgerlijke partijstelling (*supra*). Dat veronderstelde natuurlijk dat het wist dat het inderdaad het slachtoffer was (en dus niet bestolen of opgelicht werd zonder het te beseffen)¹⁶¹⁰ en dat de vermoedelijke dader was gevat.

MATERIËLE GETUIGE- Voor het overige besteedde de klassieke wetgever echter weinig aandacht aan de rechtspositie van derden. Daarmee bedoelen we personen die buiten de relatie tussen overheid en verdachte stonden. Men kan daarbij denken aan personen die afhankelijk waren van de verdachte, zoals familieleden of werknemers. Wij denken echter vooral aan slachtoffers (die zich (nog) geen burgerlijke partij hadden gesteld) en aan alle andere getuigen. Getuigen zijn « *personen die kennis hebben van een misdrijf of van zijn omstandigheden (art.71 Sv.) of nog personen die welke inlichtingen dan ook betreffende een misdrijf aan de gerechtelijke autoriteiten kunnen meedelen.* »¹⁶¹¹ In dit Deel IV zullen wij in beginsel dit breed, zogenaamde materieel getuigenbegrip hanteren.

FORMELE GETUIGE- Daarnaast kent onze strafprocedure ook een formeel getuigenbegrip, waaronder alleen personen vallen die onder eed voor de (onderzoeks- of vonnis)rechter verklaringen afleggen. Het Wetboek van Strafvordering verbood sommige personen als getuige (onder eed) te verhoren (*supra*, Deel III, Hoofdstuk 1). De klassieke wetgever vatte de strafprocedure op als een gereguleerde zoektocht naar de waarheid en de getuigenverklaring als een van de middelen die daartoe konden worden gebruikt. De klassieke strafprocedure herleidde de getuige zelf eigenlijk tot die ene dimensie : « middel » van

¹⁶¹⁰ Dat is (*supra*, Deel I) vaak een probleem wanneer het slachtoffer "de markt" of "de staat" is.

¹⁶¹¹ Cass. 16 april 1980, *Arr.Cass.1979-80*, 1025-1026; TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport m.b.t. spijtoptanten, aanmoediging en vergemakkelijking van de getuigenis in het kader van de strafrechtspleging, omkering van de bewijslast aangaande de herkomst van goederen waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit een met de*

waarheidsvinding. Zij erkende hem of haar niet als zelfstandig rechtssubject in de procedure. Wij onderstrepen dat een persoon geen getuige « was » tot dat de gerechtelijke overheid van hem of haar een getuige « maakte »¹⁶¹². Het was de bevoegde *overheid* die bewust een verband legde tussen een persoon en een strafprocedure en die persoon zo tot « getuige » bombardeerde. Dat kon gebeuren door een dagvaarding als getuige, maar net zo goed door een eenvoudig verhoor. Behalve personen die zich in bij wet voorziene uitzonderingsposities bevonden, kon de gerechtelijke overheid alle getuigen dwingen te getuigen. De wet sanctioneerde zowel de weigering te verschijnen of de eed af te leggen (art.80 Sv.) als het plegen van meened (215 e.v.Sw.). Politie of parket konden ook in het *praeter legem* ontstane opsporingsonderzoek getuigen verhoren. Zij konden dan echter niemand (verdachte noch derde) verplichten tot het afleggen van verklaringen¹⁶¹³ en mochten ook niemand onder ede verhoren. In beide gevallen zouden zij immers dwangmaatregelen toepassen¹⁶¹⁴, iets waartoe zij in het kader van het opsporingsonderzoek in beginsel niet bevoegd waren. Die bevoegdheid kwam exclusief toe aan de leden van de rechterlijke macht: de onderzoeksrechter of rechter ten gronde. Indien het zich niet wilde neerleggen bij de houding van terughoudende of onwillige getuigen moest het Openbaar Ministerie dus een gerechtelijk onderzoek vorderen.

BIJSTAND EN TEGENSPRAAK- De getuige had in België niet het recht om zich te laten bijstaan door een raadsman. Getuigenverhoor gebeurde tijdens het vooronderzoek in beginsel niet-tegensprekelijk (art.73 Sv.)¹⁶¹⁵, ter terechtzitting wel. Nochtans aanvaardde de Belgische praktijk – tegen de letter van het wetboek in - dat ook tijdens het gerechtelijk onderzoek confrontatie van de getuigen met verdachten

georganiseerde criminaliteit verbonden activiteit, Gent, 1996-97, Faculteit Rechten, Vakgroep strafrecht en criminologie, niet gepubliceerd, 14; DECLERCQ, R., *Beginselen...*, op.cit..., 593.

¹⁶¹² ZACHARIAS, K., op.cit..., 31.

¹⁶¹³ Getuigen hebben niet alleen het recht te zwijgen, ze mogen zelfs liegen. Zij kunnen enkel gestraft worden wegens meened wanneer zij én een verklaring onder eed hebben afgelegd én deze niet rechtzetten voor het einde van de debatten in de strafprocedure waarin zij de verklaring afleggen. (TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport*, op.cit..., 73 zijn kritisch voor deze traditionele interpretatie door de Belgische rechtspraak, die teruggaat op een Ordonnantie van 1670 en op de parlementaire voorbereiding van het wetboek van 1867)

¹⁶¹⁴ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit..., 24. De eedaflegging wordt op zich al beschouwd als een moreel dwangmiddel en 215 e.v. Sw. verbindt daarenboven zware sancties aan valse getuigenverklaringen (*Ibidem*, 30).

¹⁶¹⁵ Art.73 Sv.: “[De getuigen] worden, elk afzonderlijk en buiten de aanwezigheid van de verdachte, gehoord door de onderzoeksrechter, bijgestaan door zijn griffier.”

of burgerlijke partijen georganiseerd zou worden. In de praktijk delegeerde de onderzoeksrechter dit werk trouwens veelal aan de (gerechtelijke) politie¹⁶¹⁶.

§5. Besluit

VEEL STOK, WEINIG WORTEL- Het klassiek systeem van strafrecht en strafprocesrecht, vastgelegd in de Napoleontische wetboeken, ging uit van een sterke overheid die eenzijdig haar wil oplegde aan de daders van misdrijven. Daartoe beschikte zij over een aantal machtsmiddelen ten aanzien van de verdachte, maar ook ten aanzien van andere personen. De verdachte had een aantal duldingsplichten, maar op derden, zoals getuigen, rustte in sommige gevallen een werkelijke medewerkingsplicht. Zoals in het strafrecht te verwachten viel, hanteerde de overheid vooral de stok, veel minder de wortel. De staat oefende immers zijn soevereiniteit uit en dat wil zeggen dat hij niet op basis van een soort gelijkheid kon onderhandelen met gewone burgers (getuigen) en *a fortiori* niet met criminelen.

NUANCERING- Enige nuanciering past niettemin bij deze regel: zoals steeds bleef er ruimte voor enkele pragmatische achterpoortjes die de scherpe hoeken van het principe afronden. Het valt op dat in het klassieke systeem, zeker in de wetgeving zelf¹⁶¹⁷, het vooral de magistratuur aan onderhandelingsmarge ontbrak. De vaders van de wetboeken wantrouwden de rechterlijke macht immers, vooral op basis van hun ervaringen met een corrupte of onvoldoende onafhankelijke magistratuur tijdens het *Ancien Régime*. De wetgever zelf beloonde wel uitdrukkelijk enige gedragingen ná het misdrijf met strafvermindering of straffeloosheid. Rechtspolitieke opportuniteitsoverwegingen rechtvaardigden die strikt omschreven uitzonderingen. Zij bleven echter grotendeels beperkt tot gevaarzetting door de kleine garnalen. Ook de uitvoerende macht kon soms een prijs betalen voor informatie (premies) of een gedraging van een dader belonen door het toekennen van gunsten ná de veroordeling.

¹⁶¹⁶ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport..., op.cit...*, 30, voetnoot 54.

¹⁶¹⁷ Rechtspraak en rechtsleer hebben daar, onder meer door erkenning van het opportuniteitsbeginsel inzake vervolging, wel enige ruimte gecreëerd (*supra*).

HOOFDSTUK 2 : CRISIS: Beweerde tekortkomingen bij de aanpak van van georganiseerde criminaliteit

“Kunt u uw vijand niet verslaan, sluit dan vrede met hem”

(Confucius)

§1.Evolutie strafbaarstellingen

ANDERE MISDRIJFOMSCHRIJVINGEN- De strafbaarstellingen uit de geboortejaren van het Strafwetboek verschilden behoorlijk van de misdrijfomschrijvingen van vandaag. De uitgebreide behandeling ervan in Deel II maakte dat overduidelijk. De onaantastbaarheid van het legaliteitsbeginsel als grondslag van het strafrecht heeft niet belet dat de wetgever is afgedreven van de oorspronkelijke idee van misdrijfomschrijvingen. De moderne strafwetten bevatten niet langer nauwkeurig omschreven (opzettelijke) handelingen die schade veroorzaken aan concrete rechtsgoederen van individuele personen. De wetgever voert steeds abstractere misdrijven in, waarbij hij steeds minder belang hecht aan het materieel element van de misdrijfomschrijving (objectief misdrijfbestanddeel). Het onvermijdelijk gevolg is dat het soortelijk gewicht van het moreel element van het misdrijf (schuldvorm) toeneemt.

ZUIVERE BRONNEN DROOG- Hoofdstuk 2 van Deel III heeft een licht geworpen op een aantal bijzondere kenmerken van dit nieuw soort misdrijven. In de eerste plaats ontbreken rechtstreekse slachtoffers en hebben alle bij het misdrijf betrokkenen belang bij geheimhouding. Zij zijn allemaal daders of deelnemers. Wanneer er dan toch een slachtoffer is, heeft dat vaak zelf wat op zijn kerfstok. Het aarzelt daarom om aan het onderzoek mee te werken. Veel belangrijker, want volgens ons typisch voor georganiseerde criminaliteit (*supra*, Deel I), is echter dat organisaties zich agressief afschermen. Met geweld en corruptie gaan zij in de tegenaanval tegen de overheid die « haar neus steekt » in de zaken van de groep. Niet alleen ambtenaren, maar al wie met de overheid meewerkt, loopt daarom gevaar. De verdachte of zijn medestanders wreken zich op al wie hen schade bezorgt of kan bezorgen. Daaronder vallen dus zeker ook de « eerlijke » burgers die verklaringen of getuigenissen afleggen. De voorbijganger kan de dader van de aanslag herkennen. De bankier kent de financiële transacties van de koppelbaas. De concurrerende

zakenman die wel volgens de regels werkt, kan veel vertellen over de smokkelaar. De buurtbewoner weet een en ander over de afpersingspraktijken of de drugshandel van een gewelddadige straatbende. Zij zullen meestal niet bereid zijn daarvoor een te hoge prijs te betalen, dat wil zeggen hun persoonlijke veiligheid of die van familieleden op te offeren, schade aan hun eigendommen of inbreuken op hun privé-leven riskeren. Soms gaat het om concrete bedreiging, maar meestal is het een soort algemene sfeer van terreur die getuigen ervan weerhoudt volledige of waarachtige verklaringen af te leggen. In theorie kan de overheid hen dwingen (*supra*, Hoofdstuk 1), in de praktijk vaak niet. Zij kunnen gemakkelijk twijfel of geheugenverlies voorwenden of zich door gekke of tegenstrijdige uitspraken ongeloofwaardig maken. De straffen die de wet voorziet voor weigerachtige getuigen wegen zelden op tegen het kwaad dat zij vrezen, indien zij wel getuigen. De speurders slagen er dan ook niet in om « zuivere » bronnen te vinden. Daarmee bedoelen we mensen die geen misdrijven hebben gepleegd en niettemin genoeg over het misdrijf kunnen en willen vertellen om feitenrechters te overtuigen.

TE VEEL STRAFBAAR- De steeds uitdeinende strafbaarheid maakt van talloze mensen en groepen, die in het klassieke systeem strafrechtelijk buiten schot bleven, nu plots « criminelen ». Effectieve bestraffing van hen allemaal op basis van eenzijdig overheidsoptreden is haalbaar noch wenselijk. Deze toestand plaatst de beleidsmakers voor onvermijdelijke keuzes. De compromisloze filosofie van de wetboeken is geen optie. Een meer « onderhandelde » afhandeling vormt het enige alternatief: geven en nemen, voor wat hoort wat, *quid pro quo*. De klassieke opvatting focuste uitsluitend op de overheid en de rolverdeling tussen haar verschillende onderdelen. De wetgever legde de regels vast, politie en parket spoorden inbreuken op, het parket vervolgde, de rechtbank besliste en het parket en de regering voerden een eventuele straf uit. Nu moet de verhouding tussen elk van die onderdelen van de overheid en de andere deelnemers aan de strafprocedure worden uitgeklaard. Telkens opnieuw levert dat de vraag op welk « quid » welke tak van de overheid (wetgever, administratie, politie, Openbaar Ministerie of rechter) in ruil voor welk « quo » mag geven. Soms gaat het over een soort toetredingscontract : een aanbod dat te nemen of te laten is. In andere gevallen moeten de partijen echt via onderhandelingen naar mekaar toegroeien. Hoe groter de belangen zijn die aan beide kanten op het spel staan, des te groter de kans op (behoefte aan) « echte » onderhandelingen.

OMERTA- Het Siciliaanse begrip « *omertá* » wordt nu wereldwijd gehanteerd als « ijzeren wet » van stilzwijgen (*supra*, Deel I). Aanvankelijk sloeg dit begrip alleen op criminelen die de kiezen op mekaar houden, later ook op de algemene weigering tot medewerking bij de bevolking. Voor een deel ligt de reden daarvan in een wantrouwen van of misprijzen voor de overheid, soms wegens collusie met georganiseerde criminaliteit. Dat gebeurt in wijken die bijna helemaal leven van smokkelactiviteiten of die in ruil voor « beschermingsgeld » werkelijk bescherming krijgen. Daarnaast kan de weigering te spreken met de overheid gewoon ingegeven zijn door zuivere angstgevoelens, opgewekt door die groepen die een algemeen angstklimaat weten te scheppen. Zij zorgen ervoor dat « voorbeeldige » geweldpleging een klankkast krijgt in de maatschappij. Daarna kan voor concrete bedreigingen vaak worden teruggevallen op dat algemeen angstklimaat. Niet alleen geweldpleging tegen personen, maar ook subtielere vormen van intimidatie of chantage kunnen « slachtoffers » onder de duim houden¹⁶¹⁸.

§2.Evolutie opsporingsmethoden

AANBOREN « TROEBELE » BRONNEN- Deel III beschreef hoe de opsporingsmethoden om verschillende redenen evolueerden. De afdwingbare grondrechten waren een juridische reden. De nieuwe misdrijfomschrijvingen hebben we juridisch-praktisch genoemd. Tenslotte was er de praktische reden : de houding van georganiseerde criminelen. We weten nu dat binnen beleidsinstanties een brede consensus bestaat dat de overheid om met een redelijke kans op succes ernstige criminaliteit te bestrijden, informatie van criminelen nodig heeft. Daar heeft zij altijd trouwens altijd gebruik van gemaakt, zodat enkel de bestaande situatie werd gereguleerd. De onderzoeker mag ook troebele informatiebronnen niet volkomen negeren. De in vorige paragraaf vermelde uitdeinende strafbaarheid voegt daar trouwens steeds « nieuwe categorieën » aan toe. Wij hebben in Deel III het voorbeeld gegeven van mensen uit de rechtshandhaving die zich

¹⁶¹⁸ Er zijn de uit films bekende symbolische geschenken, kogels die opgestuurd worden, of stiekem genomen foto's die bewijzen dat het doen en laten van de benaderde persoon of zijn naasten nauwlettend in het oog worden gehouden. Ook lugubere grappen zoals het bij het doelwit aan huis laten bestellen van rouwkransen passen in deze strategie. Een restaurantuitbater die afpersers weigert te betalen, krijgt bijvoorbeeld op drukke avonden een reeks « kleerkasten » als klant. Elk nemen zij als individuele klant een hele tafel in beslag om vervolgens nauwelijks iets te verbruiken. Daarmee ziet de uitbater zijn capaciteit en zijn omzet dalen met 75 tot 80%. De discotheekuitbater die weigert te betalen, krijgt plots te maken met vechtpartijen tussen dronken klanten. Niemand kan aantonen dat de dronkelui

« gedwongen zien » misdrijven te plegen om hun spuurwerk tot een goed einde te brengen. De pogingen om dat gedrag te « regulariseren » blijken niet van een leien dakje te lopen. Vandaar ook onze – vooralsnog open - vraag naar de gevolgen van de « criminaliteit » van de ambtenaren en hun helpers voor de rechtmatigheid van de procedure in het algemeen en het bewijs in het bijzonder.

ROL VERDEDIGING- Niemand twijfelt er immers aan dat de combinatie van (permanent of tijdelijk) geheim, onoprecht optreden (list) en betrokkenheid bij misdrijven immense gevaren voor de rechtshandhaving oplevert. We besloten in Deel III dat de controle daarop moet gebeuren binnen de handhavingsinstanties zelf, maar dat ook buitenstaanders een oog in het zeil moeten kunnen houden. De zittende magistratuur heeft een belangrijke taak. Doch in een accusatoire vonnisfase heeft ook de verdediging een belangrijke controlerende functie met betrekking tot de rechtmatigheid van het optreden van de rechtshandhaving¹⁶¹⁹. Opdat zij die controle zou kunnen uitvoeren, moet de verdediging weten wat de onderzoekers precies gedaan hebben. Dat recht zal onvermijdelijk botsen met het recht van de rechtshandhaving op een aantal permanente geheimen en met de "beperkte oneerlijkheid » die haar toegestaan zou zijn (*infra* §4).

PROACTIEVE OPSPORING- Uit de combinatie van onze bevindingen in Deel II en III hebben wij besloten dat « proactieve recherche » een overbodig en verwarrend begrip is. Naar onze mening is « proactief » eigenlijk een modieus woord voor « inquisitoir », zeker in een land als België waar het begrip « verdenking » als startpunt van de strafprocedure niet wordt geproblematiseerd en de magistratuur - althans op papier - het onderzoek leidt. De schaal waarop onderzoekers dezer dagen proactief kunnen speuren, de hoeveelheid gegevens waartoe zij toegang kunnen verwerven, vormen echter een « nieuw » gevaar. Indien speurders dat willen, kan de begingroep van nog-niet-verdachten die vervolgens door de filters van steeds bijkomende criteria passeert tot er een « beheersbare groep van onderzoeksdoelwitten » overblijft, tegenwoordig veel groter zijn dan in de tijd dat alles nog mechanisch of met pen en papier moest gebeuren. Zowel de hoeveelheid beschikbare gegevens, als de snelheid van hun inzameling en verwerking zijn in

inderdaad « werken » voor de afpersers en hun misdrijven zijn op zichzelf niet zó ernstig. Een reeks van vechtpartijen kan echter al vlug de reputatie van de zaak kelderen.
¹⁶¹⁹ *Supra*, Deel III, Hoofdstuk 5, 4.4. De wet Franchimont bevestigde dat door de mogelijkheden voor de verdediging om bij te dragen aan de waarheidsvinding uit te breiden (bijvoorbeeld doordat zij in het gerechtelijk onderzoek bijkomende onderzoeksdata kan vorderen).

onze « informatiemaatschappij » exponentieel gegroeid. Bij proactieve opsporing riskeert daardoor een immense hoeveelheid « kleine en middelgrote criminelen » in de netten van de opsporing te belanden. Veel hangt af van de manier waarop dat onderzoek gebeurt, maar ook van wat de onderzoekers aanvangen met misdrijven die zij « en passant » vaststellen. De geest van de Napoleontische wetboeken verbiedt de rechtshandhaving dergelijke feiten zomaar door de vingers te zien, zeker wanneer het niet over bagatellen gaat.

§3. Overvraagde en zwakke overheid

TE VEEL- De immense toevloed van strafzaken doet dan ook onvermijdelijk de vraag rijzen naar hun strafprocedureel lot. De gewone procedure die uitloopt op een effectieve straf, vormt natuurlijk een minimale fractie van het totaal aantal strafzaken. Enkele jaren ervaring met het Belgisch Strafwetboek volstonden trouwens voor de "klassieke" wetgever om in te zien dat aan de consequente toepassing van het strafrecht vaak grote nadelen vastzitten. De wetgever had veel belang gehecht aan de evenredigheid van de straffen, door hem zelf vastgelegd. Voorspelbaarheid en zekerheid van de straf waren wezenlijk voor de architecten van de Code. Al vlug bekritiseerden praktijkmensen die rigiditeit in het systeem. Korte effectieve straffen bijvoorbeeld bleken meer kwaad dan goed te doen. Op initiatief van Minister van Justitie Lejeune kwam de wetgever tussen en maakte hij een grotere individualisering van de straf in functie van de persoonlijkheid van de veroordeelde mogelijk. De zogenaamde Wet Lejeune (1888) maakte de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidsstelling mogelijk¹⁶²⁰. Nog steeds ging het om een eenzijdige beslissing van de overheid, met of tegen de zin van de veroordeelde. Toch gaf het systeem de rechter de mogelijkheid « positief » gedrag (voor of na het misdrijf) van de dader te « belonen ». Aanvankelijk sloegen de voorwaarden voor het genieten van de « gunst » alleen op het vermijden van nieuwe misdrijven. Het succes van het systeem leidde tot herhaaldelijke uitbreiding van het toepassingsgebied¹⁶²¹. Vandaag de dag kan het alleen bij de zwaarste misdrijven en bij recidivisten niet worden toegepast. De individualiseringsmogelijkheden van de rechter namen enorm toe met de invoering van opschorting van veroordeling en

¹⁶²⁰ Wet 31 mei 1888 tot invoering van de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidsstelling in het strafstelsel, B.S. 3 juni 1888.

¹⁶²¹ VERHEYDEN, R., "De probatie tussen toekomst en verleden", *R.W.* 1975-76, 513-560; PEETERS, E., "Het ontstaan van de probatie in België; een poging tot historische reconstructie", *Panopticon* 1982, 99-122.

probatievoorwaarden¹⁶²². Die laten de rechter toe de voorwaarden op maat van de veroordeelde te snijden. Zij moeten niet, maar kunnen wel in samenspraak met de verdediging worden uitgewerkt.

ONDERHANDELDE AFHANDELING- Ondanks de klaarblijkelijk inferieure positie van de verdachte of veroordeelde zit hier toch al de kiem van een « onderhandelde » afhandeling. Opschorting en probatie kunnen immers enkel als de verdachte of veroordeelde daarmee instemt (art.3, al.1 en 8 §2 in fine Probatiwewet). De inflatie aan nieuwe strafwetten heeft vervolgens geleid tot een explosieve groei van de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie om strafzaken af te handelen buiten het klassieke proces om. De oudste en meest gebruikte is natuurlijk de seponering van de zaak. Hoewel het om een tijdelijk opzijleggen kan gaan, zal het Openbaar Ministerie in de praktijk de zaak meestal niet meer opnemen. Om totale straffeloosheid te vermijden (en de lokale of federale schatkisten te vullen –*infra* Deel V-) krijgt het Openbaar Ministerie steeds meer mogelijkheden om met een verdachte een minnelijke schikking te treffen over de strafprocedure. Het Openbaar Ministerie dat zou kunnen vervolgen, doet een aanbod de zaak te laten vallen als de verdachte een geldsom betaalt¹⁶²³. In het bijzonder strafrecht zal het vaak de administratie zijn die de zaak op alternatieve wijze kan afhandelen, door middel van dading of administratieve geldboete¹⁶²⁴. Al deze afhandelingswijzen hebben gemeen dat zij vooral dienen om het door strafzaken overstroomde Openbaar Ministerie het leven makkelijker te maken. Zij geven dan ook enkel de mogelijkheid aan het Openbaar Ministerie de verdachte een alternatieve afhandeling aan te bieden. Het Openbaar

¹⁶²² Wet 14 november 1947, Wet 29 juni 1964, gewijzigd bij wet 10 februari 1994 (*B.S.* 27 april 1994).

¹⁶²³ Vroeger werd de minnelijke schikking geregeld door artikelen 166 tot 169 en 180 tot 180ter Sv. Men vindt ze nu in artikel 216bis Sv. ingevoerd door de Wet van 28 juni 1984 (*B.S.* 22 augustus 1984)

Het toepassingsgebied werd door de wet van 28 juni 1984, die art.216bis Sv. invoerde enorm uitgebreid.(VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, *op.cit.*, 92; zie voor details: DUPONT, L., "Hoe minnelijk is de minnelijke schikking?", *Panopticon* 1984, 469; CLOSE, F., "La transaction en matière pénale, l'application de la Loi du 28 juin en droit commun", *Rev.dr.pén.* 1986, 47.). Het art. werd opnieuw gewijzigd door art.1 Wet 10 februari 1994 (*B.S.* 27 april 1994). Declercq vindt de nieuwe naam "verval van de strafvordering tegen betaling van een geldsom" te vaag. Zie hierover en over andere gevallen van verval van strafvordering na een (onderhandelde) betaling: DECLERCQ, R., *Beginnelsen...*, *op.cit...*, 60-71. Cfr. recent ook: DERUYVER, B. en VAN IMPE, K., "De minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken", *R.W.* 2000-2001, 445, 460-463.

¹⁶²⁴ Voor een overzicht: DECLERCQ, R., *Beginnelsen...*, *op.cit...*, 65-71; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 607-610; zie over de administratieve geldboete in het sociaal recht: DE NAUW, A., "Toepassing van administratieve geldboeten en administratieve sancties naar aanleiding van sociaalrechtelijke misdrijven", in: X, *Sociaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 241; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, *op.cit...*, 100 e.v.

Ministerie is (onder voorbehoud van interne richtlijnen) nooit verplicht er gebruik van te maken. De verdachte heeft géén recht op de alternatieve afhandeling. Doch anderzijds hoeft hij er ook niet op in te gaan : hij heeft recht op de klassieke procedure. De alternatieve afhandeling betekent dus dat beide partijen iets geven (afstand van het recht op de gewone procedure). Zij krijgen er wel iets voor terug. Het Openbaar Ministerie heeft minder werk en kosten. Voor de verdachte geldt hetzelfde, hij krijgt veel vlugger zekerheid en meestal¹⁶²⁵ een lichtere sanctie. De feiten komen ook niet in zijn strafregister. Normalerweise kan een minnelijke schikking tussen Openbaar Ministerie en verdachte alleen wanneer er geen slachtoffer is, of wanneer er een regeling bestaat voor de schadevergoeding. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de verdachte zijn aansprakelijkheid erkent, al moet men het burgerrechtelijk nog eens raken over de omvang van de schade. Een vorm van minnelijke schikking die uit de band springt, is de bemiddeling in strafzaken. Ook deze recente procedure (art.216ter Sv., ingevoerd door art.2 Wet 10 februari 1994¹⁶²⁶) laat het Openbaar Ministerie toe om de strafprocedure te laten vallen. Eerder dan te onderzoeken of te vervolgen bemiddelt het Openbaar Ministerie (dat de taak delegeert naar bijzonder opgeleide assistenten) tussen dader en slachtoffer opdat zij een akkoord zouden bereiken (onder meer) over de schadevergoeding. Zoals bij probatie zal het Openbaar Ministerie vaak een therapie of het vervullen van gemeenschapsdienst als voorwaarde aan het verval van de strafvordering koppelen¹⁶²⁷.

TE WEINIG- Politie en gerecht klagen dus terecht over te veel strafwetten, te veel misdrijven en te veel strafprocedures. Het tekort aan mensen en middelen vormt de reden waarom zij eigenlijk niet met een procedure beginnen. Daartegenover staan misdrijven en situaties waar de maatschappij (of zeker de rechtshandhaving) wel degelijk de behoefte voelt aan opsporing en bestraffing, maar de overheid daar ondanks ernstige pogingen niet in slaagt. De vraag van de overheid naar informatie over criminele groepen is groot. Vanwege de agressieve afscherming, zowel binnen de groep als ten opzichte van buitenstaanders, blijft het aanbod aan nuttige

¹⁶²⁵ In het sociaal strafrecht is dit een heikel punt, omdat mogelijkheden die de strafrechter heeft om de straffen te milderen (gedeeltelijk) uitstel, opschorting, verschoningsgronden, ...) veel ruimer zijn dan die van de administratie. Het Arbitragehof zag daar geen schending van het gelijkheidsbeginsel in, maar wel in de onmogelijkheid op grond van verzachtende omstandigheden beneden het wettelijk vastgesteld minimum te gaan: Arbitragehof 14 juli 1997, B.S. 21 augustus 1997.

¹⁶²⁶ B.S. 27 april 1994; DERUYVER, B. en VAN IMPE, K., *op.cit.* , 450-456.

gegevens zeer laag. De overheid staat hier niet in haar klassieke positie van sterkte, van overmacht. Integendeel, georganiseerde criminaliteit maakt op geraffineerde wijze gebruik van de zwakheden in de rechtshandhaving. De getuige vormt een van de zwakke schakels. De eeuwenoude discussie over de « prijs » die de overheid kan of moet betalen voor efficiënte criminaliteitsbestrijding, flakkert dan onvermijdelijk op. Moet de overheid een hogere prijs bieden, meer « betalen », meer opofferen ?

ONDERHANDELDE AFHANDELING- Zij kan tegemoet komen aan de eisen van de gewone getuige, die (soms impliciet) van bescherming of anonimiteit een voorwaarde zal maken. Kan de overheid daarover onderhandelen ? Dan offert zij immers de rechten van de verdediging op. Dat kan de waarheidsvinding schaden, want de verdediging kan een licht werpen op verborgen motieven of zwakheden van de getuige. Het kan, zo luidt het tegenargument, de waarheidsvinding precies ten goede komen door de angst weg te nemen die de getuigen belet de waarheid te vertellen. De vraag naar wat « troebele » bronnen door onderhandelingen uit de brand kunnen slepen, klinkt ook steeds luider. Iedereen beseft dat er problemen kunnen rijzen met de betrouwbaarheid van criminelen; dit blijkt ook uit de voorzichtigheid van de wetgever (*supra*, §1). Doch net zo goed beseft iedereen dat het meestal precies criminelen zijn die over de meest waardevolle informatie over misdrijven en hun daders beschikken. Wie pleit voor verandering, beroept zich opnieuw op een soort « maatschappelijke noodtoestand »-argument : de keuze voor het minste kwaad. Kleine criminelen verdienen beloning als zij politie en gerecht een handje toesteken, zodat die zich op de grote boosdoeners kan richten¹⁶²⁸. Over wat een « kleine » crimineel is, lopen de meningen wel uiteen. Alleszins klagen vele mensen binnen de politie en het parket dat zij onvoldoende onderhandelingstroeven in handen hebben. Zij willen strafdreiging, de essentie van de staatsmacht, daarom niet alleen als stok, maar ook als wortel kunnen gebruiken. Wanneer criminele organisaties zichzelf op agressieve wijze afschermen, verdient volgens hen al wie het scherm helpt doorbreken, aanmoediging. Criminele organisaties hebben immers de gewoonte een prijs te zetten op dergelijk gedrag. Zij gebruiken geweld om de solidariteit te behouden en als « afschrikkende » represaille om « verraad » te bestraffen. Om hun leden ervan te overtuigen « de kant van de overheid te kiezen » moet die overheid daar iets tegenover stellen, moet zij een prijs betalen. Wat die

¹⁶²⁷ DECLERCQ, R., *Beginselen...*, *op.cit.*..., 64; DEMANET, G., "La médiation pénale dans les affaires pénales", *Rev.Dr.Pén.* 1995, 887-923; DE VROEDE, N., "La médiation pénale", *J.T.* 1999, 258-264.

¹⁶²⁸ LEFELON, P., "Namen noemen verdient beloning", *Het Nieuwsblad* 8 oktober 1998.

prijs dan wel moet zijn, hangt van de omstandigheden af. Omdat « criminelen » in dit geval vragende partij zijn, willen velen dat strafvermindering of straffeloosheid deel zou uitmaken van een dergelijke onderhandeling¹⁶²⁹.

§4. Versterking rechtspositie verdachte en belanghebbende derden

VERDACHTE- De zwakte, of meer in het algemeen, de moeilijkheden van de rechtshandhaving, hebben ook te maken met de al versterkte rechtspositie van verdachte en belanghebbende derden. Wij hebben al belicht dat de rechtshandhaving in de negentiende eeuw de prachtige beginselen vaak niet waarmaakte in de dagdagelijkse strafrechtspraktijk. De situatie van de verdachte is er sinds de kinderjaren van onze wetboeken op vooruit gegaan. Dat dankt hij aan de opkomst van de afdwingbare grondrechten, de toegenomen opleiding van de gemiddelde rechtsonderhorige, de « professionalisering » van de advocatuur en de democratisering van de rechtsbijstand. De gemiddelde verdachte is vandaag de dag iets zelfbewuster, bij georganiseerde criminaliteit soms tot op het arrogante af. Niemand kan bezwaren hebben tegen een degelijke rechtspositie voor wie met de machtsinstrumenten van de overheid wordt geconfronteerd. Maar (de interpretatie van) elk nieuw recht kan wel de bestaande onderzoekspraktijk verstoren: als de wetgever bewust *rechten* maakt van een aantal *gunsten*, haalt hij daarmee een aantal « wortels » uit de « onderhandelingskoffer » van politie en gerecht.

DERDEN- Ongeveer dezelfde maatschappelijk-juridische evoluties die de rechtspositie van de verdachte hebben versterkt, vergrootten het scepticisme over de rechtshandhaving als waarnemer van het algemeen belang. Met de wet Franchimont is bijvoorbeeld de positie van het slachtoffer in de procedure aanzienlijk versterkt, vanuit het besef dat in naam van het algemeen belang soms een te hoge prijs werd gevraagd aan wie schade leed in zijn privébelangen. Daarnaast zijn ook andere belangengroepen, zoals die voor racismebestrijding, een rol gaan spelen, die de strategie van het Openbaar Ministerie kan doorkruisen. In de hedendaagse Belgische strafprocedure heeft de burgerlijke partij veel meer mogelijkheden en rechten dan in de meeste andere landen. En ook getuigen laten zich niet langer

¹⁶²⁹ Bij onderhandeling en de er uit voortvloeiende overeenkomsten moet altijd gekeken worden naar de bevoegdheid van de onderhandelaars en de tegenstelbaarheid van het resultaat aan derden.

behandelen als « instrument » van de overheid met het oog op de waarheidsvinding. Zij beroepen zich op hun grondrechten, vooral op hun recht op leven en fysieke integriteit en dat op bescherming van het privé- en familieleven. Getuigen zullen door uitdeining van de strafbaarheid ook steeds meer de mogelijkheid hebben niet te getuigen uit vrees voor zelfbeschuldiging. De overheid zal met deze rechten rekening moeten houden wanneer zij getuigen inzet tegen zware criminelen. De « onderhandelingen » worden natuurlijk steeds moeilijker, naarmate er meer en meer partijen en tegenstrijdige belangen mee gemoeid zijn.

RESTORATIVE JUSTICE- We hebben eerder gewezen op de invoering in 1994 van de mogelijkheid dat (medewerkers van) het Openbaar Ministerie kunnen beginnen met strafbemiddeling. Deze afhandelingsvariant reflecteert een tendens die af wil van een strafproces dat conflicten op de spits drijft door enkel op negatieve wijze (sanctionerend en dwingend) op te treden. Zij zoekt haar heil in meer verzoenende tussenkomsten van de overheid en is uit op alternatieve straffen die vaak slechts mogelijk zijn na vergoeding van de slachtoffers.

§5. Besluit

LANGERE, MAAR MINDER STEVIGE STOK- De rechtshandhaving kan niet langer alleen van haar eigen sterkte uitgaan. Verschillende evoluties dwingen haar tot een minder eenzijdige benadering van criminaliteit. Eerst en vooral is er de evolutie van de misdrijfomschrijvingen, die steeds abstracter worden, waardoor het getuigenbewijs aan belang wint. Bovendien zijn de misdrijven zo ruim dat de belangrijkste bronnen vaak zelf "criminelen" zijn. Wezenlijk voor georganiseerde criminaliteit is de agressieve afscherming van haar activiteiten, waarbij zij zowel mogelijke overlopers als buitenstaanders het zwijgen oplegt. De veelheid van strafbare gedragingen zorgt ervoor dat de rechtshandhaving moet selecteren. Ook de evolutie van de opsporingsmethoden zorgt ervoor dat minder zuivere bronnen een belangrijke rol gaan spelen in het bewijs, wat niet altijd makkelijk te verzoenen valt met een gedegen controle van de verdediging op de opsporing. De eenzijdige afhandeling maakt heel geleidelijk plaats voor alternatieve oplossingen, waarbij zowel de vervolgende partij als de verdachte een voordeel behalen in ruil voor een toegeving.

NOOD GROTERE WORTEL- De overheid opteert niet alleen voor onderhandelde afhandeling omdat zij de overvloed aan zaken niet aankan, ook omdat zij zich ten opzichte van georganiseerde criminaliteit te zwak voelt. Bepaalde informatie die zij nodig heeft, kan zij niet krijgen zonder daarvoor een prijs te betalen. Voor gewone getuigen is die prijs bescherming of anonimiteit, voor "criminele" getuigen ook, maar soms ook geld of strafvermindering. De versterkte rechtspositie van verdachten en betrokken derden ging ten koste van de macht van de overheid, zodat de overheid niet langer het aanbod voor "akkoordjes" met getuigen principieel kan afwijzen. Anonimiteit en strafvermindering kunnen dan de pasmunt vormen.

HOOFDSTUK 3. IMPULSEN TOT VERANDERING

“J’embrasse mon rival, mais c’est pour l’étouffer”

(J.Racine, *Brittanicus*)

INLEIDING- Noch de opkomende bezorgdheid inzake georganiseerde criminaliteit, noch de beweerde tekortkoming van het “klassieke” strafrecht is typisch Belgisch. Dat buitenlandse ervaringen de impuls gegeven hebben die de Belgische wetgever tot initiatief aanzette, staat vast voor het wetsvoorstel inzake spijtoptanten. Voor het wetsontwerp inzake de bescherming van getuigen is het eerder de opkomst van harde grondrechten die de bestaande pragmatische aanpak onmogelijk maakt. Hier was het vooral de Straatsburgse rechtspraak (over buitenlandse keuzes) die de stimulans tot verandering vormde. Met het voorbereidend werk van de Universiteit van Gent (Traest en De Meester) kreeg een beknopte rechtsvergelijking hier een prominentere plaats dan in de vorige Delen. In het volgende trachten we daar gewoon enige aanvulling op te geven. Voor het overige kunnen we verwijzen naar de talloze studies die in de buurlanden aan het thema zijn gewijd en die bijna allemaal een uitgebreid rechtsvergelijkend luik bevatten¹⁶³⁰. De geïnteresseerde lezer vindt daar aanvullingen op de hierna volgende algemene opmerkingen.

¹⁶³⁰ BEIER, A., *op.cit.*, 77-104 en 213-260; QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 183-221, cfr. CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 129-167, die de *common law* landen gezamenlijk behandelt

§1. Verenigde Staten ¹⁶³¹

1.1. Vervolgingsmonopolie en opportuniteitsbeginsel

AUTONOMIE OPENBAAR MINISTERIE - Zoals steeds komen vanuit de Verenigde Staten impulsen tot veranderingen die de ontstane spanning tussen het klassieke systeem en de moderne uitdagingen kunnen helpen ontladen. Wie de Amerikaanse rechtstelsels (federaal en statelijk) wil begrijpen, moet weten dat het opportuniteitsbeginsel de strafprocedure beheerst. Het Openbaar Ministerie heeft, zelfs wanneer er duidelijk een misdrijf en een dader zijn, de mogelijkheid de strafvordering niet uit te oefenen of terug te trekken. Daarenboven heeft het Openbaar Ministerie *de facto* een monopolie over de strafvordering¹⁶³². De beslissing al dan niet te vervolgen is *de facto* bijna niet aanvechtbaar, zeker wanneer het Openbaar Ministerie iemand onschendbaarheid toekent (*infra*)¹⁶³³. Saverda noemt de mogelijkheid tot toekennen van immuniteit « ongebreidelde autoriteit ».

KRITIEK- De kritiek op het systeem treft niet zozeer het opportuniteitsbeginsel zelf, maar eerder het gebrek aan adequate en doorzichtige controle¹⁶³⁴. Ondanks pogingen enige lijn te brengen in de criteria die het al dan niet uitoefenen van de strafvordering bepalen, blijven die ruim en diffuus. Uiteindelijk is enkel het « algemeen belang » (*public interest*) bepalend en ontbreekt controle op de beslissing van het Openbaar Ministerie¹⁶³⁵.

1.2. Plea-bargaining en Guilty Plea

PLEA-BARGAINING- Tegenover de grote bewegingsvrijheid van het Openbaar Ministerie staat een loodzware, trage en zeer dure strafprocedure. Zowel in de voorfase als in de vonnisfase moeten volksjury's tussenkomen, alle proceshandelingen verlopen volgens strikte regels en de advocatenhonoraria kunnen hoog oplopen. Dat heeft tot gevolg dat de « gewone » procedure eigenlijk slechts nog uitzonderlijk wordt toegepast. In meer dan 90% van de strafzaken kiezen de

¹⁶³¹ Voor een uitgebreide behandeling: zie BEIER, A., *op.cit...*, 77-104 en 213-260;

¹⁶³² Hoewel in theorie de burger soms mogelijkheid heeft om de Strafvordering op gang te brengen, moet hij daarvoor zoveel hindernissen overkomen dat het praktisch zo goed als onmogelijk is. (CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 135-136 schrijft dat slechts in 1% de burger « vervolgt ».)

¹⁶³³ SAVERDA, « Accomplices in Federal Court: A Case for Increased Evidentiary Standards », *The Yale Law Journal* 1990, 789 en bibliografie in noot 30.

¹⁶³⁴ Ook rechtspraak eist dat immuniteit enkel door de hoogste organen van het Openbaar Ministerie toegekend zou worden en dan nog slechts met terughoudendheid en mate.

¹⁶³⁵ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 133.

partijen na onderhandeling (het zogenaamde *plea-bargaining*) voor een alternatieve wijze van afhandeling¹⁶³⁶. Die valt uiteen in twee grote groepen : enerzijds onderhandeling over de bekentenis van eigen misdrijven (*guilty plea*) en anderzijds het zogenaamde « *bargaining for testimony* ».

GUILTY PLEA- Anders dan in België, waar de rechter de verdachte bij aanvang van het proces niet formeel vraagt naar zijn antwoord op de tenlastelegging, moet de beklaagde in de V.S. schuldig of niet schuldig « pleiten »¹⁶³⁷. Slechts wanneer de verdachte ontkent, volgt de zware tegensprekelijke procedure. Met de *guilty plea* erkent de verdachte¹⁶³⁸ tijdens een voorafgaande hoorzitting dat hij de hem tenlastegelegde feiten heeft gepleegd. Kenmerkend voor deze zelfbeschuldiging is dat zij in de dagdagelijkse praktijk het resultaat is van een voorafgaand akkoord tussen aanklager en verdediger. Daaraan gaat een onderhandelingsproces (*bargaining*) vooraf, waarbij beide partijen toegevingen doen. De zwaarte van de straffen in de meeste Amerikaanse wetten en zeker de doodstraf vormen voor vele verdachten natuurlijk een belangrijke impuls tot toegevingen. Als tegenprestatie voor zijn medewerking aan het proces en voor zijn afstand van het recht op een tegensprekelijk juryproces (waar hij in de V.S. voor bijna alle ernstige zaken recht op heeft), ziet de verdachte de straf aanzienlijk verminderd. De *guilty plea* is steeds voorwaardelijk opgesteld, dat wil zeggen met aanvaarding door de vonnisrechter als voorwaarde. Niemand maakt zich de illusie dat de bekentenis altijd absoluut overeenstemt met de materiële waarheid. Zo is het goed mogelijk dat een dader wel degelijk met voorbedachtheid heeft gehandeld, maar hij na onderhandeling met het Openbaar Ministerie schuldig pleit aan het minder zware misdrijf doodslag. In een accusatoir systeem is het niet ongebruikelijk dat het zoeken naar de materiële waarheid uitblijft, indien er een redelijk akkoord bestaat tussen de partijen (formeel waarheidsbegrip)¹⁶³⁹.

¹⁶³⁶ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 137.

¹⁶³⁷ In de V.S. hebben velen de gewoonte erop te wijzen dat de *guilty plea* sinds lang bestaat. Nochtans zijn er periodes geweest waarin er grote weerstand tegen bestond. (ALSCHULER, A., "Plea Bargaining and its History", *Columbia Law Review* 1979, 15. Alleszins lijdt het geen twijfel dat vandaag de dag de overgrote meerderheid van veroordelingen gebaseerd is op een *guilty plea*.

¹⁶³⁸ Wij gebruik het begrip « verdachte » als verzamelbegrip waaronder ook de beklaagde of beschuldigde valt.

¹⁶³⁹ Damaška ziet het Amerikaanse strafproces niet zozeer als een zoektocht naar de waarheid. Het heeft als voornaamste doelstelling het vinden van een oplossing voor een conflict tussen overheid en burger. Gelijkheid tussen de procespartijen en respect voor de procedureregels legitimeren de oplossing. DAMAŠKA, M., "Evidentiary barriers to conviction: and two models of criminal procedure, a comparative study", *University of Pennsylvania Law Review* 1973, 380.

GELDIGHEIDSVEREISTEN- Met een *guilty plea* doet men afstand van belangrijke grondwettelijke rechten. Vandaar dat enkele geldigheidsvereisten vastgelegd zijn¹⁶⁴⁰. Eerst en vooral moet de bekentenis vrijwillig zijn. Daarnaast moet de verdachte de betekenis en draagwijdte van de *guilty plea* beseffen. Tenslotte moet een advocaat aanwezig zijn om te waken over beide voorafgaande voorwaarden. Aanvankelijk, in de zaak *Bram v. U.S.*, stelde federale Opperste Gerechtshof zich¹⁶⁴¹ vrij streng op bij de beoordeling van de vrijwilligheid en vereiste kennis. Later nam het een steeds flexibeler houding aan¹⁶⁴², zodat het nu eigenlijk volstaat dat de verdachte « begrijpt » waar het om gaat. Noch de belofte van een gunstiger behandeling, noch een wettelijke regel die de straf verlaagt bij het bereiken van een akkoord over een *plea*, tast de vrijwilligheid aan. Logisch eigenlijk, want een consequente toepassing van de criteria uit de zaak *Bram* zou heel het systeem van *plea-bargaining* uitgehold hebben. Toch klinkt zware kritiek op de dubbelzinnigheid van de als alternatief door het federaal Hoogerechtshof uitgewerkte doctrine¹⁶⁴³.

ONDERHANDELING- Bijstand van een advocaat moet ervoor zorgen dat de verdachte niet wordt « bedrogen ». Volgens Gambini geraken de rol van rechter, Openbaar Ministerie en verdediging zo met mekaar verbonden dat er een natuurlijke tendens is om tot een overeenkomst te komen. Hij vreest dat de belangen van de verdachte in dit onderhandelingsproces verwaarloosd worden, ook door hun advocaten. Niettemin heeft Opperste Gerechtshof herhaaldelijk de grondwettigheid van *plea-bargaining* en de eruit voortvloeiende *guilty plea* erkend. De enige voorwaarde is dat het « afzien » (*waiver*) van grondwettelijke rechten met voldoende waarborgen omgeven is.

ROL RECHTER- De rol van de zittingsrechter beperkt zich tot (marginale) toetsing van de geldigheidsvoorwaarden. Hoewel sommigen hem tot een actievere houding willen aanzetten, is zijn rol in de praktijk zeer gering. De zittingsrechter moet nagaan of het schuldig pleiten niet volgt uit bedreigingen of andere manoeuvres die de wilsvrijheid zouden hebben aangetast of uit onwetendheid of zwakte van de

¹⁶⁴⁰ Bijvoorbeeld in de federale procedureregels, Rule 11, letters c) en d) vermeld in QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 236-237, voetnoot 16, zie ook CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 141.

¹⁶⁴¹ *Bram v. U.S.*, 168 U.S. 532 (1897), *Supreme Court Reporter*, Vol.18, 1897, 187.

¹⁶⁴² *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (1970), *Supreme Court Reporter*, Vol.90A, Oct.Term, 1969, 1463 e.v. In deze zaak maakt het Hof na een lange argumentatie duidelijk dat de vrees voor de doodstraf de vrijwilligheid niet aantast.

verdachte. Indien dat het geval is, moet hij de *plea* weigeren, evenals in het geval waarin er « geen feitelijke basis voor de *plea* » bestaat. De rechter voert echter geen verregaand onderzoek naar de objectieve waarheid, hij houdt het bij een formele *prima facie*-controle. In de praktijk blijken de rechters dan ook zelden *guilty pleas* te verwerpen. Doen zij dat toch, dan is de « *plea* » nietig, zodat de verdachte heel zijn verklaring mag herzien. Vooral het eenzijdig verbreken van het akkoord door de verdachte blijkt in de praktijk voor problemen te zorgen¹⁶⁴⁴. Wanneer de rechter de *guilty plea* aanvaardt, gaat hij onmiddellijk over tot de fase van de straftoemeting, zonder tegensprekelijk debat. De *guilty plea* heeft zoals gezegd zijn basis in een voorafgaand akkoord met het Openbaar Ministerie. In ruil ziet dat Openbaar Ministerie ofwel af van tenlastelegging van zwaardere of bijkomende misdrijven (*charge bargaining*), ofwel vraagt het een mildere bestraffing. Soms zal het zelfs de gepaste straf suggereren aan de rechter (*sentence bargaining, sentence recommendation*). Daarnaast kunnen ook beloften worden gedaan over de uitvoeringsmodaliteiten van de straf. Formeel is de vonnisrechter nooit gebonden aan de voorwaarden die verdachte en Openbaar Ministerie zijn overeengekomen. Doch niemand betwist dat in de praktijk de vonnisrechter er terdege rekening mee houdt en dus zelden gebruik maakt van zijn weigeringsbevoegdheid. Dat is niet zo verbazingwekkend in een accusatoire procestraditie. In de V.S. zijn de marges voor straftoemeting trouwens doorgaans kleiner dan in België. Daarom zijn over het algemeen de minimum- en maximumstraffen voor elke tenlastelegging vrij voorspelbaar. Onderhandelen over de tenlastelegging gebeurt dan ook met enig zicht op de gevolgen voor de straftoemeting. Critici wijzen nochtans op mogelijke misbruiken. Zij vrezen dat vooral laaggeschoolde en onvermogende verdachten een zwakke onderhandelingspositie hebben. Vermogende en hoog opgeleide verdachten kunnen in verhouding een veel beter resultaat uit de brand slepen.

1.3. Spijtoptanten

OPENBAAR MINISTERIE BESLIST- Wie de ruime beleidsruimte van het Openbaar Ministerie in de V.S. kent, kan zich niet over verbazen over de lange traditie van overeenkomsten waarin verdachten een gunstige behandeling krijgen in ruil voor getuigenis tegen hun mededelnemers. Weliswaar ontdekte Alschuler in de rechtspraak van de eerste helft van de negentiende eeuw weerstand tegen het

¹⁶⁴³ Zie bijvoorbeeld de dissenters in *Parker v. North*, 397 U.S. 790 (1970).

¹⁶⁴⁴ MANK, "Broken promises and involuntary confessions: May a State introduce incriminating statements made by a defendant as a result of promises in a plea bargain

vervullen door het Openbaar Ministerie van een functie die « *by its nature a judicial power* » is¹⁶⁴⁵. Vanaf 1878 heeft het federale Hooggerechtshof zich echter radicaal achter deze praktijk geschaard. Het acht de procureur meer geschikt dan de vonnisrechter om te oordelen over de wenselijkheid van de « deal », al was het maar omdat hij als « directeur » van de vervolgingen over veel meer gegevens beschikt¹⁶⁴⁶.

TOEPASSING- Vandaag de dag gebruiken de Amerikanen spijtoptanten in allerlei moeilijk te bewijzen strafzaken. Dat zij in processen tegen beruchte figuren uit de georganiseerde criminaliteit een rol gespeeld hebben, is alom bekend. Dat betekent echter allerminst dat de praktijk tot dat soort zaken beperkt zou blijven. Het Openbaar Ministerie gebruikt de spijtoptanten in de sfeer van witteboordencriminaliteit¹⁶⁴⁷, drughandel of spionage¹⁶⁴⁸. Ook op het politiek-strafrechtelijk slagveld van *impeachment* van de president (Watergate en de zaak Lewinsky¹⁶⁴⁹), kregen belangrijke getuigen immuniteit die hen beschermde tegen vervolging voor hun eigen misdrijven in ruil voor hun getuigenis. Ook voor « doordeweekse » misdrijven, zoals overvallen of verkrachtingen kan het Openbaar Ministerie met één van de mededaders een « akkoord » sluiten en hem belonen als hij tegen de andere deelnemers getuigt: de "coöperatieve getuige" is gewoon geworden in het Amerikaanse strafproces.

HOE- De beloning kan op informele wijze gebeuren. Enkel het Openbaar Ministerie kan de harde waarborg van immuniteit toestaan, maar dat neemt natuurlijk niet weg dat de politie voor een aantal vergrijpen van haar informanten bewust de andere kant uit kan kijken¹⁶⁵⁰. Deze discrete toepassing van bevoegdheden door de politie noemt

agreement if the defendant breaches the agreement?", *Cleveland State Law Review* 1988, 425 e.v.

¹⁶⁴⁵ ALSCHULER, A., *op.cit...*, 15.

¹⁶⁴⁶ ALSCHULER, A., *op.cit...*, 15, noot 88 en 23 verwijst naar *The Whiskey Cases*, 99 US 594, 603 (1878) waar de Supreme Court aanvaardt dat, soms, het voor het openbaar belang aangewezen kan zijn genade toe te staan aan een enkel individu om de veroordeling van anderen te bekomen. CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 150.

¹⁶⁴⁷ Bijvoorbeeld in de bekende zaak van de "Koning van de Junkbonds, Michael Milken. Federaal rechter Kimba Wood is duidelijk: "If society did not reward cooperation by the worst criminals (who often know the most about high-level criminal schemes), many serious crimes would go undetected and/or unpunished (particularly, today, in the areas of organized crime and narcotics trafficking)" (*United States v. Milken*, 1992 U.S. Dist. LEXIS 11670 (S.D.N.Y.1992)).

¹⁶⁴⁸ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 150, voetnoot 62.

¹⁶⁴⁹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit...*, 232, voetnoot 808.

¹⁶⁵⁰ Informanten moeten niet als getuige verschijnen als hun rol zich beperkt tot het geven van inlichtingen of het introduceren van de undercoveragent. Politie en Openbaar Ministerie

men ook wel « *street level immunity* »¹⁶⁵¹. Auteurs vermelden trouwens dat ook Openbaar Ministerie en verdediging soms informele afspraken maken. Nochtans weten we dat ook binnen het door wetgever en rechtspraak uitgewerkte rechtskader criminelen perfect beloond kunnen worden in ruil voor getuigenissen tegen anderen. Het Openbaar Ministerie zal tactisch gebruik maken van de mogelijkheid om processen tegen deelnemers aan hetzelfde misdrijf op te splitsen. Meestal zal het Openbaar Ministerie een *guilty plea* aanvaarden waarin - zoals in de tijd van de Inquisitie - de gunsten voor bekentenis van het eigen misdrijf gekoppeld zitten aan de belastende getuigenis tegen mededaders. Dat proces tegen de mededaders zal normalerwijze slechts beginnen nadat de vonnisrechter de *guilty plea* van de getuige heeft bevestigd. Daarnaast kan het Openbaar Ministerie beslissen geen bewijs aan te voeren tegen een verdachte¹⁶⁵². Aangezien de vonnisrechter niet ambtshalve actief op zoek gaat naar de waarheid, zal dat zowat altijd tot vrijspraak leiden. De vrijgesproken persoon kan daarna immers probleemloos getuigen in de zaak tegen de anderen. De « beloning » kan ook door procedures tegen de persoon die met de rechtshandhaving meewerkt « af te blokken ». Het Openbaar Ministerie kan een beklaagde belonen door de al aangevatte vervolging te laten vallen (zogenaamde *nolle prosequi*)¹⁶⁵³. Veel frequenter gebruikt het Openbaar Ministerie haar mogelijkheid om personen « omschendbaarheid » (*immunity*) toe te staan, zodat die nooit de hoedanigheid van beklaagde kunnen krijgen. Na zulke beslissing van het Openbaar Ministerie is de getuige « geïmmuniseerd » tegen vervolging. Vele staten regelen het toekennen van immuniteit bij wet. Voor de federatie vinden we de regels in de – aangepaste - Organized Crime Control Act uit 1970¹⁶⁵⁴.

REDEN- Welke reden geeft de wetgever voor de regeling ? De keuze moet gezien worden in het licht van het belangrijke zwijgrecht (verbod op zelfincriminatie). Dit altijd al belangrijke recht uit het Vijfde Amendement bij de federale Grondwet heeft in de jaren zestig door rechtspraak van het Hooggerechtshof nog aan praktisch belang

kunnen zich beroepen op het informer's privilege beroepen en de identiteit van de informant geheimhouden. (BEIER, A., *op.cit...*, 225-230).

¹⁶⁵¹ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 153, QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 235..

¹⁶⁵² QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 235.

¹⁶⁵³ Dit valt te vergelijken met de seponering, met dezelfde "rechtsonzekerheid" als gevolg omdat het gaat om een beslissing van een Attorney-General die zijn opvolger niet bindt. De Attorney-General is weliswaar hoofd van het Openbaar Ministerie maar eigenlijk gaat het om een soort Minister van Justitie. Vandaar dat deze methode minder toegepast wordt.

¹⁶⁵⁴ Titel 18 U.S.Code, 6001-6005 (1985)

gewonnen¹⁶⁵⁵. Het botst met de rechtshandavingspraktijk van het rechterlijk bevel (op vraag van het Openbaar Ministerie) dat mensen onder strafbedreiging dwingt te getuigen of bewijzen over te dragen¹⁶⁵⁶. Wie door mee te helpen aan de zaak tegen het « doelwit » meteen ook zichzelf beschuldigt, zou tot ongrondwettige zelfbeschuldiging gedwongen zijn. Daarom moet de rechtshandhaving een manier vinden om die mensen vrijwillig afstand te laten doen van hun grondrecht. Zij kiest er voor hen « onschendbaarheid » in ruil te geven, wanneer zij de zaak tegen het doelwit belangrijker vindt voor de maatschappij¹⁶⁵⁷. Deze situatie lijkt te verschillen van andere « onderhandelde » strafzaken, omdat hier het initiatief (bevel) van de rechtshandhaving uitgaat. In de praktijk blijkt echter het omgekeerde te gebeuren, dat wil zeggen dat de advocaat van wie mogelijk als getuige ten laste zou kunnen optreden naar het Openbaar Ministerie stapt en « getuigenis aanbiedt in ruil voor onschendbaarheid ». Het Openbaar Ministerie beslist dan of het inderdaad op dit aanbod ingaat.

IMMUNITY- Wanneer dat het geval is, kan het Openbaar Ministerie kiezen tussen « *use immunity* » en « *transactional immunity* »¹⁶⁵⁸. In het eerste geval zal het de « zelfbeschuldigende » getuigenis niet mogen gebruiken. Dat sluit echter de veroordeling van de getuige op basis van andere, onafhankelijke bewijsmiddelen niet uit. « *Transactional immunity* » gaat veel verder : zij sluit vervolging voor de feiten waarop de getuigenis slaat, helemaal uit. Slechts uiterst zelden zal het Openbaar Ministerie inderdaad dergelijke transactionele onschendbaarheid toekennen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn voor politiemensen die als undercoveragent misdrijven hebben gepleegd in de loop van hun onderzoek. Door de toekenning van onschendbaarheid verliest de getuige het recht om te weigeren te getuigen of om te liegen. Weigering kan bestraft worden als « *contempt of court* », valse getuigenis als « *perjury* » (meineed).

GETUIGENPLICHT- We hebben aangestipt dat het Amerikaanse strafproces nog totaal inzoomt op het conflict tussen overheid en verdachte. Wie weet hoe gewelddadig criminelen in de V.S. soms tewerk gaan, kan er niet omheen dat de

¹⁶⁵⁵ Over de relatie tussen het verbod van gedwongen zelfbeschuldiging en de toekenning van immuniteit aan getuigen: QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 225-232; CUERDA-ARNAU, M., *op.cit...*, 157;

¹⁶⁵⁶ Die strafbedreiging blijkt trouwens uit het begrip « *subpoena* ». Typisch Angelsaksische misdrijven als « *contempt of court* » of « *obstruction of justice* » vormen de stok waarmee (onder meer) miskenning van rechterlijke bevelen afgestraft kan worden.

¹⁶⁵⁷ Zie voor meer details: QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit...*, 232-245.

(grond)rechten van de getuige eigenlijk weinig aandacht krijgen¹⁶⁵⁹. Een historische afkeer voor verklikking verklaart waarom de rechten van de verdachte meer gewicht krijgen dan die van de getuige. Beier wijst er in haar uitstekende studie trouwens op dat de Amerikanen over het algemeen weinig medelijden of toegeeflijkheid tonen met de bedreigde getuige¹⁶⁶⁰. De straffen voor weigerachtige getuigen zijn heel zwaar en de overheid beschikt over veel mogelijkheden om de getuigenis af te dwingen. Als « beloning » voor wie zijn leven waagt door te getuigen, beschikt de overheid niet over strafprocesrechtelijke beschermingsconstructies. De staat is ook niet verplicht een bedreigde getuigen te beschermen¹⁶⁶¹. Uit menselijke en pragmatische overwegingen zal de staat dat natuurlijk wel vaak gaan doen, zeker indien de getuige goed meewerkt¹⁶⁶². Daarom is, oorspronkelijk vooral voor getuigen tegen georganiseerde criminaliteit, de federale overheid begonnen met het opnemen van getuigen in een getuigenbeschermingsprogramma¹⁶⁶³. Dit door federale Marshalls gerunde systeem¹⁶⁶⁴ beschermt de getuige door middel van identiteitsverandering en de organisatie van een nieuw leven op een veilige plaats elders in de V.S. Dit systeem werkt al drie decennia met veel succes¹⁶⁶⁵. Wie zich aan de uitermate strenge voorwaarden houdt, is goed beschermd. Nochtans zijn er talloze praktische moeilijkheden. Veel mensen verlaten het programma omdat zij de beperkingen (volledige breuk met vroeger leven) niet aankunnen of zij worden eruit gegooid omdat zij zich niet aan de regels houden. Het programma is ook behoorlijk duur, maar wordt gespijsd met geld uit *asset forfeiture*. Ook op lokaal vlak besteedt de

¹⁶⁵⁸ QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 237-248; CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 158.

¹⁶⁵⁹ Zie voor de mogelijkheden van getuigen om zich op morele dwang (*duress*) te beroepen: MASS, S., "The Dilemma of the Intimidated Witness in Federal Organized Crime Prosecutions: Choosing among the Fear of Reprisals, the Contempt Powers of the Court, and the Witness Protection Program", *Fordham Law Review* 1982, 582-610.

¹⁶⁶⁰ BEIER, A., *op.cit.*, 216-222, zie ook MASS, S., *op.cit.*, 582 vertelt dat 10% van de moorden voor rekening van de georganiseerde criminaliteit in de periode 1974-78 op getuigen waren. Zie voor voorbeelden in zijn voetnoot 2.

¹⁶⁶¹ *Piechowicz v. United States*, 885 F.2d 207 (1989), zie hierover BEIER, A., *op.cit.*, 219-221.

¹⁶⁶² De wetten die dienen om weigerachtige getuigen te dwingen (*material witness statutes*), zijn niet bedoeld, maar worden in de praktijk "creatief" gebruikt om getuigen te beschermen. (BEIER, A., *op.cit.*, 216).

¹⁶⁶³ BEIER, A., *op.cit.*, 251-260 en "Bescherming van kroongetuigen, het Witness Protection Program in de Verenigde Staten", *Delikt en Delinkwent* 1995, 122-134.

¹⁶⁶⁴ <http://www.usdoj.gov/marshals/witsec.html>. Deze federale politiedienst is onder meer verantwoordelijk voor de beveiliging van rechtbanken en het transport van gevangenen. De dienst getuigenbescherming is wel gescheiden van de andere.

¹⁶⁶⁵ Sinds 1970 zijn meer dan 6800 getuigen in dit programma gestapt. De getuigenissen van de beschermde getuigen hebben ervoor gezorgd dat een veroordelingsgraad van 89% bereikt werd.

rechtshandhaving meer en meer aandacht aan getuigenmanagement in het algemeen, waar bescherming slechts één aspect van uitmaakt¹⁶⁶⁶.

SUCCEES EN KRITIEK- Het frequent gebruik van het « strafprocedureel belonen » van getuigenissen van mededaders, neemt overigens niet weg dat de toekenning van onschendbaarheid regelmatig polemieken veroorzaakt. Hoewel velen waarschuwen voor het risico op valse getuigenissen, slaat de meeste kritiek op het ontbreken van controle op de beslissing om onschendbaarheid toe te kennen. Die wordt intern genomen door de overheidsdienst die de onschendbaarheid toekent (het Openbaar Ministerie) en afgedekt door de politieke verantwoordelijkheid van de hoogste vertegenwoordigers van die dienst. De rechterlijke controle bestaat misschien wel op papier, doch heeft in de praktijk niet veel om het lijf. Het systeem bevat geen waarborgen voor de gelijke behandeling van verdachten in gelijke situaties. Opportunisten kunnen aanzienlijke voordelen krijgen, zonder dat er zekerheid bestaat dat het « verschoonde » misdrijf van de getuigende medeverdachte minder zwaar is dan dat van aangeklaagde medeverdachte. De Amerikaanse rechtshandhaving heeft zich in het verleden bereid getoond een hoge prijs te betalen om « onbrandbare » personen van hun voetstuk te halen. Een van de opmerkelijkste « deals », is die met de luitenant van maffiabaas John Gotti, Sammy « the Bull » Gravano. Hoewel die zelf een indrukwekkend crimineel verleden had (betrokkenheid in 19 moorden en nog talloze andere zware misdrijven), aanvaardde de overheid hem als spijtoptant in de zaak tegen de teflon-don en in talloze andere vervolgingen van Cosa Nostra-figuren¹⁶⁶⁷. Het gevolg is dat hij slechts 11 maanden in de gevangenis moest zitten¹⁶⁶⁸. De vergoeding van de slachtoffers zal de *deal* niet tegenhouden. De burgerlijke zaak wordt immers afgezonderd van de strafzaak. Bij opname van een getuige in het getuigenbeschermingsprogramma moet wel een regeling voor de burgerlijke schulden worden uitgewerkt¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁶ Zie FINN, P. en MURPHY HEALEY, K., *Preventing Gang- and Drug-Related Witness Intimidation*, Washington D.C., National Institute of Justice, 1996, 152 p.

¹⁶⁶⁷ De “deal” wordt door het Openbaar Ministerie toegelicht en gerechtvaardigd in een “Sentencing memorandum”: CARTER, Z., *The Government’s Sentencing Memorandum, U.S. District Court, Eastern District of New York, U.S. v. Salvatore Gravano*, 90 CR 1051 (S-2) (ILG) niet gepubliceerd. Zie ook: MAAS, P., *Underboss, de getuigenis van maffiabaas Sammy “The Bull” Gravano*, Utrecht, Het Spectrum, 335 p.

¹⁶⁶⁸ DE BY, H., “De eedbreuk van een hoofdrolspeler”, *De Morgen* 26 juli 1997, 30.

¹⁶⁶⁹ Over hoe slachtoffers van Gravano moeite hebben om aan het geld te geraken dat spijtoptanten als hij verdienen aan het verkopen van hun verhaal voor bestsellers en films: DE BY, H., *op.cit.*, 30.

1.4. Bewijsrecht en bescherming

WANTROUWEN- Europeanen vinden het soms opmerkelijk dat de verklaringen van medeverdachten zonder meer als bewijsmiddel gebruikt kunnen worden¹⁶⁷⁰.

Natuurlijk beseffen de Amerikanen ook dat aan getuigenissen van mededaders een probleem van geloofwaardigheid kleeft. De « afschrikking » die uitgaat van de strafbedreiging voor meened kan daar niet aan verhelpen. Het volstaat te denken aan de bewijsmoeilijkheden die zo typisch zijn voor dat misdrijf. Vandaar dat ook de procedureregels in de zaak tegen het « doelwit » waarborgen moeten bieden tegen misbruiken.

VIER WAARBORGEN- Vier regels zijn daarbij belangrijk. Voor alles onderstrepen zowel rechtspraak en rechtsleer dat de getuigenis met een soort *systematische twijfel* moet worden benaderd. Een soort weerlegbaar vermoeden van onbetrouwbaarheid moet doorheen de procedure het leidmotief blijven. Ten tweede moet de getuige ter zitting verschijnen. Hij moet daar, voor de jury, onder ede mondelinge verklaringen afleggen. Het recht van de verdachte om voor de jury *geconfronteerd* te worden met getuigen tegen hem, maakt deel uit van zijn grondwettelijk recht op een eerlijk proces¹⁶⁷¹. De verdachte heeft dus het recht oog-in-oog te staan met al wie hem beschuldigt. Getuigen kunnen niet (volledig) anoniem blijven¹⁶⁷². Een uitermate belangrijk aspect van de confrontatie is het recht de getuige te onderwerpen aan een kruisverhoor (*cross-examination*)¹⁶⁷³. Door deze rechtstreekse ondervraging kan de verdediging voor de ogen van de feitenrechter (beroepsrechter of jury) een licht werpen op de (on)betrouwbaarheid en de motieven van de getuige¹⁶⁷⁴. Hierbij moeten we in de verf zetten dat de getuige geen enkele verklaring mag doen over feiten of zaken die hij niet persoonlijk heeft waargenomen. Bewijs « van horen zeggen » (*hearsay* of *de auditu*-bewijs) is verboden, precies omdat geen tegenspraak door de verdediging mogelijk is¹⁶⁷⁵. Op die algemene regel

¹⁶⁷⁰ BEIER, A., *op.cit.*, 93, QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 224.

¹⁶⁷¹ BEIER, A., *op.cit.*, 96-97 met verwijzing naar de rechtspraak.

¹⁶⁷² Wel zijn er beperkingen op "*pretrial discovery*", dat wil zeggen een zekere afscherming van de getuige vóór het proces. (Zie voor details: BEIER, A., *op.cit.*, 222 e.v.)

¹⁶⁷³ BEIER, A., *op.cit.*, 97-100. Ook dit ligt vervat in het Zesde Amendement bij de Federale Grondwet.

¹⁶⁷⁴ Onrechtstreeks vormt dit kruisverhoor een controle op de beslissing van het Openbaar Ministerie om omschendbaarheid toe te kennen aan de getuige.

¹⁶⁷⁵ Doorgaans geeft men twee redenen voor het *hearsay*-verbod. Enerzijds is er de kans op fouten bij reproductie. Daarnaast – en hier fundamenteel – zou de verdachte de mogelijkheid ontnomen worden de betrouwbaarheid, het geheugen en de oprechtheid van de getuige te testen. (BEIER, A., *op.cit.*, 94).

van Angelsaksisch bewijsrecht bestaan weliswaar een – toenemend¹⁶⁷⁶ - aantal uitzonderingen, maar nooit bij « *accomplice evidence* »¹⁶⁷⁷. Deze regel vergroot enerzijds de behoefte van de rechtshandhaving aan verklaringen van rechtstreeks bij misdrijven betrokken personen. Anderzijds begrenst hij ook duidelijk de inhoud van de getuigenis van de « beloonde » getuige. Een derde grote procedurele waarborg moet het doelwit van een strafprocedure beschermen wanneer het Openbaar Ministerie gebruik maakt van mededaders als getuigen. Voor een veroordeling moet de getuigenis ondersteund worden door andere bewijselementen (*corroborative evidence*). De bijkomende elementen moeten de getuigenis dus ondersteunen. Dat kan echter nooit betekenen dat die op zichzelf als bewijs zouden volstaan. Dan zou er immers geen behoefte zijn aan de getuigenis van de mededader¹⁶⁷⁸. De eis van « steunbewijs » dat de getuigenis moet vergezellen, heeft stevige wortels in een lange rechtspraaktraditie. Zij is echter niet opgenomen in een algemene wettelijke regeling en er zijn veroordelingen bekend waarin is afgezien van de vereiste van « *corroboration* ». Een vierde en laatste waarborg ligt in de verplichting voor de rechter om de *jury uitdrukkelijk te waarschuwen* voor de twijfelachtigheid van het bewijsmiddel. De meerderheid van de staten die een « *accomplice evidence statute* » hebben ingevoerd, hebben de waarschuwingsplicht daarin uitdrukkelijk opgenomen.

1.5.Besluit

IMPULSEN- In de V.S. heeft het Openbaar Ministerie het feitelijke monopolie op de vervolging. In combinatie met de moeizame gewone procedure leidt dat ertoe dat de meeste strafzaken worden afgehandeld met een akkoord tussen Openbaar Ministerie en verdachte. Het Openbaar Ministerie beschouwt het toekennen van strafvermindering als gunst aan getuigen niet alleen als eerbaar, maar gewoonweg als noodzakelijk voor het opsporen en bestraffen van bepaalde vormen van criminaliteit. Het is bereid ook aan zware criminelen aanzienlijke strafvermindering of zelfs straffeloosheid toe te staan als prijs voor hun getuigenis tegen andere verdachten. Het gaat om een procedurele praktijk, zonder basis in het materieel strafrecht : het gaat bijvoorbeeld niet om uitdrukkelijk voorziene verschoningsgronden. Onderhandelen over strafzaken past in een lange traditie. Er bestaat een vrij grote consensus dat voor bewijs een prijs betaald moet worden en dat strafvermindering daar deel van uit kan maken. Vanwege de zeer hoge straffen

¹⁶⁷⁶ BEIER, A., *op.cit.*, 95.

¹⁶⁷⁷ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 161.

die in de V.S. gebruikelijk zijn, kan het Openbaar Ministerie daar een flink stuk vanaf knijpen zonder dat er echt « straffeloosheid » is.

VERSCHILLEN- Behalve met de radicale programma's voor fysieke bescherming, hechten de Amerikaanse rechtssystemen meer belang aan de rechten van de verdachte dan aan die van de getuige, die vooral plichten heeft. Anonieme getuigen kunnen niet. De verdachte krijgt uitgebreid de kans om de getuige te confronteren en ondervragen voor de ogen van de jury. Gegevens die de getuige enkel « van horen zeggen weet », zijn ontoelaatbaar. Steunbewijs moet de getuigenis vergezellen. Ook de rechten van het slachtoffer kunnen het Openbaar Ministerie niet van een deal afhouden, indien dit onafhankelijk orgaan gelooft dat het akkoord in het « algemeen belang is ».

§2. Andere Europese landen

2.1. Italië¹⁶⁷⁹

2.1.1. Context

GUNSTEN- We weten dat Italiaanse criminele organisaties aan de basis liggen van veel beeld- en begripsvorming inzake georganiseerde criminaliteit. De Italiaanse keuzes in de bestrijding van georganiseerde criminaliteit krijgen dan ook veel aandacht bij ons. Zoals in de V.S. bleken ook Italiaanse groepen zeer agressief op te treden tegen overheidsdienaren (zelfs aanzienlijk meer dan in de V.S.) en getuigen. Hun succesvolle afschermingspraktijken leidden tot een algemene indruk van een zwakke staat, die er niet in slaagt een sterke, zelfs uitdagende criminaliteit de kop in te drukken. Vandaar dat stemmen opgingen voor het gevoelig versterken van de mogelijkheden van de rechtshandhaving om te onderhandelen met verdachten, opdat zij zouden getuigen. Wie met de overheid meewerkt, kan op aanzienlijke gunsten rekenen, onder meer op aanzienlijke strafvermindering. Nergens in Europa heeft de heropleving van de figuur van de zogenaamde « spijtoptant » een zo hoge vlucht genomen als in Italië.

¹⁶⁷⁸ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 162.

¹⁶⁷⁹ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 167-227; MANUNZA, E. en KNOOPS B., "Garanties voor de betrouwbaarheid van kroongetuigen", *Delikt en Delinkwent* 1998, 768-785; MANUNZA, E. en TAK, P., "Tegen welke kroongetuigen zet Van Traa zich af ?", *Delikt en Delinkwent* 1996, 552-560; QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 74-182; PALAZZO, F., "Le problème des repentis, La législation italienne sur les "repentis", discipline, problèmes et perspectives". *Revue De Science Criminelle Et De Droit Pénal Comparé* 1986, 757-769.

VERSCHIL MET V.S- Een groot verschil met het Amerikaanse systeem is dat Italië het opportuniteitsbeginsel in de vervolging verwerpt. Zoals in Duitsland moet het zogenaamde *proceduraal legaliteitsbeginsel* (112 lt.G.W.) tegengaan dat de uitvoerende of rechterlijke macht de keuzes van de wetgever uitholt¹⁶⁸⁰. Het beginsel dat « *iedereen gelijk is voor de wet* » - dat in grote letters in alle Italiaanse rechtbanken hangt - valt niet te verzoenen met mogelijke « willekeur » wanneer het Openbaar Ministerie kan kiezen of het al dan niet vervolgt. Dit beginsel dwingt de doctrine tot verfijningen, onder meer inzake de rol van wederrechtelijkheid als vereiste voor het misdrijf (*supra*, Deel I). Ook zal de wetgever zowel in het materieel strafrecht als in de procedure steeds meer uitdrukkelijke bepalingen nodig hebben om afwijkingen van de in de strafwet voorziene straffen te voorzien. Een ander verschil ligt in het *bewijsregime*. De Amerikaanse systemen werken met een streng, formalistisch bewijsrecht, onder meer omwille van het belang van de confrontatie met het oog op het overtuigen van de jury. Het Italiaans bewijsrecht daarentegen huldigt, ook na de invoering van een nieuw Wetboek van Strafprocedure in 1988, een « vrij bewijssysteem ». Weliswaar bestaan er beperkingen aan de toelaatbaarheid van het bewijs « toelaatbaar » is. Onrechtmatig verworven bewijs, bijvoorbeeld gegevens verkregen door foltering, sluiten de Italianen ook uit. Doch voor de « bewijswaardering » huldigt art.192, paragraaf 1° van het nieuw Wetboek van Strafprocedure (*Nuovo Codice di Procedura Penale* NCPP) het « klassieke » beginsel van de « vrije overtuiging van de rechter »¹⁶⁸¹. Bewijs "van horen zeggen" is niet verboden. De rechter moet wel een nauwkeurige motivering geven van de gehanteerde criteria en het gewicht dat hij aan de verschillende elementen heeft gegeven om tot het uiteindelijke resultaat te komen.

GELIJKENIS- Een eerste opvallende gelijkenis ligt natuurlijk in het « fenomeen » , het type georganiseerde criminaliteit dat bestreden wordt. In Italië en in de V.S. slaat het begrip in de eerste plaats op maffiose groepen, vrij grote criminele groepen die op een grondgebied of sector voor « alternatieve overheid spelen » : belasten, regelen, verzoenen en met meedogenloos geweld handhaven. Een juridische gelijkenis is dat Italië met de NCPP is overgestapt van een inquisitoriaal model van

¹⁶⁸⁰ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...,op.cit.*, 76 hebben het over aantasting van de onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie door de uitvoerende macht. Het is echter vooral de verhouding ten aanzien van de wetgevende (en rechterlijke) macht die o.i. in het geding is.

¹⁶⁸¹ Art.192, paragraaf 1° Nuovo Codice di Procedura Penale: "Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati."

strafprocedure naar een accusatoir systeem. Ook in de voorfase houdt een rechter van het vooronderzoek toezicht op het door het Openbaar Ministerie gevoerde onderzoek¹⁶⁸² en op de verdediging tegen dat onderzoek. Met de overschakeling naar het accusatoire systeem voerde de Italiaanse wetgever meteen ook een soort « plea-bargaining » in. Verdachten die met het Openbaar Ministerie na onderhandeling een akkoord sluiten over de afhandeling van het misdrijf, zien hun zaak via een zeer snelle procedure afgehandeld en kunnen daarvoor aanzienlijke strafverminderingen in ruil krijgen (*patteggiamento*)¹⁶⁸³. Tenslotte heeft Italië ook het Amerikaans model van getuigenbeschermingsprogramma overgenomen (*infra*).

NOODWETTEN- De Italiaanse wetgeving tegen (terrorisme en) georganiseerde criminaliteit kwam tot stand in een reeks van uitdeinende noodwetten, een proces in verschillende fases (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 3, §2) We benadrukten dat in de derde fase, van 1988 tot 1999¹⁶⁸⁴, de uitzonderingswetten verlengd werden en hun toepassingsgebied werd uitgebreid naar andere vormen van criminaliteit. Dat was onder meer het geval voor de gunsten voor spijtoptanten. Het ging zelfs zover dat waarnemers van een « cultuur van *pentitismo* » gewaagden¹⁶⁸⁵: spijtoptantenwerking werd de drijfkracht, niet alleen van de onderzoeksstrategie, maar zelfs van het strafbeleid in zijn geheel¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸² Zij moeten ook de toestemming geven aan het Openbaar Ministerie voor onderzoeksmaatregelen die een inmenging in de grondrechten van rechtsonderhorigen betekenen.

¹⁶⁸³ De Italiaanse regering keurde op 7 juli 2000 een wetsontwerp goed dat de mogelijkheden hiertoe nog verder wil uitbreiden, ook tot de allerswaarste misdrijven. De enorme gerechtelijke achterstand waarmee Italië kampt, zit daar voor veel tussen. TESCAROLI, L., "Rito abbreviato e reati di ergastolo", <http://www.cittadinolex.kataweb.it>.

¹⁶⁸⁴ Quintanar Diez sluit deze periode niet af. Persoonlijk denken wij dat de twee vrijspraken van gewezen Eerste Minister Andreotti dat misschien wel doen. De rechters hechten geen geloof aan de verklaringen van spijtoptanten en een in het parlement verzande herziening van beleid en de wetgeving inzake spijtoptanten werd weer vlot getrokken: in januari 2001 werd zij goedgekeurd.

¹⁶⁸⁵ Vergeleken met onze vernieuwing van de drugswet in 1975 (*infra*), vormt (wetgevend) Italië eigenlijk een late roeping. De spijtoptant in drugszaken komt er pas in 1990, dat wil zeggen na het Verdrag van Wenen. In de uitspraak van Traest en De Meester "als één van de weinige landen in Europa ontwikkelde Italië (...) reeds relatief vroeg een spijtoptantenregeling ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit...", is dat "relatief vroeg" dan ook...relatief.(TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 75, verwijzend naar TAK, P., *De kroongetuige en de georganiseerde misdaad*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 7-8)

¹⁶⁸⁶ Naast het gewone strafrecht ontstaat in de fases twee en vooral drie een « preventief » strafrecht dat door middel van preventieve of proactieve repressie de klassieke beperkingen van strafrecht en strafprocedure omzeilt (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 3 en *infra* Deel V, Hoofdstuk 3, §2).

2.1.2. Actief berouw in de strafwet

BELONEN- Het klassieke Italiaanse strafrecht hecht, in vergelijking met andere systemen, redelijk veel belang aan het belonen van positief als complement van het straffen van negatief gedrag. We moeten dat zien in het licht van het grote belang dat, bij de omschrijving en de interpretatie van strafwetten, wordt gehecht aan de bedoeling van de wet en vooral het « beschermde rechtsgoed ». In het klassiek Belgisch strafrecht bestaat er geen strafbare poging, wanneer de « dader » vrijwillig terugtreedt terwijl hij nog « op weg is naar » het misdrijf. Italië onderscheidt « afzien » van de beoogde gedraging (*desistenza*) van actief terugtrekken, berouw (*recesso attivo*). Dat slaat op een persoon die alle gedragingen heeft gesteld om een strafbare poging te voltooien, maar daarna spijt krijgt en zich inspant om het misdrijf alsnog te voorkomen. Dat kan bij de vele misdrijven die omschreven zijn als het veroorzaken van een gevolg, wanneer er een tijds marge bestaat tussen oorzaak en beoogd gevolg.

ACTIEF BEROUW- De berouwvolle dader van de poging zorgt dus zelf voor het mislukken van zijn misdrijf. Denk aan een terrorist die een bom heeft aangebracht onder de auto van het doelwit, maar spijt krijgt en zelf het doelwit waarschuwt zodat dat niet in de auto stapt. Hij moet niet alleen spijt hebben, hij moet zijn spijt bewijzen door een gedraging om de schadelijke gevolgen te voorkomen of te beperken. Op de « verboden » gedraging die het rechtsgoed in gevaar brengt, volgt dus een « tegengedraging » ter bescherming van datzelfde rechtsgoed. Met de terugtreed vóór strafbare poging beloont de Italiaanse wetgever een eerder passieve houding, een afzien van een beoogde gedraging. Daarna moet de « dader » daarentegen actief optreden om op beloning te kunnen rekenen. Door het vooruitschuiven van de strafbaarheid door de wetgever (*supra*, Deel II en Hoofdstuk 2 van dit Deel), zal het berouw steeds vaker ná in plaats van vóór het misdrijf komen. Critici betreuren dat het Algemeen Deel van de Italiaanse Codice Penale beide rechtsfiguren samen behandelt (art.56, paragrafen 3^o en 4^o respectievelijk). In Italië bestaat, er zoals in België, in het eerste geval geen strafbare poging, dat wil zeggen enkel strafbaarheid voor op weg naar het misdrijf al voltooide kleinere misdrijven. In het tweede geval wordt de straf voor poging voor de « berouwvolle » dader, verminderd met een derde tot de helft. In België daarentegen behandelen wij actief berouw als een variant van vrijwillige terugtreed. Wij belonen bij gebrek aan een dergelijk onderscheid dus eigenlijk nog meer dan de Italianen.

MOTIEF IRRELEVANT- Hoewel « vrijwilligheid » zowel bij « terugtred » als bij « berouw » een voorwaarde is, betekent dat niet « spontaan » of « omwille van werkelijk moreel berouw ». Afzien van de gedraging volstaat, het is niet nodig dat het crimineel plan meteen wordt opgegeven. Het motief doet er niet toe. Als het oprecht berouw is, zoveel te beter, maar het mag net zo goed om angst gaan of pure berekening (zoals het wachten op een betere gelegenheid later)¹⁶⁸⁷.

PERSOONS- EN MISDRIJFGEBONDEN- Kenmerkend voor de rechtsfiguur is dat zij volledig is toegespitst op de wederrechtelijkheid van de gedraging van de individuele persoon. Enkel zijn eigen gedraging ten aanzien van het concrete rechtsgoed neemt de wetgever in overweging. De Italiaanse wetgever wil immers dat het strafrecht zich bezig houdt met misdrijven, met *feiten*. De fascistische ervaringen hebben hem immers geleerd hoe gevaarlijk het is de strafbaarheid te koppelen aan de persoonlijkheid of levenswijze van de *daders*.

2.1.3.Procedureel « berouw » beloond

PROCEDUREEL BEROUW- In de uitzonderingswetgeving breidt de wetgever het systeem van beloningen uit tot « berouwwol » gedrag buiten de klassieke grenzen van de « schadelijke gedraging ». De idee van « tegengedraging » raakt op de achtergrond. De wetgever belooft medewerking met de politie en de gerechtelijke overheid. Hij koppelt de beloning dus niet langer aan de actie om de mogelijke gevolgen van een als misdrijf omschreven handeling te beperken. Integendeel, de beloning geldt veeleer voor een « procedurele » gedraging, hetzij « dissociatie » van terrorisme, hetzij verklikking van medeverdachten. Slechts door het beschermde rechtsgoed tot op zeer abstracte hoogten (openbare orde en veiligheid) te tillen kan men nog spreken van het tegengaan van de gevolgen van de eigen gedraging.

INVOERING- Het « militair apparaat » van de extreem-linkse Rode Brigades werkte met kleine cellen in regionale « *collones* ». Zulke structuur was vergelijkbaar met de clandestiene verzets-, spionage- en sabotagenetwerken uit de Tweede Wereldoorlog. Hij was er helemaal op gericht de gevolgen van verraad of ontdekking te minimaliseren. Enkele mensen werkten samen in een zogenaamde cel van drie of vier leden. Zij wisten niets van andere cellen, slechts één van hen had contacten met een « opdrachtgever » in de hiërarchie. Die had hooguit contact met enkele

¹⁶⁸⁷ In België heeft de rechtspraak zich zeer streng opgesteld bij de beoordeling van de vrijwilligheid van de terugtred: Corr. Leuven 18 september 1958, *R.W.* 1958-59, 1128; Antwerpen 19 juli 1985, *R.W.* 1985-86, 1430 noot M.DE SWAEF.

mensen uit andere cellen. Hij had op zijn beurt slechts één contactpersoon waarmee hij correspondeerde. Deel II heeft ons geleerd welke moeilijkheden een dergelijke structuur voor de opsporing oplevert. Hij lijdt echter ook zwaar onder het wantrouwen tussen contactpersonen. Vandaar dat in de rechtshandhaving allerlei stemmen opgingen om de mogelijkheden tot « verraad » te vergroten, om verklikking aan te moedigen. De maatschappelijke noodtoestand die er bestond, rechtvaardigde compromissen. Het debat erover was zeer hevig en zeer ideologisch geladen. Een deel van het establishment kon begrip opbrengen voor een aantal stellingen van de terroristen (bijvoorbeeld verzet tegen NATO en tegen het grootkapitaal), maar niet voor de methoden. De staat kon volgens velen het « conflict » met de « verdwaalde » idealisten beëindigen door een zekere toegeeflijkheid te tonen.

ONTVOERING- De overgang gebeurde geleidelijk. De eerste bepaling, uit 1978, sloeg op terroristisch gemotiveerde ontvoeringen en heeft daarvoor strafverminderende verschoningsgrond ingevoerd voor de deelnemer aan dat misdrijf die zich losmaakt van de anderen en voor de bevrijding van het slachtoffer zorgt. Hij kan rekenen op gevoelige strafvermindering. Het leven van het slachtoffer rechtvaardigt als rechtsgoed natuurlijk enige soepelheid van de overheid. Zo kan een straf van vijftientig tot dertig jaar dalen tot één van twee tot acht jaar. Hier zitten we nog steeds bij een tegengedraging die de effecten van het eigen misdrijf tracht te milderen en dus aansluit bij het klassieke « actief berouw ». Een reeks van wetten heeft ook bij ontvoering met het oog op afpersing een vergelijkbare verschoning geïntroduceerd. Het viel niet onmiddellijk op dat naast de bijdrage tot de bevrijding echter ook een andere gedraging verschoning oplevert : « *medewerking met politie of gerecht bij het verzamelen van beslissende bewijzen voor de identificatie of arrestatie van mededelnemers* ». Het lijkt een kleine uitbreiding, maar de dogmatici beschouwen het als een fundamentele sprong. De beloning zit niet langer vast aan het misdrijf zelf, maar eerder aan de procedurele gedraging van « aangifte », « verklikking » van anderen. Dat veruimt de onderhandelingsmarge natuurlijk zeer.

TERRORISME- Eind 1979 heeft een decreetwet (in 1980 wet geworden) een dergelijke strafverminderende verschoningsgrond ingevoerd voor alle misdrijven met een terroristisch oogmerk¹⁶⁸⁸. Zij koppelt daaraan een soort straffeloosheid voor een

¹⁶⁸⁸ Art. 4 decreetwet van 15 december 1979, nummer 625, later omgezet in de wet van 6 februari 1980, nummer 15: "Voor de misdrijven gepleegd met terrorisme of omverwerping

"uitbreiding" van het actief berouw. De regel van straffeloosheid bij vrijwillige terugtred en strafvermindering bij actief berouw in art.56 lt.Sw. blijven onaangetast. Art.5 van de decreetwet breidde bij terrorisme en omverwerping van de democratie de volledige straffeloosheid (beslissende verschoning) uit tot wie niet alleen het resultaat verijdelt, maar bovendien « *bewijselementen levert die beslissend zijn voor de exacte reconstructie van de feiten en voor de identificatie van mogelijke mededeelnemers* »¹⁶⁸⁹.

STRAFFELOOSHEID « HULPJES »- De wet van 29 mei 1982, nr.304 wilde een efficiënt wettelijk instrument zijn voor de ontmanteling van de terroristische groepen. Hoewel de titel het had over « bescherming van de grondwettelijke orde (*ordinamente costituzionale*) », werd de wet in de omgang al vlug met "*pentiti en dissociati-wet*" aangeduid. Zij beloofde immers wie zich losmaakt van de groepen en wie spijt betuigt over zijn rol erin. De keuze voor beloning als alternatief voor bestraffing riep de wetgever voor het eerst ondubbelzinnig tot « instrument » van strafbeleid uit. Deze wet voorzag straffeloosheid (beslissende verschoning) voor wie bij een aantal verschillende strafrechtelijke varianten van criminele bendes met politieke motieven, deze bende opheft, ontbindt of eruit stapt. Wie eruit stapt, moet zich zonder weerstand overgeven, de wapens overhandigen en informatie leveren over de structuur en organisatie van de bende. Wie persoonlijk heeft deelgenomen aan een beperkt aantal opgesomde (heel ernstige) misdrijven, komt niet in aanmerking. De wet mikte vooral op mensen in de marge, sympathisanten die wel individuele terroristen helpen, zonder zelf deel uit te maken van de organisatie, zogenaamde *favoreggiatori*. Zij moeten open kaart spelen over hun eigen rol en over wat zij weten van de organisatie, met uitzondering van de namen van andere personen. De informatie moet niet nieuw zijn; het mag gaan om een bevestiging van wat de politie al weet. Alle bijkomende informatie is immers nuttig en gelet op structuur en werkwijze van de organisaties had het opgeven van de strijd iets « onherroepelijks ». De breuk tussen deze individuen in de rand en de terroristen van de harde lijn is op zich al een winstpunt voor de maatschappij.

(*eversione*) van de democratische orde als doelstelling, wordt, onverminderd de regel van art. 289bis Sw. [verschoning bij ontvoering -fv-], t.a.v. de deelnemer die, zich losmakend uit de vereniging met de anderen, zich inspant om te vermijden dat de criminele activiteit tot verdere gevolgen leidt, of die de gerechtelijke overheid concreet helpt bij de inzameling van beslissende bewijselementen, de levenslange opsluiting vervangen door opsluiting van 12 tot 20 jaar en de andere straffen met een derde tot de helft verminderd" (eigen vertaling)

¹⁶⁸⁹ Aanvankelijk mogen de verklaringen van de « berouwvolle crimineel » enkel als middel voor het zoeken naar verdere bewijzen dienen, zij vormen nog geen bewijs op zelfstandige basis.

STRAFVERMINDERING- Dezelfde wet heeft een aantal strafverminderende verschoningsgronden ingevoerd, die echter slechts slaan op een beperkt aantal misdrijven uit het verleden. Eén (art.2 wet nr.304) slaat op wie volledige bekentenissen aflegt over zijn eigen misdrijven en helpt de schadelijke gevolgen te beperken, maar die toch niet in aanmerking komt voor de beslissende verschoning. De tweede (art.3 wet nr.304) gaat nog verder. Hij geeft zeer grote strafvermindering aan wie naast de bekentenis van eigen misdrijven de politie ook « *helpt met bewijselementen die beslissend zijn voor de identificatie of arrestatie van andere daders van misdrijven die met dezelfde doelstellingen gepleegd zijn* ». Het gaat dus niet langer om mededeelnemers aan het eigen misdrijf, maar om « (mede)terroristen » in het algemeen. Hetzelfde geldt voor wie « *elementen voor de reconstructie van de feiten en ontdekking van de auteurs aanbrengt* ». Opnieuw gaat het om een kleine stap in het woordgebruik van de wetgever, maar een reuzensprong voor de onderhandelingen met de rechtshandhaving. De « formules » ontleent de wetgever aan vroegere wetten, doch telkens rekt hij de reikwijdte ervan verder uit. De « belonende » strafvermindering is aanzienlijk. Levenslang wordt herleid tot tien à twaalf jaar opsluiting, de andere straffen worden gehalveerd en kunnen nooit meer dan tien jaar bedragen. Wie een bijdrage levert die van « *uitzonderlijke relevantie* » is, kan zijn straf tot op een derde teruggebracht zien.

ZICH LOUTER LOSMAKEN- Een wet uit 1987¹⁶⁹⁰ voerde een strafverminderende verschoningsgrond in voor « *loutere dissociatie* », dat wil zeggen voor iemand die zich enkel losmaakte uit de criminele vereniging, er afstand van nam. De « *terroristische noodtoestand* » was toen eigenlijk al voorbij¹⁶⁹¹ en de wetgever wilde het hoofdstuk « *terrorisme* » afsluiten. De wet kende gunsten toe aan terroristen die het geweld als middel van politieke strijd afzwoeren en afstand namen van terroristische organisaties. Het gaat om personen die echter ook niet met de overheid kunnen of willen samenwerken door anderen aan te geven. Slechts wie zich in een korte « *gratieperiode* » beriep op de wet, kon van de voordelen genieten. Zij mochten dan wel zelf geen aanslagen hebben gepleegd en moesten volledige bekentenissen afleggen van de eigen (belangrijkste) misdrijven. Deze maatregelen werden geflankeerd door gunstmaatregelen inzake de strafuitvoering. Het ging over

¹⁶⁹⁰ Wet 18 februari 1987, nr.34.

¹⁶⁹¹ Pas in 1999 flakkert het extreem links politiek geweld opnieuw op, met als opvallendste misdrijf de moord op de Romeinse professor D'Antona, een belangrijke medewerker van de minister van arbeid.

wie geen spijt heeft (of toch niet betuigt) over het verleden en de vroegere geloofsgenoten niet wilde « verraden »¹⁶⁹², maar door de democratische maatschappij « gerecupereerd » was voor de toekomst

UITDEINING- In 1990 heeft de wetgever de rechtsfiguur van « spijtoptant of medewerker van het gerecht » van de noodwetten naar de drugwet¹⁶⁹³ « overgeplant ». Opnieuw gaat het om een strafverminderende (met de helft tot twee derde) verschoning voor wie de gevolgen van zijn gedrag tracht te beperken en die ook de politie of de gerechtelijke overheid concreet helpt bij het onttrekken van middelen die relevant zijn voor het plegen van misdrijven¹⁶⁹⁴. Daarmee kent de wetgever de verschoning blijkbaar ook toe aan verdachten die inlichtingen verstrekken over drugsladingen, maar ook over ingezette boten of vliegtuigen of zelfs over eigendommen of bankrekeningen van drughandelaars. Een verband tussen het onderwerp van de beloonde medewerking (de door verdachte verstrekte inlichtingen) en het misdrijf van de verdachte zelf, is dus niet langer nodig. Politie en gerecht maakten in 1990 al sinds een kleine tien jaar gebruik van getuigenissen van gewezen maffialeden tegen hun vroegere vrienden en vijanden. Interne maffiaoorlogen hadden een aantal verliezers opgeleverd die weinig of niets meer te verliezen hadden en het taboe op medewerking met de rechtshandhaving lieten voor wat het was. De mythe van de « *omertà* » was doorprikt en de rechtshandhaving bracht een aantal Cosa Nostra-groepen rake klappen toe.

NIEUWE NOODTOESTAND- Niettemin dreigde de overheid steeds meer haar greep op zuidelijke regio's zoals Sicilië, Calabrië, Campanië en – in mindere mate - Apulië en Sardinë te verliezen. Groepen uit het zuiden bleken ondertussen trouwens ook in de grote steden van het Noorden en het Centrum belangrijke activiteiten te ontplooien. Zij beperkten zich al lang niet meer tot de « onderwereld » van sluikhandel of afpersing. Ook in de « bovenwereld » van economie, financiën en politiek nam hun rol en invloed toe. Op de « terroristische noodtoestand » was dus een « criminele » noodtoestand gevolgd, die nieuwe uitzonderingswetten rechtvaardigde. Vooraanstaande maffiabestrijders bepleitten « toegevingen » aan spijtoptanten als een noodzakelijke prijs voor succes in de ontmanteling van

¹⁶⁹² Zij zouden dus van enige sympathie kunnen genieten bij Beccaria (*supra*, Hoofdstuk 1).

¹⁶⁹³ Gecoördineerde drugwet van 9 oktober 1990, nr. 309.

¹⁶⁹⁴ Art73, par.7° en 74, par.7°.

mafiagroepen. Een aantal vermetele maffia-aanslagen leidde tot de decreetwet van 13 mei 1991, nr.152¹⁶⁹⁵.

KOPPELING 416BIS C.P.- Deze wet heeft de gunstregeling aan het maffiavereningsmisdrijf van 416bis It.Sw. (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 3) gekoppeld¹⁶⁹⁶. Voor een goed begrip, de verschoning geldt niet alleen voor het verenigingsmisdrijf. Ook de daders van misdrijven die de activiteiten van de maffiose vereniging vergemakkelijken kunnen zich erop beroepen¹⁶⁹⁷. De dader moet ook zelf geen lid zijn van de vereniging. Het volstaat dat hij de in 416bis vermelde methodes (intimidatiekracht, onderwerping en *omertà*) gebruikt voor het plegen van zijn misdrijven¹⁶⁹⁸. Om van strafverminderende verschoning te kunnen genieten moet de spijtoptant zich losmaken van de vereniging « *én zich inzetten om te vermijden dat de strafbare activiteit verdere gevolgen zou hebben, ook door de politie- of gerechtelijke overheden te helpen bij het bekomen van de beslissende elementen*¹⁶⁹⁹ voor de reconstructie van de feiten of de aanhouding van de daders van de misdrijven »¹⁷⁰⁰. De formulering is allesbehalve duidelijk en zal tot interpretatieproblemen leiden (*infra*, 2.1.5.)

RESULTAAT- In de jaren tachtig en negentig "braken" talloze leden van criminele organisaties "de stilte". Aanvankelijk bestendigen de bloedige represailles tegen

¹⁶⁹⁵ Dringende bepalingen inzake de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en de doorzichtigheid en het goede verloop van de bestuursactiviteit, luidt de norm officieel. De decreetwet wordt omgezet in de wet van 12 juli 1991; TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport... op.cit.*, 77 dateren de decreetwet ten onrechte op 13 maart 1991.

¹⁶⁹⁶ Tekst geciteerd door TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport... op.cit.*, 77), die het vertalen als: "zich inzetten om het voortduren van criminele activiteiten te verhinderen en de politie- en justitie-autoriteiten behulpzaam zijn bij het verzamelen van informatie die doorslaggevend kan zijn voor de reconstructie van de feiten en de vaststelling van de identiteit van de daders dan wel kan leiden tot hun arrestatie". Deze vertaling is echter niet helemaal nauwkeurig: zie de Italiaanse tekst: QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 130, voetnoot 122.

¹⁶⁹⁷ "per [i delitti commessi] al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso"

¹⁶⁹⁸ "per [i delitti commessi] avvalendosi delle condizioni previste dal [416bis C.P.]"

¹⁶⁹⁹ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport... op.cit.*, 77 hebben het over "informatie die doorslaggevend kan zijn voor de reconstructie (...) en kan leiden tot hun arrestatie". Ze besluiten eruit dat de informatie "mogelijkerwijze, doch niet noodzakelijk" moet leiden tot ontdekking of arrestatie. Helaas is dat niet wat de Italiaanse tekst zegt: daarin staat "elementi decisivi", beslissende elementen, niet "informatie die beslissend kan zijn". Het verschil heeft zijn belang. TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport... op.cit.*, 77-78 benadrukken dat het gaat om een *ex ante*-beoordeling, terwijl de letter van de tekst eerder op een *ex post*-beoordeling duidt. Dat betekent dat de verschoning afhankelijk is van de efficiëntie van de op hun "verklaring" volgende overheidsacties (*infra*, 2.1.5.).

¹⁷⁰⁰ Het gaat om een eigen vertaling uit het Italiaans: "imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente le autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".

getuigen, hun vrienden en familieleden de *omertà*. Nadat een getuigenbeschermingsprogramma naar Amerikaans model het licht zag, keerde de situatie echter. Omdat de getuigen meestal met familieleden opgenomen moeten worden, dreigt het systeem te bezwijken onder zijn succes. Dat de overlopers de rechtshandhaving veel nuttige informatie en kennis hebben opgeleverd over de interne verhoudingen en de mensen die tot de groepen behoren, durft niemand te betwijfelen. Over hun verklaringen als betrouwbaar bewijsmiddel en de prijs die de maatschappij heeft betaald voor hun medewerking, bestaat daarentegen wel de nodige controverse (*infra*).

BIJZONDERE HERZIENING- Art.8, leden 3-4 bepaalt dat wanneer de spijtoptant strafvermindering heeft bekomen door valse of onvolledige verklaringen, er een uitzonderlijke mogelijkheid bestaat tot herziening van de straf. Wanneer het bovendien om opzettelijke valse verklaringen gaat, riskeert men veroordeling voor laster met een extra strafverzwaring (art.8, lid 6)¹⁷⁰¹. De rechter in het herzieningsproces kan de alternatieven voor opsluiting in de gevangenis en de beschermingsmaatregelen op vraag van het Openbaar Ministerie opschorten (art.8, lid 5).

STOK- Al deze bepalingen over gunsten en beloningen moet natuurlijk worden bekeken in combinatie met de vele « stokken » die tegelijkertijd werden ingevoerd. In de V.S. zet het risico op de doodstraf zelfs de allerswaarste criminelen aan tot onderhandelen. Op gelijkaardige wijze kent Italië een extra hardvochtig gevangenisregime, de zogenaamde 41bis¹⁷⁰². De meeste gevangenen zijn er echt wel bang voor om jaren door te moeten brengen in isolatieregimes op eilandgevangnissen. Voor de minder zware gevallen kan de al vermelde uitbreiding van de mogelijkheden tot voorlopige hechtenis vaak al volstaan.

¹⁷⁰¹ Art.8, par.3 tot 5 Decreetwet 13 mei 1991, nr.152.

¹⁷⁰² Het gaat om art.41bis van de wet op de gevangenisadministratie, gewijzigd na de aanslagen op de rechters Falcone en Borsellino bij wet nr.354 van 7 augustus 1992. Zij laat de minister van justitie toe het gewone gevangenisregime geheel of gedeeltelijk op te schorten als dat niet volstaat om de openbare orde en veiligheid te waarborgen. Er bestaat rechterlijke controle op deze beslissing die gemotiveerd moet zijn en slechts voor de veroordeelden voor een beperkt aantal misdrijven (maffiamisdrijven zijn daarbij). Normaal zou deze noodwet tot 31 december 2000 van kracht blijven. (cfr. Hof Mensenrechten 6 april 2000 Labita tegen Italië, zaak nr.26772/95.)

2.1.4. Waarborgen

STEUNBEWIJS NODIG- Omdat iedereen aanvaardt dat er talloze redenen zijn om te twifelen aan de oprechtheid van overlopers en de betrouwbaarheid van hun verklaringen, heeft de verdachte in de « doelwitprocedure » recht op extra waarborgen. De discussie over het al dan niet toelaten van getuigenissen van mededaders gaat immers al terug tot de Romeinen uit de Oudheid¹⁷⁰³. Het Nieuwe wetboek van Strafprocedure heeft de knoop als volgt doorgehakt. De derde paragraaf van art.192 NCPP stelt een grens aan het beginsel van de vrije bewijswaardering. « *De verklaringen van de medebeklaagde voor hetzelfde misdrijf of van iemand die aangeklaagd is in een samenhangende procedure (...) moeten gewaardeerd worden samen met andere bewijselementen die hun betrouwbaarheid bevestigen.* » (eigen vertaling) Op het eerste gezicht lijkt dat duidelijk : op basis van een dergelijke verklaring alleen kan een veroordeling niet steunen. Er moeten andere bewijselementen bijkomen. Doch al vlug zullen interpretatieproblemen opduiken. Zo zeggen sommigen dat *objectieve* elementen het bewijs moeten steunen, dat *getuigenissen* alleen niet volstaan. De rechtspraak heeft echter ook aanvaard dat overeenstemmende onafhankelijke verklaringen van twee spijtoptanten kunnen volstaan. Ook de verklaring van een mededader samen met de bekentenis van een andere mededader worden aanvaard, zelfs indien de bekentenis enkel slaat op diens eigen betrokkenheid. Desondanks heeft het Italiaanse Hof van Cassatie zich in een aantal gevallen streng getoond voor veroordelingen die louter op spijtoptantenverklaringen steunden, vooral dan als die onderling tegenstrijdig waren¹⁷⁰⁴.

CONFRONTATIE- De Italiaanse verdachte krijgt uitgebreid de kans om de betrouwbaarheid van de getuige voor de ogen van de feitenrechter in twijfel te trekken. Tenzij in heel uitzonderlijke gevallen moet de bedreigde getuige op de

¹⁷⁰³ Het canoniek recht uit de 13^{de} eeuw bevat een uitdrukkelijk verbod op getuigenis van mededaders, het is met de Inquisitie dat opnieuw de andere richting ingeslagen wordt (*supra*, Hoofdstuk 1). In de volgende eeuwen zullen Italiaanse wetgevers, advocaten en rechtsgeleerden talloze veldslagen leveren over de al dan niet toelaatbaarheid van verklaringen van mededaders. De Italiaanse rechtspraak toont zich vrij soepel en weigert de verklaringen totaal uit te sluiten, al leek dat volgens sommige rechtsgeleerden de bedoeling van de uit 1930 daterende Codice Rocco.

¹⁷⁰⁴ Het bevestigde de vernietiging door het Hof van Beroep van Reggio Calabria van de veroordeling van de Koepel van Cosa Nostra voor de moord op de procureur-generaal bij Cassatie Scopellitti. Dat is de hoogste magistraat die ooit vermoord werd door de maffia, nadat hij geweigerd had in te gaan op pogingen om het maxiproces van Palermo (460 beklagden) te "corrigeren". Cosa Nostra zou de moord uitbesteed hebben aan de Calabrese N'drangheta in ruil voor het herstellen van de vrede tussen verschillende Calabrese clans. (It.Cass., nr.9148 van 21 juni 1999)

zitting verschijnen; gerechtvaardigde angst voor repressailles geldt niet als excuus. De maffiaprocessen vinden plaats in echte bunkeraula's, die soms in de gevangenis zelf gelegen zijn (zoals in de Rebibbia-gevangenis van Rome). In sommige, uitzonderlijke gevallen is een videoconferentie mogelijk. De Italiaanse staat heeft zoals gezegd een getuigenbeschermingsprogramma met identiteitsverandering georganiseerd. Om het nieuwe uiterlijk geheim te houden, kan de getuige wel visueel worden afgeschermd van de verdediging (met een scherm), maar niet van de feitenrechters. De verdediging kent wel de identiteit van de getuige, dat wil zeggen de ware (vroegere) identiteit, doch begrijpelijkerwijze niet het nieuwe adres¹⁷⁰⁵.

2.1.5. Kritiek

UITDEINING NOODTOESTAND- Uit de schoksgewijze uitdeining van het gebruik van spijtoptanten door noodwetgeving blijkt dat het geenszins om een onbetwiste beleidskeuze gaat. Een eerste punt van kritiek betreft het gebruik van uitzonderingswetgeving, die meestal in zeven haasten wordt ingevoerd na een reeks schokkende aanslagen, ontvoeringen of moorden. Het resulterend kunst- en vliegwerk blijft daarenboven gedurende lange tijd behouden, lang nadat de oorspronkelijk rechtvaardiging is verdwenen. Als de ene noodtoestand (terrorisme) verdwijnt, gaat men een andere (drugs en maffia) invoeren om het uitzonderingssysteem te bestendigen.

VOORSTANDERS- In Italië lijkt de afstand tussen politici en mensen uit de opsporing (die ook wel regelmatig in de pen kruipen) en dogmatici (universiteitsprofessoren, die vaak ook wel advocaat of rechter zijn) vrij groot. En over weinig onderwerpen lopen de meningen meer uiteen dan over de spijtoptanten. Terwijl eerstgenoemde groep de genoemde wetten vooral bekijkt als een instrument om resultaten te bereiken, beklemtoont laatstgenoemde groep de grote beginselen die individuen moeten beschermen tegen het staatsapparaat. In deze discussie over « instrumentalisme en rechtsbescherming » lijken de Italianen het allesbehalve eens te zijn over de verhouding tussen beide. De pragmatici beschouwen het gebruik van spijtoptanten als een gevaarlijke, maar al bij al nuttige beleidskeuze. Volgens hen is het de enige manier om een einde te maken aan de straffeloosheid van een aantal zeer schadelijke praktijken. Onderhandelen, zelfs over misdrijven en straffen, kan volgens hen nodig zijn. Aanzienlijke toegevingen aan allesbehalve sympathieke

¹⁷⁰⁵ Dat de rechter van Rome hierdoor voor alle beschermde getuigen in het hele land bevoegd wordt, is volgens het Hof van Cassatie gerechtvaardigd door de nood aan beveiliging: http://www.giustizia.it/cassazione/giurisprudenz/costit/410ord_99.html

figuren zijn soms nodig. Zij geloven dat de afname van het terroristische geweld en een aantal successen in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit hun gelijk bewijzen.

DRUK- De dogmatici verdedigen het « klassieke » eenzijdig en zonder aanzien des persoons opgelegd strafrecht. Dat waarborgt het best de klassieke beginselen en grondrechten van het liberaal strafrecht. Zij wijzen erop dat de wanpraktijken van de Spaanse Inquisitie in een andere gedaante weer opduiken. Daarmee bedoelen zij een houding die zegt dat alle middelen goed zijn om aan de noden van de rechtshandhaving te voldoen. Terwijl men vroeger heeft getracht van pijn waarheid te maken (door foltering), « perverteren » de onderzoekers nu de gunst. Zoals vroeger de vrees voor pijn de vrijheid van de verdachte om te vertellen wat hij wilde, heeft opgeheven, doet nu het wenkende perspectief van de erg grote beloning hetzelfde. Talloze waarnemers vrezen dat voorlopige hechtenis, ondervraging en strafbedreiging van hun doel worden afgewend om druk uit te oefenen en aan te zetten tot verklikking. Daarom is de zeggenschap over de bescherming van getuigen weggehaald bij de onderzoekers in de strafzaken (tegen of met behulp van de getuige). Door deze bevoegdheid te ontzeggen aan de gerechtelijke politie en haar te geven aan een afzonderlijke, gespecialiseerde dienst op het Ministerie van Binnenlandse Zaken wil Italië vermijden dat onderzoekers bescherming (en het onttrekken ervan) zouden misbruiken als drukkingsmiddel. Vanzelfsprekend moet nog steeds de onderzoeker als eerste contact opnemen met de dienst bescherming.

WILLEKEUR- De vage toepassingscriteria vormen de grote steen des aanstoots van de meeste dogmatici. Wanneer neemt iemand voldoende « afstand » van de ideologische groep waartoe hij heeft behoord ? Wat moeten we begrijpen onder het « zich inspannen om gevolgen te beperken »¹⁷⁰⁶? Wanneer bestaat er « concrete hulp aan politie en gerecht voor het onttrekken van middelen die relevant zijn voor het plegen van misdrijven » ? Volgens de critici bevatten de verschoningsgronden vooral emotioneel-irrationele elementen die moeilijk objectief omschrijfbaar zijn. De vage verschoningsgronden sluiten daarenboven aan op vage misdrijfschrijvingen, zoals de in Deel II beschreven verenigingsmisdrijven. De toekenning van de verschoning hangt dan ook bijna helemaal af van de beslissing van de rechter. Die heeft een aan de willekeur grenzende beoordelingsruimte. Daarmee delegerde

wetgever zijn crimineel-politieke taak aan de magistratuur. Volgens de critici holt de wetgever zo het legaliteitsbeginsel in de strafbaarstelling volledig uit. Vooral het zogenaamde « taxativiteitsbeginsel » is in gevaar. Daarmee bedoelen zij de voorspelbaarheid van de strafmaat die men bij een bepaalde gedraging kan verwachten.

PARTIJDIGHEID- De ongekende « beleidsmarge » die de rechter krijgt, verandert volgens de critici de rechterlijke functie in een politionele functie. De zo belangrijke institutionele onpartijdigheid krijgt een flinke knauw, omdat de rechter wordt gedwongen partij te kiezen voor sommige medeverdachten en tegen anderen. Vele magistraten krijgen dan ook het verwijt « favorieten » te hebben. Zij zouden die dan gebruiken (of onbewust door hen gebruikt worden) voor persoonlijke of politieke afrekeningen met andere verdachten. Het geheim karakter van de onderhandelingen vergroot het risico op misbruiken. Daarmee bedoelen de critici zowel onrechtmatige druk als informele akkoorden over buitenwettelijke beloningen. We denken bij onrechtmatige druk bijvoorbeeld aan de politie die de indruk wekt of het gerucht verspreid dat de verdachte anderen heeft aangegeven. Zo brengt de rechtshandhaving zelf onrechtstreeks het leven van de getuige in gevaar en belet zij zijn terugkeer in de organisatie. Meer in het algemeen dreigt een te grote wederzijdse afhankelijkheid tussen rechtshandhaving en verklikker. Het resultaat is dat de rechtshandhaving teveel invloed (het influisteren of manipuleren van verklaringen) of te weinig controle op de beloonde verklaringen uitoefent.

TECHNISCH- Behalve aan de vage begrippen ergeren dogmatische waarnemers zich ook aan een wetgever die rechtsfiguren die zij willen onderscheiden, samen en door mekaar behandelt¹⁷⁰⁷. Traditionele rechtsfiguren zoals vrijwillige terugtred en actief berouw, een tegengedraging zien zij nog wel zitten. Zij betreuren echter dat procesrechtelijke gedragingen of houdingen die steeds minder met die eigen gedraging, de schuld eraan of schade eruit, te maken hebben, de straf voor dat misdrijf bepalen. Door de formulering die de wetgever kiest, maakt hij de toepassing van een verschoningsgrond afhankelijk van de efficiëntie van de rechtshandhaving.

¹⁷⁰⁶ Dat kan “ook door het helpen van politie- en gerechtelijke overheden...”. Gaat het hier om een voorbeeld, met nog andere manieren om de gevolgen te beperken? Het is dan wel niet duidelijk welke...

¹⁷⁰⁷ Zo eist een verschoningsgrond (art.2 Wet 29 mei 1982, nr.304) dat de verdachte afstand neemt van de vereniging (nieuw) en daarenboven zich inspant om gevolgen van zijn misdrijf te beperken (element van de klassieke figuur van actief berouw). Die keuze stuit op het

Hoe minder de politie weet, hoe groter de mogelijke verschoning. De speurders hebben dus tegenstrijdige belangen. Slecht eigen spoorwerk geeft hen een grotere mogelijkheid tot het toekennen van beloningen aan kandidaat-spijtoptanten. Critici van de Italiaanse wetten vrezen dat het wetgevend woordgebruik de procedure een subjectivistisch karakter geeft. Van een objectief strafrecht glijdt het systeem af naar een auteursstrafrecht. Zoals in de Delen II en III al is gebleken, verschuift de focus van wat iemand gedaan heeft naar wat of hoe iemand is en welke relatie hij heeft met de rechtshandhaving.

ETHISCH- Zoals in alle landen hebben critici ook ethische bezwaren tegen strafvermindering als beloning voor verklikking. Zelfs een gewezen minister van Justitie die achter de spijtoptantenregeling voor terroristen staat, noemde de wet « *nuttig en nodig, maar moet toegeven dat het Italiaans recht ermee zijn dieptepunt heeft bereikt.* » Eén van de problemen van de Italiaanse regeling is dat zij de strafvermindering vergroot wanneer de verstrekte inlichtingen nuttiger zijn voor de opsporingsinstanties. De zwaardere criminelen, die meer weten, krijgen aldus een grotere beloning dan de kleine garnalen die minder te bieden hebben. Daarnaast bestaan er ethische vragen bij de terrorismewetgeving die « *afwijzing van het geweld als middel van politieke strijd* » vereist. Volgens sommige waarnemers kan dat niet. Zij vinden dat de staat de gewetensvrijheid niet mag aantasten en zich dus moet toespitsen op uitwendig waarneembare gedragingen¹⁷⁰⁸.

EFFICIËNTIE- Voorstanders geloven dat de spijtoptanten de efficiëntie van de bestrijding van terrorisme en georganiseerde criminaliteit hebben verhoogd¹⁷⁰⁹. Tegenstrevers relativeren het succes. Weinigen betwisten dat het verval van het links terrorisme, het uitstappen van ontgoochelde « strijders », eigenlijk al voor de spijtoptantenwetten is begonnen. De wetten bezegelden eigenlijk gewoon het einde van een terroristische golf¹⁷¹⁰. Uit het « extreem-rechtse terrorisme », dat bloedige « blinde » bomaanslagen pleegde op treinen, stations en ander openbare plaatsen, is nooit een (kandidaat-)spijtoptant opgedoken. Bij georganiseerde criminaliteit was echter al lang voor de wetten van 1990 en 1991 een aantal « grote » spijtoptanten

bezwaar dat wie een terreurgroep verlaat, meestal niet veel mogelijkheden heeft om nog een impact te hebben op de activiteiten van de groep.

¹⁷⁰⁸ PALAZZO, F., *op.cit.*, 761-762: die erop wijst dat de motieven voor medewerking irrelevant zouden moeten zijn.

¹⁷⁰⁹ DALLA CHIESA, N., "L'efficacia dei pentiti", *L'Unità* 28 december 1996, 1 en 6.

¹⁷¹⁰ Dit argument gebruiken politici precies als rechtvaardiging voor de beloning van loutere dissociatie.

aan het praten gegaan. De wetten zouden vooral een stroom van « kleine garnalen » hebben opgeleverd die slechts verouderde of al gekende informatie aanbrenge. Niettemin kregen ook zij aanzienlijke strafvermindering en dure fysieke bescherming.

CONTRASTRATEGIE- Na de aanvankelijke successen op basis van verklaringen van spijtoptanten hebben criminelen de tegenaanval ingezet. De initiële primitieve reactie van vergeldend geweld maakte na een tijdje plaats voor een subtielere strategie. « Valse » spijtoptanten « desinformerden » de onderzoekers. Zij zetten dwaalsporen uit, herzien hun verhaal, gaan af bij kruisverhoor voor de rechtbank of vertellen genoeg onzin om bij rechters en publiek het vertrouwen in de spijtoptanten in het algemeen te ondermijnen. De discussie over spijtoptanten en hun verklaringen mondt dan vaak uit in een moeilijk te beslechten strijd tussen *believers* en *non-believers*. Velen geloven dat de spijtoptanten wel nut hebben, al hebben zij vragen over de hoogte van de betaalde prijs. Zij geloven dat de steun van de publieke opinie en de politiek voor de strijd tegen de maffia zeker zo belangrijk is geweest. Het einde van de koude oorlog, een aan corruptieschandalen ten onder gegaan politiek bestel, een aantal schokkende moorden en internationale druk hebben Rome gedwongen nog meer mensen en middelen vrij te maken, inspanningen te coördineren en de interne en externe hinderpalen voor de onderzoekers weg te werken.

SLACHTOFFERS- De familie van de door de Rode Brigades vermoorde eerste minister Moro heeft vanuit haar christelijke overtuiging een aantal keren openlijk vergiffenis geschonken aan de daders¹⁷¹¹. Doch niet alle slachtoffers tonen dezelfde toegeeflijkheid. Familieleden van minder welstellende slachtoffers, zeker die van mensen die door georganiseerde criminelen zijn mishandeld of vermoord, hebben vaak geen of slechts een kleine vergoeding gekregen. Hun verbittering is groot wanneer zij vernemen dat de daders hun straf tot enkele jaren verminderd zien. De meeste spijtoptanten zijn onvermogen (zij bezitten weinig en dat moeten zij opgeven) en kunnen dus de slachtoffers niet vergoeden¹⁷¹². Daarenboven is de fysieke bescherming van getuigen zo goed als onmogelijk in een klassieke gevangenis. Sommigen zitten in een speciaal gebouwde gevangenis, maar de

¹⁷¹¹ JAMIESON, A., *The Heart Attacked, Terrorism and Conflict in the Italian State*, London-New York, Marion Boyars, 1989, 206.

¹⁷¹² P.J., "Presidente, quei denari mi indignano", *La Stampa* 10 januari 1997, 12.

belangrijkste getuigen worden buiten de gevangenis ondergebracht¹⁷¹³. Gedurende een tijd krijgen zij een loon van de staat, tot zij werk vinden onder hun nieuwe identiteit. Ook dat frustreert slachtoffers. Een aantal schandalen, waarbij bekende spijtoptanten van hun nieuwe identiteit in het beschermingsprogramma gebruik hebben gemaakt voor het plegen van nieuwe misdrijven (zelfs moorden), zijn koren op de molen van de critici¹⁷¹⁴.

HERVORMING¹⁷¹⁵- In de periode 1996-97 heeft de toenmalige minister van justitie Flick een wetsontwerp uitgewerkt om aan een deel van de kritiek tegemoet te komen¹⁷¹⁶. Hij wil het spijtoptantenregime verstrengen, de instroom beperken tot « belangrijke » spijtoptanten en meer aandacht besteden aan de slachtoffers. De spijtoptant zou voor een « debriefing » van zes maanden in de gevangenis belanden, in absolute isolatie. De naaste familie kan bescherming krijgen, maar mag de spijtoptant niet bezoeken. Confiscaties spekken een fonds voor de vergoeding van slachtoffers¹⁷¹⁷. Daartoe is de spijtoptant verplicht al zijn illegale verdiensten op te sommen. Het onderhouden van de spijtoptant door de staat wordt zo veel mogelijk ingekort en kan nooit meer levenslang duren¹⁷¹⁸. Vooraleer huisarrest of een alternatief strafuitvoeringsregime mogelijk wordt, moet de spijtoptant een kwart van zijn straf uitzitten of tien jaar bij levenslang. De vrijspraak van de door spijtoptanten beschuldigde Andreotti (en de arrestatie op verdenking van moord van de kroongetuige die hem beschuldigde) heeft het debat over de spijtoptanten heropend.

¹⁷¹³ In 1996 zitten van de 1281 "collaboratori" (1214 spijtoptanten, 69 getuigen) er 248 opgesloten en zijn er 780 vrij. 106 hebben een alternatief voor de gevangenis gekregen, 7 zijn vrij in het buitenland, 65 in huisarrest, 8 zitten vast buiten de gevangenis. Er zitten ook 5747 familieleden in het beschermingsprogramma (A.R., "I pentiti sono senza futuro", *La Stampa* 10 januari 1997, 12.)

¹⁷¹⁴ BIANCONI, G., "La droga riporta in cella il pentito Contorno"; "Non mettete sotto processo I pentiti", *La Stampa* 30 januari 1997, 4-5; INCERTI, C., "Pentiti, ripentiti e pentiti per finta", *Panorama* 12 september 1996, 34-36; GIUSTOLISI, F., "Licenza di uccidere o ritratto, la vera storia di Balduccio di Maggio", *L'Espresso* 30 oktober 1997, 60-63.

¹⁷¹⁵ Zie ook: D'AMBROSIO, L., "Collaboratori di giustizia. Breve analisi della disciplina vigente e appunti su una possibile riforma", *Documenti Giustizia* 1995, nr.3, 316-337.

¹⁷¹⁶ MILELLA, L., "Pentiti sí, ma solo col brevetto", *Panorama* 14 november 1996, 77-78.

¹⁷¹⁷ De wet 109/96 zorgde ervoor. Voor de statistieken en bestemming: *cfr.* het agentschap voor het sociaal gebruik van de van de maffia geconfisceerde goederen: <http://vivaldi.nexus.it/altri/libera/agenzia.html>.

¹⁷¹⁸ De gemiddelde leeftijd van de spijtoptanten ligt vrij laag, hun "nieuw leven" kan decennialang duren. Hun terugkeer in de gewone maatschappij kampt met talloze praktische hindernissen. Met een nieuwe identiteit komt bij wijze van spreken een blanco c.v., het verdwijnen van de eventuele beroepservaring en diploma's e.d. Wie twijfels heeft over de complicaties die identiteitsverandering meebrengt, doet er goed aan de halfjaarlijkse verslagen te lezen die de Dienst voor Beschermingsprogramma's aan het Italiaanse parlement overmaakt. Ook de U.S. Marshall's zijn ondubbelzinnig over de moeilijkheden, zelfs in een maatschappij als de Amerikaanse waar documenten in het dagdagelijkse leven een minder belangrijke rol spelen dan in – bijvoorbeeld - Duitsland.

Toch gaat het om een gematigde verstrenging van de regeling, zeker niet om het opgeven van het systeem.

BESLUIT- Hoewel de wetgever in Rome uiteindelijk het beladen begrip « *pentito* » niet in de wetteksten heeft willen opnemen, is het via Italië dat het begrip « spijtoptant » bij ons echt ingang heeft gevonden¹⁷¹⁹. Het gaat om een crimineel die afstand neemt van zijn crimineel verleden. Wij vinden in Italië spijtoptanten in allerlei varianten. Berouw vóór de feiten, erna, met enkel bekentenis van de eigen feiten dan wel met beloning van het verklikken van anderen : in de loop der jaren verdampt de aanvankelijk vereiste band tussen het eigen misdrijf en de in ruil voor verschoning aan de overheid gegeven medewerking steeds meer. De combinatie van zeer verregaande vrijheidsbeperkingen en zeer zware straffen (als stok) met zeer aanzienlijke strafvermindering (als wortel) levert zware druk op. Het strafprocedureel legaliteitsbeginsel heeft Italië ertoe gedwongen de verschoningsgronden uitdrukkelijk in de wet te zetten. Dat gebeurt met uitzonderingswetten, die gerechtvaardigd worden door de noodtoestand, doch achteraf naar steeds meer situaties uitgebreid worden. Aanvankelijk gaat het enkel over ontvoeringen, dan ook over terrorisme, uiteindelijk ook over drugs en andere vormen van georganiseerde criminaliteit. Over de effectiviteit van de maatregelen tegen terrorisme lopen de meningen uiteen. In de strijd tegen de maffia lijken er wel resultaten te zijn geboekt. Hier draait de discussie meer over de prijs die de rechtsstaat ervoor heeft betaald en die vele critici te hoog vinden¹⁷²⁰. Alleszins is de mythe van de *omertà* tussen de « solidaire criminelen » uiteengespat. Honderden « overlopers » hebben aangetoond dat de « trouw » van criminelen zelden onvoorwaardelijk en voor het leven is. Vooral in combinatie met een grootschalig programma voor fysieke bescherming met identiteitsverandering hebben de strafvermindering en het penitentiair gunstregime vruchten afgeworpen. Critici klagen erover dat de toepassingscriteria van de verschoningsgronden zo vaag en subjectief zijn dat het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel uitgehold is. De wetgever heeft zijn taak gedelegeerd aan de rechterlijke macht. Die ziet zich op haar beurt in een soort oneigenlijke "politierol" gedwongen. De Italiaanse wetgever voorziet wel gewone (geen anonimiteit, recht op confrontatie) en buitengewone

¹⁷¹⁹ Het woord komt uit Nederland, waar het oorspronkelijk gebruikt werd voor de Indonesiërs die tegen onafhankelijkheid hadden gekozen en met de koloniale machthebbers meevochten. Achteraf hadden ze vaak spijt van de door hen gemaakte keuze (optie). Journalisten, wetenschappers en juristen hebben het woord "gereanimeerd" toen zij op zoek moesten naar een vertaling voor het in de Italiaanse politiek en pers vaak gebruikte "pentito". Daar gaat het over mensen die afstand nemen van (spijt hebben over) hun verleden als terrorist of maffialid.

¹⁷²⁰ FARINA, R., "Pentiti, il fine giustifica l'immoralità?", *Il Giornale* 9 januari 1997, 1+7.

(steunbewijs vereist) waarborgen in de procedure van de doelwitverdachte over wie de spijtoptant verklaringen heeft afgelegd.

2.2. Verenigd Koninkrijk en Spanje

ENGELAND EN WALES- Het relatieve succes van Italië contrasteert met het falen van “spijtoptanten” als “middel” in de strijd tegen terrorisme in Noord-Ierland en Spanje. Zoals in de V.S. bestaat er in het accusatoir systeem van Engeland en Wales sinds lang een ruim aantal mogelijkheden voor de politie om te onderhandelen. De Engelsen hebben een lange traditie inzake de *guilty plea*¹⁷²¹. “Spijtoptanten” heten er “kroongetuigen”, omdat zij als verdachten de kant van de “vervolging” (de Kroon) kiezen tegen hun vroegere companen. De oorsprong van deze procesfiguur ligt in een ver verleden, doch na in onbruik te zijn geraakt, heeft hij een heropleving gekend¹⁷²². De situatie is behoorlijk verward omdat er geen algemene wettelijke regels bestaan en de onderhandelingen die aan de basis van de rechtspraak liggen niet erg doorzichtig zijn. Waarnemers zijn het er niettemin over eens dat de politie over behoorlijk wat marge beschikt om wie inlichtingen verstrekt, daarvoor te belonen. “Onderhandelde *immunity*” laat mededaders, mits enkele procedurele handigheidjes, toe te getuigen. De rechter kan in de praktijk geen vetorecht uitoefenen tegen een dergelijke “*immunity bargain*”¹⁷²³. Er bestaat geen diepgewortelde procedurele afkeer van dit soort getuigenissen, maar de trend in de rechtspraak is er één in de richting van een waarschuwing van de jury en de vereiste van steunbewijs (*corroboration*)¹⁷²⁴.

NOORD-IERLAND- In Noord-Ierland, waar al van in de jaren zeventig een uitzonderingsregime geldt, heeft de rechtshandhaving in een bepaalde periode zogenaamde superspijtoptanten (*supergrasses*) ingezet¹⁷²⁵. In de jaren zeventig

¹⁷²¹ CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 141.

¹⁷²² Over de voorgeschiedenis: CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 148- 151; HAÜSLER, B., “Der Kronzeuge in der Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege und im internationalen Vergleich- Szenen nicht nur aus dem “Schmücker-Verfahren” “, in: STRAFVERTEIGERVEREINIGING(ed.), *Europa und Strafverteidigung*, Köln, Strafverteidigersvereinigung, 1991, 46-48.

¹⁷²³ JUNG, H., “Straffreiheit für den Kronzeugen?”, *Goldammer Archiv für Strafrecht* 1998, 313-328.

¹⁷²⁴ Over de (beperkte) mogelijkheden tot procedurele getuigenbescherming: HUBER, B. en KLUMPE, B., “*England/Wales und Nordirland*”, in HÜNERFELD, P. (ed.), *op.cit.*, 34-57.

¹⁷²⁵ Zie hierover in detail: GREER, S., “The Rise and Fall of the Northern Ireland Supergrass System”, *Criminal Law Review* 1987, 663-670; BONNER, D., “Combating Terrorism: Supergrass Trials in Northern Ireland”, *The Modern Law Review* 1988, 23-53; HILLYARD, P. en PERCY-SMITH, J., “Converting Terrorists- The Use of Supergrasses in Northern Ireland”, *Journal of Law and Society* 1984, 335; DENNY, M., “Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland”, *Zeitschrift für die gesamte*

konden politie en leger mensen zonder verdenking van een concreet misdrijf oppakken. De jacht op bekentenissen mondde – herhaaldelijk - uit in straffeloos mishandelen. Toen maatregelen genomen werden om dergelijke praktijken te bannen, geloofde de politie dat beloonde “overlopers” een belangrijk alternatief konden bieden bij de vervolging van vermeende terroristen. De altijd al gebruikte “informanten”, moeten dus als getuige ingezet worden. Er heerst immers een *omertà* in de provincie en de intimidatie van getuigen neemt er uitzonderlijke proporties aan. In de periode van november 1981 tot november 1983 werden er zeven loyalistische en achttien republikeinse “*supergrasses*” gebruikt. Hun verklaringen – die meestal na een tijdje ingetrokken werden - leidden tot een zeshonderdtal aanhoudingen, maar uiteindelijk slechts tot weinig blijvende veroordelingen¹⁷²⁶. Naarmate de tijd verstrijkt, verstremde de rechtspraak zijn houding ten aanzien van de verklaringen en het vereiste steunbewijs. De *supergrass*-processen blijken de verdeeldheid in de maatschappij en het wantrouwen ten aanzien van de rechtshandhaving alleen maar te verergeren. De negatieve balans¹⁷²⁷ zorgde ervoor dat de praktijk al vlug in onbruik is geraakt¹⁷²⁸.

SPANJE- Voor de volledigheid vermelden we hier nog dat Spanje, dat ook al de figuur van actief berouw kent, een op het Italiaanse geïnspireerd systeem zal overnemen in zijn Strafwetboek¹⁷²⁹. Een verschoningsgrond moest terroristen aanzetten tot medewerking met de politie en de gerechtelijke overheden.

Verschoning was uitdrukkelijk uitgesloten bij doodslag (art.57, par.2 oud Sp.Sw.).

Niemand durft te zeggen dat de wet tot enige zinvolle resultaten heeft geleid¹⁷³⁰. De

Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1991, 269-305; en het boek BOYD, A., *The Informers – A Chilling Account of the Supergrasses in Northern Ireland*, Dublin, Mercier Press, 1984, 103 p.

¹⁷²⁶ Van hen hebben 15 hun verklaring ingetrokken vóór het proces, wat in het common law system de kans op veroordeling de grond inboort. In de 10 processen die erop volgen, zullen 120 van de 217 beklagden schuldig pleiten of veroordeeld worden (55%). In de 5 zaken die in beroep behandeld zijn, zouden 67 van de 74 veroordelingen vernietigd worden. Na 1983 komen er slechts 2 *supergrasses* meer bij.(GREER, S., *op.cit.*, 664-665)

¹⁷²⁷ Voor een balans: GREER, S., *op.cit.*, 669.

¹⁷²⁸ Een verregaande vorm van genadeverlening (of amnestie) voor gewezen terroristen, zelfs die met veel bloed aan hun handen, vormt echter een centrale pijler van de politieke Goede Vrijdag-akkoorden die het einde van het terrorisme in Noord-Ierland moesten waarborgen. De meest radicale unionisten vinden dat schandalig, doch de overgrote bevolking, zowel in het Verenigd Koninkrijk als in de Ierse republiek vinden dat geen te hoge prijs voor vrede.

¹⁷²⁹ De verschoningsgrond vormt een soort mengsel van de verschoningsgronden uit de Italiaanse wetten uit 81-82 en uit 87 (CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 528)

¹⁷³⁰ De wet heeft geen enkele spijtoptant opgeleverd. Het Spaanse gerecht wijst erop dat het berouw er pas kan komen na een aantal jaren opsluiting met de bijhorende isolering t.a.v. de organisatie.(HÄUSLER, B., *op.cit.*, 56) Vandaar dat als flankerende maatregel de regering ook een gunstregime van strafuitvoering uitwerkt, voor terroristen die afstand nemen van de terreurbeweging en willen “terugkeren” in de maatschappij.

Spaanse strafprocedure maakte het immers zo goed als onmogelijk in de voorfase al tot een onderhandeld akkoord te komen¹⁷³¹. De dogmatiek liet zich zeer kritisch uit over de regeling¹⁷³². Het totaal uitblijven van het beoogde resultaat belette de wetgever niet om de verschoningsgronden te behouden bij de invoering van een nieuw Strafwetboek. Häusler vermoedt daarom dat er inderdaad wel “deals” bestaan in de voorfase, maar dat die helemaal geheim blijven¹⁷³³. De wetgever breidde de spijtoptantenregel zelfs uit tot drugsmisdrijven¹⁷³⁴. Daar de solidariteit in de drugwereld doorgaans veel minder hecht is dan in nationalistische terreurbewegingen zoals ETA, mogen we aannemen dat in drugszaken de verschoningsgronden meer toegepast zullen worden. Eén van de grootste drugszaken in de Spaanse geschiedenis, de zogenaamde Nécora-zaak, berustte voor een groot deel op de verklaringen van een spijtoptant. Het Spaanse Hof van Cassatie (Tribunal Supremo) verwierpt het verweer dat zijn getuigenis wegens de verregaande beloning ontoelaatbaar want onbetrouwbaar zou zijn. Dat nam niet weg dat andere feitelijke omstandigheden inderdaad twijfel over zijn betrouwbaarheid rechtvaardigden en talloze aanvankelijk veroordeelden alsnog vrijuit gingen¹⁷³⁵. Getuigenbescherming speelt vooral in zaken van terrorisme, meer dan de gemeenrechtelijke georganiseerde criminaliteit¹⁷³⁶.

2.3. Duitsland¹⁷³⁷

GELIJKENIS- De Duitse situatie vertoont belangrijke gelijkenissen met de Italiaanse. Het strafrechtelijke systeem en de dogmatiek zijn nauw verwant. Zo geldt in beide landen het strafproceduraal legaliteitsbeginsel, dat “onderhandelde” strafvermindering in de weg staat en de behoefte aan wetgeving creëert. Vandaar dat ook de figuur van “actief berouw” (*Tätige Reue*) er welbekend is bij misdrijven met meerdere deelnemers (art.46 II StGB)¹⁷³⁸. In beide landen zal de terroristische

¹⁷³¹ HÄUSLER, B., *op.cit.*, 56.

¹⁷³² QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 269-369, vooral 347-369.

¹⁷³³ HÄUSLER, B., *op.cit.*, 57.

¹⁷³⁴ Art.376 Nieuw Strafwetboek van 1995, Organieke Wet 10/95 van 23 november 1995, zie SEOANE SPIELBERG, J., “Aspectos procesales del delito de trafico de drogas”, *Actualidad penal* 1996, 349-352.

¹⁷³⁵ SEOANE SPIELBERG, J., *op.cit.*, 351.

¹⁷³⁶ Voor de mogelijkheden tot afscherming van gegevens ter bescherming van getuigen: MADLENER, K. en GAMMELIN, M., “Spanien”, in: HÜNERFELD, P. (ed.), *op.cit.*, 205-222.

¹⁷³⁷ BEIER, A., *op.cit.*, 177-211; TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, *op.cit.*, 104-114 en 233-235; QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 183-221; CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 227-253. Al deze literatuur dateert echter wel van voor de wetswijziging van 1998 (*infra*).

¹⁷³⁸ Duitse auteurs beschrijven dit als de “gouden brug” die men aanbiedt aan wie zijn poging wil opgeven, een idee dat al opduikt bij FEUERBACH, P., *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, Giessen, 1804, 102 e.v. (aldus QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 185, voetnoot 3)

“noodtoestand” de doorbraak naar een spijtoptantenregeling mogelijk maken. Net zoals in Italië kwam de wet er eigenlijk pas toen het terrorisme al over zijn hoogtepunt was. Vervolgens deemsterde terrorisme als rechtvaardiging weg, maar werd dit “instrument” ingezet in de aanpak van georganiseerde criminaliteit.

KLEINE KROONGETUIGE- Zoals in Italië formuleerde de wetgever de eerste verschoningsgrond voor spijtoptanten als een - aan de eigen aard van het drugsmisdrijf - aangepaste variant van het actief berouw in de Drugwet (art.31 *Betäubungsmittelgesetz*). De zogenaamde “kleine kroongetuige” moet alles in het werk stellen om toekomstige strafbare feiten te voorkomen. Daarnaast moet hij de nodige informatie verstrekken om effectief andere drugsdelicten op te sporen of te verhinderen. Traest onderstreept dat de spijtoptant niet moet getuigen ter zitting. Inlichtingen verstrekken als informant in het opsporingsonderzoek volstaat¹⁷³⁹.

GROTE KROONGETUIGE- In Duitsland leidde het geweld van de Rote Armee Fraktion na een schier eindeloze politieke controverse¹⁷⁴⁰ in 1989 tot een spijtoptantenregeling voor terroristen¹⁷⁴¹. Het ging om een tijdelijke wet, die echter in 1992 en 1995 werd verlengd en uiteindelijk afliep op 31 december 1999. Desondanks heeft een overweldigende meerderheid van de rechtsleer zich tegen deze kroongetuigenregeling gekant¹⁷⁴². “*Die politische Macht siegte über die Vernunft,*” schrijft een auteur die de goedkeuring wijt aan het efficiënte lobbywerk van politie en Openbaar Ministerie¹⁷⁴³. Het gaat om een “*sui generis*-regeling”, die een materieelrechtelijke verschoning (strafverminderend of beslissend) combineert met een strafprocesrechtelijke uitzondering op het legaliteitsbeginsel. De wettelijke voorwaarden en juridische toepassingsproblemen zijn goeddeels vergelijkbaar met die in Italië¹⁷⁴⁴. We gaan er hier niet op in. Het is wel het aanstippen waard, zeker gelet op onze vaststelling in Deel II, dat de Duitse kroongetuigenwet aandacht heeft

¹⁷³⁹ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, *op.cit.*, 104.

¹⁷⁴⁰ Over de ontstaansgeschiedenis van de wet: HÄUSLER, B., *op.cit.*, 70-71.

¹⁷⁴¹ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozesordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten van 9 juni 1989, Bundesgesetzblatt, I, 1989, 1059, inwerkingtreding 16 juni 1989.

¹⁷⁴² Aldus CUERDA-ARNAU, M., *op.cit.*, 248. Zie bijvoorbeeld de kritiek van HASSEMER, W., “Die Kronzeugenregelung”, *Strafverteitiger* 1989, 79 e.v..

¹⁷⁴³ HÄUSLER, B., *op.cit.*, 71.

¹⁷⁴⁴ Zo is er bijvoorbeeld opnieuw de grote beoordelingsmarge die Openbaar Ministerie de rechter heeft wanneer hij de informatie en het nut ervan voor het onderzoek weegt. Blijkbaar wordt de hulp zeer ruim geïnterpreteerd: zie TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, *op.cit.*, 108-109 en dit tot ongenoegen van rechtsgeleerden als QUINTANAR DIEZ, M., *op.cit.*, 220 die erop wijst dat de letter van de wet zegt dat de bijdrage “beslissend”, “doorslaggevend” moet zijn.

voor de bemiddelaars tussen staat en kandidaat-kroongetuige. Art.4 stelt hen vrij van de aangifteplicht voor ernstige misdrijven, geeft hen een verschoningsrecht als getuigen en verbiedt inbeslagneming van stukken of voorwerpen toevertrouwd in het kader van de bemiddeling¹⁷⁴⁵.

UITDEINING- Net zoals in Italië verdrong in de jaren negentig de bedreiging van georganiseerde criminaliteit die van het terrorisme. Vandaar dat de wet van 28 oktober 1994 de spijtoptantenregeling heeft uitgebreid tot “daders van en deelnemers aan het in art.129 StGB genoemde strafbare feit van vorming van of deelname aan een verboden vereniging of een daarmee samenhangend strafbaar feit”. Het moet wel gaan om een vereniging gericht op het begaan van strafbare feiten waarvoor de rechter op grond van 73d StGB de confiscatie kan opleggen¹⁷⁴⁶. De wetgever vindt er geen doekjes om dat het om een toepassing gaat van “het doel heiligt de middelen”, maar verdedigt zich door de ernst van het verschijnsel en de strikte en cumulatieve voorwaarden.

GETUIGENBESCHERMING- In Duitsland kunnen getuigen worden beschermd door het geheim houden van een aantal of alle persoonsgegevens¹⁷⁴⁷. Tijdens de voorbije jaren is veel nagedacht over de bescherming van de getuigen¹⁷⁴⁸, maar ook over de rechtspositie van getuigen in het algemeen¹⁷⁴⁹. De wetgever is ingegaan op pleidooien voor meer verschoningsrechten voor getuigen, dat wil zeggen dat de staat hen in bepaalde gevallen niet kan dwingen te praten. Het Wetboek van Strafvordering (par.68b StPO) regelt ook rechtsbijstand voor bepaalde types van getuigen, het gebruik van audiovisuele opnamen e.d. Volledige anonimiteit van getuigen kan sinds een omstreden wet in zaken van georganiseerde criminaliteit¹⁷⁵⁰. Rechtsgeleerden en het Bundesgerechtshof willen dat de verdediging hen kan ondervragen via optische en akoestische afscherming¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁵ De bemiddelingsrol zelf kan o.i. dan ook niet als basis dienen voor een veroordeling wegens deelname aan of ondersteuning van een criminele organisatie, zelfs niet als de onderhandeling mislukt.

¹⁷⁴⁶ DAHS, H., “Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.94- ein Produkt des Superwahljahres”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 557.

¹⁷⁴⁷ JUNG, H., “Zeugenschutz”, *Goldammer Archiv für Strafrecht* 1998, 313-328.

¹⁷⁴⁸ ZACHARIAS, K., *op.cit.*, 157-284.

¹⁷⁴⁹ Cfr. WEIGEND, T., *Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeßrecht besser vor Nachteilen zu bewahren?*, *Gutachten C für den 62. Deutschen Juristentag*, München, Beck 1998, 131 p.; JUNG, H., “Zeugenschutz”, *op.cit.*, 326-327, ZACHARIAS, K., *op.cit.*, 284-304.

¹⁷⁵⁰ Over deze wet BRAMMERTZ, S. en RAMBACH, P., *op.cit.*, 715-716.

¹⁷⁵¹ JUNG, H., “Zeugenschutz”, *op.cit.*, 325-326.

2.4. Nederland

BEKEND- In tegenstelling tot de Amerikaanse of Italiaanse situatie is de Nederlandse in België doorgaans goed gekend. We zullen haar daarom slechts heel kort behandelen.

CONTEXT- In Nederland hanteert men zoals in België al heel lang het opportuniteitsbeginsel in de vervolging. Dat wordt er niet zoals bij ons "gestoord" door de burgerlijke partij. In de praktijk biedt dat de mogelijkheid tot informele akkoorden, al was - zoals in vele landen - de koudwatervrees om "grote" spijtoptanten te aanvaarden bij de magistratuur groot. Nochtans werd de Italiaanse situatie aandachtig bestudeerd¹⁷⁵². De Enquêtecommissie Opsporingsmethoden bracht niettemin aan het licht dat pragmatische keuzes om bepaalde criminelen (informanten, infiltranten) te bevoordelen om andere te vatten standaardpraktijk was. De bronafscherming via gesloten CID-circuits maakte het ook moeilijk die praktijken te beoordelen. Toch vond de Enquêtecommissie dat bepaalde "deals met criminelen" moesten kunnen, mits ze een wettelijke basis kregen¹⁷⁵³. Ze mochten wel niet op absolute immuniteit uitlopen: het geven van tipgeld, het vorderen van een lagere straf door het parket of het verzachten van de omstandigheden van

¹⁷⁵² MANUNZA, E. en KNOOPS, B., "Garanties voor de betrouwbaarheid van kroongetuigen", *Delikt en Delinkwent* 1998, 768-785; MANUNZA, E. en TAK, P., "Tegen welke kroongetuigen zet Van Traa zich af?", *Delikt En Delinkwent* 1996, 552-560.

¹⁷⁵³ "Onder een deal verstaat de commissie een afspraak tussen een crimineel en het openbaar ministerie, met het doel een toetsbare getuigenverklaring te verkrijgen in ruil voor enige tegenprestatie van het openbaar ministerie. Deze deals dienen een wettelijke basis te krijgen. Bij deals met criminelen raakt men de grenzen van toelaatbare opsporingsmethoden. Wanneer men consequent de ene crimineel vrijuit laat gaan in ruil voor belastend bewijs tegen een andere crimineel die bij dezelfde strafbare handelingen betrokken is, ondergraaft men de zin van het strafrecht. Bovendien kan de overheid door onderhandelen de regie kwijt raken. Een zonder meer accepteren van deals met criminelen kan de weg openen naar een ongewenste afhankelijkheidsverhouding tussen justitie en de crimineel. Deals met criminelen, zoals omschreven in de circulaire van de procureurs-generaal van 1983, zijn te onderscheiden van de transactie waarbij alleen onderhandeld kan worden over de strafbare feiten door de verdachte zelf begaan. Transactie is niet mogelijk voor strafbare feiten waarop meer dan zes jaar gevangenisstraf als maximum is gesteld. De commissie bepleit derhalve grote terughoudendheid inzake deals met criminelen, die zichtbaar en controleerbaar moeten zijn. Zij moeten kunnen worden voorgelegd aan de rechter. De commissie wil de volgende voorwaarden stellen aan het aangaan van deze deals:
Zij zijn slechts toelaatbaar als uiterst redmiddel in zaken van georganiseerde criminaliteit of zaken van leven en dood de rechter toetsbare getuigenverklaringen opleveren. De te verkrijgen informatie dient essentieel te zijn voor opsporing en bewijs in die zaken. Het is onvoldoende wanneer een deal slechts informatie ten behoeve van de CID oplevert. Als tegenprestatie kan geen strafrechtelijke immuniteit worden toegezegd. Uitsluiting van strafvervolging is slechts mogelijk indien bij afwezigheid van de deal niet tot vervolging zou worden overgegaan of met een transactie zou worden volstaan." (ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing, op.cit.*, 465))

strafuitvoering konden wel¹⁷⁵⁴. De Nederlandse wet (art.9a Sr.) biedt de vonnisrechter nochtans de mogelijkheid om af te zien van het opleggen van een straf of maatregel, omwille van de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden die de feiten omringden of die zich na de feiten hebben voorgedaan. "Belonende straffeloosheid" voor spijtoptanten lijkt dus niet uitgesloten, al leken rechters niet geneigd deze bepaling daartoe te gebruiken.

RECHTSPRAAK- Het parket van Amsterdam maakte van een grote zaak tegen een tot dan "onaanraakbare" drugshandelaar een testcase en sloot een akkoord met twee spijtoptanten. Behalve strafvermindering en de waarborg niet uitgeleverd te worden¹⁷⁵⁵ zou er ook een deal over de mate van "ontneming van het wederrechtelijk voordeel" gesloten zijn. Na een - ondanks de bewuste mediativering van de zaak - juridisch hoogstaand debat met de verdediging over de pro's en contra's kreeg het Openbaar Ministerie de zegen van de rechtbank¹⁷⁵⁶. De parlementaire onderzoekscommissie had weliswaar besloten dat, gelet op de aard en omvang van het probleem van georganiseerde criminaliteit in Nederland, een "kroongetuigenregeling" als opoffering van de rechtsstaat buiten verhouding zou staan tot het probleem¹⁷⁵⁷. Doch, zo stelde de rechtbank vast, het ging hier niet om een kroongetuige die "volledige straffeloosheid" kreeg. De gebruikte spijtoptanten

¹⁷⁵⁴ De tegenprestatie kan zijn:

a. beloning volgens landelijke tipgeldregels (vergelijk informanten);
b. het eisen van een lagere straf dan op basis van de tenlastelegging normaal zou zijn, waarbij de officier van justitie dit meldt in zijn requisitoir;
c. enige verzachting van de strafexecutie. Dit mag niet in strijd komen met de Gratiewet. Toestemming van het College van procureurs-generaal voor het aangaan van een deal is vereist. De verantwoordelijke hoofdofficier doet daartoe een verzoek." (Ibidem)

¹⁷⁵⁵ Deze belofte zou bij België, dat de getuige zelf wilde vervolgen, in het verkeerde keelgat schieten.

¹⁷⁵⁶ De advocaten van de verdediging hadden het goede idee de belangrijkste stukken te boek te stellen: MOLS, G. en SPONG, G. (eds.), *De kroongetuige in het Octopus-proces*, Arnhem, Gouda Quint, 1997, 312 p.

¹⁷⁵⁷ "In de twee voorgaande paragrafen is de commissie gestoten op de grenzen van overeenkomsten om de opsporing van georganiseerde criminaliteit te vergemakkelijken. De invoering van het instituut kroongetuige schept een situatie waarbij de straf, of zelfs het ontbreken van enige straf, in geen verhouding meer staat tot de ernst van de gepleegde feiten. Daartegenover staat de mogelijke veroordeling van personen die anders de dans ontspringen. In Italië heeft het instituut kroongetuige geleid tot een aantal successen bij de bestrijding van de mafia en het terugdringen van de invloed van de georganiseerde criminaliteit op de democratische instellingen. Vooral met dat laatste doel voor ogen is het gebruik van de pentiti te billijken. In Nederland blijkt geen sprake te zijn van een grote invloed van de georganiseerde criminaliteit op het functioneren van de democratische instellingen. Derhalve moet in de ogen van de commissie de figuur van de kroongetuige niet in het Nederlandse strafrecht worden ingevoerd. De mogelijkheden genoemd onder deals met criminelen, eventueel gekoppeld aan een getuigenbeschermingsprogramma, vormen naar het oordeel van de commissie thans het maximum tot waar de Nederlandse rechtsstaat moet gaan." (ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing*, op.cit., 466)

hadden slechts strafvermindering gekregen en daar had het parlement zich niet tegen verzet. De rechtbank waakte trouwens zorgvuldig over de evenredigheid tussen de toegeving van het Openbaar Ministerie en de bijdrage van de spijtoptanten aan de zaak.

RICHTLIJN- Kort na dit vonnis in 1997 vaardigde het College van Procureurs-Generaal een publieke richtlijn uit met het regime voor "afspraken met criminelen"¹⁷⁵⁸. Die bevat enerzijds vereisten qua evenredigheid en subsidiariteit voor de inzet van spijtoptanten en anderzijds hiërarchische toestemmingsvereisten. Parketmagistraten moeten voor elke afspraak met spijtoptanten een interne goedkeuringsprocedure binnen het Openbaar Ministerie doorlopen. Dat betekent ondermeer een toetsing per geval door het College van Procureurs-Generaal en eventueel de Centrale Toetsingscommissie. Openheid en toetsing op de terechtzitting zijn wezenlijke krachtlijnen, zowel in de zaak van spijtoptant zelf, als in die waarin hij getuigt.

WETSONTWERP- Later vulde een wetsontwerp deze richtlijn aan, de mildere benaming "toezeggingen aan getuigen" gebruikend¹⁷⁵⁹. Die kwam er na een procedure waarin allerlei belangengroepen (magistratuur, advocatuur, ...) hun mening konden geven. Het Openbaar Ministerie kan een gedetailleerde schriftelijke afspraak maken met een verdachte, waarin strafvermindering (financiële beloning is uitgesloten) wordt toegezegd in ruil voor getuigenis tegen een andere verdachte¹⁷⁶⁰. Het gaat om een regeling die losstaat van die voor de informanten, die tipgeld krijgen, maar nooit formeel getuigen in rechte.

RECHTERLIJKE TOETSING- Wezenlijk is dat het akkoord aan een rechter-commissaris moet worden voorgelegd ter goedkeuring. De toepassing is beperkt tot zaken van georganiseerde criminaliteit die ernstig inbreuk maken op de rechtsorde en tot zeer zware misdrijven (strafbedreiging acht jaar of meer). Verder toetst de rechter-commissaris evenredigheid en subsidiariteit. Pas daarna volgt het verhoor onder ede van de spijtoptant door de rechter-commissaris. Zittingsrechter en de verdediging mogen de spijtoptant op de zitting opnieuw oproepen en verhoren.

¹⁷⁵⁸ Richtlijn van 13 maart 1997, "Afspraken met criminelen", *Staatscourant* 1997, nr.61, 30.

¹⁷⁵⁹ X, "Kamer wil duidelijke regeling voor deals met criminelen", *De Amersfoortse Courant* 15 maart 2000.

¹⁷⁶⁰ De Commissie Van Traa sprak nog wel van tipgeld als onderdeel van een deal (*supra*).

VERVOLGING- Belangrijk is dat een spijtoptant altijd wordt vervolgd. Het Openbaar Ministerie kan een "criminele getuige" dus geen algehele vrijwaring van straf toezeggen (wat Nederlanders dus "kroongetuige" noemen). Daarnaast is het de rechter die uiteindelijk oordeelt over de passende strafmaat. Hij mag de straf die hij wilde opleggen maximaal met een derde verminderen. Het Openbaar Ministerie mag enkel over hoofdstraffen toezeggingen doen, niet over bijkomende straffen en maatregelen. Het kan ook niet meer beloven geen uitlevering meer te vragen aan het buitenland of signaleringen bij Interpol in te trekken.

STEUNBEWIJS NODIG- Tenslotte is er de gebruikelijke regel dat de bewezenverklaring in een vonnis niet uitsluitend mag berusten op verklaringen van spijtoptanten.

GETUIGENBESCHERMING- De wet laat de regelingen op het terrein van getuigenbescherming onaangetast. Al in 1994 had het Nederlandse parlement immers in het wetboek Strafvordering een wettelijke regeling voor alle bedreigde getuigen aangenomen (art.226, a-f NI.Sv.). Naast beperkte anonimiteit kan in sommige gevallen ook volledige anonimiteit worden gewaarborgd aan getuigen. De rechter-commissaris, die in Nederland meer rechter van het onderzoek is dan de onderzoekende rechter die onze onderzoeksrechter is, speelt een centrale rol. Hij waakt (in samenwerking met de verdediging die indirect vragen kan stellen) over de rechten van de verdediging. Deze Nederlandse procedure werd uitgewerkt met veel aandacht voor de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar niettemin bleek dat toch nog verrassingen (veroordelingen) in Straatsburg op te leveren. Klachten tegen Nederland vormen trouwens de ruggengraat van de Straatsburgse rechtspraak over anonieme getuigen (*infra*, §4). Na een voorafgaand onderzoek heeft Nederland ook een echt getuigenbeschermingsprogramma uitgewerkt, al is het niet duidelijk of alle wettelijke voorwaarden voor identiteitsverandering bijvoorbeeld al van de baan zijn¹⁷⁶¹.

SAMENVATTING- In Nederland is de bedreiging van de openbare orde (de maatschappelijke noodtoestand) nooit zo erg geweest als in andere landen die voor spijtoptantenregelingen hebben gekozen. Het opportuniteitsbeginsel liet in de praktijk akkoorden met spijtoptanten trouwens toe. Bezorgheid om de uitholling van

¹⁷⁶¹ Een voorstudie kwam van de werkgroep Craemer in 1995, zie voor een summier rapport: <http://www.xs4all.nl/~respub/traa/document/401.htm> .

rechtstatelijke beginselen zorgde ervoor dat allerlei drempels en grenzen werden ingebouwd. Spijtoptanten kunnen slechts bij heel zware misdrijven, de toezeggingen die het Openbaar Ministerie kan doen, zijn beperkt en er bestaat dubbele rechterlijke controle. Eerst door de rechter-commissaris, die na eerst de "deal" te hebben toegestaan de spijtoptant onder ede verhoort, dan door de vonnisrechter na eventueel verhoor door verdediging. Openheid staat centraal. Voor alle bedreigde getuigen bestaat er een wettelijke regeling die afscherming van de verdediging mogelijk maakt. Een rechter-commissaris moet waken over de rechten van de verdediging, die soms slechts onrechtstreeks kan confronteren. Toepassingen van de procedure hebben al enkele uitschuivers voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens opgeleverd.

2.5. Besluit

IEDEREEN DOET HET- In verschillende van onze buurlanden heeft de rechtshandhaving, meestal met instemming van de wetgever, gekozen voor spijtoptanten. Het gebeurt wel steeds met schroom en terughoudendheid en de resultaten verschillen erg van land tot land. Een noodtoestand veroorzaakt door grootschalig terrorisme rechtvaardigt meestal de invoering, waarna een doorsijpeling naar de bestrijding van zware en georganiseerde criminaliteit volgt, meestal via de bestrijding van de drugshandel. Zowel het idee als de concrete regeling krijgen in de meeste landen zware kritiek. Steeds benadrukken de voorstanders daarom de uitzonderlijkheid. Dat levert in een land als Italië natuurlijk heel andere cijfers op dan in Nederland of Duitsland. Absolute straffeloosheid is meestal uitgesloten. Een vonnisrechter heeft normalerwijze het laatste woord.

BESCHERMING- Verschillende buurlanden hebben ook hun strafprocedure aangepast om de identiteit van getuigen gedeeltelijk of volledig af te schermen voor de verdachte. Zowat allemaal hebben zij ook speciale programma's voor het langdurig beschermen van bedreigde getuigen.

§3. »Stimulerend » Europa

3.1. Aanbeveling Raad van Europa

OVERZICHT GAMMA- Omdat zowat alle Europese landen kampen met het probleem, heeft een Comité van deskundigen een rapport opgesteld over geïntimideerde getuigen en de rechten van de verdediging. Veel van de suggesties

in hun rapport zullen ook hun weg vinden maar de Europese Unie (*infra*, 3.2.). De Raad van Europa telt meer lidstaten dan de Europese Unie en beperkt het probleem ook niet tot georganiseerde criminaliteit¹⁷⁶². Vandaar dat het Comité van Ministers met behulp van deskundigen in 1997 een eigen Aanbeveling m.b.t. de intimidatie van getuigen en de rechten van de verdediging heeft goedgekeurd¹⁷⁶³. Het kan niet getolereerd worden dat “*la justice pénale ne puisse pas parvenir à déférer l'accusé devant un tribunal et obtenir un jugement parce que les témoins ont été purement et simplement dissuadés de témoigner librement et sincèrement.*” Doch aan de andere kant heeft ook de getuige zijn belangen en de verdachte zijn rechten. Vandaar dat de Raad alle lidstaten aanmoedigt om zich door de in de aanbeveling opgesomde mogelijkheden te laten inspireren. De nationale regeringen moeten er ook voor zorgen dat de richtlijnen weerklank krijgen bij alle personen en instellingen die met het probleem worden geconfronteerd: magistratuur, balie, dienst slachtofferhulp, politie en dergelijke. Vervolgens volgt een lange lijst van suggesties en verboden. De inspiratie komt uit verschillende landen, maar ook bijvoorbeeld uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*infra*, 3.5.). Het gaat van het waarborgen van tijdelijke (art.9) of – uitzonderlijk - permanente anonimiteit ten aanzien van de verdediging (art.10-13), over het gebruik van videoconferenties (art.9) tot fysieke beschermingsprogramma's met identiteitsverandering (art.14-15). Enerzijds pleit de Raad voor uitzonderlijke procedureregels die tegen intimidatie moeten beschermen bij georganiseerde criminaliteit. Anderzijds voegt hij daar onmiddellijk aan toe dat “*de telles mesures pourraient aussi s'appliquer à d'autres infractions graves*” (art.8). De Raad kan echter ook niet vermijden dat de onvermijdelijke toevoeging “*toute en respectant les droits de la défense*” (art.6) de beleidsmarge van de overheid meteen behoorlijk inkrimpt. De regels moeten immers “*het in een democratische maatschappij noodzakelijke evenwicht verzekeren tussen de ordehandhaving of de criminaliteitspreventie en de waarborg van het recht dat de beklaagde heeft op een eerlijk proces.*”(art.8).

¹⁷⁶² Opvallende toevoeging is de geweldpleging binnen het gezin, waar intimidatie en beïnvloeding vaak voorkomen, doch oplossingen niet voor de hand liggen.

¹⁷⁶³ RAAD VAN EUROPA, Aanbeveling Nr. R(97) 13 van het Comité van Ministers aan de Lidstaten m.b.t. de intimidatie van getuigen en de Rechten van Verdediging van 10 september 1997, als bijlage toegevoegd aan TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 331 e.v.

3.2. Resoluties Raad van Ministers Justitie en Binnenlandse Zaken Europese Unie

GETUIGENBESCHERMING- Binnen de Europese Unie lopen de meningen over de « beloningen » die getuigen mogen krijgen voor hun verhaal uiteen. Vandaar dat de Unie slechts een « zwak » signaal heeft gegeven: een resolutie van de Raad van Ministers van 23 november 1995¹⁷⁶⁴. Die somt een aantal richtlijnen op die zij de lidstaten graag zou zien uitvoeren. In dergelijke resoluties weerklinken dan vooral de verzuchtingen van de rechtshandhaving, dat wil zeggen méér bescherming voor getuigen en hun naasten. Het valt op dat de Ministers aandringen op « *de mogelijkheid tot geheimhouding van woonplaats en identiteit* » en « *dat de mogelijkheid tot wijziging van de identiteit voorzien moet worden* ». De lidstaten moeten rapporteren over de manier waarop zij aan getuigenbescherming werken en uit hun rapporten blijkt dat de overgrote meerderheid van landen bijzondere wetgevende bepalingen heeft of eraan werkt. De gemaakte keuzes die de rechten van verdachten en getuigen moeten verzoenen, verschillen echter behoorlijk van land tot land¹⁷⁶⁵. De nationale wetgever heeft hoe dan ook de vrijheid om verregaande ingrepen, zoals identiteitsverandering of anonimiteit, te verwerpen als strijdig met de grondbeginselen van zijn systeem.

SPIJTOPTANTEN- Een jaartje later, bij resolutie van 20 december 1996, moedigde de Raad ook het gebruik van spijtoptanten aan, tenminste voor zover het gaat om internationale georganiseerde criminaliteit¹⁷⁶⁶. « *In de overtuiging dat de kennis van criminele organisaties doeltreffender kunnen worden bestreden door gebruik te maken van de verklaringen die tegenover de bevoegde autoriteiten worden afgelegd door leden van zulke organisaties die bereid zijn met justitie samen te werken.* » De Raad is er daarom van overtuigd « *dat personen dus moeten worden aangemoedigd om met justitie samen te werken.* » Onder « *samenwerken* » verstaan de ministers « *onder meer* » het verstrekken van « *nuttige informatie* » voor het onderzoek of om de nodige bewijzen te verkrijgen over de samenstelling, structuur, activiteiten en contacten van criminele organisaties en de misdrijven die organisaties of bendes plegen of zouden kunnen plegen. Zelfs het verlenen van « *praktische en concrete hulp die ertoe zou kunnen bijdragen een criminele organisatie illegale inkomsten of de opbrengst van misdrijven te onthouden.* » Daaronder valt dus zowat iedereen die

¹⁷⁶⁴ Publ. Nr.C327 van 7 december 1995, 5.

¹⁷⁶⁵ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 168-170.

¹⁷⁶⁶ Publ. Nr.C10 van 11 januari 1997, 1-2.

ook maar iets van informatie over « criminele organisaties » of « hun » activiteiten aanbrengt. Die moeten met « passende maatregelen » worden aangemoedigd tot medewerking. Aanmoediging lijkt eerder te wijzen op beloning dan dwang, de wortel in plaats van de stok. In een zeer voorzichtig art.B « *verzoekt [de Raad] de lidstaten [daartoe] tevens na te gaan of er, met inachtneming van hun algemene nationale rechtsbeginselen, voordelen kunnen worden verleend aan ...* » en dan volgt letterlijk de – omstreden - omschrijving van spijtoptanten uit de Italiaanse decreetwet van 13 mei 1991. Hoewel met « *voordelen verlenen* » duidelijk straffeloosheid en strafvermindering bedoeld worden, staat dat niet in de tekst. Dat wijst erop dat sommige regeringen het er uitermate moeilijk mee hebben. Daarnaast herinnert de Raad aan de beschermingsbehoeften (art.C) en dringt erop aan dat de landen met elkaar rekening zouden houden bij samenwerking, ook als er spijtoptanten mee gemoeid zijn (art.D).

3.3. Corpus Iuris

ACTIEF BEROUW- Art.1 van het Corpus Iuris omschrijft in zijn eerste lid fraude ten nadele van het communautaire budget. Daarop volgt een tweede lid : « *Is niet strafbaar hij die verklaringen verbetert of aanvult, of zijn aanvraag gebaseerd op valse documenten intrekt, of die de overheid van de feiten inlicht die hij vergeten is te vermelden, vooraleer het feit door deze overheden ontdekt is.* » Veel motivering geven de auteurs niet. Zij stellen het voor « *omwille van de efficiëntie (...) indien het weliswaar laattijdige berouw van de dader toelaat een schending van het beschermde belang te vermijden.* »¹⁷⁶⁷ Actief berouw leidt dus tot straffeloosheid evenals een spontane bekentenis, tenminste als die gebeurt vooraleer de overheid het misdrijf heeft « ontdekt ». De auteurs zeggen niet wat zij onder « ontdekking » van misdrijven verstaan, al weten we sinds Deel III dat dit bij een proactief overheidsoptreden niet altijd duidelijk is. De periode van straffeloosheid is immers korter wanneer zij slechts duurt tot de overheid het misdrijf ontdekt, dan wanneer zij duurt tot de dader weet dat de overheid het misdrijf heeft ontdekt. Het Corpus Iuris lijkt voor de eerste interpretatie te kiezen.

STRAFTOEMETING- Art. 15 zegt dat « *de straffen moeten worden uitgesproken in overeenstemming met* »... en somt vervolgens tien elementen op waarmee rekening gehouden moet worden. Het gaat om een vreemde hutsepot van zowel verzwarende als verzachtende omstandigheden, die de auteurs bestempelen als een « *synthese*

¹⁷⁶⁷ DELMAS-MARTY, M.(ed.), *op.cit.*, 90.

van nationale juridische tradities »¹⁷⁶⁸. Als laatste in de rij staat er dat « *in het bijzonder [rekening gehouden moet worden met] zijn inspanningen om de toegebrachte schade te herstellen.* » De auteurs zeggen dat het gaat om individualisering die « *een logisch gevolg* » is van het evenredigheidsbeginsel.

TRANSACTIE- Art.22, lid 2, b) regelt de transactie, door de nationale overheden of door het voorgestelde Europees Openbaar Ministerie. Voorwaarden zijn de vrijwillige erkenning door de verdachte van zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid, voldoende schuldaanwijzingen waarover de overheid beschikt, bekendmaking van de transactie en verenigbaarheid van de transactie met het evenredigheidsbeginsel. In de motivering verwijzen de auteurs naar eerdere vergelijkende studies die in opdracht van de Commissie zijn verricht. Die hebben een enorme verscheidenheid aangetoond in de afhandeling van fraudezaken in de verschillende landen. Sommige landen kennen geen transactie in strafzaken en tussen landen die dat wel doen, zijn de verschillen groot en daar wil het Corpus iets aan doen. Als voordeel van de transactie zien de auteurs de snelle sanctionering, de korte termijnen en de lage kosten. De auteurs verwerpen uitdrukkelijk het bezwaar dat inbreuken op de strafwet uit hun aard te ernstig zijn om « *te worden afgehandeld op een andere manier dan een strafproces, waarbij de bewijzen in het openbaar worden aangebracht en de straf in het openbaar wordt uitgesproken door een onafhankelijk rechtscollege* ». Deze kritiek is, volgens de auteurs, gegrond voor « *zeer ernstige misdrijven, zoals doodslag, [maar gaat] niet meer op voor een groot aantal misdrijven, waartoe, naar [hun] mening, de E.E.G.-fraude behoort. De ernst van dergelijke fraude varieert sterk van geval tot geval, zodat het [hen] aangewezen lijkt de minder ernstige vormen van fraude op informele wijze af te handelen.* »¹⁷⁶⁹ We herkennen hier de nood voor partijen om de overvloed aan minder ernstige misdrijven weg te filteren door een « onderhandelde » sanctie.

RISICO'S- Daarnaast behandelen de ontwerpers van het Corpus een ander belangrijk bezwaar : « de transactie is een mechanisme dat teveel risico's inhoudt voor de onschuldige en teveel voordelen biedt aan schuldigen. Voor de onschuldige ligt de moeilijkheid in het feit dat er achter het aanbod tot transactie vaak een impliciete bedreiging schuilt die zeer ernstig is : « *als u niet uw schuld erkent en u niet het bedrag X betaalt, zullen wij u vervolgen voor het strafgerecht dat u*

¹⁷⁶⁸ DELMAS-MARTY, M.(ed.), *op.cit.*, 116.

¹⁷⁶⁹ DELMAS-MARTY, M.(ed.), *op.cit.*, 142.

waarschijnlijk een effectieve gevangenisstraf zal opleggen. » Een dergelijke dreiging "kan een onschuldige persoon ertoe aanzetten een onterechte schuldbekenenis af te leggen en een niet verschuldigde boete te betalen. Aan de andere kant kan de mogelijkheid een zaak bij wijze van transactie [af te handelen] in het voordeel zijn van de schuldige persoon, die zijn verdiende straf kan ontlopen en het stigma dat samenhangt met een strafrechtelijke veroordeling kan ontwijken. Hierdoor verliest het strafrecht een deel van zijn ontradend en preventief karakter. » De auteurs geloven dat de eis van vrijwillige erkenning van schuld en van voldoende schuldaanwijzingen de onschuldigen beschermen. Openbaarheid van de beslissing en evenredigheid met de ernst van de feiten beschermen de rechtsonderhorige en waarborgen het gelijkheidsbeginsel¹⁷⁷⁰.

GEEN TRANSACTIE- Om ernstige fraudeurs niet te veel te bevoordelen, verbiedt het Corpus transactie bij « *recidive, wapendracht, gebruik van vervalste documenten of ingeval de fraude 50000 Ecu of meer bedraagt* »¹⁷⁷¹. Dit verbod op onderhandelen roept nochtans vragen op. Wanneer bestaat er recidive en bij wie van de mededeelnemers ? Volstaat het dat één van de daders een wapen draagt of knoeit met vervoersdocumenten ? Ook de omvang van de fraude kan (bewust) onderschat worden, als de rechtshandhaving nalaat ernstig te speuren. Aangezien in bijna alle fraudegevallen met vervalste documenten gewerkt wordt, zal in de praktijk de mogelijkheid tot onderhandelen met het Openbaar Ministerie klein zijn. De werkelijke invoering van het Corpus Iuris zou vele « alternatieve » afhandelingen uit de hedendaagse praktijk onmogelijk maken. Wie meewerkt met het onderzoek, zal dan maar moeten rekenen op de welwillendheid van de strafrechter.

GETUIGENBESCHERMING - Art.20, lid 3, e) en 25, lid 2 Corpus Iuris laten er geen twijfel over bestaan : mensen kunnen bij rechterlijk bevel gedwongen worden te getuigen. Het Corpus sluit het horen van verdachten niet uit, indien hun zwijgrecht wordt gerespecteerd. Opmerkelijk is dat getuigen die zich in het buitenland bevinden via een audiovisuele verbinding gehoord kunnen worden, maar dan moet de verklaring wel in de aanwezigheid van een rechter gebeuren, moet de verdediging vragen kunnen stellen en moet de ondervraging op video worden opgenomen (art.32, lid 1, a)). Het tweede lid van art.32 over de toelaatbaarheid van bewijzen, bevat echter een terugvalbepaling : « *De bovenstaande bepalingen sluiten niet uit*

¹⁷⁷⁰ DELMAS-MARTY, M.(ed.), *op.cit.*, 144.

¹⁷⁷¹ DELMAS-MARTY, M.(ed.), *op.cit.*,140 en 144.

dat andere bewijzen worden aangewend die ontvankelijk zijn volgens het interne recht dat geldt in de staat waar de zaak berecht wordt. » Daarmee kunnen anonieme verklaringen en andere « beloonde » getuigenissen toch nog ingang vinden.

BESLUIT- Het Corpus Iuris kent straffeloosheid toe in geval van spontane bekentenis of actief berouw vóór de ontdekking. De ver vooruitgeschoven strafbaarheid (*supra*, Deel II) dwingt de auteurs daar misschien ook wel een beetje toe. De ontwerpers maken ook duidelijk dat een onderhandelde afhandeling voor mindere ernstige zaken moet kunnen, doch wijzen meteen op de gevaren die er aan verbonden zijn. Vandaar dat zij voor de « meest ernstige » transactie uitsluiten. Bij het probleem van de bedreigde getuigen lijken zij niet echt lang stil te staan, doch een verwijzing naar het recht van de lidstaten laat alle ruimte voor « tegemoetkomingen ».

3.4. Handhaving van de mededinging

SPIJTOPTANTEN- De bescherming van de eerlijke mededinging vormt één van de allerbelangrijkste taken van de Europese instellingen. De Commissie heeft daarvoor verregaande onderzoeks- en sanctiebevoegdheden. We weten dat Europa, in tegenstelling tot de V.S., niet heeft gekozen voor formeel strafrechtelijke handhaving. Doch de sanctieprocedure vertoont talloze gelijkenissen met het strafrecht en strafprocedurerecht. De verboden gedraging is typisch « consensueel », een vaak erg subtiele en moeilijk te detecteren en te bewijzen « samenzwering ». De Amerikanen beschouwen het toekennen van gunsten (zoals *immunity*) aan leden van kartels die de anderen aangeven als een belangrijke troef voor de rechtshandhaving. Het maakt niet alleen maar bestraffing mogelijk, het zou ook ontradend werken : mensen en bedrijven doen twifelen om toe te treden tot een kartel uit vrees door anderen « verlinkt » te worden¹⁷⁷². Ondanks de verschillen in regime heeft ook de Europese Gemeenschap initiatieven genomen. Zij heeft een Verordening uitgewerkt die de Commissie toelaat om « berouwvolle » kartelleden die haar als eerste inlichten en daarna voluit meewerken een « substantiële vermindering » te geven van de opgelegde boete. Vroeger al heeft de Commissie deze praktijk toegepast. In 1994 heeft de Commissie een recordboete opgelegd aan de leden van een gesofisticeerd kartel in de kartonsector. Bedrijven die al heel vlug zijn begonnen met medewerking

¹⁷⁷² X, "Competition: proposal on cartel whistle-blowers takes shape", *European Report* nr.2085, 18 november 1995, III-1.

zagen hun boete met twee derde verminderd, bedrijven die pas later hebben meegewerkt met een derde¹⁷⁷³.

KLOKKENLUIDERS- Voorlopig blijft de « verschoning » beperkt tot « bedrijven ». Individuen (« *cartel supergrassers* »¹⁷⁷⁴) blijven voorlopig van « gunsten » verstoken. Zo hebben klokkenluiders, dat wil zeggen werknemers van bedrijven die in strijd met de interne regels of soms zelfs met de wet de overheid inlichten over wantoestanden (bijvoorbeeld kartelpraktijken), nog geen extra bescherming gekregen. In de V.S. vormen dergelijke misnoegde werknemers de belangrijkste bron voor het aanvatten van onderzoeken tegen kartels. Gelet op de kopbrekens die de « eigen » klokkenluider Van Buitenen de Commissie heeft bezorgd, valt het af te wachten hoe de Commissie de druk van buitenuit voor een betere bescherming van klokkenluiders zal aanpakken.

3.5. Besluit

STIMULEREND- Van overal komt er druk om iets te doen aan de situatie van bedreigde getuigen. Ook Europa zendt signalen uit naar de lidstaten. Zowel verdergaande processuele beschermingsmaatregelen (die *de facto* ten koste van de verdachte gaan), fysieke beschermingsprogramma's als "beloning" van wie "meewerkt" met de rechtshandhaving behoren tot de suggesties. Nochtans wijst ook Europa op de dilemma's die aan de voorgestelde maatregelen kleven. Het Corpus Iuris bevat een beslissende verschoning bij "actief berouw" en pleit voor onderhandelde afhandeling van minder ernstige feiten. Het verzet zich echter tegen transacties voor ernstige feiten. Daar is het risico van bestraffing van onschuldigen en van te lichte bestraffing van schuldigen volgens de auteurs te groot. Zelf in het mededingingsrecht, waar de Commissie harde handhavingsmacht heeft, kunnen "spijtoptanten" rekenen op aanzienlijke strafvermindering in vergelijking met andere deelnemers.

§4. »Storend » Straatsburg

4.1. Inleiding

SPIJTOPTANTEN- Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ziet principieel geen probleem in het gebruik van spijtoptanten als bewijsmiddel. Het wees erop dat

¹⁷⁷³ X, "Competition: proposal on cartel whistle-blowers takes shape", *op.cit.*, 1.

¹⁷⁷⁴ X, "Competition: proposal on cartel whistle-blowers takes shape", *op.cit.*, 1.

het zorgvuldig natrekken van de verklaringen van die spijtoptanten een geldig argument kan zijn om een vrij lange voorlopige hechtenis in een maffiazaak te rechtvaardigen in het licht van art.5 E.V.R.M.¹⁷⁷⁵

ART.6 E.V.R.M.- In Hoofdstuk 2 gaven we aan dat de opkomende grondrechten de wetgevers tot actie dwongen. De noodzakelijke "toegevingen", zowel die van de verdachte als die van de overheid, kunnen immers grondrechten aantasten. De grootste bekommernis heeft betrekking op de rechten van de verdachte tegen wie de verklaring van spijtoptanten of beschermde getuigen gebruikt worden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft talrijke arresten gewijd aan de positie van getuigen in het eerlijk proces. De meeste hoofdbreken voor wetgevers als de Belgische vloeien evenwel voort uit de arresten over de anonieme getuigen. Die goedkope en voor overheid en getuige gemakkelijke oplossing botst immers met de letter van het E.V.R.M., meer bepaald met het recht op confrontatie met getuigen ten laste (art.6, 3, d) E.V.R.M.). Deze Straatsburgse rechtspraak is al op talloze plaatsen besproken en wij verwijzen dan ook naar de literatuur¹⁷⁷⁶. Hier distilleren we gewoon de hoofdlijnen uit vier mijlpaalarresten.

4.2.Kostovski en Lüdi

ANONIEME GETUIGENIS- In de zaak Kostovski uit 1989¹⁷⁷⁷ veroordeelde het Hof Nederland omdat het in die zaak anonieme getuigen had gebruikt op een wijze die art.6 E.V.R.M. schond. Het Nederlandse Openbaar Ministerie benutte de verklaringen van twee anoniem gebleven personen in de bewijsvoering tegen Kostovski. De getuigen waren door de politie gehoord en één van hen ook eenmaal door de rechter-commissaris die echter de identiteit van de getuige niet kende. Het Europees Hof zei dat het bewijsrecht een zaak is van elke lidstaat, maar dat het Hof zelf wel de « eerlijkheid » van het proces als geheel, met inbegrip van de bewijsverzameling en –waardering, controleert. Het hanteert een eigen, autonoom getuigenbegrip, zodat ook personen die volgens het nationaal recht géén getuige zijn (zoals informanten, medebeklaagden,...) er ook onder (kunnen) vallen. Voor het Hof is iedere persoon wiens verklaring voor de rechter is gekomen en door hem in acht is

¹⁷⁷⁵ Hof Mensenrechten 24 augustus 1998 *Contrada tegen Italië*, nr.27141.

¹⁷⁷⁶ BEIER, A., *op.cit.*, 260-303; TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, *op.cit.*, 180-204; VERBRUGGEN, F., "De anonieme getuige...", *op.cit.*, 81-97; DE SMET, B., "Het recht op eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren", *R.W.* 1997-98, 241-253.

¹⁷⁷⁷ Hof Mensenrechten 20 november 1989 (Kostovski tegen Nederland), *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, vol.166.

genomen een « getuige » in de zin van art.6 E.V.R.M.. De normale regel is dat de met naam bekende getuige zijn verklaring aflegt op de openbare zitting van het vonnisgerecht. Daarop zijn echter uitzonderingen mogelijk. Het Hof zegt dat het gebruik van anonieme verklaringen niet noodzakelijk ontoelaatbaar is, maar dan moeten wel de rechten van de verdediging gerespecteerd zijn.

VERDEDIGING- Daartoe moet die een « *gepaste en adequate gelegenheid krijgen om de getuigenis in twijfel te trekken* ». Dat moet niet noodzakelijk op het eigenlijke proces zelf gebeuren, het kan ook in de loop van het vooronderzoek. De anonimiteit van de getuige vormt immers een hindernis die de verdediging normalerwijze niet zou mogen tegenkomen. Door de identiteit van de getuige geheim te houden voor de verdediging ontnemt men haar elementen die haar zouden toelaten vooroordelen, vijandigheid of onbetrouwbaarheid van de getuige aan te tonen¹⁷⁷⁸. De zittingsrechter heeft ook het gedrag van de getuige niet kunnen bekijken. In de door de Nederlanders gehanteerde procedure kende de magistraat de identiteit van de getuige niet en waren noch de verdachte, noch zijn advocaat aanwezig. Zij hadden wel schriftelijk vragen kunnen stellen, doch de meeste daarvan werden niet beantwoord omdat dit de anonimiteit van de getuige in gevaar zou kunnen brengen. Volgens het Hof bood die procedure onvoldoende tegengewicht tegen het nadeel dat de verdachte had ondervonden. Zijn rechten van verdediging waren dus geschonden en meteen ook zijn recht op een eerlijk proces.¹⁷⁷⁹

GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT- De Nederlandse regering wierp op dat de anonimiteit nodig is om in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit de belangen van de verdachte te verzoenen met die van de getuige (op veiligheid) en de maatschappij (dat intimidatie niet tot straffeloosheid zou leiden). Het Hof is niet overtuigd : « *Although the growth in organised crime doubtless demands the introduction of appropriate measures, the Government's submissions appear to the Court to lay insufficient weight on [...] « the interest of everybody in a civilised society in a controllable and fair judicial procedure . The right to a fair administration of*

¹⁷⁷⁸ Kostovski, 20, §42

¹⁷⁷⁹ Een vergelijkbare zaak is Hof Mensenrechten 27 september 1990 (Windisch tegen Oostenrijk), *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, vol.186. Daar hebben ooggetuigen een dief visueel geïdentificeerd. Zij zijn enkel verhoord door de politie, niet door een magistraat. Hun schriftelijke verklaring wordt gebruikt, niet als enig, maar als hoofdzakelijk bewijs. Uit vrees voor weerwraak weigert de rechter in te gaan op het verzoek van de verdediging de getuige op te roepen. De schriftelijke vragen die zij mogen stellen, bieden volgens Straatsburg onvoldoende "tegengewicht" om een eerlijk proces te hebben. De verdediging kan de betrouwbaarheid niet toetsen

justice holds so prominent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed to expediency. »¹⁷⁸⁰ Het evenwicht dat de Nederlanders hadden gevonden, ging dus te veel ten koste van de verdachte. Daarmee zei het Hof wel wat niet kan, doch liet het grote verwarring bestaan over wat wel kan.

LUDI- In de zaak Lüdi tegen Zwitserland¹⁷⁸¹ stelde het Hof opnieuw schending van art.6 vast omdat de verdediging op geen enkel moment de kans had gekregen een dekmantelagent te ondervragen, hoewel die een beslissende rol had gespeeld in de veroordeling. Het Hof leek niettemin te suggereren dat, zeker voor infiltranten, een beperkte anonimiteit, bijvoorbeeld het getuigen onder codenaam en met opgave van het dienstadres en eventueel « vermomd », wel kan.

4.3.Doorson: erkenning rechten getuigen

HET KAN- Nederland trachtte aan de eisen van Straatsburg tegemoet te komen. In 1996 haalden onze Noorderburen opgelucht adem toen in het arrest Doorson¹⁷⁸² bleek dat de behandeling van diens zaak door Nederland wel verenigbaar was met art.6 E.V.R.M.. Twee drugsverslaafden, wiens namen bij de onderzoeksrechter bekend waren, maar niet bij de verdediging, hadden Doorson in een fotoboek aangewezen als hun *dealer*¹⁷⁸³. In de loop van het vooronderzoek gebeurde er een ondervraging van de twee in afwezigheid van Doorson, maar in aanwezigheid van diens advocaat. Het nieuwe in Doorson was dat het Hof uitdrukkelijk zei dat de rechten van de verdediging afgewogen moeten worden tegen de rechten van de getuige op leven (art.2 E.V.R.M.) en op privé- en familieleven (art.8 E.V.R.M.). In het geval van Doorson waren de getuigen burgers, was één van hen al eens bedreigd en bestonden er -de drugwereld kennende- genoeg aanwijzingen dat zij bij herkenning door Doorson zware represailles te vrezen hadden. De procedure met ondervraging door een magistraat die de identiteit kent, in aanwezigheid van de advocaat van de verdachte, met de mogelijkheid twijfel te werpen op de betrouwbaarheid van de verklaring, compenseert het nadeel als gevolg van de anonimiteit voldoende. De getuigenissen waren volgens het Hof ook niet doorslaggevend voor de veroordeling van Doorson.

¹⁷⁸⁰ Kostovski, 21,§44.

¹⁷⁸¹ Hof Mensenrechten 15 juni 1992 (Lüdi t. Zwitserland), *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.238.

¹⁷⁸² Hof Mensenrechten 26 maart 1996 (Doorson t. Nederland), *Publ.E.C.H.R.*, 1996, II, 446.

¹⁷⁸³ Oorspronkelijk zes, maar slechts twee daagden op voor de confrontatie.

4.4. Van Mechelen en Kok

MAAR UITERST MOEILIJK- Al in 1997 liep Nederland echter tegen een nieuwe ontgoocheling aan, met het arrest Van Mechelen. Die man en enkele van zijn vrienden waren door politiemensen herkend als daders van een uitermate gewelddadige overval, met moordpoging op de achtervolgende politiemensen. De herkenning gebeurde via een doorkijkspiegel. Naast een aantal met naam gekende personen getuigden de politiemensen anoniem. Een onderzoeksrechter die hun identiteit kende, verhoorde hen en nam hun antwoorden op in een proces-verbaal. Hij motiveerde ook uitgebreid zijn indrukken van de betrouwbaarheid van de getuigen. De verdediging zat in een afzonderlijke kamer en stelde via een geluidsverbinding vragen. Op de meeste vragen kregen zij een antwoord, op een klein aantal niet, omdat dat de veiligheid van mensen in gevaar zou brengen. Het Hof verwees naar de regels die het in eerdere arresten had uitgewerkt. Het herhaalde dat anonieme getuigen soms kunnen, maar slechts heel uitzonderlijk. Nieuw was dat de drempel nog hoger ligt, wanneer het om politiemensen gaat. Die hebben immers een gehoorzaamheidsplicht ten opzichte van de uitvoerende macht en een bijzondere band met het vervolgende Openbaar Ministerie. Daarenboven weten zij op voorhand dat zij mogelijks in de rechtbank moeten komen getuigen. Nederland had volgens het Hof onvoldoende aangetoond dat er werkelijk een bedreiging bestond en dat met minder verregaande maatregelen de getuigen niet beschermd hadden kunnen worden. Het besloot dat de procedure de verdediging onvoldoende « tegengewicht » had geboden voor het nadeel van de anonimiteit.

ZIJ HET NIET ONMOGELIJK- De Straatsburgse slinger blijft heen en weer gaan en in het jaar 2000 is het weer aan de Nederlandse overheid om (voorzichtig) te lachen. In de zaak Mink Kok¹⁷⁸⁴ verklaarde het Hof een klacht onontvankelijk, die was gebaseerd op een beweerde strijdigheid met art.6 E.V.R.M. van een Nederlandse strafprocedure waarin een informant via de procedure getuigenbescherming was verhoord. Het Hof wees op de verschillen met de zaak Van Mechelen. In dit geval was volgens Straatsburg de vrees voor weerwraak op de informant niet onredelijk, was de veroordeling niet "in beslissende mate" op de anonieme getuigenis gesteund, voldeed de compenserende procedure wel en mocht de Nederlandse rechter een aantal vragen die de identiteit van de getuige konden verraden, weigeren. De

¹⁷⁸⁴ Hof Mensenrechten, Beslissing over de ontvankelijkheid van verzoek nr.43149/98 van dhr. Robert Mink Kok t. Nederland, nog niet gepubliceerd.

onvoorspelbaarheid van de Straatsburgse uitspraken over anonieme getuigen is er met dit arrest niet kleiner op geworden....

4.5.Besluit

MOEILIJK- Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft de mogelijkheden van de lidstaten om getuigen processueel te beschermen door hun anonimiteit te waarborgen, behoorlijk ingeperkt. Anonieme verklaringen zijn niet totaal taboe, maar kunnen slechts heel uitzonderlijk. Soms kunnen zij noodzakelijk zijn om de grondrechten van de getuige te verzoenen met de rechten van de verdediging onder art.6. Wanneer de getuigen politiemensen zijn, kan het nog moeilijker dan bij burgers. In alle gevallen moet een « tegengewichtprocedure » de inbreuk die anonimiteit vormt op de rechten van de verdachte compenseren. Daarin speelt de controle van een onafhankelijke rechterlijke instantie als controleorgaan een belangrijke rol. Zij moeten dan ook de identiteit van de getuige kennen en het verhoor gemotiveerd toelichten. De procedure moet enige vorm van « confrontatie » met de getuige en aanvechting van diens verklaring mogelijk maken. Dat moet niet noodzakelijk voor de feitenrechter. Het kan ook in de loop van het vooronderzoek. Dan moet wel een magistraat de identiteit van de getuige kennen. Het Hof beschouwt de verdediging als een twee-eenheid zodat het kan volstaan dat of de verdachte, of zijn advocaat erbij is. Beperkte anonimiteit kan wel, bijvoorbeeld het achterhouden van adressen, het gebruiken van codenamen of het vermommen van getuigen. In geen geval mag de anonieme verklaring het doorslaggevende bewijs vormen. Een aantal arresten legt de nadruk op het belang van het visueel contact met de getuige, al valt nog af te wachten of het Hof daar een struikelsteen van zal maken. De rechtspraak van het Hof is immers erg onvoorspelbaar.

§5. De aanloop in het intern recht

5.1. Drugswet¹⁷⁸⁵

SPJTOPTANTEN- Wij hebben al herhaaldelijk vastgesteld dat de aanpassing van de Drugwet in 1975 eigenlijk de in dit proefschrift besproken verschuivingen heeft ingeluid. De klassieke gevallen van verschoning bij bendevorming en dergelijke nog kunnen worden beschouwd als Belgische varianten van het "actief berouw". De Drugwet staat, zoals de eerste buitenlandse wetten, met één been nog in het materieel strafrecht, maar stapt meteen ook naar de "procedurele" verschoningsgrond. Art.6 Drugwet¹⁷⁸⁶ kent immers straffeloosheid toe aan de "schuldigen" van drugswanbedrijven die vóór ontdekking door de overheid de daders verklikken en strafvermindering indien de daders van drugs misdaden hetzelfde doen. Nieuw is dat wie "meewerkt" na de ontdekking toch nog strafvermindering kan krijgen, maar dan wel alleen voor wanbedrijven. Voor de omvang van de strafvermindering verwijst de wetgever naar de strafvermindering bij uitlokking van geweldsmisdrijven (414 Sw., *supra* Deel III).

RATIO- Deze bepaling moest er komen om *"op het gebied van verdovende middelen een doeltreffende politiek te voeren"*. De regering is ervan overtuigd dat het *"op een gebied waar, naar blijkt uit de ervaring, de zwaarste misdrijven gepleegd worden door leden van goed georganiseerde verenigingen, die in het diepste geheim optreden en zeer dikwijls onder de dekmantel van achtbare bedrijvigheden, een doeltreffend middel moest worden gevonden om de ontdekking van schuldigen te vergemakkelijken."*¹⁷⁸⁷ Het Beccariaans argument dat aansporing tot verklikking

¹⁷⁸⁵ BROSENS, W., "Drugs: de onthulling als grond van verschoning", *Comm.Sr.Sv.*, 17p.; DE NAUW, A., "De aangifte als verschoningsgrond, noot onder Cass. 7 maart 1978", *R.W.* 1978-79; "Overzicht van rechtspraak- 10 jaar vernieuwde drugwet", *op.cit.* 836-841; "Tien jaar drugwet (1985-1995)", *R.W.* 1996-97, 451-452; PREUMONT, M., "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéreuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques", in: *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussel, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, 499-516.

¹⁷⁸⁶ "Van de correctionele straffen bepaald bij artikelen 2bis en 3, blijven vrij de schuldigen die, voor vervolging, aan de overheid de identiteit van de daders van de bij die artikelen omschreven misdrijven of, indien de daders niet bekend zijn, het bestaan van die misdrijven hebben onthuld. In dezelfde gevallen worden de bij diezelfde artikelen gestelde criminele straffen verminderd in de bij artikel 414, tweede en derde lid Sw. bepaalde mate.

De in de artikelen 2bis en 3 gestelde correctionele straffen worden verminderd in de mate bepaald bij art.414, vierde lid Sw., ten aanzien van de schuldigen die na het begin van de vervolging de identiteit van onbekend gebleven daders aan de overheid hebben onthuld."

¹⁷⁸⁷ Deze passage uit de Memorie van Toelichting is ook TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *op.cit.*, 125 opgevallen.

immoreel is, wordt verworpen omdat het "middel" de wet grotere doeltreffendheid moet verlenen "welke ruimschoots gerechtvaardigd is ingevolge het hoger sociaal belang dat gemoeid is met de strijd tegen de sluikhandel in verdovende middelen."¹⁷⁸⁸

TOEPASSINGSVOORWAARDEN- De rechtspraak heeft in art.6 Drugwet de vereiste gelezen dat de aangifte de vervolging van een mededader *effectief mogelijk* moet hebben *gemaakt*¹⁷⁸⁹. Dat wegens aangifte verschoonde misdrijven minder ernstig moeten zijn dan de aangegeven feiten, staat niet met zoveel woorden in art.6. Daarom kan de grote dealer de kleine verraden en verschoning bekomen, terwijl de kleine dealer niets kan vertellen dat de onderzoekers nog niet weten en dus de normale straf krijgt¹⁷⁹⁰. De rechtspraak eist dat de aangever gegevens aanbrengt (over daders en slechts als dat niet kan over misdrijven) die op dat moment *nieuw* zijn voor de overheid¹⁷⁹¹. Zoniet bestaat er geen onthulling¹⁷⁹². De aangifte moet bovendien oprecht en volledig zijn. De aangever mag niets achterhouden, niet over het eigen aandeel, niet over dat van anderen. Hij mag dus niet sommige namen noemen (die van zijn grote leverancier bijvoorbeeld) en andere (die van zijn kleine afnemers bijvoorbeeld) achterhouden¹⁷⁹³. Ook het "verklappen" aan mededaders van wat hij aan de onderzoekers heeft "verklapt", brengt verlies van de verschoning mee¹⁷⁹⁴. Volgens het Hof van Cassatie gebeurt de aangifte na vervolging zodra er een daad van onderzoek is door een gerechtelijke overheid, ongeacht of die door een rechter of door een magistraat van het Openbaar Ministerie wordt verricht¹⁷⁹⁵. De rechtsleer¹⁷⁹⁶ vindt dat minstens zou moeten worden gewacht tot een gerechtelijk onderzoek gevorderd is of er een rechtstreekse dagvaarding bestaat voor het vonnisgerecht. In de praktijk blijkt dat art.6 E.V.R.M. niet zo veel wordt toegepast.

¹⁷⁸⁸ *Parl.St., Senaat* 1970-71, nr.290, 5 en 6.

¹⁷⁸⁹ Wanneer het Openbaar Ministerie er niet in slaagt enig ander element tegen de "aangegeven" persoon te vinden, krijgt de aangever geen verschoning: Cass. 7 maart 1978, *R.W.* 1978-79, idem wanneer de verdachte slechts vage inlichtingen geeft: Cass. 8 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, nr.14

¹⁷⁹⁰ Nochtans weigert een Antwerps arrest, op grond van de bedoeling van de wetgever via de kleine vissen de grote te vangen, verschoning voor het zwaardere misdrijf: Antwerpen 2 december 1977, *R.W.* 1978-79, 875; TRAEEST, P. en DE MEESTER, T., *op.cit.*, 127.

¹⁷⁹¹ Dat mag een vreemde overheid zijn: Corr. Tongeren, 16 mei 1991, *Rev.dr.pén.* 1991, 1018.

¹⁷⁹² Cass.7 maart 1978, *R.W.* 1978-79; Cass.20 juni 1977, *R.W.* 1978-79, 895.

¹⁷⁹³ Cass.7 maart 1977, *R.W.* 1978-79; Cass. 8 februari 1985.

¹⁷⁹⁴ Antwerpen, 25 maart 1982, *R.W.* 1982-83, 2145, noot A.DE NAUW.

¹⁷⁹⁵ Cass. 16 juni 1982, *R.W.* 1982-83, 2671 met noot A.VANDEPLAS.

¹⁷⁹⁶ TRAEEST, P. en DE MEESTER, T., *op.cit.*, 130.

5.2. Witwaswet

MELDING IS REDDING- Wij weten dat de misdrijfomschrijving van witwassen (505 Sw.) erg ruim is, zodat heel veel mensen (en instellingen) die met "vuil" geld in aanraking komen, strafbaar zijn. Voor financiële instellingen en beroepsgroepen die bij het "koorddansen" (*supra*) van de koord gevallen zijn, biedt "*melding te goeder trouw*" aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking een vangnet (art.12 Witwaspreventiewet). Wij komen hierop terug in Deel V.

5.3. Hormonenwet

AANGIFTE LEVERANCIER- De strijd tegen de "hormonenmaffia" bracht de wetgever er in 1994 toe de de Hormonenwet aan te passen¹⁷⁹⁷. Draconische straffen koppelde hij aan een gunstregime voor spijtoptanten, duidelijk gemodelleerd op de Drugwet¹⁷⁹⁸. Daarmee wilde hij de muur van stilte in het "hormonenmilieu" breken en vooral de afnemers uitspelen tegen de leveranciers. De omvang van de verschoning is allesbehalve gering. Aangifte van de identiteit van de leverancier van verboden stoffen voor het begin van vervolging voor de correctionele rechtbank leidt tot straffeloosheid. Daarna bestaat er strafvermindering, die echter tot erg lage straffen (100 fr. geldboete te vermeerderen met de opdecimen) kan leiden. Dat maakt opschorting, uitstel en andere aantrekkelijke afhandelingwijzen mogelijk. Een belangrijk verschil met de Drugwet is dat de "gratieperiode" veel langer is: de deur blijft open tot de dagvaarding voor de correctionele rechtbank. De verdachte kan tijdens het onderzoek nog zijn kans op straffeloosheid grijpen, iets wat door de Cassatierechtspraak, bij de drugwet al vroeg in het onderzoek niet meer mogelijk is. Afgaande op echo's uit de rechtspraak lijkt inderdaad een aantal veekwekers in ruil voor verschoning hun leveranciers aan de galg te hebben gepraat¹⁷⁹⁹.

5.4. Bende van Nijvel

WETSVOORSTEL- De opschudding naar aanleiding van de tiende verjaardag van het laatste misdrijf van de zogenaamde bende van Nijvel en het schijnbaar falen van het onderzoek inspireerde ook parlementsleden tot "initiatieven". Eén ervan is een

¹⁷⁹⁷ Art.10, paragraaf 5 van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale, anti-hormonale, beta-adrenergische of productiestimulerende werking, zoals volledig vervangen door wet van 11 juli 1994, B.S. 4 oktober 1994.

¹⁷⁹⁸ Cfr. TIMPERMAN, J., *op.cit.*, 914-915.

¹⁷⁹⁹ GELDERS, M., "Onthulling inzake hormonenmisdrijven", noot onder corr. Turnhout 15 december 1995, *R.W.*1996-97, 444

wetsvoorstel¹⁸⁰⁰ van Agalev-parlementsleden om een spijtoptantenregeling op te nemen in Boek I van het Sw. Het gaat om een algemene verschoningsgrond die echter zo omschreven is dat hij alleen op de misdrijven van die "bende van Nijvel" zou kunnen slaan. De bedenkers van het voorstel laten trouwens weten dat zij eigenlijk geen voorstanders zijn van spijtoptanten. Zij rechtvaardigen de uitzondering middels het belang van het bende-onderzoek en het tijdelijk karakter (drie jaar). Van het voorstel is nooit iets gekomen. Individuele leden van de tweede parlementaire onderzoekscommissie naar de bende van Nijvel zouden in eigen naam trouwens een ruimer wetsvoorstel lanceren (*infra*, Hoofdstuk 4).

5.5.Besluit

MOET KUNNEN- Om misdrijven van of binnen samenspanningen, geheime verenigingen of gesloten milieus te bestraffen heeft de wetgever al een aantal keer verschoning gekoppeld aan aangifte van de mededaders, aanstokers of leveranciers. Meestal gaat het om beslissende verschoning voor wie er vroeg bij is, strafverminderende verschoning voor wie later in de procedure "overloopt". De politiek heeft de bezwaren tegen spijtoptanten nooit als onoverkomelijk beschouwd. Een wantrouwige rechtspraak heeft door een zeer strikte interpretatie van de wettelijke begrippen de draagwijdte van de spijtoptantenregeling in de Drugwet echter enorm beperkt. Doch latere wetten verruimen de mogelijkheden voor het belonen van spijtoptanten al aanzienlijk. Sommige politici beginnen de "spijtoptant" zelfs een hoog *deus ex machina*-gehalte toe te dichten. Het doodgeboren wetsvoorstel dat suggereert dat spijtoptanten alsnog een oplossing zouden kunnen brengen voor het onderzoek naar de bende van Nijvel, illustreert dat.

HOOFDSTUK 4: DE BELGISCHE KEUZE

"Einem fliehenden Feind soll man goldene Brücken bauen"

(Duits spreekwoord)

§1.Inleiding

(VOOR)ONTWERPWETGEVING- Om de in Hoofdstuk 2 beschreven spanning te ontladen hebben verschillende regeringen de in Hoofdstuk 3 geschetste impulsen

¹⁸⁰⁰ *Parl.St.Sen.* 1995-96, nr.1-403/1 (ingediend door Boutmans c.s.), een identieke tekst werd in de Kamer ingediend door partijgenoot Lozie.

vertaald in wetgevende initiatieven. Ook in België beschouwen zowel parlement¹⁸⁰¹ als regering een spijtoptantenregeling als een dringende noodzaak. Zoals zijn collega Bosly (*supra*, Deel III), kreeg ook professor Traest van de Universiteit Gent van de toenmalige Minister van Justitie De Clerck de opdracht een voorstudie te doen voor een wettelijke regeling. Hij leverde met zijn medewerker De Meester een lijvig rapport af, waarin de krachtlijnen voor zulk een regeling vervat liggen¹⁸⁰². De besluiten daarvan werden op een Colloquium in de Senaat voorgesteld¹⁸⁰³. De genuanceerd positieve reacties deden de regering (en De Clerck's opvolger Van Parys) besluiten om, na toetsing door een groep deskundigen en praktijkmensen, wetsontwerpen op papier te zetten. Zij schreef dat de spijtoptantenpraktijk "te delicaat [is] (...) om op louter praetoriaanse basis te laten steunen". Als "afwijking van de algemeen toepasselijke strafprocesrechtelijke regels" en wegens mogelijk conflict met de grondrechten van procespartijen moet de spijtoptantenregeling "voldoende toegankelijk en voldoende precies zijn en dient ze derhalve te worden ingeschreven in een wet *sensu stricto*"¹⁸⁰⁴. Voor de bescherming van andere bedreigde getuigen wilde de regering Dehaene II (beperkte of volledige) anonimiteit bij wet invoeren en meteen voor een aantal waarborgen zorgen. De verkiezingen van 1999 hebben echter belet dat het wetsontwerp in het parlement behandeld zou worden. De nieuwe Minister van Justitie Verwilghen laat de twee ontwerpen, die blijkbaar letterlijk uit de pen van de professor gevloeid waren, opnieuw bestuderen¹⁸⁰⁵. We nemen aan dat de opmerkingen van de Raad van State en de behandeling in het parlement nog tot verdere aanpassingen zullen leiden. Omdat de nieuwe teksten nog niet beschikbaar zijn¹⁸⁰⁶ en naar verluidt niet wezenlijk verschillen van die van de vorige regering, hebben wij de tekst van het wetsontwerp Van Parys bekeken. Alles wijst erop dat over de rechtspolitieke krachtlijnen in die tekst brede overeenstemming bestaat. Dat blijkt onder meer uit een wetsvoorstel dat de Kamerleden Duquesne en Moerman eind 1998 indienden en dat grote gelijkenissen

¹⁸⁰¹ Zo suggereert de Tweede onderzoekscommissie naar de Bende van Nijvel "een veralgemeende definitieve wet tot strafvermindering voor spijtoptanten": *Parl.St., Kamer* 1995-96, 537/7, 67.

¹⁸⁰² TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 330 p. + bijlagen.

¹⁸⁰³ COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCEDURE PENALE (ed.), op.cit., 125-151.

¹⁸⁰⁴ De regering noemt dit het "legaliteitsbeginsel" (Wetsontwerp betreffende de invoering van een spijtoptantenregeling, Memorie van toelichting-hierna Mvt.SOR-, niet gepubliceerd, 5)

¹⁸⁰⁵ Federaal Veiligheidsplan 2000: Project 28, "het voorontwerp betreffende de 'anonieme getuige' werd (...) door de vorige regering op 30 april goedgekeurd en overgemaakt aan de Raad van State voor advies. Ingevolge dit advies is bijkomend wetenschappelijk advies nodig". Project 29, de invoering van een spijtoptantenregeling "betreft een juridisch-technisch ingewikkeld ontwerp, dat een grondige studie vergt, en dat moet worden getoetst aan de Europese ontwikkelingen in dit domein"

vertoont met het regeringsontwerp¹⁸⁰⁷. We menen ervan uit te mogen gaan dat die niet wezenlijk zullen veranderen.

§2. Spijtoptanten : koppeling « onderhandelingen » eigen zaak aan « hulp in » andere zaak

2.1. Basiskeuze

FALEN ALS RECHTVAARDIGING- De Belgische regering kiest resoluut voor een regeling die verregaande toegevingen aan spijtoptanten toestaat. Zij *“onderkent wel degelijk de ethische bezwaren van afspraken door justitie met criminelen of –anders gezegd- tegen het vangen van dieven met dieven. Eveneens is zij zich bewust van het niet-irreële risico dat bij dergelijke afspraken –onverminderd het potentiële nut ervan- het beoogde doel wordt voorbijgeschoten en dat bepaalde actoren de spijtoptantenregeling zullen trachten te misbruiken.”*¹⁸⁰⁸ Waarom komt de wet er dan toch? *“Gezien de hedendaagse evolutie van het criminaliteitsfenomeen en gezien het klaarblijkelijke onvermogen van de justitie om ten aanzien van bepaalde vormen van georganiseerde, zware criminaliteit met behulp van traditionele opsporings- en vervolgingsmethoden daadwerkelijke successen te behalen, meent de regering toch te moeten besluiten dat een spijtoptantenregeling in bepaalde omstandigheden en onder zekere strikte voorwaarden toch mogelijk moet zijn.”*

UITZONDERLIJK- De toepassing zal *“in hoofde van de gerechtelijke overheden dan ook onvermijdelijk een zorgvuldig afwegen van uiteenlopende, tegenstrijdige en delicate belangen vereisen.”* Noterenswaard is dat volgens de regering *“als uitgangspunt aanvaard [dient] te worden dat elke samenwerking van justitie met criminelen slechts ten uitzonderlijke titel kan worden toegelaten.”* Daarom opteert zij *“uitdrukkelijk [voor een beperking] van de toepassing ervan [...] tot de sfeer van de zware en georganiseerde criminaliteit.”* Spil van het hele gebeuren is het Openbaar Ministerie : de procureur des Konings en/of de federale procureur. Laatstgenoemde krijgt daarenboven een belangrijke coördinerende rol. In alle fasen kan onderhandeld worden over een akkoord met een spijtoptant: in het vooronderzoek, in

¹⁸⁰⁶ MINISTER VAN JUSTITIE, *Persbericht wetsontwerp betreffende anonieme getuigen*, Brussel 10 april 1999, niet gepubliceerd.

¹⁸⁰⁷ Wetsvoorstel tot verlening van strafrechtelijke immuniteit aan spijtoptanten in het raam van de strijd tegen de georganiseerde misdaad, ingediend door de heren Antoine Duquesne en Jean-Paul Moerman, *Parl. St., Kamer* 1998-99, 1813/1. Een aantal onmiskenbare verschilpunten zitten er nochtans ook in.

de fase voor het vonnisgerecht en in de fase van strafuitvoering¹⁸⁰⁹. De spijtoptant « werkt mee » met de politie en gerecht in de strafprocedure tegen andere personen en krijgt straffeloosheid of strafvermindering in ruil. Volgens de regering moet er geen enkel verband bestaan tussen het misdrijf van de spijtoptant en het misdrijf dat hij helpt « ophelderen »¹⁸¹⁰.

2.2. Toezegging verval van de strafvordering (toekenning immuniteit)

BELONENDE STRAFFELOOSHEID- Zolang een zaak niet bij het vonnisgerecht aanhangig is gemaakt (art.10 Voorontwerp Spijtoptantenwet (VoS)), kan de Procureur des Konings of de federale procureur aan verdachten van een overtreding, een wanbedrijf of een in art.2, § 3 van de wet op de verzachtende omstandigheden¹⁸¹¹ bedoelde misdaad verval van strafvordering toezeggen (Art.2, §1 VoS). Dat kan alleen wanneer er precieze en ernstige aanwijzingen bestaan dat de verdachte een getuigenverklaring kan afleggen over een misdrijf zoals bedoeld in art.90ter, §§2, 3 en 4 Sv. of over feiten “*gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals omschreven in art.324bis Sw.*” Die getuigenverklaring vormt de tegenprestatie van de spijtoptant. De belofte deze af te leggen komt samen met de randvoorwaarden in een schriftelijke overeenkomst vast te liggen, memorandum genoemd.

De wetgever koppelt dus de gunstige behandeling van de eigen zaak van de verdachte opnieuw aan het verstrekken van informatie over andere strafzaken. De procureur die de toezegging doet, moet wel de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit “*in acht nemen.*”¹⁸¹².

SCHADEVERGOEDING- België wil blijkbaar de Amerikaanse¹⁸¹³ en - vroegere - Italiaanse¹⁸¹⁴ problemen vermijden, van slachtoffers die in de kou blijven staan. Vooraleer het Openbaar Ministerie verval van de strafvordering kan toezeggen, moet de spijtoptant de schade vergoed hebben die het misdrijf waarvan de onderzoekers hem verdenken aan anderen heeft veroorzaakt. Daarop kan het Openbaar Ministerie echter een uitzondering maken, wanneer de spijtoptant in het memorandum zijn

¹⁸⁰⁸ Mvt.SOR, 3.

¹⁸⁰⁹ In navolging van TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport..., op.cit.*, 141-142, spreekt de regering van de strafvorderlijke variant (op het niveau van het vervolgingsbeleid), een straftoemettingsvariant en een strafuitvoeringsvariant.

¹⁸¹⁰ MvT. SOR, 7 en 18.

¹⁸¹¹ Wet van 4 oktober 1867.

¹⁸¹² Deze afweging wordt nog moeilijker naarmate ook de mate van “beloning” kan variëren, dat wil zeggen dat behalve straffeloosheid ook strafvermindering kan (*infra* (2.3)).

¹⁸¹³ *Supra*, Hoofdstuk 3, 1.3.

burgerlijke aansprakelijkheid voor het schadeverwekkend feit erkent en het bewijst dat hij het niet-betwiste gedeelte van de schade heeft vergoed. Het slachtoffer kan alleszins zijn rechten nog doen gelden voor de gewone rechtbank (art.3, §1 VoS)¹⁸¹⁵. Het ondertekenen van het memorandum brengt een onweerlegbaar vermoeden van “fout” teweeg.

AFSTAND GOEDEREN- De procureur “*verzoekt de spijtoptant binnen een door hem bepaalde termijn afstand te doen van de in beslag genomen voorwerpen die in aanmerking komen voor verbeurdverklaring of, indien de voorwerpen niet in beslag genomen zijn, deze af te geven [op] een door hem bepaalde plaats*” (art.4 VoS).

MEMORANDUM- De toezegging tot verval komt in een schriftelijk memorandum. In art.5 VoS volgt een opsomming van de gegevens die daar op straffe van nietigheid in moeten staan. Het gaat om de datum en de bevoegde procureur, maar ook om “*de naam, de voornaam en de woon- of verblijfplaats van de spijtoptant*”. Daarnaast bevat het “*nauwkeurige en omstandige opgave van de feiten waarvoor de spijtoptant kan vervolgd worden en waarop het verval betrekking heeft; de feiten en eventueel de verdachten waarover de spijtoptant te kennen geeft een getuigenverklaring te zullen afleggen en tenslotte de inhoud van de toezegging en de eventueel aan de spijtoptant opgelegde voorwaarden waarvan het verval afhankelijk is*” (art5, §1 VoS). Spijtoptant, federale procureur en –als hij het verval toezegt- procureur des Konings ondertekenen elk drie exemplaren. De spijtoptant krijgt er één, een ander komt in het strafdossier van zijn zaak en een derde blijft bij de procureur (art.5, §2 VoS). De federale procureur houdt een centraal register met alle memoranda bij. Hij krijgt daarvoor van de parketsecretaris een afschrift (art.5,§3 VoS).

GETUIGENVERKLARING- Ná ondertekening van het memorandum verhoort het Openbaar Ministerie of de erdoor gevorderde politiedienst de spijtoptant over de feiten waarover hij wenst te getuigen. Het kan dat er al een onderzoeksrechter bezig is met een gerechtelijk onderzoek over de feiten waarvoor de spijtoptant niet gestraft zal worden. De onderzoeksrechter kan dan zijn onderzoek afsluiten. De raadkamer moet dan ambtshalve de rechtsgeldigheid van het verval controleren.

¹⁸¹⁴ *Supra*, Hoofdstuk 3, 2.1.5.

¹⁸¹⁵ Omdat de zaak nooit voor de vonnisrechter komt, kan deze hem wel niet ontslaan van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schade.

HERROEPING- Uitzonderlijk kan de strafvordering tegen de spijtoptant alsnog doorgaan. Dat kan wanneer die de in het memorandum vastgelegde voorwaarden niet naleeft. Het kan eveneens wanneer de spijtoptant “*wetens en willens onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen*” heeft afgelegd. Die verklaringen slaan niet op het eigen misdrijf van de spijtoptant, maar op de “*ernstige of georganiseerde criminaliteit*” waarover hij informatie leverde. Er bestaat nog een derde en laatste reden waarom de strafzaak tegen de spijtoptant kan “heropleven”, namelijk wanneer hij gepoogd heeft bewijzen te laten verdwijnen of zich te verstaan met derden “*teneinde de vervolging [van de feiten waarover men ‘getuigd heeft’] te belemmeren*”. Enkel het Openbaar Ministerie kan dan (en moet dus niet) de vervolging alsnog inzetten. Om de procedure te vergemakkelijken kan het rechtstreeks de onderzoeksrechter die de zaak tegen de spijtoptant aanvankelijk heeft behandeld opnieuw vorderen. Het vonnisgerecht zal dan ambtshalve de geldigheid van de toezegging moeten beoordelen.

ROL RECHTER- De rechter kan enkel een wettigheidstoets uitvoeren. Hij moet zich neerleggen bij het verval. De onderzoeksgerechten moeten een buitenvervolginstelling uitspreken. Vonnisgerechten bij wie vermeende of echte slachtoffers de zaak alsnog aanhangig zouden willen maken door rechtstreekse dagvaarding, zullen het verval van de strafvordering moeten vaststellen.

2.3. De toezegging tot strafuitsluiting of strafvermindering

VERSCHONINGSGROND- De tweede afdeling van het voorontwerp bevat de zogenaamde “*straftoematingsvariant*” van het belonen van “*spijtoptanten*”. De “*eigen*” misdrijven die de spijtoptant gepleegd mag hebben, zijn dezelfde als bij de strafvorderlijke variant, met daar de overige “*correctionaliseerbare*” misdaden nog eens bovenop. De misdrijven waarover hij “*informatie moet verstrekken*” zijn dezelfde. Naar eigen zeggen schept de regering een “*verschoningsgrond*”, die zowel strafverminderend als beslissend (dat wil zeggen strafuitsluitend) kan zijn. Of het om beslissende verschoning, dan wel over strafvermindering gaat, ligt vast in het memorandum dat de beklaagde met het Openbaar Ministerie heeft afgesloten. Ook de omvang van strafvermindering ligt daarin vast. Die valt immers onder de verplicht in het memorandum te vermelden “*inhoud van de toezegging van de procureur*”.

EVENREDIGHEID- Ook hier moet het Openbaar Ministerie “*de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit*” in acht nemen. De evenredigheidstoets wordt nog moeilijker. Het Openbaar Ministerie moet alle onderlinge verhoudingen tussen vier

variabelen wegen: de ernst van het misdrijf van de spijtoptant, de omvang van de gunst voor spijtoptant, de ernst van het “opgehelderd” misdrijf en het belang van de verklaring van de spijtoptant voor de “opheldering”. Dat zijn zes onderliggende wegingen, met verschillende “weegeenheden”. De regering gaat op maar één van die zes verhoudingen uitdrukkelijk in, namelijk op de gemakkelijkste: die tussen verschoond en opgehelderd misdrijf. Volgens de Memorie van Toelichting “*dient vermeden te worden dat de spijtoptantenregeling toegepast zou worden wanneer [het misdrijf van de spijtoptant] van gelijke ernst of ernstiger zou zijn dan het misdrijf ter ontdekking waarvan informatie wordt verstrekt.*”¹⁸¹⁶ Wat de maatstaf van ernst is (het strafrisico in de strafwet bijvoorbeeld) zegt zij niet. De vonnisrechter kan een mogelijke schending van de beginselen van proportionaliteit of subsidiariteit niet aanrekenen aan de spijtoptant, die op de toezegging mag betrouwen. Zij maakt echter het gebruik van diens getuigenverklaring in een andere zaak onmogelijk¹⁸¹⁷.

SLACHTOFFERS- Een opmerkelijk verschil met de strafvorderlijke variant van beloning is dat noch vergoeding van slachtoffers, noch afstand van goederen vereist is. Dat is logisch omdat het slachtoffer de gewone procedure kan gebruiken en de vonnisrechter zich moet uitspreken over de vermogensrechtelijke sancties. Het is niet duidelijk of een uitdrukkelijke aangifte van “vermogensvoordelen” en dergelijke behoort tot de opsomming van de “feiten” van de spijtoptant, of dat het behouden van geld of goederen behoort tot “toezeggingen” van het Openbaar Ministerie. Het risico dat de spijtoptant door aangifte van vermogensvoordelen zichzelf ook beschuldigt van andere misdrijven dan degene waarvan het O.M hem verdacht en waarover het akkoord is bereikt, is immers groot¹⁸¹⁸.

ROL RECHTER- De rechter moet ambtshalve de rechtsgeldigheid van de toezegging en van het memorandum beoordelen. Hij moet geen verschoning toekennen (maar mag dus wel) indien de spijtoptant de opgelegde voorwaarden niet heeft nageleefd, indien hij wetens en willens “*onvolledige, onoprechte of niet-onthullende verklaringen*” over het andere misdrijf aflegt of indien hij het onderzoek heeft willen belemmeren door (te pogen) bewijzen te laten verdwijnen of zich te verstaan met derden.

¹⁸¹⁶ MvT. SOR, 7.

¹⁸¹⁷ MvT, 23. Vreemd genoeg zegt de regering dit in de toelichting over art.7 en 8 (inzake de strafprocedure tegen de spijtoptant) en niet in de diverse bepalingen op het einde van de wet, die slaan op de strafprocedure waarin de spijtoptantenverklaring gebruikt wordt.

¹⁸¹⁸ Dit krijgt een bijzonder belang in het licht van de plannen m.b.t. de “herverdeling” van de bewijslast t.a.v. “vermogensvoordelen”. *Infra*, Deel V.

2.4. De toezegging in het kader van de strafuitvoering

GUNSTIGE ADVIEZEN OF BESLISSINGEN- De laatste gunst die het voorontwerp voorziet als beloning van spijtoptanten, mikt (blijkbaar) op definitief veroordeelden. De toepassingsvoorwaarden zijn dezelfde als bij de straftoematingsvariant. Als gunst die de spijtoptant in ruil krijgt, zal het Openbaar Ministerie “*een voor de betrokkene gunstig advies [uitbrengen], dan wel een gunstige beslissing nemen, in het kader van zijn bevoegdheden in het raam van de strafuitvoering.*” Omdat de strafuitvoering waarschijnlijk grondig hervormd zal worden, valt het af te wachten wat de bevoegdheden van dat Openbaar Ministerie inderdaad zijn. Ook hier geen woord over de slachtoffers: de wetgever gaat er van uit dat voor hen alles al geregeld is. Bij toekenning van de voorlopige invrijheidstelling moet de vergoeding van burgerlijke partijen immers in aanmerking genomen worden.

2.5. Besluit

PARKET BEHEERT WORTEL- De vorige Belgische regering had het plan opgevat een heel ruime spijtoptantenregeling in een apart wetsontwerp op te nemen, dat wil zeggen een wet op zich, geen invoeging in of aanvulling van de bestaande regels van strafprocedure. De *ratio legis* was een algemene verklaring dat met de “traditionele” opsporings- en vervolgingsmethoden, het gerecht “klaarblijkelijk” niet vermog “*daadwerkelijke successen te behalen*”. Behalve voor niet-correctionaliseerbare misdaden kan een spijtoptant voor alle misdrijven straffeloosheid of strafvermindering krijgen. Het Openbaar Ministerie mag enkel “informatieverstrekking” over zware of georganiseerde criminaliteit belonen en moet daarbij evenredigheid en subsidiariteit in acht nemen. Er moet geen verband bestaan tussen het misdrijf waarvoor het Openbaar Ministerie een gunst toekent en het misdrijf dat met de in ruil verkregen informatie aangepakt wordt. Het Openbaar Ministerie beslist, met een beperkte rechterlijke controle achteraf. De beloning kan gaan van verval van strafvordering tijdens het vooronderzoek, over beslissende of strafverminderende verschoning voor het vonnisgerecht tot een “positief” Openbaar Ministerie tijdens de strafuitvoering. De slachtoffers van het vermeende misdrijf van de spijtoptant moeten zijn vergoed, opdat deze van verval van strafvordering zou kunnen genieten. Een schriftelijk memorandum moet duidelijk alle elementen van de “overeenkomst” vastleggen en doorzichtigheid waarborgen, zowel in de procedure tegen de spijtoptant als in die tegen de door diens verklaring “benadeelde” verdachte (*infra* §4.).

§3.Overheid « onderhandelt » met getuigen

ANONIMITEIT ALS TOEGEVING- De overheid onderhandelt niet alleen met getuigen die zij van misdrijven verdenkt. Ook andere getuigen die bang zijn, krijgen bescherming in ruil voor hun bereidheid bij te dragen aan de waarheidsvinding. De Belgische keuze komt neer op het bij wetgeving regelen van de anonimiteit van getuigen, dat wil zeggen het strafprocedureel afschermen van een aantal personen. De regering Dehaene II verdedigde deze keuze met een verwijzing naar het rapport van de POC-GC, die zegt dat *“aangezien ons land te klein is om aan getuigen een nieuwe identiteit te verlenen of om hen afdoende te beschermen tegen wraakacties van criminele organisaties, moet volgens de parlementaire commissie gezocht worden naar een andere vorm van bescherming van getuigen, met name een aangepaste afscherming, anonimiteit of althans onherkenbaarheid van de getuige binnen de grenzen bepaald door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”*¹⁸¹⁹. Het resultaat is het voorontwerp van wet betreffende de anonieme getuigen (VoAG), dat een onderscheid maakt tussen “gedeeltelijke” en “volledige” anonimiteit.

BEPERKTE ANONIMITEIT- Voor politiemensen die in hun hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie als getuige worden gehoord, voorziet het – bedreiging of niet - de mogelijkheid van woonstkeuze op het dienstadres. Daarmee krijgen zij dus de kans een aantal, voor de verdediging niet wezenlijke identiteitsgegevens af te schermen. Daarnaast stelt de regering voor dat de onderzoeksrechter, de rechtbank en de Procureur-Generaal (bij het Hof van Assisen) kunnen beslissen om een aantal in art.75 Sv. voorziene identiteitsgegevens (naam, voornaam, staat, beroep, woonplaats e.d.) niet te vermelden. Dat vereist wel het bestaan van *“een redelijk vermoeden (...) dat de getuige, of een persoon uit diens naaste omgeving, ingevolge het bekend worden van deze gegevens en ingevolge het afleggen van een verklaring een ernstig nadeel zou kunnen ondervinden”*(art.4 VoAG). Van de redenen hiertoe wordt melding gemaakt in het proces-verbaal van verhoor door de onderzoeksrechter, respectievelijk in het proces-verbaal van de terechtzitting. De beslissing tot beperkte anonimiteit kan ambtshalve dan wel op verzoek van een procedurepartij gebeuren. Gedeeltelijke anonimiteit staat de ondervraging ter terechtzitting niet in de weg. Wel verplicht het voorontwerp

¹⁸¹⁹ MINISTER VAN JUSTITIE, *Persbericht wetsontwerp betreffende anonieme getuigen*, Brussel 10 april 1999, niet gepubliceerd, 1.

Openbaar Ministerie en zittingsrechter, *“ieder voor zich de maatregelen [te nemen] die redelijkerwijze nodig zijn om de onthulling van de [geheime] identiteitsgegevens te voorkomen”*. Het Openbaar Ministerie moet de afgeschermde identiteitsgegevens in een register bijhouden.

VOLLEDIGE ANONIMITEIT- Het voorontwerp wil dat ook volledige anonimiteit van een getuige mogelijk wordt. Dat kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden en mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Vanwege het subsidiariteitsbeginsel is de eerste vereiste natuurlijk dat beperkte anonimiteit niet kan volstaan.

Daarenboven moet het aannemelijk zijn dat *“de getuige of een persoon uit diens naaste omgeving zich redelijkerwijze door het afleggen van een getuigenis ernstig in zijn integriteit bedreigd voelt en dat de getuige wegens deze bedreiging geen verklaring zal willen afleggen.”* Voor getuigen die officier of agent van gerechtelijke politie zijn, eist het voorontwerp wegens het arrest Van Mechelen dat *“precieze en ernstige aanwijzingen bestaan dat deze getuige of een persoon uit diens naaste omgeving gevaar loopt”*. Het ontwerp beperkt de mogelijkheid van anonieme getuigenissen tot misdrijven opgesomd in art.90,§§2,3 en 4 Sv. of *“gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals bedoeld in art.324bis Sw.”* en indien *“de overige middelen van onderzoek niet lijken te volstaan om de waarheid aan de dag te brengen”*. De onderzoeksrechter moet de identiteit en de betrouwbaarheid van de getuige controleren vooraleer volledige anonimiteit toe te kennen in een met redenen omklede, gedateerde en ondertekende beschikking. Er staat geen enkel rechtsmiddel tegen open. De griffier moet de beschikking aan het Openbaar Ministerie meedelen en per fax of aangetekende brief aan de partijen en hun raadslieden bezorgen. De procureur roept dan de partijen bijeen voor een verhoor van de getuige, waarbij de onderzoeksrechter alle maatregelen mag nemen die nodig zijn voor het beschermen van de identiteit van de getuige. De partijen kunnen vragen opgeven, maar de onderzoeksrechter moet antwoorden verhinderen die tot herkenning zouden leiden. Zo nodig kunnen de partijen in een afzonderlijke ruimte worden ondergebracht, waarbij de ondervraging via telecommunicatie gebeurt. Het proces-verbaal van verhoor vermeldt de precieze omstandigheden van het verhoor. Zonder toestemming van de anonieme getuige zelf kan die niet voor het vonnisgerecht worden gedagvaard. De voorzitter leest de getuigenverklaring voor. De zittingsrechter kan ook, ambsthalve of op verzoek van een partij, een nieuw verhoor door de onderzoeksrechter bevelen. Tegen die beslissing staat geen rechtsmiddel open. De enige mogelijkheid om de anonimiteit te herroepen bestaat wanneer er duidelijke aanwijzingen van meened bestaan. Dan speelt de

onderzoeksrechter de identiteitsgegevens door aan het Openbaar Ministerie met het oog op vervolging. Jaarlijks brengt de Minister van Justitie aan het parlement verslag uit van het aantal onderzoeken waarin anonieme verhoren hebben plaatsgevonden.

BESLUIT- België is zonder veel aarzelingen bereid toegevingen te doen aan getuigen opdat die niet uit angst zouden zwijgen. Conform de Straatsburgse rechtspraak maakt het voorontwerp een onderscheid tussen beperkte en volledige anonimiteit. De eerste lijkt vooral aangewezen bij politiemensen en behoudt de mogelijkheid voor confrontatie op de zitting. Voor de volledige anonimiteit zijn er voorwaarden waarin zowel Nederlandse als Straatsburgse begrippen weerklinken. Zij kan alleen bij misdrijven opgesomd in art. 90 §§2,3 en 4 Sv. of misdrijven "*gepleegd in het kader van een criminele organisatie*".

§4. Flankerende maatregelen

GEBRUIKSBEPERKING- Zowel de verklaring van de spijtoptant als die van de anonieme getuige vormt een bewijsmiddel in de strafprocedure tegen het doelwit. Een van de manieren waarop de regering wil waken over het evenredig en subsidiair gebruik van het "gevaarlijk bewijsmiddel", is door het gebruik ervan te beperken. Zij wuift de twijfels over de betrouwbaarheid van de spijtoptantenverklaring en de moeilijke controleerbaarheid van de betrouwbaarheid van de volledige anonieme getuige weg door het gebruik ervan uit te sluiten in procedures die geen veroordeling op grond van een misdrijf van art.90 Sv. of "*gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals omschreven in 324bis*" voorzien. Uitdrukkelijk neemt de memorie afstand van de gemeenrechtelijke regel die vervolging toelaat wanneer naar aanleiding van een dwang- of bewakingsmaatregel toevallig andere misdrijven worden ontdekt dan het vermoede misdrijf waartegen de onderzoeksmaatregel gericht was. Het gevolg daarvan is dat afgeluisterde gesprekken ook gebruikt kunnen worden als bewijs voor misdrijven die niet voorkomen in de lijst van misdrijven waarvoor de onderzoeksrechter afluisteren kan bevelen. Spijtoptantenverklaringen of anonieme inlichtingen kunnen slechts dienen als inlichting over een misdrijf dat niet op het lijstje van art.90 Sv. voorkomt en niet gepleegd is in het kader van een criminele organisatie, nooit als bewijs. Het gaat om een soort "specialiteitsbeginsel" voor het gebruik van de informatie.

NOOD STEUNBEWIJS- Een tweede bijkomende waarborg voor het eerlijk proces van het “doelwit” in de procedure waarin de “gevaarlijke” getuigenis wordt gebruikt, is de eis dat steunbewijs aanwezig is. De ontwerpen zeggen dat de getuigenverklaringen “*alleen in aanmerking [kunnen] genomen worden als ze in belangrijke mate steun vinden in anderssoortige bewijsmiddelen.*” Het gaat om een vrij getrouwe overname van de eis in de Verenigde Staten dat "corroberation" nodig is. Bevestiging van een spijtoptantenverklaring door een onafhankelijke andere spijtoptant of van de ene anonieme getuige door de andere volstaat dus niet.

FYSIEKE BESCHERMING- Hoewel de toelichting keer op keer herhaalt dat ook fysieke bescherming van getuigen nodig is, zit daar nog geen wetgeving voor in de pijplijn. Nu heeft de politie op grond van de Wet op het Politieambt al een beschermingsplicht. Doch voor meer geraffineerde vormen, onder meer met identiteitsverandering, blijft het afwachten of de wetgever een dergelijke radicale keuze aandurft. Voor zover wij weten, is getuigenbescherming in onze gevangenissen nog steeds puur improvisatiewerk.

JAARLIJKS RAPPORT- De jaarlijkse rapporten die de Minister van Justitie aan het parlement moet uitbrengen, moeten enige controle door de buitenwereld mogelijk maken. Die zal kunnen leren over de frequentie van het gebruik, het soort misdrijven en het resultaat.

§5. Besluit

OPENBAAR MINISTERIE BEPAALT PRIJS BEWIJS- Als het ontwerp wet wordt, krijgt het Openbaar Ministerie ruime mogelijkheden om verdachten met strafvermindering of straffeloosheid te belonen indien zij in ruil informatie aanbrengen tegen andere verdachten. Allerlei varianten van “*bargaining for testimony*” zijn mogelijk. Voor getuigen die bescherming eisen als voorwaarde voor hun verklaring, is België bereid de verdachte de prijs te laten betalen. Zowel beperkte anonimiteit, dat wil zeggen het achterhouden van bepaalde identiteitsgegevens, doch met behoud van getuigenis ter zitting en de mogelijkheid tot confrontatie, als anonieme getuigenverklaringen zijn mogelijk. Het eerstgenoemde kan wanneer “ernstig nadeel” te vrezen valt. Volledige anonimiteit kan slechts heel uitzonderlijk, bij gevaar voor fysieke integriteit. Een door “afschermingsbehoeften zo weinig mogelijk beperkte” confrontatie moet georganiseerd worden. De onderzoeksrechter vormt de

spil en waarborg van de anonieme getuigenregeling. De regering drijft geen wig tussen de verdachte en zijn advocaat. Die krijgt geen gegevens toegespeeld die hij dan voor zijn cliënt geheim zou moeten houden. Enkele bijkomende vereisten, onder meer de koppeling aan misdrijven van art.90 Sv. en die gepleegd in het kader van een criminele organisatie, moeten het gebruik van deze “uitzonderlijke” en gevaarlijke bewijsmiddelen intomen.

HOOFDSTUK 5: PERSOONLIJKE BEOORDELING

“Judas aurait pu devenir un saint, le patron de nous tous qui ne cessons de trahir”
(F.Mauriac, La vie de Jésus)

§1.Grond voor de wetgeving

1.1.Inleiding

HYPOSTASE- Omdat zij nog niet door de parlementaire molen zijn gegaan, zijn de gronden waarop de ontwerpwetgeving rust, nog vrij duidelijk. Opnieuw valt de hypostase op: wat bewezen moet worden (het tekortschieten van de bestaande regels), neemt men als onbetwistbaar uitgangspunt. Van de in Hoofdstuk 2 behandelde tendenzen die een nieuwe regelgeving nodig zouden maken, zit er een aantal impliciet achter de nieuwe voorstellen. Nochtans legt de memorie van toelichting nauwelijks de band met de veranderende misdrijfomschrijvingen of opsporingsmethoden. Ook het capaciteitsgebrek durft men niet vernoemen, waarschijnlijk omdat de publieke opinie dit niet zou pikken als grond voor een deal met daders van ernstige misdrijven. De opkomst van de grondrechten van verdachte en getuige waren op een meer rechtstreekse wijze aanleiding voor het ontwerp op de bescherming van getuigen. Doch de enige grond die ondubbelzinnig uit de verf komt, is zwakte van de overheid in de informatievergaring over sterke georganiseerde criminaliteit. De spijtoptantenregeling en de getuigenbescherming zullen samen het breekijzer vormen waarmee de speurders de muur van stilte, de *omertà*, zullen doorbreken.

IN EN NAAST WETBOEK- Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt bestaat er trouwens een opmerkelijk verschil tussen de twee voorontwerpen. Voor de anonieme getuige koos de regering Dehaene II voor een aanpassing van bestaande artikelen van het Wetboek Strafvordering en een invoeging van nieuwe artikelen. Het

spijtoptantenontwerp daarentegen komt volledig naast de wetboeken te staan, zonder ook maar enige poging tot coördinatie, noch met het Wetboek Sv., noch met het Sw. Een precieze reden krijgen we daarvoor niet.

KOOR- De roep van praktijkmensen dat België dringend wetgeving inzake spijtoptanten en getuigenbescherming behoeft, werd steeds luider. Parlementsleden schreven hun eigen wetsvoorstellen, opeenvolgende regeringen schreven het idee over in hun regeerprogramma's. Nu weten we dat in een koor van mensen die allemaal om hetzelfde roepen, de overgrote meerderheid gewoon de kreet van de anderen overneemt. Vandaar dat de ingeroepen gronden kritische doorlichting verdienen. Zelfs bij de voorstanders is het besef van de gevaren, een zeker schaamtegevoel over het "ketterse" van het eigen voorstel, immers groot.

1.2. Tekortschieten van bestaande wetgeving voor beschermen van getuigen door anonimiteit

NODIG VOOR ANONIEME GETUIGEN- Voor het beschermen van getuigen zijn we het eens dat er nieuwe wetgeving nodig is, zeker als die bescherming de vorm van gewaarborgde anonimiteit aanneemt. Deze praktijk is immers moeilijk te verzoenen met de letter van het huidige Wetboek van Strafvordering en holt gemakkelijk de geloofwaardigheid van de procedurewetten uit. Belangrijker zijn echter art.6, 3, d) E.V.R.M. en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De daarin uitgewerkte criteria maken de bestaande praktijk en de tot voor kort dominante Belgische rechtspraak onhoudbaar. Het gaat hier trouwens om een specifieke variant van het in Deel III al aangekaarte ruimere probleem van permanente (bron)geheimen in de strafprocedure. Het komt de wetgever toe een nieuw evenwicht te zoeken tussen de botsende belangen.

1.3. Het tekortschieten van de bestaande rechtsregels voor akkoorden met spijtoptanten

1.3.1. *Systeem al flexibel*

OOK VOOR SPIJTOPTANTEN- De roep om een nieuwe wet met een spijtoptantenregeling klinkt echter nog luider en dat is minder vanzelfsprekend. Zoals gezegd sloten zowel parlementsleden als regering zich nochtans bij het koor aan. Zij kunnen best wel gelijk hebben, maar toch moeten we kritisch kijken naar de redenen die het wetsontwerp dragen.

MINDER NOOD DAN ELDERS- De impulsen vanuit het buitenland hebben ongetwijfeld gespeeld. Terecht? Wij geloven dat de behoefte aan bijzondere wetgeving inzake spijtoptanten in België veel kleiner is dan in de landen die in Europa het voortouw hebben genomen, zoals Duitsland, Italië of Spanje. De regering die het ontwerp voorbracht, zegt zelf dat als “*afwijking van de algemeen toepasselijke strafprocesrechtelijke regels*” en wegens mogelijk conflict met de grondrechten van procespartijen de spijtoptantenregeling “*voldoende toegankelijk en voldoende precies [moet] zijn en dient ze derhalve te worden ingeschreven in een wet sensu stricto*”¹⁸²⁰. Gaat het echt over een “afwijking” wanneer iemand een “*gunstige behandeling van zijn strafzaak*” krijgt, als beloning voor medewerking met de rechtshandhaving?

1.3.2. Keuzevrijheid Openbaar Ministerie

OPPORTUNITEIT- Wie zijn inspiratie in landen als Italië of Duitsland haalt, moet oog hebben voor twee belangrijke verschillen. Eerst en vooral sneuvelde het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel – dat de ontwerpers van ons wetboek waarschijnlijk ook voor ogen hadden - bij ons al vlug. Lang geleden al heeft België de verplichte vervolging ingeruild voor een opportuniteitsbeslissing van het Openbaar Ministerie. De wetgever heeft die naast de formele wet gegroeide gewoonte inmiddels bezegeld¹⁸²¹. Hij nam uitdrukkelijk een aantal wijzen van buitengerechtelijke afhandeling van strafzaken in het wetboek op waarbij niet de strafrechter, maar het Openbaar Ministerie het laatste woord kan hebben (*supra*, Hoofdstuk 2). De instemming en medewerking (dus toegeving) van de verdachte is een voorwaarde, maar de uiteindelijke beslissing ligt bij het Openbaar Ministerie dat daar een toegeving tegenover plaatst¹⁸²². Het Openbaar Ministerie kan iemand ook gewoon laten ontsnappen of besluiten niet te veel te investeren in de opsporing van personen of feiten. Dat kan algemeen voor bepaalde misdrijven in een bepaalde sector, via een zogenaamd “gedoogbeleid” of het toekennen van “de laagste opsporingsprioriteit”. Die beslissing ligt doorgaans bij hogere beleidsinstanties, zoals procureur, procureur-generaal, College van procureurs-generaal of Minister van Justitie. Dat neemt niet weg dat ook de “gewone” parketmagistraat in elke zaak zijn

¹⁸²⁰ *Supra* Hoofdstuk 4, §1.

¹⁸²¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht...*, *op.cit.*, 453.

¹⁸²² Het gaat om de minnelijke schikking (216bis Sv.) en daarna de strafbemiddeling (art.216ter Sv.). Die rechtsfiguren zijn eigenlijk “kinderen” van het opportuniteitsbeginsel. Het belangrijkste “onwettig” kind, de rangschikking zonder gevolg (sepot) zal uiteindelijk in de Wet Franchimont erkend worden (*supra*, Hoofdstuk 2, §3). Het Openbaar Ministerie leidt eigenmachtig het opsporingsonderzoek, de onderzoeksvorm voor 90% van de strafzaken. De overgrote meerderheid van de aangebrachte zaken rangschikt het zonder gevolg.

“prioriteiten” vastlegt¹⁸²³. Enkel wie helemaal wereldvreemd is, kan geloven dat het parket daarbij geen gebruik maakt van de onderhandelingsmarge die het heeft. De bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om eenzijdige beslissingen te nemen, sluit immers geenszins uit dat het eigenlijk met verdachten gaat onderhandelen over de afhandeling van de zaak. Het algemeen belang van de maatschappij en het “eigenbelang” van het Openbaar Ministerie vallen in ons systeem samen. Daarom belooft het niet alleen een “positieve” of “constructieve” houding van de verdachte in zijn concrete zaak (zoals bekentenis, schadeherstel, allerlei beloftes of spijtbetuigingen). Het weet ook elke hulp in “andere” zaken naar waarde te schatten. Persoonlijk geloven wij dat het probleem in de praktijk misschien vooral zit in de onmogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om nog te seponeren eens de zaak in de handen is van onderzoeksrechter en onderzoeksgerecht. En dat zal bij ernstige feiten, zeker in het licht van de voorstellen in Deel III, meestal het geval zijn. De “zittende” magistraten kunnen immers niet om opportuiniteitsredenen seponeren.

BESLUIT- Dat het Openbaar Ministerie mensen een “gunstige” behandeling geeft op basis van onderhandelde afspraken, is dus veel minder uitzonderlijk dan de droge lectuur van de wetboeken of de retoriek van de vernieuwers wil doen vermoeden. Het gaat wel om een weinig doorzichtig proces. Het zijn gunsten, geen rechten. De verdachte moet berekend gokken dat wat hij vertelt, hoewel hij daartoe wettelijk niet verplicht is, inderdaad beloond zal worden. De situatie van de “begunstigde” blijft echter precair. Formeel kan immers niet het Openbaar Ministerie, maar enkel een rechter het laatste woord hebben over een misdrijf. Als de zaak toch tot voor een rechter komt, is die niet gebonden door de mening van het parket.

1.3.3.Keuzevrijheid rechter

VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN- Doch ook wanneer één van de partijen of het onderzoeksgerecht beslist de zaak toch tot bij de rechter te brengen, beschikt die op zijn beurt over zeer uitgebreide mogelijkheden om verdachten te “belonen” met “strafverlichting”. En dan komen we bij een ander vrij opvallend verschil met vele van de ons omringende landen. De bekommernis van de oorspronkelijke strafwetgever, dat duidelijke wettelijke marges de rechterlijke vrijheid bij straftoemeting aan banden

¹⁸²³ Nemen we bijvoorbeeld een misdrijf waarvoor het wetboek een beslissende verschoningsgrond voorziet, zoals diefstal tussen echtgenoten. Formeel is het pas de vonnisrechter die het bestaan van die verschoningsgrond vaststelt. In de praktijk zal het parket geen tijd of energie willen investeren in dergelijke zaken. Het parket anticipeert met een seponering ook op de buitenvervolginstelling die de onderzoeksgerechten zouden moeten uitspreken.

zouden leggen en dat alleen de wetgever voor verschoning van misdrijven zou kunnen zorgen, is helemaal verwaterd. Daar hebben de “verzachtende omstandigheden” voor gezorgd. De Belgische wetgever kiest voor een open categorie van verzachtende omstandigheden. Hij legt de gronden waarop de rechter strafvermindering mag baseren, niet vast. Bijgevolg kan het zowel gaan om omstandigheden van vóór het misdrijf als omstandigheden van het misdrijf zelf. Doch ook gedragingen van na het misdrijf, of die nu rechtstreeks in verband staan met dat misdrijf of zijn gevolgen (actief berouw, schadebeperking) of niet (bekennen, verklikken) kunnen als basis voor strafverzachting dienen. In vele andere landen moeten strafvermindingsgronden uitdrukkelijk in de wet staan, uit vrees dat de rechters teveel mogelijkheden zouden krijgen om de keuzes van de wetgever uit te hollen. Die worstelen dan ook minder dan wij met het onderscheid tussen strafverminderende verzachtende omstandigheid en strafverminderende verschoningsgrond (*Infra*). In België daarentegen ergeren weinigen zich echt aan deze mogelijke uitholling van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel. Zolang die uitholling gebeurt in het voordeel van de verdachte, vallen weinigen erover. Misschien heeft men meer vertrouwen in de rechter die het concrete geval beoordeelt dan in de wetgever die het over een abstracte situatie heeft. De rechter is daarenboven, anders dan bij wettelijke verschoningsgronden, niet verplicht verzachtende omstandigheden te aanvaarden. Zonder de indruk te wekken echt een doordacht beleid te voeren heeft de wetgever de toepassing van de wet op de verzachtende omstandigheden herhaaldelijk uitgebreid. In Hoofdstuk 2 hebben we de reden daarvoor gegeven: het capaciteitsprobleem van het gerechtelijk apparaat. De uitbreiding van het gebruik van de verzachtende omstandigheden dient eigenlijk vooral om de hoven van assisen te ontlasten, niet om minder zware straffen op te leggen. De correctionele rechtbanken kunnen immers in talrijke situaties vrijheidsstraffen uitspreken die even lang of langer zijn dan de criminele.

“VERZACHTEND” PARKET- Om procedurele besparingsredenen kan het Openbaar Ministerie sinds 1994 zelf vaststellen dat verzachtende omstandigheden van een misdaad een wanbedrijf of van een wanbedrijf een overtreding zouden moeten maken. Dezelfde regel geldt – dat valt op - ook voor strafverminderende verschoningsgronden die van een misdaad een wanbedrijf maken (art.2, tweede lid en 4, tweede lid W.V.O). Nochtans toont de wet opnieuw dat het Openbaar Ministerie wikt, maar dat de rechter beschikt. Wanneer een Belgisch

onderzoeksgerecht verzachtende omstandigheden heeft vastgesteld¹⁸²⁴, bindt die beslissing de rechter naar wie het de zaak verwijst (art.3, eerste lid en 5, eerste lid)¹⁸²⁵. De rechtbank bij wie het Openbaar Ministerie een zaak rechtstreeks aanhangig maakt, kan daarentegen nooit gebonden worden door de visie van het Openbaar Ministerie op de verzachtende omstandigheden. Indien het Openbaar Ministerie een misdaad rechtstreeks bij de correctionele rechtbank aanhangig maakt omdat er verzachtende omstandigheden zijn, kan die rechtbank weigeren verzachtende omstandigheden vast te stellen en zich onbevoegd verklaren (art.3, tweede lid en 5, tweede lid W.V.O.). De rechtbank kan niet gebonden zijn door de inschatting van de feiten door het Openbaar Ministerie. Een rechter heeft het laatste woord. We herkennen de gelijkenis met het Amerikaanse antwoord op het capaciteitsprobleem: plea-bargaining¹⁸²⁶. Ook daar heeft de rechter formeel het laatste woord. Nochtans blijkt in de praktijk dat het Openbaar Ministerie zich ten koste van de rechterlijke macht enorm veel zeggenschap heeft toegeëigend. Het verschil zou moeten zitten in de inquisitoire, (pro)actieve opstelling van de Belgische rechter in vergelijking met zijn Amerikaanse collega's. Daardoor zouden onze rechters zich minder vlug neerleggen bij de "beleidskeuzes" van het Openbaar Ministerie.

HERKWALIFICATIE- De verandering in de manier waarop de wetgever misdrijven omschrijft, maakt ook zonder nieuwe wet "beloningen" mogelijk. Met Amerikaanse en Italiaanse waarnemers stellen wij ook hier vast dat het procesgigantisme niet alleen in de breedte werkt, dat wil zeggen dat een steeds bredere groep van mensen onder de letter van de strafwet valt. Ook "verticaal" gigantisme, dat wil zeggen de opeenstapeling van tenlasteleggingen ten aanzien van een zelfde persoon voor één ingewikkeld gedragingencomplex komt ook steeds vaker voor¹⁸²⁷. Dat heeft te maken met de wollige en overlappende misdrijfomschrijvingen. Een voorbeeld kan dat illustreren. Nemen wij een lid van een "motorrijdersvereniging" die met zijn maats een man in mekaar timmert tijdens een vechtpartij in een café. De meest voor de hand liggende tenlastelegging - de 'klassieke' - is dan opzettelijke slagen en

¹⁸²⁴ DECLERCQ, R., *Beginzelen...*, 238 schrijft dat de vermelding van verzachtende omstandigheden door de raadkamer bij correctionalisatie "in de praktijk [gebeurt] door overneming van wat de procureur des Konings in zijn eindvordering schreef" (zie Cass., 13 juni 1990, Arr.Cass. 1989-90, nr.592).

¹⁸²⁵ De rechtspraak besliste echter dat een correctionalisering op basis van onjuiste gegevens i.v.m. het gerechtelijk verleden van de verdachte niet regelmatig en dus niet bindend is. (DECLERCQ, R., *Beginzelen...*, 239 en de daar vermelde rechtspraak.)

¹⁸²⁶ Of zijn Italiaanse versie: *patteggiamento (supra)*.

¹⁸²⁷ *Supra*: Deel II.

verwondingen (eventueel met verzwarende omstandigheden). De rechtbank kan zich echter ook op dezelfde feiten baseren voor een veroordeling wegens lidmaatschap van een privé-militie. De rechter kan uit de feiten afleiden dat de groep geweldpleging als doel heeft. In Deel II hebben wij uitvoerig geïllustreerd dat dan ook bendevoorming en – wij zouden bijna zeggen bijgevolg - ook betrokkenheid bij een criminele organisatie kan worden tenlastegelegd. Door zo de inzet te verhogen kan het Openbaar Ministerie druk uitoefenen. De hedendaagse strafbaarstellingen zijn zo geformuleerd dat “*charge bargaining*”, onderhandelen over de tenlastelegging, niet langer taboe is (*infra*, 2.4).

OPSCHORTING- In het voorgestelde "verval van strafvordering" herkennen wij enkele trekken van de bestaande mogelijkheid van opschorting van de uitspraak (*supra*, Hoofdstuk 2). Het komt niet tot een strafrechtelijke veroordeling, maar door de aanvaarding van deze “gunst” verliest de dader de mogelijkheid om zijn schuld in twijfel te trekken. Bij opschorting geldt dat zowel voor burgerrechtelijke als strafrechtelijke schuld. Voor spijtoptanten zou een vervolging (na schending van de afspraak) de gewone regels opnieuw doen gelden. Het blijft echter de vraag of de spijtoptant na al wat hij verteld heeft en na zijn “contractbreuk” nog veel kans op vrijspraak maakt. Een andere opvallende gelijkenis ligt in de mogelijkheid van verbeurdverklaring zonder dat het tot een strafrechtelijke veroordeling komt. Opschorting kan afhankelijk gemaakt worden van het naleven van een aantal voorwaarden (probatie), wat ook het geval is voor het verval van de strafvordering voor spijtoptanten. Met beide beslissingen moet de verdachte instemmen, doch terwijl de spijtoptant een overeenkomst bereikt met het Openbaar Ministerie, gaat het bij opschorting om een akkoord met de rechter, die het laatste woord heeft. Het grote probleem om opschorting toe te passen op kandidaat-spijtoptanten ligt in de huidige grenzen. Het gaat dan niet zozeer over de maximumgrens voor de straf die men hen eventueel zou kunnen opleggen, maar veeleer om het strafrechtelijk verleden: de vroegere veroordelingen. Voor kandidaat-spijtoptanten uit internationale groepen valt het mee dat in de huidige stand van de wetgeving buitenlandse veroordelingen (zelfs heel zware) geen beletsel zijn voor opschorting en Belgische (zelfs lichte) wel¹⁸²⁸.

¹⁸²⁸ Bij ons weten heeft niemand met een "Belgisch" strafverleden dit tot nu ingeroepen als een vorm van onterechte discriminatie. Daarenboven zullen buitenlandse veroordelingen ook geen grond voor strafverzwaring wegens herhaling vormen. Niettemin lijken alleen praktische moeilijkheden, geen zinvolle fundamentele argumenten een Europees strafregister of het in aanmerking nemen van veroordelingen in andere EU-landen als grond voor herhaling in de weg te staan.

1.3.4. Keuzevrijheid strafuitvoering

UITSTEL- Op de grens van de straftoemeting en strafuitvoering heeft de vonnisrechter een ruime mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van de veroordeling uit te stellen. De rechter kan dat uitstel bovendien aan probatievoorwaarden koppelen. Wij vragen ons af of de rechter (op vraag van het Openbaar Ministerie) het afleggen van de getuigenverklaring (of ruimer, het naleven van de in het dossier opgenomen overeenkomst met het Openbaar Ministerie) niet als probatievoorwaarde kan opleggen. Opnieuw zal in de huidige stand van wetgeving vooral het strafrechtelijk verleden roet in het eten gooien, opnieuw kan het gemakkelijker voor mensen die in het buitenland feiten op hun kerfstok hebben.

STRAFUITVOERING- Natuurlijk kan de overheid vandaag al aan de spijtoptant een penitentair gunstregime toekennen. Recentelijk werd ook de wetgeving op de voorwaardelijke invrijheidstelling (V.I.) van iemand die effectieve vrijheidsstraffen uitzit, hervormd. Een zware procedure moet zorgen voor waarborgen voor de maatschappij en ondersteuning voor de ex-gedeteneerde bij de vrijlating. Het Openbaar Ministerie heeft een belangrijke stem in de Commissie V.I. Opnieuw kan de medewerking van iemand aan de strafzaak of het onderzoek tegen anderen het standpunt van het parket beïnvloeden. Omdat de criteria voor vrijlating behoorlijk subjectief zijn, kan dit werkelijke motief vaak schuilgaan achter een ander, openlijk motief. Nochtans kan het ook openlijk, waarbij de medewerking als bewijs van sociale reclassering geldt. De strafuitvoeringsvariant in het spijtoptantenontwerp lijkt hier niet echt iets aan toe te voegen. Zowel in als buiten de gevangenis zal dan wel voor bescherming gezorgd moeten worden.

KEUZEVRJHEID REGERING- Ook het genaderecht van de Koning, dus in de praktijk van de regering, is aan geen bijzondere beperkingen gebonden. Geen enkel juridisch element belet dat veroordeelden een “gunstbehandeling”, met strafvermindering, omzetting of kwijtschelding van straf krijgen in ruil voor medewerking aan een strafonderzoek. De regering moet dan wel haar verantwoordelijkheid nemen. Politici zijn immers beducht voor de politieke rekening die zij gepresenteerd zullen krijgen, als de zaken achteraf mis gaan¹⁸²⁹. Al te gul omspringen met het genaderecht holt ook het werk van de rechterlijke macht uit en kan de relaties tussen politiek en gerecht verzuren. Zeker wanneer de veroordeling

¹⁸²⁹ Met de zaak Dutroux hebben de politici op dat vlak een dure les geleerd, zodat ze die verantwoordelijkheid graag van zich af hebben geschoven.

politiek gevoelig ligt, zoals in corruptiezaken of politieke misdrijven, past dus grote terughoudendheid¹⁸³⁰. Terloops moeten we eraan herinneren dat de regering ook buiten het strafrecht om spijtoptanten op allerlei manieren kan belonen, bij voorbeeld met een verblijfsvergunning, voor vreemdelingen een waardevol kleinnood, of een voorkeursbehandeling bij huisvesting en dergelijke. Hetzelfde geldt voor de weigering van de regering om een spijtoptant uit te leveren aan andere landen die daarom zouden verzoeken. Zelfs de grote versoepeling van de uitleveringsregimes in de Europese Unie, met een verschuiving van de beslissingsmacht van de uitvoerende naar de rechterlijke macht, voorziet in "uitzonderlijke" omstandigheden nog steeds in een vetorecht voor de regering. Spijtoptanten zouden hoe dan ook enkel in "uitzonderlijke" omstandigheden mogelijk zijn, zodat de vraag blijft of bij spijtoptanten het veto altijd open blijft (*infra*, 1.4.).

1.3.5. Besluit

RELATIVERING NIEUWIGHEID- Wanneer de regering en POC-GC spreken over "afwijking van de algemeen toepasselijke strafprocesrechtelijke regels", moeten we dat met een grote korrel zout nemen. Het uitputten van de "gewone, normale" strafprocedure van begin tot einde vormt hoe dan ook de uitzondering. En volgens ons is het ook in het bestaande systeem gebruikelijk dat een verdachte die meewerkt met de rechtshandhaving en haar dus het werk makkelijker maakt, geen of een minder zware straf krijgt. Medewerking kan zowel op het onderzoek van de eigen zaak (bekentenis) als op andere vormen van hulp (beschuldigen, getuigen) slaan. De mogelijkheid "onderhandelend te belonen" bestaat zowel in het onderzoek (strafvorderlijke variant) als bij de straftoemeting (straftoemetingsvariant) als in de strafuitvoering. Dat de regering met een wet een poging doet om meer doorzichtigheid en rechtszekerheid te bereiken, kan geen kwaad. Doch in tegenstelling tot meer "legalistische" landen, bestaat er juridisch gezien geen "hoge nood" aan een extra wettelijke regeling van de strafprocedure tegen de "spijtoptant". Zodat we met extra nauwgezetheid moeten kijken of het gemaakte voorstel inderdaad meer doorzichtigheid en rechtszekerheid oplevert.

¹⁸³⁰ Zie de polemiek in Spanje nadat de regering een "bevriende" -aldus de socialistische oppositie- hoge magistraat, die door het Hof van Cassatie veroordeeld was wegens corrupt misbruik van zijn ambt in een belangrijk proces over privatisering, genade had verleend. Door de opheffing van de 15 jaar beroepsverbod zou de man kunnen terugkeren naar de magistratuur. De regering wees er fijntjes op dat zij ook wegens corruptie veroordeelde leden van de vroegere socialistische partij genade had gegeven. (LOPEZ AGUILAR, J. en LOPEZ GARRIDO, D., "El indulto prodigioso", *El País* 13 december 2000; YANEL, A., "El Supremo decide hoy cómo ejecutará el indulto a Liaño", *El Mundo* 15 december 2000.)

1.4. De strijd tegen georganiseerde criminaliteit als voorwendsel

UITZONDERLIJKHEID- De rode draad van dit proefschrift loopt hier weer duidelijk door het beeld: de voorstanders van de wetsontwerpen benadrukken de uitzonderlijkheid van hun voorstellen. Die bevatten regels die normalerwijze niet zouden kunnen, doch het uitzonderlijke gevaar dat "georganiseerde criminaliteit" oplevert, rechtvaardigt de ingreep. Twee vaststellingen uit de vorige twee Delen, dringen zich ook hier weer op. Enerzijds dat bij gebreke aan duidelijk (wetenschappelijk) onderzoek de omvang van de bedreiging moeilijk in te schatten valt, zodat het ook moeilijk uit te maken valt of de "opoffering" van rechten wel de moeite waard is. Het gaat grotendeels om niet te controleren beweringen, eerder op (politiek) instinct dan op feitelijke grondslag gebaseerd.

GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT- Het tweede heikel punt is de koppeling van het "uitzonderingsregime" aan "georganiseerde criminaliteit". Opnieuw zien we dat die georganiseerde criminaliteit wel als *argument* geldt om de verandering door te voeren, doch dat de tekst zelf de koppeling maakt met het veel ruimere "*misdriven zoals bedoeld in art.90ter, §§2, 3 en 4 Sv.*" of over feiten "*gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals omschreven in art.324bis Sw.*" Bijgevolg zal voor zowat elk ernstig misdrijf de nieuwigheid ingang kunnen vinden. Het manoeuvreer is doorzichtig en de voorstanders van de hervormingen hadden er beter aan gedaan te beklemtonen dat het voorstel helemaal niet zo uitzonderlijk is, maar kadert in een ruimere tendens naar een meer consensuele afhandeling (binnen een aantal grenzen) van rechtszaken, ook van strafzaken.

1.5. Besluit

RELATIEVE NOOD- Opnieuw verkondigen de (vele) voorstanders van nieuwe wetten als een onomstotelijke waarheid dat de bestaande wetten tekort schieten. Voor de getuigenbescherming door anonimiteit is dat inderdaad het geval. Doch de voorstanders van spijtoptanten, die hun voorstel als "uitzonderlijk" betitelen, zien daarbij over het hoofd dat in het bestaande systeem al talloze mogelijkheden zitten voor het onderhandelend belonen van medewerking van verdachten aan hun eigen of aan andere strafzaken. Vandaar dat de koppeling van het uitzonderlijk regime aan het uitzonderlijke van georganiseerde criminaliteit slechts een retorische truuk is.

§2.Nieuwe regels in het spijtoptantenontwerp

2.1.Inleiding

KRITISCHE KIJK- In vergelijking met de wet op de criminele organisaties en de voorstellen van prof. Bosly steekt het wetsontwerp positief af. Het is coherenter, juridisch beter doordacht en heeft meer oog voor de praktische complicaties. Niettemin hebben we bij nader toezien toch twijfels over een aantal van de concrete keuzes .

2.2.Wie geniet van de voordelen als spijtoptant?

2.2.1.Begrip

SPIJT- De regering kiest, anders dan buitenlandse wetgevers, uitdrukkelijk voor het gebruik van het begrip spijtoptant. Nochtans is “spijt” (berouw) over een eventueel crimineel verleden noodzakelijk noch voldoende. De regering wil dat ook een autodief, die toevallig in de door hem gestolen wagen iets (drugs, wapens, documenten,...) vindt over “zwaardere” criminelen, vrijuit kan gaan. Hij moet geen afstand nemen van zijn verleden, zijn helpers of helers niet aangeven of geen beloften doen zich in de toekomst beter te gedragen. Anderzijds is het wetsontwerp zo open dat het Openbaar Ministerie deze bijkomende voorwaarden wel in het memorandum kan opnemen.

NIET- Het lijkt erop dat de schrijvers van het ontwerp betreffende spijtoptanten enkel dachten aan een verdachte van misdrijf A die van het Openbaar Ministerie een strafprocedurale gunst krijgt in ruil voor een getuigenverklaring over een misdrijf B of over mededaders van misdrijf A. De terrorist die alle banden met de organisatie breekt en het geweld “afzweert”, maar weigert zijn ex-kameraden te verraden en dus géén getuigenverklaring aflegt, zou dan ook geen troost vinden in een spijtoptantenstatuut. De letter van de tekst zou niettemin toelaten de terrorist te belonen voor loutere verklaringen over zijn eigen bijdrage aan dat misdrijf A (*infra*, 2.2.4.)

RECHTSPERSOON- Een interessante vraag is in welke mate rechtspersonen in aanmerking komen voor een spijtoptantenregeling en hoe dat dan praktisch in zijn werk moet gaan. Dat natuurlijke personen rechtspersonen (en natuurlijke personen binnen rechtspersonen) gaan beschuldigen, is de bedoeling. Het gaat dan om

klokkenluiders die zelf boter op hun hoofd hebben. Doch ook het omgekeerde kan gebeuren: rechtspersonen zouden bijvoorbeeld de vuile was van hun werknemers of klanten kunnen buitenhangen, om zelf te ontkomen. Aan de regering moet toch de vraag worden gesteld of zij dat echt wenselijk acht. Anderzijds zou het helemaal niet zo revolutionair zijn: nu al zijn tal van rechtspersonen onderworpen aan allerlei registratie- en meldplichten (dus verklikking) ten gunste van de criminaliteitsbestrijding (*supra*, Deel III).

BREED- We kunnen ons niet van de indruk ontdoen dat de regering, omdat zij niet beseft hoeveel al strafbaar is, het aantal getuigen dat zelf een of ander misdrijf heeft gepleegd, onderschat. Nemen we een extreem voorbeeld als illustratie: een man die zelf ten onrechte geparkeerd staat op een plaats voor gehandicapten, is daardoor een belangrijke getuige van een bankoverval. Het is heel waarschijnlijk dat het Openbaar Ministerie nooit de bedoeling heeft gehad hem te vervolgen voor zijn verkeersovertreding of hem hoe dan ook een minnelijke schikking zou hebben aangeboden. Doch in de praktijk valt het bijna niet na te gaan of het een "normale" praktijk dan wel om een "toegeving" van het parket gaat. Hoe ernstiger het misdrijf van de getuige of hoe hechter de band tussen parket en getuige (informant of politieagent bijvoorbeeld), hoe scherper dit probleem wordt.

2.2.2. "Verschoond" misdrijf

MISDRIJF A- Kijken we eerst naar het vermoedelijk misdrijf waarover – geheel of gedeeltelijk - de spons gehaald kan worden. Het gaat om alle overtredingen, wanbedrijven en op grond van verzachtende omstandigheden correctionaliseerbare misdaden. Wij vragen ons af waarom de allerzwaarste misdrijven uitgesloten zijn. De Memorie van Toelichting zegt, bij een toelichting over het evenredigheidsbeginsel, dat hoewel het "*moeilijk is in het algemeen en in abstracto maatstaven vast te leggen*", het "*toch mogelijk is – teneinde excessen te vermijden - zekere grenzen vast te leggen*". Zo "*dient elke toepassing van de spijtoptantenregeling voor bepaalde zeer ernstige misdrijven, gepleegd door de spijtoptant te worden uitgesloten.*"¹⁸³¹ Die keuze heeft zin, wanneer de gunst die de spijtoptant krijgt "totale straffeloosheid" is. Wij hebben gezien dat die misvatting (kroongetuige gaat volledig vrijuit) in Nederland tot veel discussie heeft geleid. Het voorontwerp wil echter naast straffeloosheid ook "bij overeenkomst vastgelegde" strafvermindering mogelijk maken. Dan zien wij niet in waarom de

¹⁸³¹ MvT VoS, *op.cit.*, 7.

spijtoptantenregeling sommige ernstige misdrijven moet uitsluiten¹⁸³². Waarom zouden mededaders van moorden (denk aan het voorbeeld van de Bende van Nijvel) geen strafvermindering kunnen krijgen? De vaststelling van verzachtende omstandigheden laat de rechter nu trouwens al toe (art.80, eerste lid Sw.) slechts drie jaar gevangenisstraf op te leggen, zodat zelfs een veroordeling met uitstel mogelijk is. Volgens de regering schendt een wet die het Openbaar Ministerie toelaat verval van strafvordering toe te kennen aan de dader van een misdrijf waarop normaal tien jaar opsluiting staat, het evenredigheidsbeginsel niet. Maar het verminderen van een straf van 30 jaar opsluiting tot 25 jaar doet dat wel. Wij zien niet in waarom...

2.2.3. "Verschonend" misdrijf en verband ermee

MISDRIJF B- De spijtoptant kan alleen de met het Openbaar Ministerie overeengekomen straffeloosheid of strafvermindering bekomen indien hij of zij een getuigenverklaring aflegt "*omtrent [feiten die] een misdrijf uitmaken zoals bedoeld in artikel 90ter, §§ 2, 3 en 4 Sv. of werden gepleegd in het kader van een criminele organisatie zoals omschreven in artikel 324bis Sw.*" De regering kiest naar eigen zeggen "*uitdrukkelijk*" voor een beperking van de toepassing van de spijtoptantenregeling tot "*de sfeer van de zware en de georganiseerde criminaliteit.*" Zoals gezegd (*supra*, 1.1) vinden wij de opgesomde misdrijftypes allesbehalve uitzonderlijk. Daarnaast past opnieuw (zoals in Deel III) de vraag waarom naast 90ter, §2 Sv. de verwijzing naar de criminele organisaties volgt. Het misdrijf van 324bis staat immers ook in het lijstje van art.90ter §2 Sv., namelijk onder 1bis. Het illustreert o.i. dat in de lawine van wetsveranderingen de regering zelf het noorden is kwijtgeraakt.

BIJDRAGE SPIJTOPTANT- De spijtoptant moet "*een getuigenverklaring afleggen omtrent*" de in vorige alinea bedoelde feiten (art.2, §1 en 11 VoS). Het moet bovendien om een "*onthullende, oprechte en volledige getuigenverklaring gaan*" (art.8 en 11 VoS). De beoordeling gebeurt door het Openbaar Ministerie, met advies van de onderzoeksrechter indien er gerechtelijke onderzoeken lopen. In

¹⁸³² De voorstudie liet de deur nochtans open: "*...dat een aantal ernstige misdrijven die gepleegd werden door de spijtoptant ofwel helemaal niet verschoond kunnen worden, ofwel dat slechts een strafverminderende verschoningsgrond, maar geen strafuitsluitende verschoningsgrond kan worden toegepast.*"(TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport, op.cit.*, 152 -onze onderstreping-)

tegenstelling tot wat in de Memorie van Toelichting staat¹⁸³³, spreekt de voorgestelde wettekst nergens over een “belastende” getuigenverklaring. Dat betekent dat ook wie één van de hoofdverdachten een sluitend alibi kan bezorgen, voor beloning als spijtoptant in aanmerking komt. Waarschijnlijk zal het Openbaar Ministerie “beloning” voor een dergelijke verklaring zelden oppoortuun vinden¹⁸³⁴, doch onmogelijk is het niet. Eliminatie van één verdachte kan immers de zaak van het Openbaar Ministerie tegen een andere verdachte versterken.

2.2.4. *Verhouding tussen beide misdrijven*

MISDRIJVEN ONDERZOEKERS- Eerst en vooral biedt de voorgestelde regeling een mogelijke oplossing voor het probleem van de door onderzoekers gepleegde misdrijven (*supra*, Deel III). Het Openbaar Ministerie kan infiltranten of observanten die misdrijven hebben gepleegd een spijtoptantenregeling aanbieden. Wanneer zij de eigen feiten opbiechten en een volledige getuigenverklaring afleggen, zal de overeenkomst met het Openbaar Ministerie hen van strafvervolging afschermen. We vrezen dat de regering niet aan onderzoekers-spijtoptanten gedacht heeft. Zij staat er alleszins niet bij stil in haar Memorie van Toelichting. Ook van enige coördinatie met Bosly's voorstellen voor “straffeloze speurders” is geen spoor. Toekenning van spijtoptantenstatus zou van diens “strengere” regeling terzake nochtans een kaas met heel grote gaten kunnen maken. Het Openbaar Ministerie kan dan immers verval van strafvordering toekennen aan politiemensen. Het kan, maar moet de getuigenverklaring van de onderzoeker-spijtoptant niet gebruiken in de zaak tegen het doelwit. Indien het dat niet doet, vermijdt het dat de kopie van het memorandum in het strafdossier de zaak in de openbaarheid zou brengen. Daarnaast past natuurlijk de vraag of en hoe de procureur, die zelf de operatie geleid heeft, meteen zichzelf en zijn ondergeschikten als spijtoptanten uit de wind kan zetten. Hij is dan rechter in zijn “eigen” proces.

BEKENTENIS- Daarnaast kan volgens de tekst van het voorontwerp een klassieke “*guilty plea*” beloond worden. Het Openbaar Ministerie zou dus ook iemand die niets meer doet dan volledige bekentenissen afleggen over zijn eigen zwaar misdrijf, als spijtoptant belonen met straffeloosheid of strafvermindering. Misdrijf A en misdrijf B zijn dan hetzelfde misdrijf. Het Openbaar Ministerie kan daarbij een

¹⁸³³ MVT VoS, *op.cit.*, 13: “...samenwerking met justitie bij de vervolging van zware en georganiseerde criminaliteit door het afleggen van een belastende getuigenverklaring.”

¹⁸³⁴ Om een of andere reden zijn mensen geneigd eerder negatieve verklaringen over iemand te geloven, dan positieve.

getuigenverklaring over eventuele mededaders eisen, maar de geplande wettekst zelf vereist dat niet. Alles hangt af van wat verdachte en Openbaar Ministerie op de onderhandelingstafel willen leggen, van de eventuele “*bargain*”. De ontwerpers maken daar in hun toelichting nergens melding van, zodat het aannemelijk is dat zij dit over het hoofd hebben gezien.

EVENREDIGHEID- Misschien gingen ze ervan uit dat een dergelijke toepassing uitgesloten was omdat zij onverzoenbaar is met het evenredigheidbeginsel. De wettekst zelf zegt niets over de verhouding tussen verschoond en verschonend misdrijf, behalve dan dat het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd moet worden. In de passages die de Memorie van Toelichting aan die evenredigheid wijdt, lijkt de regering Bosly's fout te herhalen. Er staat dat “*dient vermeden te worden dat de spijtoptantenregeling toegepast zou worden wanneer [het misdrijf van de spijtoptant] van gelijke ernst of ernstiger zou zijn dan het misdrijf ter ontdekking/opheldering waarvan informatie wordt verstrekt*”¹⁸³⁵. Daarmee wil zij garanderen dat alleen met kleine vissen “grote” gevangen mogen worden, niet omgekeerd. Wij hebben al gezegd (*supra*, Deel III, Hoofdstuk 5) dat het integendeel wenselijk is dat ook wie hetzelfde misdrijf heeft gepleegd, beloond kan worden. Wie zoals de Belgische regering de ethische kaap van het aanmoedigen van “verraad” tussen “criminelen” heeft gerond, moet aanvaarden dat van de “gelijke zondaars” wie het eerst of de meeste “aflaten koopt” aan het vagevuur ontsnapt en de anderen niet. Indien het eigen misdrijf van de spijtoptant nooit even zwaar mag zijn als het opgehelderde, is de in de voorgaande alinea's genoemde toepassing bij loutere inlichtingen over het eigen misdrijf onmogelijk.

MAATSTAF- Het is natuurlijk mogelijk dat de “ernst” van de respectievelijke misdrijven niet afgemeten wordt aan de strafmaat die de strafwet voorziet. We herinneren aan onze vaststelling in Delen I en II dat niet het misdrijf op zich, maar het kader waarin het gepleegd wordt, de maatstaf voor de ernst is. De wet noch de memorie geeft enige hint over wat dan wel de maatstaf is, zodat het afwegen helemaal naar goeddunken van het Openbaar Ministerie gebeurt. Het wetgevende argument van evenredigheid (dat het verantwoord is de kleine vis te laten ontsnappen om de grote te vangen) gaat slechts op wanneer men een hiërarchie tussen de verdachten kan opstellen. Soms is dat eenvoudig, bijvoorbeeld bij koeriers of meelopers. In de praktijk blijkt dat de meeste organisaties bij ons eerder

¹⁸³⁵ MvT VoS, *op.cit.*, 7.

netwerken zijn dan piramidaal gestructureerde groepen. Dat maakt het bij de belangrijke figuren veel moeilijker om te weten of de spijtoptant een kleinere crimineel is dan degene die hij beschuldigt of omgekeerd. De confrontatie met de verdediging is belangrijk als correctie op het beeld dat spijtoptant mogelijk van zichzelf heeft opgehangen. Het Openbaar Ministerie kiest naar eigen goeddunken en in functie van de eigen behoeften of het iemand als spijtoptant aanvaardt. Omdat het precies de ergste criminelen die het meeste weten en dus de nuttigste informatie kunnen leveren, bestaat er een risico dat de kleine jongens, die weinig weten, in verhouding zwaarder worden gestraft¹⁸³⁶. Wij begrijpen het pleidooi voor evenredigheid bij de toepassing van een spijtoptantenregeling, maar durven te betwijfelen of het veel waarborgen oplevert. Er zijn immers zoveel verschillende parameters die gecombineerd kunnen worden en er bestaat géén eenvormige meeteenheid. Zowat elke keuze van het parket kan tegelijkertijd als evenredig aanvaard en als onevenredig verworpen worden. Het evenredigheidsbeginsel is dan ook niet veel meer dan een mooie strik als verpakking van een harde opportuniteitsbeslissing van de procureur.

MATE BELONING- Anders dan bijvoorbeeld de Drugswet, de Hormonenwet of de Italiaanse wetten wil het regeringsontwerp de *omvang* van verschoning “afnemen” van de wetgever. Ook de vonnisrechter zal deze straftoemetingstaak niet opnemen. De strafvermindering, die – anders dan bij verzachtende omstandigheden - zelfs tot aan de totale straffeloosheid kan gaan, ligt vast in het memorandum: het volgt uit een overeenkomst tussen verdachte en Openbaar Ministerie.

VERSCHONINGSGROND- Vandaar dat wij onze dogmatische wenkbrauwen fronsen wanneer wij lezen dat de regering Dehaene II beweert dat zij met haar straftoematingsvariant “*een nieuwe wettelijke verschoningsgrond [invoert]*”. De regering besteedde hier in haar Memorie van Toelichting opvallend veel aandacht aan¹⁸³⁷. Deel III heeft ons geleerd dat de flexibiliteit van ons strafrechtelijk systeem ertoe heeft geleid dat de Belgische dogmatiek inzake verschoning behoorlijke ondervoedingsverschijnselen vertoont. De Memorie van Toelichting onderstreept als “*voornaamste kenmerken van de verschoningsgronden (...) het wettelijk karakter, het verplichtend karakter, de bijzondere omschrijving en het persoonlijk karakter*”.

¹⁸³⁶ In een voetnoot verwijst de Tweede Onderzoekscommissie naar de bende van Nijvel naar de vele dergelijke zaken die voor het Italiaanse grondwettelijk hof werden gebracht wegens schending van het gelijkheidsbeginsel: *Parl.St., Kamer, 1995-96, 573/767, voetnoot 2.*

Behalve dat laatste aspect blijft van die vier kenmerken nauwelijks iets over. De wet is in dit geval immers een blanco-norm. De regering zegt zelf dat het toekennen van spijtoptantenstatus (en dus verschoning) een zuivere opportuniteitsbeslissing is van het Openbaar Ministerie¹⁸³⁸. In de wettekst zelf vindt de mogelijk verschoonde dader weinig of geen houvast. Ook de mate van verschoning staat niet in de wet: de rechter moet zich daar schikken naar wat verdachte en Openbaar Ministerie in het memorandum overeengekomen zijn¹⁸³⁹. Het verplichtend karakter krijgt ook een “nieuwe inhoud”. Weliswaar is de rechter verplicht de verschoningsgrond toe te passen, maar die verplichting zit onlosmakelijk vast aan een opportuniteitsbeslissing van het Openbaar Ministerie. De bedoeling van de regering is, zoals zij herhaaldelijk beklemtoont, rechtszekerheid geven aan de spijtoptant (*infra*, 2.3.1.). Tenslotte sneuvelt ook het bijzonder karakter van de verschoningsgrond, dat wil zeggen dat zij “doorgaans [worden] toegeschreven aan bijzondere misdrijven en dus niet op algemene wijze omschreven [worden]”¹⁸⁴⁰. In Deel III hebben we geschreven dat wij een algemene strafverminderende verschoningsgrond wel zien zitten. De regering gaat echter nog een stuk verder. De verschoning is niet alleen algemeen (met uitzondering dan van de allerzwaarste misdaden), zij is ook onbepaald: zij kan volledig of gedeeltelijk zijn. De regering heeft het over het verschil met de verzachtende omstandigheden. Daar blijft o.i. weinig van over¹⁸⁴¹, behalve dat het Openbaar Ministerie de beslissing over het al dan niet toepassen ontfutselt aan de vonnisrechter.

VERVAL- De vraag die daarbij aansluit, is waarom de regering de zaak ingewikkeld maakt door naast de verschoningsgrond ook het verval te voorzien. Waar ligt het verschil tussen het verval en een buitenvervolginstelling bij beslissende verschoningsgrond? Dat het Openbaar Ministerie en niet de rechter het laatste

¹⁸³⁷ Bijna een derde van de memorie gaat hierover en het is het enige stuk waar uitgebreid naar rechtspraak en rechtsleer verwezen wordt. (MvT VoS, *op.cit.*, 13-20).

¹⁸³⁸ MvT VoS, *op.cit.*, 8.

¹⁸³⁹ “Dit keuzerecht tussen de strafuitsluiting en de strafvermindering behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de procureur des Konings of, in voorkomend geval, van de federale procureur, en ligt niet in de macht van de vonnisrechter, die gebonden is door het akkoord. Ook de mate van strafvermindering wordt enkel en alleen bepaald door de termen van het akkoord.” (MvT VoS, *op.cit.*, 25)

¹⁸⁴⁰ MvT VoS, *op.cit.*, 14.

¹⁸⁴¹ MvT VoS, *op.cit.*, 15: dat verzachtende omstandigheden niet verbonden zijn aan een specifiek misdrijf (deze verschoningsgrond ook niet), geen verplichtend karakter hebben (de overheid is ook nooit verplicht iemand als spijtoptant te aanvaarden) en niet wettelijk bepaald zijn (ook deze ontwerp-wet “bepaalt” niet echt de toepassings sfeer, maar laat dat grotendeels over aan het Openbaar Ministerie).

woord heeft¹⁸⁴². Bij verschoning belooft het Openbaar Ministerie alleen de toepassing te vragen en blijft de uiteindelijke beslissing bij de rechter. Wij hebben vastgesteld dat de verschoningsgrond zó geformuleerd is dat de rechter erg afhankelijk is van wat het Openbaar Ministerie vertelt. Zijn rol dreigt een loutere formaliteit te worden (“*rubber stamping*”). Daarenboven zal het Openbaar Ministerie in de dagdagelijkse praktijk (uit tijds- en energiebesparing) zelden een zaak voor de rechter brengen, indien het vaststelt dat er beslissende verschoning bestaat¹⁸⁴³.

BESTAANDE GUNSTEN- We vragen ons dan ook af waarom (en het “*déjà lu-effect*” na Deel III is niet toevallig) de regering niet kiest voor een herdenken van de verschoningsgronden in het Algemeen Deel (Boek I, Hoofdstuk VIII) van het Strafwetboek. Een onderscheid tussen strafverminderende en beslissende verschoning maakt “de strafvorderlijke variant” overbodig. Het ontwerp kiest niet alleen niet voor het Algemeen Deel van het Strafwetboek, het zwijgt ook in alle talen over de relatie tussen de nieuwe bepalingen en de al bestaande. Waarom schaft het bijvoorbeeld de bestaande “bijzondere” verschoningsgronden (drugs, hormonen e.d.) niet af? De meeste ervan zitten immers vast aan de misdrijven die in art.90ter Sv. opgesomd zijn. De verschillende toepassingsvoorwaarden zullen dan ook onnodige verwarring stichten.

2.2.5. Besluit

GROTE WORTEL- De regering besteedt vele woorden aan waarborgen en waarschuwingen bij haar verdediging van het voorstel van een spijtoptantenregeling. Analyse van de tekst toont echter opnieuw aan hoe moeilijk het is dit in duidelijke wetteksten te gieten. Het gaat immers om een gedetailleerd voorstel, dat op het eerste gezicht weloverwogen en evenwichtig lijkt. Een strengere doorlichting doet echter veel meer vragen rijzen. Het gaat immers om een zeer “open” regeling. Alle misdrijven behalve de allerzwaarste komen in aanmerking voor verschoning, waarbij geen enkel verband met het “bestreden” misdrijf vereist is. Andere landen houden nog de schijn op dat zij slechts het “actief berouw” oprekken tot een bijzonder soort misdrijven. Dat geldt ook in zekere mate voor de in België bestaande “bijzondere verschoningsgronden”. Het wetsontwerp van de regering Dehaene II windt er geen

¹⁸⁴² Hoe definitief dat laatste woord in een internationale context is, hangt ervan af (*infra*, 2.3.4). De buitenvervolgingsstelling lijkt normalerwijze geen internationaal “*ne bis in-effect*” op te leveren.

¹⁸⁴³ Het omgekeerde is uitzonderlijk wel mogelijk: dat het Openbaar Ministerie de getuige weigert te erkennen als spijtoptant, maar de rechter hem toch nog belooft door het bekennen of verklikken als verzachtende omstandigheid aan te grijpen voor strafvermindering.

doekjes om: het gaat om puur opportunistische beleidskeuzes van de rechtshandhaving. Daarmee zit het ongeveer op dezelfde golflengte als de Amerikanen. De schoksgewijze uitdeining van spijtoptantenwetten in de andere Europese landen, met tijdelijke noodwetten, staat in schril contrast met het Belgische toepassingsgebied. Het voorstel grijpt immers voor de misdrijven die het gebruik van spijtoptanten rechtvaardigen opnieuw naar het allesbehalve korte lijstje van art.90ter Sv.. In theorie gaat het om een "gesloten" catalogoog. Daarin staan echter zoveel verschillende misdrijven, waaronder de allesmaaiers bendevorming, criminele organisatie, witwassen en corruptie, dat in werkelijkheid het ook hier om een "open categorie" gaat (*supra*, 1.4). Tenslotte verdwijnt de maat van de strafvermindering helemaal uit beeld: het wetsontwerp wil die uitbesteden aan de onderhandelingen tussen Openbaar Ministerie en spijtoptant. De verwarring wordt er niet minder op doordat de regering zowel voor een grond van verval van strafvordering kiest als voor een verschoningsgrond, die eigenlijk nauwelijks van een verzachtende omstandigheid te onderscheiden valt. Vooral omdat het in het België de traditie is dat de grond van verschoning (de medewerking) daarna niet nog eens als verzachtende omstandigheid bestempeld kan worden¹⁸⁴⁴.

2.3.Uitzonderlijke overdracht "rechterlijke macht" aan Openbaar Ministerie ?

2.3.1.Vermoedelijke grond

RATIO- Volgens ons zijn onderhandelingen, bedreigingen en beloningen helemaal niet zo uitzonderlijk als de discussie over spijtoptanten doet vermoeden (*supra*). De "nieuwigheid" lijkt ons eerder een herverdeling van de kaarten. Het Openbaar Ministerie komt als belangrijkste winnaar uit de bus en verwerft zeggingsmacht ten nadele van de rechterlijke macht, dat wil zeggen van de onderzoeksgerechten, maar vooral van de vonnisgerechten. De *ratio legis* vinden we tussen de redenen die Preumont geeft als verklaring voor het "*in de praktijk veelal dode letter*" blijven van de verschoningsgrond van aangifte in art.6 Drugwet¹⁸⁴⁵. Het zijn de "*onvoldoende garanties in hoofde van de spijtoptant dat hij ook daadwerkelijk zal kunnen genieten van strafvermindering/vrijstelling.*"¹⁸⁴⁶ Traest en De Meester betreuren dat het

¹⁸⁴⁴ DECLERCQ, R., *Beginselen van strafrechtspiegeling*, *op.cit.*, 239; DUPONT, L., "Wettelijke regelen inzake straffoemeting en hun onderlinge combinatie", in *Strafrecht voor rechtspractici*, nr.1, Leuven, s.d. (1985), nrs.115-118.

¹⁸⁴⁵ Zowel Traest en De Meester (TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, *op.cit.*, 131) als de regering (MvT VoS, *op.cit.*, 18) nemen het argument over van PREUMONT, M., *op.cit.*, 499 e.v.

¹⁸⁴⁶ Dezelfde bekommernis vinden we in het wetsvoorstel Moerman-Duquesne: *Parl. St., Kamer 1998-99, 1813/1*, 2: "*Volgens de vigerende wetgeving kan de spijtoptant niet de*

Openbaar Ministerie “niet *definitief* kan beschikken over de strafvervolging”¹⁸⁴⁷. Zij willen dat het Openbaar Ministerie een overeenkomst kan sluiten die niet alleen de “*contractanten*” bindt, maar ook tegenstelbaar is aan andere parketmagistraten, aan benadeelden en rechters¹⁸⁴⁸. Voor de spijtoptant, die slechts met één tegenpartij moet onderhandelen, en voor het Openbaar Ministerie is het natuurlijk veel gemakkelijker. Vanuit hun standpunt stijgt de efficiëntie natuurlijk ook. De politiek lijkt, waarschijnlijk op voorzet van mensen uit politie en Openbaar Ministerie, dan ook de vroegere “fout” te vermijden: de rechter het laatste woord laten. De Italiaanse rechters hebben zich lange tijd veel minder enthousiast getoond dan de politiek over de “beloning” van spijtoptanten voor hun “verklaring”¹⁸⁴⁹. Ook de Belgische rechtspraak heeft van rechtsleer en politiek het verwijt gekregen door een al te strikte interpretatie van de voorwaarden de vroegere spijtoptantenregelingen (vooral dan art.6 Drugwet) *de facto* gekelderd te hebben. Als de rechters zich niet willen neerleggen bij de beleidskeuze vóór spijtoptanten, dan zetten we hen maar buitenspel. Nochtans weigeren al onze buurlanden uitdrukkelijk het laatste woord aan het Openbaar Ministerie te geven: zij behouden dat allemaal voor aan de vonnisrechter.

2.3.2. Openbaar Ministerie beslist

ONSCHEENDBAARHEID- De Belgische keuze voert het opportuniteitsbeginsel naar zijn uiterste en vertoont daarom verbazend veel gelijkenis met de Amerikaanse manier van doen. Het toezeggen van verval door het Openbaar Ministerie komt eigenlijk neer op het toekennen van onschendbaarheid (*immunity*) aan een getuige¹⁸⁵⁰. Of het over “*use immunity*”, dan wel over “*transactional immunity*” gaat, hangt volledig af van het in het memorandum opgenomen resultaat van de onderhandelingen. Zelfs de toezegging van verschoning waarbij formeel de rechter het laatste woord heeft, is zo geformuleerd dat de al dan niet aanwezigheid van die grond afhangt van de inschatting door het Openbaar Ministerie en zijn afspraak met de spijtoptant.

stellige en absolute garantie krijgen dat de vervolging of de strafuitvoering niet zullen worden voortgezet, nadat hij de nodige informatie heeft verstrekt. Dat een spijtoptant die garantie niet heeft wanneer hij een onthulling doet, zet niet bepaald aan tot getuigenissen aan de hand waarvan ernstige misdrijven kunnen worden opgehelderd.”

¹⁸⁴⁷ TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 144-145.

¹⁸⁴⁸ De strafvorderlijke variant vormt eigenlijk een uitbreiding-aanpassing van de al bestaande mogelijkheid op minnelijke schikking, met het verschil dat de betaling van een geldsom vervangen is door het “afleggen van een getuigenverklaring”.

¹⁸⁴⁹ *Supra*, Hoofdstuk 3, 2.1.4.

PLAATS OPENBAAR MINISTERIE- In de Belgische procescultuur past een dergelijke *deal* echter veel minder dan in de Amerikaanse. Wij hebben erop gewezen dat het opportuniteitsbeginsel in de V.S. gekoppeld zit aan een feitelijk vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie en dus de burgerlijke partij minder als stoorzender optreedt. Belangrijker lijken ons de bezwaren die slaan op de verschillende rol en functie van het Openbaar Ministerie. In ons systeem kent de politie veel minder autonomie dan bijvoorbeeld in de V.S., zodat het parket veel meer betrokken is in het onderzoek. Het vorige gedeelte over “gevoelige” onderzoekspraktijken toont aan dat in een dergelijke situatie het Openbaar Ministerie zich nog meer en sneller kan “verbranden”, dat het “partijdiger” optreedt. We onderstreepten dat het actief betrokken geraakt bij misdrijven of alleszins de politie opdracht of toelating geeft dat te doen. De kritiek op de grote discretionaire macht van het Openbaar Ministerie en de eruit voortvloeiende willekeur klinkt zelfs in de V.S. al. Hier moet die dan ook nog luider klinken: het Openbaar Ministerie is teveel betrokken partij om het laatste woord te hebben. Het toch al overvraagde Openbaar Ministerie krijgt van de wetgever de laatste jaren steeds meer taken en verantwoordelijkheden. Het groeit uit tot een soort meid voor alle werk waarvoor de politiek de politie niet vertrouwt en de rechters niet “efficiënt genoeg” vindt. Het opdragen van een grotere rol in het “speurwerk” van de politie en tegelijkertijd ook in straftoemeting, de natuurlijke taak van de rechter, getuigt van een verwarde visie op de plaats van het Openbaar Ministerie in ons strafrechtsbestel¹⁸⁵¹.

ZEKERHEID SPIJTOPTANT- We kunnen erin komen dat het Openbaar Ministerie zelf vindt dat het kandidaat-spijtoptanten méér moeten kunnen bieden, omdat het hoopt (misschien wel weet) dat méér spijtoptanten dan zullen “praten”. De onderhandelingspositie van het parket (en die van de door haar geleide politie)

¹⁸⁵⁰ Het wetsvoorstel Moerman-Duquesne heeft het trouwens heel de tijd over de "*immunitéit*" die de spijtoptant zou krijgen, zonder al te zeer na te denken over de rechtsfiguur "*immunitéit*" in ons strafrecht.

¹⁸⁵¹ Vreemd is ook dat de de federale procureur wel adviseert en coördineert, maar blijkbaar geen vetorecht heeft indien de procureur beslist van een verdachte een spijtoptant te maken. Misschien kan hij wel de zaak naar zich toetrekken als hij het oneens is met het afsluiten van de deal. Wanneer er een gerechtelijk onderzoek bestaat, zal dat niet altijd makkelijk zijn. Opvallend is dat, hoewel het volgens de regering om een uitermate gevoelige beleidsbeslissing gaat, zij de PG totaal buiten spel zet. Het wetsvoorstel Moerman-Duquesne (*Parl. St., Kamer* 1998-99, 1813/1, 5, 8-9 en 17) wil dat een bijzonder kamer van het Hof van Beroep ingericht zou moeten worden die over de "*immunitéit*" zou moeten oordelen, evenals over de toekenning van beschermingsmaatregelen.... We vragen ons af wat er nog overblijft van de zekerheid die zij de spijtoptant wilden toekennen als die kamer het verzoek afwijst

versterkt immers gevoelig wanneer het iemand “zekerheid” kan bieden. Dat zowel het team van de Universiteit Gent als de regering zich daar zo vlot bij aansluiten, begrijpen we veel minder. Waarom is de bekommernis om de rechtszekerheid van de spijtoptant zo groot? Zijn de strafrechters bij ons dan echt zo streng, dat zij geen rekening houden met het pleidooi van zowel verdediging als Openbaar Ministerie over de verregaande medewerking van de spijtoptant en de grote risico's die hij daarmee neemt? Buitenlandse ervaringen wijzen eerder op het tegendeel¹⁸⁵². Opvallend genoeg staat de regering niet stil bij het onderliggende probleem: dat in België de marges bij straftoemeting zo groot zijn¹⁸⁵³. De regels van straftoemeting zijn behoorlijk moeilijk. Waarschijnlijk beseffen vele politici en politiemensen onvoldoende hoe groot de strafvermindering eigenlijk kan zijn. Bij straftoemeting heeft de rechter niet zelden een marge die gaat van twintig jaar met daar nog een aantal enorme vermogensstraffen bovenop¹⁸⁵⁴ tot een minimale geldboete met uitstel. Vandaar dat bij wet voorziene strafvermindering (zoals in Italië) tot de helft of een derde blijkbaar niet genoeg zekerheid biedt. In meer dogmatische landen rijst als één van de constante bezwaren tegenover spijtoptantenregelingen, dat zij afbreuk doen aan één aspect van het legaliteitsbeginsel, nl. de uit het precisiebeginsel voortvloeiende voorspelbaarheid van de straf¹⁸⁵⁵. In België gaat die klacht niet op. Of beter, zij gaat wel op, maar de “schade” dateert al van lang voor deze spijtoptantenregeling, die niet veel verschil zal maken¹⁸⁵⁶.

2.3.3. Onderhandelingsproces

ONDERHANDELING- De minnelijke schikking komt doorgaans neer op een “te nemen of te laten”-voorstel van het Openbaar Ministerie. Hier gaat het daarentegen om een “open” en dus veel moeilijker onderhandeling. De regering en haar raadgevers weten dit, want zij wijten het falen van de verschoningsgronden in de Drugswet aan de héél korte periode die er bestaat om te onderhandelen, om “over te lopen”. Vandaar dat nu in elke procedurefase, van de allervroegste onderzoeken tot in de strafuitvoering, nog vanalles te regelen valt. Toch vrezen wij dat de voorgenomen wettekst het onderhandelingsaspect onderschat. Alles lijkt er zo

nadat ze - naar wij mogen aannemen -, kennis heeft genomen van de hele bekentenis en "getuigenis" van de kandidaat-spijtoptant. Over deze kip-of-ei-vraag: *infra*.

¹⁸⁵² Zie bijvoorbeeld de beslissing van de rechters in Amsterdam in zaak van de "Hakkelaar": MOLS, G. en SPONG, G (eds.), *op.cit.*, 293 e.v.

¹⁸⁵³ Eerder als lapmiddel voor de gerechtelijke achterstand dan als doordachte keuze (*supra*).

¹⁸⁵⁴ Dit geldt des te meer sinds de invoering van bijzondere geldboetes voor rechtspersonen in 1999 (art.41bis Sw.)

¹⁸⁵⁵ Het zogenaamde *taxativiteitsbeginsel*: *supra*, Hoofdstuk 3, 2.5.1.

eenvoudig. De spijtoptant vertelt wat hij weet en krijgt dan strafvermindering of straffeloosheid in ruil. Het Openbaar Ministerie oordeelt op basis van subsidiariteit en evenredigheid over de wenselijkheid van de toegeving. De regering zwijgt – bewust? - over het onvermijdelijke kip-of-ei-probleem. Het Openbaar Ministerie kan alleen “belonen” als de verklaring nodig is, belangrijk voor het onderzoek en de beloning verhouding staat tot het misdrijf van de spijtoptant en dat waarover hij getuigt. Dat weet zij pas als de getuigenverklaring er is en onderzoekers de inhoud ervan kunnen natrekken. Wij hebben hierboven al gewezen op het belang van het wederwoord van de door de spijtoptant beschuldigde persoon. Die kan een heel ander licht werpen op het beeld dat het Openbaar Ministerie zich heeft gevormd van de spijtoptant en dus op de beoordeling van subsidiariteit en evenredigheid. Maar de spijtoptant zal zijn verklaring niet willen afleggen vooraleer hij zekerheid krijgt dat hij inderdaad daarvoor beloond zal worden. De spijtoptant kan ook niet weten wat de rechtshandhaving al weet, en kan dus niet inschatten of zijn verklaring inderdaad belangrijk of onthullend zal zijn. Wat gebeurt er wanneer het Openbaar Ministerie de verklaring weliswaar oprecht, maar onvoldoende belangrijk vindt of als de vergevorderde onderhandelingen alsnog afspringen? Hier merkt men het gevaar van het zomaar overplanten van “buitenlandse ideeën”. In de V.S. bestaat er een cultuur van onderhandelen in alle zaken. Eventuele toegevingen, bekentenissen of verklaringen van de kandidaat-spijtoptant tijdens de onderhandelingen kan het Openbaar Ministerie er nooit gebruiken achteraf, als de onderhandelingen mislukt zijn. Als er geen akkoord bestaat over alles, bestaat er over niets een akkoord. De vele verschillen met de V.S. mogen niet uit het oog verloren worden. Daar wij geen verbod op bewijs van horen zeggen hebben, zal de inhoud van de getuigenverklaring bij ons ook veel breder kunnen zijn.

TUSSENPERSOON- Hoewel zij het Duitse voorbeeld bestudeerd heeft, schenkt de regering ook helemaal geen aandacht aan de positie van de onderhandelaar-tussenpersoon. Als hij namens verdachten onderhandelt met het oog op een mogelijke "deal", dreigt hij gedragingen te stellen die onder de omschrijvingen van 322 e.v. of 324bis e.v. Sw. vallen. Bij ontvoeringen dreigt hij als deelnemer te worden beschouwd. Kan hij zeker zijn van zijn straffeloosheid, indien de rechtshandhaving weigert op het voorstel van – bijvoorbeeld - een voortvluchtige spijtoptant in te gaan? Vooral de advocaten, die in de praktijk willens-nillens

¹⁸⁵⁶ In Deel V zullen we vaststellen dat onvoorspelbaarheid van de straf voor wie louter naar de straf in de wet kijkt, een basiskenmerk van ons systeem vormt.

(wegens hun beroepsgeheim zijn zij uitermate geschikt) in de rol van onderhandelaar gedwongen zullen worden, lijken nauwelijks over de voorstellen nagedacht te hebben¹⁸⁵⁷.

2.3.4. Andere bedenkingen

INTERNATIONAAL- Hoewel iedereen het de hele tijd over de internationale georganiseerde criminaliteit heeft, rept de de regering niet over de complicaties van onderhandelen met spijtoptanten in een internationale context. Die zijn nochtans welbekend¹⁸⁵⁸. Zij zou nochtans beter moeten weten na de kleine aanvaring met onze Noorderburen, die de in België gezochte witwasser Abbas als spijtoptant uit de wind hebben gezet. Het Belgisch parlement zal daar zeker op terugkomen. Kan een spijtoptant van de Belgische rechtshandhaving strafvermindering of straffeloosheid krijgen voor feiten of misdrijven die (gedeeltelijk) in het buitenland zijn gepleegd? Kan de Belgische rechtshandhaving een beloning toekennen voor een bijdrage aan een buitenlands onderzoek? Kan zij als belofte in het memorandum opnemen dat de spijtoptant nooit uitgeleverd zal worden? Nu de regering zelf haar bezorgdheid over de rechtszekerheid van de spijtoptant heeft geuit, verbaast het dat zij niet (volledig) streeft naar een rechterlijk vonnis over de zaak van de spijtoptant. Dat zou, gelet op grond van een door België recent geratificeerd¹⁸⁵⁹ verdrag een zekere *ne bis in idem*-bescherming leveren. Zelfs dan kunnen nog problemen ontstaan over de tegenstelbaarheid daarvan aan de buitenlandse rechtshandhavers (*supra*, Deel II). Bij moeilijk in tijd en ruimte vastprikbare misdrijven zal de vraag of de feiten waarvan iemand in het buitenland verdacht wordt, dezelfde zijn als die waarvoor België strafvermindering of straffeloosheid heeft toegekend¹⁸⁶⁰.

BESCHERMING- Hoewel zij er zelf op hamert dat een spijtoptantenregeling geen zin heeft bij georganiseerde criminaliteit indien zij niet hand in hand gaat met fysieke bescherming, wou de vorige regering toch eerst een spijtoptantenwet (*infra*, flankerende maatregelen). Zoals steeds is het maken van wetten een vrij goedkope

¹⁸⁵⁷ Het onderhandelen lijkt trouwens een typisch voorbeeld van "strafbare geoorloofde activiteiten van de criminele organisatie", maar daar hebben we het al over gehad....

¹⁸⁵⁸ VAN DEN WYNGAERT, C., "The Transformation of International Criminal Law in Response to the Challenge of Organized Crime", *International Review of Penal Law* vol.70, 1999, 206-209.

¹⁸⁵⁹ Wet houdende instemming met de Overeenkomst tussen de Lidstaten van de Europese Gemeenschappen inzake de toepassing van het beginsel *ne bis in idem*, gedaan te Brussel op 25 mei 1987, B.S. 22 april 2000.

¹⁸⁶⁰ Iemand die in België voor de verkoop van drugs werd veroordeeld, kan immers in het buitenland opnieuw veroordeeld worden wegens lidmaatschap van een criminele organisatie of het witwassen van zijn drugsgeld door de aankoop van een onroerend goed bijvoorbeeld.

bezigheid, zeker in vergelijking met het uitwerken van een professioneel getuigenbeschermingsprogramma. Het dralen van de nieuwe minister Verwilghen zou onder meer te maken hebben met de bezorgdheid dat de organisatie van dergelijke bescherming klaar zou moeten zijn vooraleer spijtoptanten in te voeren. Dat lijkt ons het beste beleid. Hoe dan ook blijft het probleem dat in transitland België vele kandidaat-spijtoptanten uit de boot zullen vallen, omdat bescherming van vrienden en verwanten in het thuisland vaak onmogelijk is. Dat probleem komt bovenop de moeilijke evaluatie van de controle van de waarachtigheid van de door buitenlandse spijtoptant geleverde informatie.

SCHADEVERGOEDING- De spijtoptant moet alle schade aan slachtoffers vergoed hebben of zijn schuld erkennen om verval van strafvordering te krijgen. Voor die regeling heeft de regering duidelijk haar inspiratie gehaald bij de bestaande regeling over minnelijke schikking, strafbemiddeling en opschorting. Hetzelfde geldt voor de verplichting voor de kandidaat-spijtoptant om ook van zijn “crimineel vermogen” afstand te doen. De formulering is weliswaar aan de flauwe kant: het Openbaar Ministerie verzoekt, maar een duidelijke verplichting of sanctie lijkt niet voorzien. Niettemin kan het memorandum niet tegen de duidelijke wettekst ingaan. In de praktijk dreigt dit voor problemen te zorgen. Niet alleen zal het voor “kleine garnalen” vaak een – letterlijk - te hoge prijs betekenen¹⁸⁶¹. Anderzijds zijn vele verdachten, zeker veel kandidaat-spijtoptanten, onvermogen. De eis van volledige schadevergoeding zou het hen *de facto* onmogelijk maken spijtoptant te worden.

BLOOTGEGEVEN- Een tweede probleem is dat er een soort oproep aan mogelijke slachtoffers moet komen. Samen met het vermogensonderzoek en de inbeslagneming zou dat al in een heel vroege fase aan de buitenwacht duidelijk maken dat de verdachte op het punt staat “over te lopen” of dat al gedaan heeft. Behalve de mogelijkheid dat het vermogen alsnog verdwijnt (*infra*, Deel V) bestaat er ook de mogelijkheid dat valse burgerlijke partijen zich aandienen met enorme claims. Het Openbaar Ministerie is noch in staat, noch bevoegd om daar over te oordelen. In de straftoematingsvariant staan geen vergelijkbare bepalingen over slachtoffervergoeding, doch ook daar kunnen verplichte verbeurdverklaring en schadevergoeding roet in het “belonende” straftoemetingseten gooien (*infra*, Deel V).

¹⁸⁶¹ Over de praktische verwickelingen van de vermogensaanpak hebben we het in het volgende deel.

2.4. Alternatief?

POSITIEF- Ondanks de kritiek op het uitgewerkte ontwerp vinden we het idee van het (enigszins) belonen van spijtoptanten positief. Het komt immers tegemoet aan onze bekommernis om de individualisering van het strafrecht, uitgedrukt in Deel II. Zonder de daar vastgestelde betreurenswaardige "collectivisering" van strafrechtelijke aansprakelijkheid goed te maken, mildert dit voorstel de effecten ervan enigszins. Zoals gezegd zijn het vooral de groepen die inderdaad een dermate grote samenhang hebben dat zij individuele keuzes uitschakelt, waar de strijd tegen gericht moet zijn (*supra*). In de onderhandelingen met de overheid kan het individu herleven, zijn autonomie herwinnen. Hij ontsnapt aan de greep van de groep en kiest voor zijn eigenbelang. Psychologen zullen - met instemming van dictators - onderstrepen dat dissidentie in groepen vaak erg besmettelijk is. Het herwinnen van autonomie van een aantal leden ten aanzien van de controle van de groep, kan de samenhang erg ondermijnen. Wanneer het bindmiddel verdwijnt, bedreigt dat rechtstreeks het bestaan van de groep als dusdanig.

ACHTERAF- Het klassieke idee was dat terugtred slechts met straffeloosheid beloond mocht worden indien hij vóór het misdrijf gebeurde. Eens de schade ingetreden die de misdrijfomschrijving wilde vermijden, kon slechts uitzonderlijk strafvermindering. In het licht van de in Deel II beschreven evolutie van misdrijfomschrijvingen en de in Deel III beschreven evolutie van de opsporingsmethoden heeft dat ons inziens geen zin meer. Nu de wetgever - of we het nu graag hebben of niet - de misdrijven "uitsmeert" in de tijd, doet hij er goed aan ook terugtred *tijdens* en zelfs *na* de strafbare feiten of de strafbare toestand aan te moedigen.

WAARHEIDSGEHALTE- Over de gevaren van een opsporingscultuur die systematisch verraad (zelfs verraad tussen "criminelen") cultiveert of er te afhankelijk van wordt, is al veel gedebatteerd¹⁸⁶². Parlementsleden en waarnemers zullen dit ongetwijfeld ook tijdens het parlementair debat herhalen. Het regeringsontwerp zelf bevat duidelijk voorbehoud m.b.t. de betrouwbaarheid van spijtoptanten. Niet alleen bestaat de vrees voor desinformatie door groepen die ook de spijtoptanten en informanten als contrastrategie gaan aanwenden. Er is ook de fundamentele vraag of het verraad van de criminelen de fout neutraliseert ($-2 + 2 = 0$), dan wel of iemand die zelfs de loyaliteit binnen de onderwereld niet respecteert dubbel verwerpelijk is (-

2 x 2= -4). Doch het waarheidsgehalte van verklaringen kan soms wel degelijk objectief verifieerbaar zijn. Dat de verklaring van een spijtoptant "op zichzelf" niet voldoende is om iemand te veroordelen, lijkt vrij vanzelfsprekend en waarschijnlijk denken weinig rechters er anders over. De uitdrukkelijke waarborg in de wettekst dat het niet kan, ruimt alle twijfel op voorhand weg en is dus een goede zaak. Iedereen die bij betwiste erfenissen of echtscheidingen de opdravende vrienden en familieleden aanhoort, weet dat getuigenissen steeds met gezond wantrouwen en bronnenkritiek behandeld moeten worden. We denken niet dat vonnisrechters onvoorzichtig zullen omspringen met de getuigenissen van spijtoptanten, integendeel. De terughoudendheid van rechters is zoals gezegd de reden waarom de regering hen zeggenschap ontnemt ten voordele van het Openbaar Ministerie.

GEVAAR GEWELDESCALATIE- Veel meer willen wij waarschuwen voor de reactie van de groepen die zich door "verraders en deserteurs" van binnenuit in hun bestaan bedreigd zien. Deze bedreiging van de "loyale" samenhang en de interne discipline kan ertoe leiden dat steeds meer en sneller tegen mogelijke of vermeende verraders - "proactief", zeg maar - geweld gebruikt zal worden om het cement van de groep te bewaren. Kenners weten dat op *lange termijn* dergelijk buitensporig geweld schadelijk is voor georganiseerde criminaliteit. Het scheidt te veel misnoegden en dus potentiële overlopers. Het roept te veel aandacht van de buitenwereld en dus van de overheid op (*supra*, Deel I). Helaas denken, in tegenstelling tot de mythes, vele figuren uit de wereld van georganiseerde criminaliteit vooral op *korte termijn*. Keynes' bedenking: "*in the long run, we're all dead*", speelt ook vaak door hun (hete) hoofden. Daarenboven rekenen zij erop dat, zeker in "etnisch" gesloten groepen, met veel banden met het buitenland, het verdwijnen van mensen door interne afrekeningen niet zo heel veel aandacht van de lokale overheid opwekken.

GUNSTEN ZONDER VERRAAD- Het ontwerp voorziet enkel een gunstregime voor wie zijn (gewezen) medestanders verraadt. Persoonlijk zijn we er voorstander van dat - zoals in Italië of Spanje - ook wie gewoonweg breekt met de organisatie, afstand neemt (zich maatschappelijk "reclasseert"), van een gunstiger regime moet kunnen genieten. Niet alleen omdat hun loyaliteit ten aanzien van vroegere "strijdmakers" hen zou sieren, maar ook omdat zij heel legitieme bekommernissen kunnen hebben om te zwijgen. Zij spelen immers niet alleen met hun eigen leven, maar ook met dat van familieleden door gunsten van de overheid aan te nemen.

¹⁸⁶² Het volstaat hier te verwijzen naar de eerder vernoemde inquisitie, *horresco referens*.

Hoe dan ook denken we dat binnen het bestaande regime deze strafuitvoeringsvariant al mogelijk is.

KAN AL- Natuurlijk kan de Belgische rechter gebruik maken van de vele bestaande mogelijkheden om een verdachte die meewerkt aan zijn eigen zaak of een ander onderzoek te belonen. De combinatie van verzachtende omstandigheden, opschorting en uitstel laat verregaande strafvermindering toe. Beslissende verschoning kan dan wel niet, maar we vragen ons af of dat echt moet. Wanneer de spijtoptant inderdaad wat op zijn kerfstok heeft (en dat is per definitie het geval), lijkt een minimaal strafrechtelijk signaal niet misplaatst. Volgens de bestaande wetgeving bedraagt die minimumstraf bij wanbedrijven een geldboete van 1 fr.(maal 200). Kan de spijtoptant méér verlangen?

IN BOEK I SW.- Zoals gezegd lijkt het ons dogmatisch de beste keuze om verschoningsgronden in te voeren in het Algemeen Deel van het Strafwetboek. De mate van verschoning zou, om de zaken niet te moeilijk te maken, eventueel gekoppeld kunnen worden aan de (genereuze) schalen van strafvermindering bij verzachtende omstandigheden. Indien de wetgever dat echt wenselijk zou achten, kan hij -zoals hij dat deed voor druggebruikers- een uitzondering maken en zeggen dat het (zware) strafrechtelijk verleden geen beletsel zou vormen voor opschorting of uitstel.

RECHTERSWERK- - Het grote verschil ligt erin dat de rechter en niet politie of Openbaar Ministerie het laatste woord heeft. De "beloning" van de spijtoptant is immers een zaak van straftoemeting en dat is de natuurlijke taak van de rechter. Zo vermijdt men de gevaarlijke belangenvermenging in hoofde van het Openbaar Ministerie en krijgt men veel meer doorzichtigheid. En dat is toch de bedoeling van de regering? De rechter heeft ook het voordeel dat hij alle elementen kan wegen vooraleer een beslissing te nemen, terwijl het Openbaar Ministerie al toezegt vooraleer het de vele wegingen en controles uitvoert. De vonnisrechter heeft vooral ook het verhaal van de verdediging gehoord, een belangrijke corrector ten aanzien van het bijna noodzakelijkerwijze "gefilterde" verhaal van de spijtoptant. De voorziene mogelijkheid die het Openbaar Ministerie heeft tot herroepen van de "deal", volstaat immers niet. Herroeping zou immers oneerlijk zijn bij een spijtoptant die niet liegt of misleidt, maar gewoonweg onvoldoende belangrijke of recente informatie geeft.

VEILIGHEIDSKLEPPEN- Blijft het bezwaar dat de rechterlijke macht een afkeer zou hebben voor spijtoptanten. Door strengheid in de interpretatie of de straftoemeting zou zij het “aanmoedigingsbeleid” van wetgever en Openbaar Ministerie kunnen “saboteren”. Dan heeft het Openbaar Ministerie de taak de rechters te overtuigen. We geloven dat het Openbaar Ministerie zich in een memorandum met de spijtoptant, waarin duidelijk alle details van de overeenkomst vastliggen, kan engageren een afgesproken (lagere) straf te vorderen. Een kleine wetgevende tussenkomst kan vereist zijn omdat anders dergelijke “overeenkomsten” inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid waarschijnlijk nietig zijn, want strijdig met de openbare orde. Anders dan het Openbaar Ministerie kan de rechter niet gebonden zijn door de gemaakte afspraken. Toch geloven wij dat de overgrote meerderheid van vonnisrechters wel degelijk bereid zijn spijtoptanten enigszins te belonen¹⁸⁶³. Zelfs indien ze hem toch een uitermate strenge straf zouden opleggen, bestaat trouwens nog steeds een ontsnappingsroute. Naast de bevoegdheden en de beloningsmogelijkheden van het Openbaar Ministerie, blijft er (na hoger beroep) nog steeds het genaderecht als correctie op buitensporige strengheid van de vonnisrechters. Misschien is het voor de zo belangrijk geachte transparantie en rechtszekerheid ook wel aangewezen de concrete uitoefening van het grondwettelijk genaderecht bij formele wet te regelen en de uitoefening ervan door de uitvoerende macht enigszins aan banden te leggen¹⁸⁶⁴.

SLOTBEDENKING- Er zijn dus juridische onvolkomenheden aan het ontwerp, doch het grootste gedeelte ervan kan vrij eenvoudig worden weggewerkt en een coherenter regime opleveren. Waarschijnlijk zullen vooral personen wiens "onderwereldcarrière" in het slop zit, zoals verliezers van interne oorlogen, kiezen voor een bestaan als spijtoptant. Het is immers de vraag of voor de in theorie door

¹⁸⁶³ Uit het krantenverslag over een recent proces voor het Gentse Hof van Beroep blijkt dat het “onderhandelen” niet alleen met het parket gebeurt. *“Want eerder al maakte de raadsheer duidelijk dat de kwalificatie van verboden militie kan herbekeken worden als bendevoorming. Maar de medaille heeft een keerzijde. Want [de raadsheer] verwacht duidelijk dat de Hell’s Angels –die de raid ondanks de verpletterende bewijzen blijven ontkennen- nu met de waarheid over de brug komen.(...) Nu de rechter in beroep bereid is de aanklacht af te zwakken, staan ze voor de keuze: eindelijk bekennen met de kans op een mindere straf of hardnekkig blijven ontkennen, met het risico dat rechtbank dan keihard terugslaat. [Hun advocaat] riep zijn cliënten alvast op om nog eens goed na te denken (...)* (DE BUCK, W., “Deur op een kier voor Hell’s Angels”, *Het Nieuwsblad* 10 november 1999, 5.) Formeel kan hier dan ook geen sprake zijn over een *plea-bargain*, doch het onderhandelingsproces en het resultaat vertonen wel veel gelijkenissen. De rechter heeft wel het laatste woord. Deze praktijk is eigenlijk totaal ontoelaatbaar in het geldende recht, maar illustreert wel dat de vrees dat vonnisrechters totaal onwillig zouden zijn om bij de straftoemeting rekening te houden met de bijdrage van spijtoptanten onterecht is.

¹⁸⁶⁴ Wij gaan hier voorbij aan de vraag of dit zonder wijziging van de grondwet kan.

het ontwerp geïmplementeerde harde kern de doorgaans in België opgelegde of uitgevoerde vrijheidsstraffen wel lang genoeg en de gevangenisregimes wel streng en veilig genoeg zijn om hen overstag te doen gaan. In de landen waar men de "wortel" met enige mate van succes hanteert, valt het op dat de "stok" een weinig appetijtelijk alternatief is. In België lijkt op dat vlak (ondanks de rollende spierballen en de zware straffen in de misdrijfomschrijvingen) de effectieve duur van de gevangenisstraf (zoals tot 30 jaar effectief voor drughandel in de V.S.) en vooral de strengheid van het regime (denk aan de "carcere duro" op eilandgevangenis in Italië¹⁸⁶⁵) nog mee te vallen. Dit alles hangt natuurlijk samen met de zin van de opgelegde straf, vandaar dat we er in het volgende Deel V verder op ingaan.

2.5. Besluit

BIJSTURING NODIG- De straftoemingsvariant krijgt de naam verschoningsgrond. Nochtans lijkt hij verdacht veel op een verzachtende omstandigheid, zodat de dogmatische verwarring tussen beide begrippen ten top gedreven wordt. Daarenboven is de inhoud, zowel de toepassingsvoorwaarde als de mate van verschoning, doorgespeeld aan het Openbaar Ministerie dat eigenlijk een opportuniteitsbeslissing neemt. Ook met de strafvorderlijke variant, een uitrekking van de minnelijke schikking, verschuift de regering ons inziens ten onrechte de zeggenschap van de vonnisrechter naar het parket. De vermeende willekeur van de vonnisrechter bij de straftoemeting, vooral bij de al dan niet aanvaarding van verzachtende omstandigheden, maakt plaats voor willekeur van het parket. Dat is volgens ons een ernstige fout. De wettelijke toepassingsvoorwaarden zoals evenredigheid of subsidiariteit zijn slechts een schamel vijgenblad. De bestaande regels kunnen eventueel licht aangepast worden om de "toezegging" van het Openbaar Ministerie om een mildere straf te vorderen juridisch iets "harder" te maken. Beter dan zich blind te staren op de spijtoptanten zou de wetgever moeten nadenken over straftoemeting in het algemeen en de door pragmatische overwegingen "ontaarde" verzachtende omstandigheden in het bijzonder.

¹⁸⁶⁵ *Supra*, Hoofdstuk 3, 2.1.3.

§3. Getuigenbescherming en bronbescherming: is Straatsburg een goede souffleur?

3.1. Inleiding

E.V.R.M.-CONFORM- De overheid in België aanvaardt al sinds lange tijd gewaarborgde anonimiteit als een redelijke prijs die soms betaald moet worden voor belangrijke getuigenissen. Dat hoeft niet te verbazen: niet de overheid betaalt die prijs, maar de beklaagde. De spanning met de Straatsburgse invulling van het recht op een eerlijk proces, diende zoals gezegd als belangrijke impuls voor wetgevend ingrijpen. In het zog van het rapport van Traest en De Meester goot de regering Dehaene II de Straatsburgse "instructies" in een wetsontwerp. Hoewel het Europees Hof natuurlijk gezag heeft, kan de nationale wetgever er niet om heen dat de criteria die in de Straatsburgse rechtspraak uitgewerkt zijn en waarop het Hof zich beroept, niet altijd even duidelijk of ondubbelzinnig zijn¹⁸⁶⁶. Een te groot respect voor het Europees Hof weerhoudt de regering ervan deze criteria fundamenteel in twijfel te trekken en dus het debat met Straatsburg aan te gaan.

ONDERSCHIED- Eén Straatsburgse fout vermijdt het Belgische ontwerp gelukkig wel: het maakt een onderscheid tussen beperkte en volledige anonimiteit. Door « anonimiteit » als eenheidsbegrip te hanteren heeft het Europees Hof immers vele mensen en lidstaten op het verkeerde been gezet. Het zet immers onvoldoende in de verf dat het in zijn rechtspraak eigenlijk anders omgaat met beperkte anonimiteit dan met volledige¹⁸⁶⁷. De voorgestelde Belgische regeling hoeft op dit punt waarschijnlijk niet zoveel te vrezen. Doch de andere vereisten van het Europees Hof, die bij oppervlakkige lezing wel haalbaar lijken, stellen ons inziens de wetgever voor een schier onmogelijke opgave. Wie naar Straatsburg trekt op zoek naar "dogmatische" wegwijzers om praktijkmensen verder te helpen, komt immers van een kale kermis thuis.

¹⁸⁶⁶ De kritiek in deze paragraaf komt grotendeels uit een eerdere publicatie: VERBRUGGEN, F., "De anonieme getuige...", *op.cit.*, 90-94.

¹⁸⁶⁷ Beperkte anonimiteit, dat wil zeggen het achterhouden van bepaalde identiteitsgegevens, lijkt voor het Hof veel minder een probleem. In Lüdi blijkt dat dat voor politiemensen nog gemakkelijker kan dan voor burgers. De getuige mag zich eventueel vermommen, maar de mogelijkheid van visueel contact en confrontatie door de verdediging blijft bestaan. Kostovski toont aan dat het Hof veel meer moeite heeft met volledige anonimiteit, al toont Doorson dat het niet absoluut verboden is. Van Mechelen heeft dan weer duidelijk gemaakt dat voor volledige anonimiteit opnieuw politiemensen onderscheidt van burgergetuigen. Volledige anonimiteit kan volgens het Hof minder vlug voor politiemensen.

3.2. Is Straatsburg een goede souffleur? Kritische beoordeling van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

3.2.1. Bestaan bedreiging

EFFECTIEF?- Terecht beoordeelt het Hof het bestaan van een gevaar dat de getuigen lopen als rechtvaardiging van de anonimiteit streng. Anonimiteit bedekt immers als een grote zwarte mantel alle zwakheden van een getuige en dat zijn er doorgaans meer dan enkel zijn kwetsbaarheid voor represailles. Dat heeft al vaak tot grote onrechtvaardigheden geleid. De vraag rijst of het Hof wel de juiste richtlijnen geeft. In de zaak Van Mechelen eiste het van Nederland bewijzen van effectieve, actuele bedreiging als voorwaarde voor anonimiteit. Dat criterium neemt het Belgisch ontwerp dan ook over. Wat het Hof niet lijkt te beseffen, is dat anonimiteit nu precies de bedreiging en het geweld moeten *voorkomen*. Als er na de feiten zelf nog intimidatie bestaat, betekent dit dat de identiteit van de getuige min of meer bekend is. Anonimiteit heeft dan geen zin, zodat de overheid de getuige op een andere manier moet trachten te beschermen. In de modieuze nieuwspraak zou men kunnen zeggen dat de toekenning van anonimiteit de getuigen « proactief » beschermt.

3.2.2. Aparte beoordeling politiemensen

MEER NODIG, MINDER BESCHERMD- Daarom verbaast het des te meer dat het Hof -gevolgd door de Belgische regering- terzake weigert alle getuigen gelijk te behandelen, maar extra streng is voor politiemensen. Want natuurlijk moet de anonimiteit in de praktijk vooral infiltranten, observanten en leden van arrestatieteams afschermen, samen met die van andere personen die nauw samenwerken met het gerecht, zoals ambtenaren of medewerkers van telefoonoperatoren. Verdachten die in staat en bereid zijn om inderdaad getuigen aan te pakken, kunnen uit de inhoud van de getuigenverklaring in de overgrote meerderheid van de gevallen wel afleiden om wie het gaat. Zij hangen hun activiteiten immers niet aan de grote klok, zodat zij door eliminatie (soms letterlijk) de bron wel kunnen identificeren¹⁸⁶⁸. Vandaar dat ons inziens een confrontatie met informanten, dat wil zeggen mensen die nog steeds in hetzelfde crimineel milieu zitten, soms niet zal kunnen. Medestanders van de beklaagde houden immers al de

¹⁸⁶⁸ Vandaar dat de politie allerlei camouflagetechnieken aanwendt om de oorsprong van haar informatie te versluieren. Iedereen kent nu de zogenaamde U-bocht-constructie, waarbij men officieus informatie doorspeelt aan –bijvoorbeeld buitenlandse- collega's en die dan officieel

door hen verdachte mensen in het oog, om na te trekken waar zij zich op het moment van de confrontatie bevinden. De vraag rijst bijvoorbeeld hoe rechter en parket moeten reageren wanneer de beklaagde de persoon waarvan hij vermoedt dat die achter de anonimiteit schuilgaat, onder zijn echte naam als getuige wil laten dagvaarden. Kan dat geweigerd worden en zo ja, geeft men daarmee niet impliciet toe dat de beklaagde het bij het rechte eind heeft en de anonimiteit dus gekelderd is? Politie mensen daarentegen, dat wil zeggen de onderzoekers, maar nog meer zij die slechts steun leveren aan de eigenlijke onderzoekers, zijn eerder toevallig in contact gekomen met de verdachten. Vaak deden zij dat zonder hun (echte) identiteit vrij te geven. Daarom zijn zij in de praktijk de belangrijkste begunstigers van volledige anonimiteit. Samen met hun families, natuurlijk. Want dat is een ander zwak punt in de redenering van het Hof. Wie bereid is tegen getuigen represailles te nemen, zal niet zelden de getuige onrechtstreeks trachten te raken door diens naasten aan te pakken. Dat gebeurt minder wanneer, zoals in Doorson, de getuigen drugsverslaafden zijn, die geïsoleerd in de marginaliteit van de grootstad leven. Daar zal vooral de persoon van de getuige zelf door de represailles bedreigd zijn. De meeste getuigen, met inbegrip van politie mensen, zijn daarentegen wél bezorgd om hun familie en naasten en daardoor extra kwetsbaar. Het argument van het Hof dat politie mensen door hun beroepskeuze gedwongen zijn zich aan meer risico's bloot te stellen, gaat niet op voor hun familieleden. Nochtans moeten de lidstaten volgens het Hof, als we Doorson goed begrepen hebben, ook over hun grondrecht op fysieke integriteit en respect voor persoonlijk en gezinsleven waken.

3.2.3. Absolute noodzakelijkheid

ABSOLUUT- Het Hof beperkt het gebruik van anonieme getuigen tot de gevallen waarin dat absoluut noodzakelijk is. « Absoluut noodzakelijk » : het wordt zo vaak gebruikt, dat niemand er nog bij stilstaat wat dat eigenlijk betekent. Strikt logisch gesproken bestaan er geen gradaties van noodzakelijkheid. Als iets niet noodzakelijk is, kan het weliswaar nog nuttig zijn. Maar een onderscheid tussen « een beetje » en « absoluut » noodzakelijk heeft geen zin. Dit begrip, dat het Hof natuurlijk aan het verdrag zelf ontleent, is dus een soort dichterlijke overdrijving waar politici zich zo graag van bedienen. Als criterium om juridische knopen door te hakken, is het echter weinig waard. Zo kan men zich afvragen hoe het gebruik van anonieme getuigen enerzijds enkel kan als het « absoluut noodzakelijk is » en anderzijds toch nooit « doorslaggevend » mag zijn voor de bewezenverklaring van

terugkrijgt. Zo schept men de indruk dat de bron dicht bij die buitenlandse collega's gezocht

de feiten (*infra*). Noodzakelijkheid is natuurlijk nooit « absoluut », maar altijd « relatief » : afhankelijk van wat je wil bereiken. De juiste vraag is dan ook « waarvoor moet de anonimiteit nodig zijn ? ».

WAARVOOR? Dat de anonimiteit noodzakelijk zou zijn voor de *effectiviteit van de politie*, is best mogelijk. De verdere inzetbaarheid die blijktens de motieven van de beslissing in Lüdi blijktbaar een bezorgdheid van het Hof uitmaakte en dus beperkte anonimiteit kan verantwoorden (Lüdi, *supra*), volstaat volgens het arrest Van Mechelen niet om volledige anonimiteit te rechtvaardigen. Het recht van de verdediging op tegenspraak en confrontatie weegt zwaarder dan de efficiëntie van het politiewerk. Bedoelt het Hof dan misschien dat de absolute anonimiteit nodig moet zijn voor de *waarheidsvinding* ? Dat is alleszins hoe België het begrepen heeft. Ook dat lijkt echter niet de bedoeling van de Straatsburgse arresten. Nederland kon in zijn argumentatie in de Kostovski-zaak immers met enige geloofwaardigheid zeggen dat de waarheidsvinding baat had met minder openheid, dat de anonimiteit daarvoor absoluut noodzakelijk was. Luidens het Kostovski-arrest was de prijs die de verdediging daarvoor moest betalen, de opoffering van haar rechten te groot. Dat is het dus ook niet. Moet de anonimiteit dan misschien absoluut noodzakelijk zijn voor de *veiligheid van de getuige* ? Doorson lijkt daarop te wijzen. Doch natuurlijk zal de anonimiteit nooit « absoluut noodzakelijk zijn », in de zin dat er geen enkel alternatief zou bestaan. Als men zowel de rechten van de getuige als die van de verdediging echt zo belangrijk acht, volstaat het immers de getuigenis niet te gebruiken. Door de eventuele straffeloosheid van de beklaagde blijft de maatschappij dan wel in de kou staan : de bedreiging van getuigen wordt eigenlijk beloond, misschien zelfs aangemoedigd. Doch dat is, antwoordde het Hof in het Kostovski-arrest op dit Nederlands argument, soms de prijs die de maatschappij moet betalen voor het belangrijke grondrecht op een eerlijk proces. Want dat de anonimiteit van de getuige « absoluut noodzakelijk » zou moeten zijn voor de *veroordeling van de beklaagde*, kan het Hof nooit bedoeld hebben. Het zegt immers zelf dat de anonieme getuigenis nooit in beslissende mate mag bijdragen tot de veroordeling, nooit doorslaggevend mag zijn.

SUBSIDIARITEIT- Eigenlijk drukt de eis van « absolute noodzakelijkheid » enkel uit dat het Hof veeleisend wil zijn. Het gaat om een ongelukkige want onjuiste formulering van het subsidiariteitsbeginsel, dat ook het Belgisch ontwerp hoog in het

moet worden.

vaandel draagt. Wanneer hetzelfde of een vergelijkbaar resultaat mogelijk is met minder verre gaande beperkingen van de grondrechten, mag de overheid niet voor absolute anonimiteit kiezen. Natuurlijk is dat gemakkelijker gezegd dan gedaan, omdat drie of meer rechten (verdachte, getuige, maatschappij en eventueel slachtoffer) moeten afgewogen worden, zonder dat daarvoor een meeteenheid, laat staan een uniforme, bestaat.

3.2.4. Niet beslissend (*décisive/déterminant*)

STEUNBEWIJS- Gelet op de twijfelachtige betrouwbaarheid van anonieme getuigen lijkt het bijna vanzelfsprekend dat niemand mag worden veroordeeld uitsluitend op basis van anonieme getuigenissen. Dat was het criterium dat in België gehanteerd werd tot in 1990, dat is ook het criterium in de V.S. of Italië bij getuigenissen van een spijtoptanten. De vaststaande rechtspraak van Straatsburg is strenger : de anonieme verklaring mag ook niet beslissend zijn voor de schuldigverklaring van de beklaagde. De klassieke regel dat "onbetrouwbare" getuigenissen steunbewijs nodig hebben, is omgedraaid tot de regel dat deze getuigenissen zelf slechts steunbewijs mogen vormen. Zelfs al zijn al de andere voorwaarden (bedreiging en absolute noodzaak (*supra*), evenwichtsherstellende procedure (*infra*)) voldaan, dan nog botst de overheid op dit absolute taboe. In een open bewijsstelsel als het onze vormen alle bewijselementen één groot geheel waarop de feitenrechter zijn overtuiging baseert. Het valt niet uit te maken welk element al dan niet beslissend is. Een bijkomende complicatie in ons systeem is dat de volksjury zijn beslissing niet motiveert, waardoor het gewicht van een getuigenis binnen het geheel helemaal niet te meten valt¹⁸⁶⁹. Hoewel Straatsburg zijn arresten keer op keer begint met de waarschuwing dat het zich niet moeit met bewijsrecht, dat nationaal blijft, doet het met dit criterium net het omgekeerde. Nochtans is het multinationale Hof niet echt geschikt om het al dan niet beslissend karakter van een concrete anonieme getuigenis in het geheel van de concrete procedure na te gaan. Dat heeft als pervers gevolg dat een rechtsonderhorige eigenlijk gedwongen is de procedure door te drijven tot in Straatsburg, om het laatste woord over een eventuele schending van art.6 E.V.R.M. te kennen.

PROBLEEM- Wie ernstig nadenkt over dit absolute verbod, kan enkel tot het besluit komen dat de mooie frases van Straatsburg in de praktijk niet te hanteren vallen. Want om na te gaan of een bewijselement al dan niet doorslaggevend is geweest,

moet men immers een *sine qua non*-test uitvoeren. Zou de beklaagde ook veroordeeld zijn zonder deze getuigenis? Als het antwoord « neen » is, was die getuigenis inderdaad « beslissend » en was de procedure dus niet eerlijk. Doch als het antwoord « ja » luidt, betekent dat dat de anonieme getuigenis eigenlijk niet noodzakelijk was, zij is eigenlijk een toemaatje. De logische vraag is dan : « waarom moet je ze dan gebruiken, nu zij een hindernis vormt die de verdediging normalerwijze niet zou mogen tegenkomen ? » Wie de verschillende criteria die het Hof heeft uitgewerkt naast mekaar legt, kan niet om de contradictie heen. Anonieme getuigen kunnen alleen als het absoluut noodzakelijk is, maar zij mogen nooit beslissend (dus nooit noodzakelijk) zijn.... Zonder precies te zeggen hoe de rechter uit de "logische dwangbuis" moet geraken, neemt het Belgisch ontwerp de voorwaarde dat de anonieme getuigenis slechts "steunbewijs" mag zijn, over. Op het oeroude beginsel, dat de Belgische strafrechter vrij het bewijs beoordeelt, op voorwaarde dat het rechtmatig is en rechtmatig vergaard, komen dus weer enkele bijkomende uitzonderingen. Zowel de verklaring van een spijtoptant als die van een anonieme getuige volstaan niet. Of de combinatie van beide volstaat (een anonieme politie-observant bevestigt de hem niet gekende verklaring van een spijtoptant), is niet duidelijk. Waarschijnlijk niet....

3.2.5. *Compenserende procedures*

EUFEMISME- De anonieme getuigen vormen volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een bron van « moeilijkheden die de verdediging normaal in het kader van een strafproces niet zou mogen tegenkomen ». Daarom laat dat Hof hun gebruik enkel toe als de onderzoekers compenserende maatregelen nemen. Het denkt aan ondervragingen, zoals in het Belgische wetsontwerp met rechters als tussenpersonen. Het verzwijgt ten onrechte dat de verdediging slechts verliest en niets in de plaats krijgt. Eventuele proceduremaatregelen die men dan neemt, kunnen hooguit de schade beperken, maar van « compenseren » of « het evenwicht herstellen » kan geen sprake zijn¹⁸⁷⁰.

ADVOCAAT- Over het algemeen behandelt het Hof de verdediging (beklaagde en advocaat) vaak als één geheel voor de beoordeling van de rechten van die verdediging. Het beschouwt de advocaat dan als vertegenwoordiger van de

¹⁸⁶⁹ VERBRUGGEN, F., "De anonieme getuige...", *op.cit.*, 98. Cfr.Cass. 15 juli 1997, *R.W.* 1997-98, 642.

¹⁸⁷⁰ LEIJTEN, J., "Boekbespreking Bedreigde getuigen in het strafproces", *Delikt en Delinkwent* 1998, 162-163; VERBRUGGEN, F., "De anonieme getuige...", *op.cit.*, 100.

afwezige beklaagde. We betreuren dat het Europees Hof dat ook bij anonieme getuigenissen doet. De advocaat worstelt immers met dezelfde kennishandicaps als de onderzoeksrechter-tussenpersoon : het is meestal de beklaagde die de noodzakelijke informatie heeft of kan bekomen. Het kan toch niet de bedoeling zijn dat de raadsman alle details krijgt over de getuige en die dan aan zijn cliënt mag doorspelen. Dan is van beschermende anonimiteit geen sprake meer. Als de advocaat daarentegen informatie krijgt van de onderzoekers, die hij dan moet geheimhouden, hoewel zij erg belangrijk kan zijn voor zijn cliënt, plaatst men haar of hem in een onmogelijke situatie. Hebben de getuigen voldoende vertrouwen in de discretie van alle advocaten ? En nog belangrijker : wie beschermt de advocaat en zijn familie tegen de eigen cliënt of diens medestanders ? Die weten immers dat hij over informatie beschikt die zij – letterlijk - met alle geweld willen bekomen. Het is trouwens in het algemeen ongewenst dat de onderzoekers in strafzaken aan een advocaat informatie meedelen die hij dan niet mag meedelen aan zijn cliënt. Een dergelijke « kenniskloof » tast de wezenlijke vertrouwensrelatie tussen de cliënt en zijn advocaat aan en schaadt zodoende het recht van verdediging. Het is dan ook een wijze keuze van de regering Dehaene II geen onderscheid te maken tussen advocaat en cliënt.

SINT-THOMAS- Een laatste zwak punt in de Straatsburgse arresten is de nadruk op visueel contact met de getuige als zekerheid voor de verdediging. Het eerder vernoemd onderscheid tussen beperkte en volledige anonimiteit vormt trouwens een uitloper van dit zogenaamde Sint-Thomas criterium, "*eerst zien, dan (pas) geloven*". Zowel in Kostovski als Van Mechelen drukten de rechters in Straatsburg de over art.6 E.V.R.M. struikelende Nederlandse staat met zijn neus op het ontbreken van de mogelijkheid voor de feitenrechters om de houding van de getuigen tijdens ondervraging en confrontatie waar te nemen¹⁸⁷¹. De achterliggende, oeroude idee is dat het moeilijker is om te liegen als men oog in oog met iemand staat¹⁸⁷². Straatsburg geeft zo een beetje tegengas, het verzet zich tegen de afbrokkeling van het onmiddellijkheidsbeginsel in de meeste strafprocedures. Toch past enig scepticisme bij de keuze van de anonieme (politie)getuige als slagveld. Niet alleen zijn bijvoorbeeld politie-infiltranten getrainde leugenaars, omdat hun leven en veiligheid daarvan afhangt. Daarnaast lijkt het Hof ook niet stil te staan bij het - in

¹⁸⁷¹ Door de anonimiteit was "*elk van de rechtbanken verhinderd de houding van de getuigen tijdens de ondervraging waar te nemen en zich zo een eigen idee te vormen van hun betrouwbaarheid*", Kostovski, §43.

¹⁸⁷² BEIER, A., *De bedreigde getuige...op.cit.*, 100-101.

zaken van internationale georganiseerde criminaliteit zo vaak voorkomende - probleem van de anderstaligen. Wie enige ervaring met (simultaan)vertaling heeft, weet dat de scherpste van de ondervraging waarmee de leugenachtige getuige figuurlijk « ontmaskerd » zou moeten worden, niet zelden verloren gaat. Inspelen op twijfels of reacties is allesbehalve vanzelfsprekend. Gelet op de rechtspraak van voor het arrest Van Mechelen valt het overigens te betwijfelen of dit Sint-Thomas criterium een absoluut breekpunt kan zijn. Het Hof heeft zelf immers gezegd dat confrontatie ook in het vooronderzoek kan. En dat betekent dat de feitenrechters evenmin de reactie van de getuige kunnen waarnemen. Verdere rechtspraak zal ongetwijfeld moeten uitmaken waar het Hof met dit criterium naar toe wil, met name in welke gevallen het inderdaad wezenlijk is. Wie de zaken positief wil bekijken, kan het misschien omdraaien : als de feitenrechter de getuige wél kan zien, is de kans op schending van art.6 E.V.R.M. iets kleiner. In sommige landen (zoals Italië, *supra* , Hoofdstuk 3, 2.1.4) gebruikt men inderdaad visuele afscherming ten aanzien van de verdediging en het eventueel publiek, maar niet ten aanzien van de rechters. De verdediging kan dan wel niet onmiddellijk inspelen op de reactie van de getuige. Die taak rust dan uitsluitend op de rechter, die de ondervraging leidt.

3.3. Te "punctueel": ten onrechte afgezonderd, geen volledige hervorming van verouderde regels inzake getuigenbewijs

APARTHEID- De afzonderlijke behandeling van de spijtoptanten enerzijds en anonieme getuigen anderzijds lijkt ons logisch. Maar is het wel een goed idee het permanent geheim inzake getuigenissen (anonimiteit) los van de andere regelingen van permanente bronrechten te behandelen? Het ruime "materieel getuigenbegrip" dat het Europees Hof hanteert, dreigt immers roet in het eten van professor Bosly te gooien. Van het bij hem zo duidelijke onderscheid tussen informanten, infiltranten en getuigen blijft immers niet zo veel meer over, eens de informatie in het bewijs belandt. Zelfs Cassatie wekt bij momenten de indruk het onderscheid tussen informatie en bewijs (*supra* Deel III)¹⁸⁷³ onder Straatsburgse druk op te geven¹⁸⁷⁴: hoewel de anonieme bron in kwestie een "klassieke" informant was, ging het Hof van Cassatie toch na of zijn verklaring niet "beslissend" was geweest. Het behandelde de "loutere aangever" (bron van een inlichting) dus toch als een "getuige" (bron van bewijs). Misschien zal het na het arrest Kok tegen Nederland toch niet verder gaan in deze richting. Waarschijnlijk heeft de "onvolgroeidheid" van

¹⁸⁷³ Cass. 30 mei 1995, *Pas.*, I, 565, *Rev.dr.pén.*1996, 118.

¹⁸⁷⁴ Cass. 27 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr.241.

prof. Bosly's voorstellen, met onder meer een regeling voor *informanten*, een gelijktijdige geboorte met het geesteskind van prof. Traest over de *getuigen* belet. Toch dringt een coördinatie zich onmiskenbaar op. Het spreekt vanzelf dat de wetgever meteen best al de verouderde bepalingen die het getuigenbewijs in het Wetboek van Strafvordering regelen, moderniseert.

3.4. Eigen rechten getuige voldoende uit de verf?

VERSTERKEN RECHTSPOSITIE- De vele formaliteiten en bijzondere categorieën schrappt hij best, om dan een duidelijke regeling voor het verschoningsrecht van sommige getuigen (waar mededaders, dragers van het beroepsgeheim of familieleden inbegrepen zouden zijn) in te voegen. Eerder dan het versterken van hun rechtspositie zou men kunnen zeggen dat het gaat om het scheppen ervan. Daarmee zou de wetgever een belangrijke leemte in onze wetboeken opvullen. Misschien doet hij er dan niet slecht aan om meteen ook de straffen voor valse getuigenis of weigering te getuigen te verhogen, want die zijn in België niet echt van aard afschrikwekkend te werken. Zoals Traest en De Meester doen opmerken, zou de wetgever naast meened misschien ook andere valse verklaringen van getuigen strafbaar moeten stellen. Over de voor- en nadelen van bijstand aan de getuige door een advocaat zou ook best een debat gevoerd worden.

3.5. Besluit

BEETJE ANDERS, BEETJE BETER- De voorstellen voor betere bescherming van getuigen in de strafprocedure zijn een goede zaak. Een wettelijke ingreep kan duidelijkheid en meer rechtszekerheid brengen. Helaas vrezen wij dat Straatsburg door onduidelijke richtlijnen uit te werken, de hoe dan ook moeilijke taak nodeloos compliceert. De Belgische wetgever zou er niettemin goed aan doen zich niet te beperken tot het geheimhouden van de identiteit van getuigen, maar oog hebben voor een algemene regeling voor permanente geheimen in de strafprocedure. Dat is - *supra*, Deel III - een uitermate moeilijke taak. Ook zou hij een meer algemeen kader voor de rechten en plichten van getuigen moeten uitwerken en de verouderde bepalingen in het Wetboek van Strafvordering terloops moderniseren.

§4.Procedure van de toekomst? Gekozen onderhandelend strafrecht in het licht van de klassieke beginselen.

LEGALITEIT- België heeft nooit echt een strafvorderlijk legaliteitsbeginsel gekend, een eigenlijk op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde vervolgingsplicht. Daarom is de nood aan een spijtoptantenwet veel kleiner dan in Italië, Duitsland of Spanje. Het voorliggende spijtoptantenontwerp vormt - zonder echt veel te veranderen aan de bestaande situatie - een extreme toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Misschien kiest men beter voor een soort middenweg, waarbij de wetgever de grenzen waarbinnen plaats bestaat voor een opportuniteitsbeslissing iets strikter bepaalt. Naast de onzekerheid of er al dan niet vervolging komt, bestaat er een groot bezwaar vanuit het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel: het verdwijnen van de "taxativiteit". Dat wil zeggen dat de dader zowel als slachtoffer of buitenstaander bij benadering kan weten welke straf hij riskeert. Op dit punt was in België het kalf echter al enige tijd verdronken.

EVENREDIGHEID EN SUBSIDIARITEIT- Zowel in de toelichting als in de tekst zelf duiken de begrippen evenredigheid en subsidiariteit op. Volgens ons maakt de wetgever de laatste jaren - misschien onder invloed van de supranationale rechtspraak - onvoldoende onderscheid tussen de toepassing van *rechtsbeginselen* als subsidiariteit en proportionaliteit als remmen *binnen* de wettelijke bevoegdheden, en de toepassing van dezelfde termen als *politieke beginselen* bij het bepalen van die wettelijke bevoegdheden. Het eerste is de taak van magistraten, zo mogelijk met de hulp van dogmatici, het tweede is de bevoegdheid van de wetgever. Het *rechtsbeginsel* van de evenredigheid vereist een moeilijke controle op een gevaarlijke driehoeksverhouding getuige-rechtshandhaving-verdachte. Dat lijkt ons de natuurlijke taak van de vonnisrechter, die dan ook best het laatste woord zou krijgen na zijn inquisitoire taak te hebben volbracht.

MEER RECHTEN- Op één vlak betekenen de voorstellen een onbetwistbare vooruitgang: er komen meer rechten voor getuigen, zowel de "onschuldige" als "criminele". De rechten van de verdediging krijgen ook de nodige aandacht. Zo is het een belangrijke vooruitgang dat het memorandum bij spijtoptanten steeds in het dossier zal zitten en dat geen anonieme spijtoptanten mogelijk worden. We vrezen echter dat dit makkelijk omzeild kan worden, daar het parket een aantal getuigen

(zoals politiemensen die strafbare gedragingen hebben gesteld) niet als spijtoptanten zal beschouwen. Aangezien het niet van plan was hen te vervolgen, moet er met hen geen overeenkomst worden gesloten.

TOEKOMST- Wij geloven dat onderhandelingen onvermijdelijk en vaak nodig zijn in het recht. Binnen bepaalde grenzen moet daar ook plaats voor zijn in het strafrecht. Toch moet men zich hoeden voor buitensporigheden. Een al te flexibele aanpak "ontaaardt" het strafrecht als publiek handhavingsrecht niet alleen, het ondermijnt de geloofwaardigheid ervan en dreigt vooral de mensen met - om welke reden dan ook - zwakkere onderhandelingsposities te benadelen. Hoe dan ook lijkt het beginsel van het vrij bewijs in ons systeem af te kalven, terwijl de Angelsaksische systemen schuchter lijken te kiezen voor het terugdringen van de formele regels. Op termijn groeit zo waarschijnlijk een soort eenheidsprocedure die tussen de inquisitoire en de accusatoire ligt. Onze grootste bekommernis is de al bestaande, maar nog steeds toenemende verwarring over de rol van het Openbaar Ministerie en die van de rechter. Onderhandelingen verlopen nu eenmaal gemakkelijker en eerlijker als men weet waar de tegenpartij voor staat.

§5. Besluit: niet zo anders, beetje beter

EIGEN STERKTE, MAAR...- In Hoofdstuk 1 beklemtoonden we hoe het strafrecht is uitgegroeid tot publiek handhavingsrecht, van openbare orde en dus niet vatbaar voor "akkoordjes". De overheid moest van haar gezag en, zo nodig, haar macht uitgaan tegenover verdachten en getuigen. De overheid hanteerde vooral de stok, veel minder de wortel. zij weigerde te onderhandelen met gewone burgers (getuigen) en *a fortiori* met criminelen. Meteen relativeerden wij deze regel. Het valt op dat in het klassiek systeem, zeker in de wetgeving zelf¹⁸⁷⁵, het vooral de magistratuur aan onderhandelingsmarge ontbrak. De wetgever zelf beloofde uit rechtspolitieke opportuniteitsoverwegingen niettemin enige gedragingen ná het misdrijf met strafvermindering of straffeloosheid. Deze bleven echter grotendeels beperkt tot gevaarzetting door de kleine garnalen. Ook de uitvoerende macht kon soms een prijs betalen voor informatie (premies) of een gedraging van een dader belonen door het toekennen van gunsten ná de veroordeling.

¹⁸⁷⁵ Rechtspraak en rechtsleer hebben daar, onder meer door erkenning van het opportuniteitsbeginsel inzake vervolging, wel enige ruimte gecreëerd (*supra*).

ZWAKTE- In Hoofdstuk 2 bleek dat de rechtshandhaving niet langer alleen van haar eigen sterkte kan uitgaan. Verschillende evoluties, in de misdrijfomschrijvingen, de opsporingsmethoden en de methoden van georganiseerde criminaliteit, dwingen haar tot een minder eenzijdige benadering van criminaliteit. Ook het capaciteitsprobleem bij de rechtshandhaving en de versterkte rechtspositie van verdachten en getuigen doen de eenzijdige afhandeling heel geleidelijk plaatsruimen voor alternatieve oplossingen, waarbij zowel de vervolgende partij als de verdachte een voordeel behalen in ruil voor een toegeving. Anderzijds dringt onderhandelde afhandeling zich ook aan de overheid op omdat zij zich ten opzichte van georganiseerde criminaliteit te zwak voelt. Bepaalde informatie die zij nodig heeft, kan zij niet krijgen zonder daarvoor een prijs te betalen. Voor gewone getuigen is die prijs bescherming of anonimiteit, voor "criminele" getuigen ook, maar soms ook geld of strafvermindering.

IMPULSEN- In Hoofdstuk 3 kwamen dan de impulsen uit het buitenland aan bod. Het grootscheeps gebruik van spijtoptanten in de V.S. en Italië contrasteert met minder positieve ervaringen in andere landen. Niettemin zijn overal de politieke verwachtingen hooggestemd en steken zij af bij de terughoudendheid en zelfs zware kritiek bij rechtsgeleerde commentatoren. Qua getuigenbescherming door anonimiteit is de impuls vooral vanuit de strenge opstelling van Straatsburg gekomen. Nederland lijkt als voorbeeld te dienen. Tenslotte bleek dat ook in eigen land stap voor stap de mogelijkheden voor (het gebruik van) spijtoptanten al werden uitgebreid, waarbij het in de jaren zeventig nog onmiskenbare wantrouwen van de rechtspraak geleidelijk lijkt af te brokkelen. Hoewel geen duidelijke analyse van de toepassing werd gemaakt, verwachten politici veel van de "spijtoptant".

KEUZE- De Belgische keuze in Hoofdstuk 4 is nog niet definitief, maar gaat duidelijk in de richting van een verregaande spijtoptantenregeling waarin het Openbaar Ministerie een centrale rol toebedeeld krijgt. Getuigenbescherming kan er zowel via beperkte als via volledige anonimiteit komen, waarbij de onderzoeksrechter een belangrijke rol krijgt in het waken over de rechten van de verdediging.

BEOORDELING- In Hoofdstuk 5 verbaasden we ons er opnieuw over dat de tekortkomingen van het bestaande systeem als vanzelfsprekend worden aangenomen. Voor de anonieme getuigen zijn we het daar mee eens, voor spijtoptanten lijkt ons dat veeleer te berusten op een gebrekkige kennis van het bestaande recht en dan vooral van de regels van straftoemeting. Het wetsontwerp

voor een spijtoptantenregeling vertoont daarnaast nog een aantal onvolkomenheden en laat een aantal moeilijke vragen onbeantwoord. Volgens ons is de opsplitsing in verschillende varianten niet wenselijk of nodig en zou de wetgever best een echte verschoningsgrond invoeren. De vele al bestaande varianten schaft hij best af, om verwarring te vermijden. Over het algemeen is de grote verschuiving er één van de vonnisrechter naar het Openbaar Ministerie, volgens ons een verkeerde keuze.

BESLUIT- We kunnen dan ook besluiten dat het op zoek gaan naar een meer onderhandelde afhandeling van strafzaken helemaal niet zo uitzonderlijk is als de voorliggende ontwerpen angstvallig beklemtonen. In de lijn van de evoluties van respectievelijk misdrijfomschrijvingen en opsporingsmethoden die we in Deel II en Deel III hebben belicht, gaat het zelfs om een logische evolutie. Dat betekent geenszins dat zij niet voor kritiek vatbaar zou zijn of dat er geen gevaren bestaan, integendeel. De kritiek, zeker die op de regeling voor spijtoptanten, die er te goed van af zouden komen, hangt eigenlijk nauw samen met de visie van de criticus op de zin en functie van straffen. Vandaar dat we daar op ingaan in Deel V.

DEEL V.VAN VRIJHEIDSSTRAF NAAR VERMOGENSAANPAK

INLEIDING- De voorbije vier Delen leerden dat het hedendaags strafrecht en zijn handhaving een complex spel zijn geworden. Paradoxaal genoeg dreigt de straf zelf een beetje in de schaduw te belanden. In theorie en dogmatiek vormt zij nochtans de kern van het hele systeem. Ook het offensief tegen georganiseerde criminaliteit laat de straffen niet onaangetaast. De vrijheidsstraf lijkt prominentie te verliezen en meer en meer plaats te moeten inruimen voor een vermogensaanpak¹⁸⁷⁶. Deze – revolutionaire ? - verschuiving vormde al het voorwerp van een recent indrukwekkend en omvangrijk doctoraal proefschrift¹⁸⁷⁷. Daarom fungeert dit Deel V vooral als een illustratie van de vaststellingen in de vorige vier Delen. Straffen zijn daarbij vooral interessant omwille van hun symbolische betekenis: de straf beklemtoont de waarde van de norm¹⁸⁷⁸. Het is evenwel pas de werkelijke toepassing van de straf die haar zwakte en complexiteit verraadt¹⁸⁷⁹. Voor wie misnoegd is over het bestaande systeem maakt onbekend daarom vaak bemind.

HOOFDSTUK 1. KLASSIEKE SITUATIE: de vrijheidsstraf als modelstraf

"Dives aut iniquus, aut iniqui heres".

(Hiëronymus, Epistulae: Een rijke is óf een schelm, óf de erfgenaam van een schelm.)

¹⁸⁷⁶ Deze verschuiving formuleert men vaak ook anders: "van dadergericht naar buitgericht". (TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 271. Eigenlijk komt die dadergerichtheid als alternatief voor de vroegere daadgerichtheid (*infra* Hoofdstuk 2).

¹⁸⁷⁷ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 652 p.. Weliswaar ontbrak het ons inziens daarin aan een diepere reflectie over de zin van de straf en de strafbaarstelling. Recent publiceerde dezelfde auteur een uitstekend artikel waarin hij ons inziens beter de fundamentele constructiefouten en de dubbelzinnigheden in de Belgische vermogensaanpak aan de kaak stelt (*infra*). Zijn conclusies zitten dicht bij ons standpunt (*infra*, Hoofdstuk 5): STESENS, G., "Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals de strafbaarstelling van witwassen", *R.W.* 1999-2000, 1073-1086.

¹⁸⁷⁸ Vandaar ook de veelgehoorde kritiek op de wetgever die de straf overmatig gebruikt. Wanneer de wetgever een norm uitvaardigt, wil hij immers niet de indruk geven dat die niet belangrijk zou zijn. Daarmee zou hij immers zichzelf zo al niet in vraag stellen, dan toch relativieren.

¹⁸⁷⁹ PETERS, T., "Het beleid rond strafuitvoering en slachtofferhulp", lezing in het kader van de facultaire colloquia Justitie ter discussie, rechtsfaculteit K.U.Leuven, 17 november 1998.

§ 1. Voorgeschiedenis: een niet te onderschatten preklassiek vermogensstrafrecht¹⁸⁸⁰

1.1. "Vermogensaanpak" is ouder dan het strafrecht zelf

ONTDEKKING- In elk van de vorige Delen bleken vermeende "nieuwigheden" eerder neer te komen op een heropflakkerende aandacht voor een aloud strafrechtelijk probleem of voor een bepaalde oplossing ervan. Zo laaide ook de aandacht voor de vermogensrechtelijke, zeg maar economische aspecten van criminaliteit en haar bestrijding in de jaren tachtig enorm op¹⁸⁸¹. De vele auteurs die zich over dit onderwerp hebben gebogen, geven wel vluchtig aan dat ook vroeger het strafrecht vermogensrechtelijke tintjes kende, maar gaan daar verder niet op in. Al - te? - vlug gaan ze over tot analyse van de "nieuwe instrumenten" om de "profijtgerichte" criminaliteit "meer effectief" te bestrijden¹⁸⁸². De situatie tot de late jaren tachtig vatten ze samen met de gevleugelde woorden "geld stinkt niet"¹⁸⁸³. Daarmee bedoelen zij dat bijna niemand belangstelling toonde voor de "opbrengsten" van criminaliteit. Vreemd genoeg blijft de voor de hand liggende vraag "waarom (niet)?", doorgaans achterwege. Dat geeft de lezer de indruk dat men er tot voor kort gewoon nog niet aan heeft gedacht. Ook wij wagen ons niet aan een studie van de geschiedenis van de vermogenssanctie en haar plaats in het straffenarsenaal¹⁸⁸⁴. Minimale historische kennis, ontleend aan de klassieke handboeken, volstaat evenwel om te weten dat ook in het verleden vermogensrechtelijke overwegingen in het strafrecht niet zelden zwaar hebben gewogen. Talrijke belangrijke begrippen, de

¹⁸⁸⁰ ROLDAN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sancion penal; un estudio historico de la moderna pena de multa*, Madrid, 1982, 106 p.; JESCHEK, H.-H., GREBING, G. en ALBRECHT, H.-J., *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1978, 1358 p.

¹⁸⁸¹ GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J. "Voordeelsontneming in het strafrecht: stand van zaken en vooruitzichten", in: GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J. (eds.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht, de nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 2.

¹⁸⁸² Het boek van Stessens, zoals gezegd het standaardwerk in België, gaat ondanks zijn voor het overige encyclopedische aandacht voor allerlei deelaspecten en achtergronden bewust voorbij aan het historisch perspectief. STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 38 (voor de verbeurdverklaring).

¹⁸⁸³ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 3 en de vele verwijzingen in zijn voetnoot 3.

¹⁸⁸⁴ Cfr. voor de laatste 120 jaar: STAPENHORST, H., *Die Entwicklung des Verhältnisses von Geldstrafe zur Freiheitsstrafe seit 1882: eine rechtshistorische Untersuchung anhand von Kriminalstatistiken*, Berlin, Duncker en Humblot, 1993, 135 p.

bouwstenen waaruit ons strafrechtssysteem is opgetrokken, zijn (sterk) vermogensrechtelijk gekleurd¹⁸⁸⁵.

PREHISTORISCH- Vermogensstraffen zijn niet alleen zo oud als het strafrecht zelf, ze zijn zelfs ouder. Al in het Oude Testament vinden we bijvoorbeeld sporen van het gebruik van de verbeurdverklaring als sanctie. In het boek Exodus staat: «*wanneer een os een man of een vrouw stoot, dat hij sterft, zal de os zekerlijk gestenigd worden, en zijn vlees zal niet gegeten worden; maar de heer van den os zal onschuldig zijn.*»¹⁸⁸⁶ Ook in de klassieke Oudheid, in Griekenland en in Rome¹⁸⁸⁷, was de verbeurdverklaring geen ongebruikelijke sanctie¹⁸⁸⁸. Al in 451 v.Chr. zei een Romeinse wet dat wanneer een dier iemand schade toebrengt, de eigenaar het slachtoffer het geschatte schadebedrag moest aanbieden¹⁸⁸⁹. Indien het slachtoffer dat weigerde, moest de eigenaar het dier dat de schade had veroorzaakt, overdragen.

¹⁸⁸⁵ Het woord dat alles “anders” maakt, straf, is onze vertaling van het Franse “*peine*”, dat op zijn beurt weer op Latijnse en Griekse woorden teruggaat. In het “Oudgrieks” stond “*poine*” eigenlijk voor een vermogenssanctie, vergelijkbaar met wat later bij de Germanen (cfr. *infra*) weergeld of zoengeld genoemd zou worden (VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 41.). Ook sleutelbegrippen als “schuld”, “boete” of “ver-geld-en”(re-tributie), “toe- en aan-rekenen” kunnen zowel in de dagelijkse omgangstaal als in het specifiek strafrechtelijke jargon talloze, vaak verwarrende en tegenstrijdige betekenissen hebben. Een niet onbelangrijke dimensie is de vermogensrechtelijke. “Betalen” betekende oorspronkelijk “losmaken”, d.w.z. van het gebonden, verbonden zijn. Het gaat met andere woorden om “be-vrij-ding”, om “los-geld”: begrippen die wij nu veel meer associëren met fysieke vrijheidsberoving. Strafrechtelijke en burgerlijke aansprakelijkheid vallen nog samen, pas later zal het tweede zich afsplitsen van het eerste en geëmancipeerd worden tot een schadevergoedingsrecht.

¹⁸⁸⁶ Het dier moet sterven, maar daardoor zet het de eigenaar, die – gedwongen - afstand doet, uit de wind. Deze passage (21: Exodus 28 (Statenbijbelvertaling)) beschouwen veel (vooral Amerikaanse) auteurs als de oorsprong van de moderne forfeiture (*infra*, Hoofdstuk 3), BLACHER, R., *op.cit.*, 504; voor meer details over deze geschiedenis: FINKELSTEIN, “The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty”, 46 *Temple University Law Quarterly* 1973, 169; PIANIN, I., “Criminal Forfeiture: Attacking the Economic Dimension Dimension of Organized Narcotics Trafficking”, 32 *American University Law Review* 1982, 232.

¹⁸⁸⁷ HOLMES, O.W., *The Common Law* 8 n.6 (1945), kort over de Romeinse periode ook VANDEPLAS, A., “De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen”, *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 386.

¹⁸⁸⁸ De Griekse stadsstaten « verbanden » dieren en levensloze objecten die mensen hebben gedood of kunnen doden, net zoals bij zelfdoding de hand van de dader ver van de rest van het lichaam begraven moest worden.

¹⁸⁸⁹ Hier merken wij reeds een voorloper van de omzetting in geld(boete), d.w.z. een loskoppeling van het voorwerp of dier.

1.2. Neutraliserend bijgeloof: goederen en dieren als “schuldig” of “kwaad” bestempeld

KWAAD "GEOBJECTIVEERD"- Oorspronkelijk zagen de meeste samenlevingen verbeurdverklaring als een manier om eigendom te straffen dat aan een persoon schade had toegebracht¹⁸⁹⁰. Bijgeloof zette mensen ertoe aan het goed te "verpersoonlijken", het te beladen met de schuld voor de schade of onrechtmatige gedraging, het 'onrein' te verklaren¹⁸⁹¹. In sommige gevallen was dat bijgeloof zo sterk dat zelfs indien het goed aan de benadeelde zelf toebehoorde, verbeurdverklaring volgde¹⁸⁹². Als constructie kan men het vergelijken met de bekende bok, die in een rituele plechtigheid beladen werd «met alle zonden van Israel » en vervolgens de woestijn ingejaagd. Die leverde onze taal het begrip zondebok op en leeft –bewust of onbewust- nog in de meest diverse rituelen voort. Hij heeft als voordeel conflicten niet op de spits te drijven, maar de gemeenschap te « zuiveren » van een complex. Het beladen van « zelloze » voorwerpen en dieren met « schuld », dat wil zeggen ze behandelen als persoon en hen vervolgens « offeren », is uitermate geschikt als neutraliseringsmiddel, een bliksemafleider voor wat eigenlijk een conflict is tussen personen. Op de persoon of zijn familie gerichte straffen hebben immers het tegenovergesteld effect : ze werken vaak escalerend. Hoe nauwer goederen bij de oorzaak van of aanleiding tot het dispuut betrokken zijn, des te sterker de symbolische kracht van hun "vernietiging". Door zich van het "kwaadaardig voorwerp" te ontdoen, verzekert de gemeenschap zich er ook van dat het gebeurde zich niet zal herhalen.

1.3. Vermogenssancties als alternatief voor lichamelijke wraak

GERMAANS RECHT- Belgische rechtsgeleerden beginnen hun kort overzicht van de geschiedenis van het strafrecht doorgaans in de Germaanse tijd¹⁸⁹³. In Deel II

¹⁸⁹⁰ Aldus de beroemde Amerikaanse opperrechter Holmes, die zich in een van zijn arresten boog over de geschiedenis van de "forfeiture", Parker-Harris Co. v. Tate, 188 S.W. 54, 55 (Tenn.1916).

¹⁸⁹¹ In dezelfde zin: VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 385.

¹⁸⁹² Parker-Harris Co. v. Tate, 188 S.W. 54, 55 (Tenn.1916). Zoniet zou de dode niet in vrede kunnen rusten: PIANIN, I., *op.cit.*, 232.

¹⁸⁹³ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 5, VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 43; CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries nationales, 1965, T.II, 722; KELLENS, G., *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège 1991, 221; WIJFFELS, A., *Inkomensderving als geldstraf*, Antwerpen-Arnhem, Kluwer-Gouda Quint, 1983, 32-33. Wijffels onderstreept dat zij daarmee de uitgebreide aanwending van de geldstraf in het Middellandse-Zeegebied in de oudheid verwaarlozen. De keuze heeft echter als voordeel de actuele problemen, zoals de verhouding tussen dader, slachtoffer en overheid

hebben we verteld dat oorspronkelijk, zeker in de tijd van de Germaanse stammen, collectieve aansprakelijkheid het strafrecht (en zowat heel het maatschappelijk leven) kenmerkte. De meest primitieve, doch zoals aangestipt uitermate hardnekkige¹⁸⁹⁴, reactie op een conflict tussen personen van verschillende groepen waren de vete en de bloedwraak. Aangezien die praktijk vaak uit de hand loopt en conflicten eerder verscherpt dan oplost, ontstond de mogelijkheid voor de partij van de verantwoordelijke om de wraak af te kopen met weer- of zoengeld¹⁸⁹⁵. Dit primitief "strafrecht"¹⁸⁹⁶ was dus zowel collectief als schadevergoedend¹⁸⁹⁷. Zoals gezegd (*supra*, Deel IV, Hoofdstuk 1, 1.1.) stond het transactioneel karakter aanvankelijk centraal: in wezen ging het om een privaatrechtelijk akkoord als afhandeling van een privaat geschil. De evolutie bleek er een van ont-spiegeling, dat wil zeggen dat men afstand nam van het idee van de spiegelstraf (oog om oog, tand om tand)¹⁸⁹⁸, waarbij de dader (en de 'zijnen') werden getroffen in hetzelfde rechtsgoed als hetgeen hij beschadigd had. Weer-wraak maakte dus geleidelijk plaats voor "ver-geld-ing", waarbij "geld" slaat op de rekeneenheid : de "strafmaat" bestaat niet uit het zelfde lichaamsdeel of goed, maar uit de abstracte tegenwaarde ervan.

GEMENGDE SANCTIE- In Deel II vermeldden we hoe de vorst zich opwerkte van scheidsrechter tot aspirant-geweldmonopolist. Zo evolueerde het misdrijf van privaat conflict tot inbreuk op de – ontluikende - "openbare orde" (vrede), een belediging van het (goddelijk) gezag van de vorst. Een parallel evolutieproces koppelde het individu los van zijn clan of stam: er ontstond een rechtstreekse relatie tussen de individuele burger en de rechtsorde. Ook de sanctie evolueerde geleidelijk (*supra* Deel II). In een eerste fase kwam de overheid als beledigde partij naast het fysieke slachtoffer te staan, zodat bovenop de vergoeding van het slachtoffer ook een vergoeding aan de overheid werd opgelegd. Het weergeld ging voor twee derden naar het slachtoffer

bij vermogenssancties in de verf te zetten. (WIJFFELS, A., *op.cit.*, 56.) Over de geschiedenis van de geldboete in het Middellands Zee-bekken: VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 386 heeft het kort over de verbeurdverklaring bij de Romeinen.

¹⁸⁹⁴ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 4 met een voorbeeld van heroplevend vete-recht in hedendaags Albanië. In die zin zijn vele criminele organisaties eigenlijk heel "primitief en ouderwets".(*supra*, Deel II, Hoofdstuk 5)

¹⁸⁹⁵ Verschillende benamingen doen de ronde "Sühnegeld, compositio (vooral bekend via Tacitus verhalen over de oud-Germanen), Wehrgeld of Busse".(WIJFFELS, A., *op.cit.*, 32)

¹⁸⁹⁶ Misschien is het nog te vroeg om van strafrecht te spreken en is een benaming van de strekking "conflictbeslechtsrecht" meer op haar plaats.

¹⁸⁹⁷ Niet het inzicht van de dader, maar wel het gevolg van het misdrijf bepaalde de straf. (*Supra*, Deel II; VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 42) Het gaat dus om een objectief aansprakelijkheidsrecht, eerder dan om 'echt' strafrecht.

¹⁸⁹⁸ Die trouwens uit datzelfde Hoofdstuk 21 van het Boek Exodus van het Oude Testament komt.

en zijn verwanten (*faitha*-vetegeld) en voor één derde naar het stamhoofd (*frieda*-vredegeld)¹⁸⁹⁹. Een dergelijke vermogenssanctie combineerde dus schadevergoeding en straf¹⁹⁰⁰.

1.4. Van schadevergoeding tot zuivere 'straf'

PUBLIEKRECHTELIJK STRAFRECHT- Naarmate de overheid haar positie versterkte, ontstond de "zuivere" straf, die het misdrijf herleidt tot een conflict tussen "dader" en "overheid". We zien hier natuurlijk het ontstaan van het publiekrecht, afgescheiden van de "privaatrechtelijke" schaderegeling tussen dader en slachtoffer. Het verzoenende "vetegeld" verdween als straf¹⁹⁰¹, terwijl enkel nog het vredegeld verder bleef bestaan¹⁹⁰². Naast de financiële genoegdoening zag ook de publieke "bloedwraak" het licht, eigende de overheid zich met andere woorden het recht toe dood- en lijfstraffen te monopoliseren. De sanctie voor schending van de vrede was niet noodzakelijk geldelijk. Als "beledigde partij" had de vorst immers ruime discretie in de afhandeling van strafzaken. De strengheid van straffen was vaak omgekeerd evenredig aan de mate waarin de overheid haar gezag werkelijk had gevestigd (*supra*, Deel I)¹⁹⁰³. Daarnaast hadden de zwaarste straffen, zoals verbanning, brandmerking en de doodstraf, ook een sterk "maatschappijbeveiligend" karakter, dat wil zeggen dat zij het eigen rechtsgebied moesten "beschermen tegen" ongewenste figuren. Zij moesten de landbouwmaatschappij "zuiveren" van de plaag van bandieten, heksen of landlopers¹⁹⁰⁴, buitenstaanders die nooit deel van de maatschappij kunnen uitmaken (*supra*, Deel I).

¹⁸⁹⁹ KELLENS, G., *op.cit.*, 221; VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 42.

¹⁹⁰⁰ De meeste auteurs beschouwen dit als een embryonale vorm van de strafrechtelijke boete. (WIJFFELS, A., *op.cit.*, 32 en zijn verwijzingen in voetnoot 92) VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 5 situeert dit gebeuren in de Middeleeuwen, en stelt voorzichtig: "waarin men de voorloper van de geldboete en daarmee ook een eerste manifestatie van het publiekrechtelijk karakter van de straf zou kunnen zien") Zij benadrukt immers dat de zaak grotendeels een "privaatrechtelijk" geschil betreft en noemt de *frieda* (*fredus*) "een soort heffing". Aangezien het bedrag gekoppeld is aan de omvang van de schadevergoeding, kan men de "boete" ook beschouwen als een soort gerechtskosten, de prijs die het stamhoofd aanreket voor zijn tussenkomst die de orde, de vrede herstelt. Wie dat wil, kan er dus ook een eufemisme voor een belasting in lezen.

¹⁹⁰¹ En verandert in "schadevergoeding" (NEYMARK, E., "La peine d'amende. L'amende et sa place dans la politique criminelle contemporaine", *Rev.dr.pén.*1928, 938.)

¹⁹⁰² WIJFFELS, A., *op.cit.*, 33; VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 43; VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 386 schrijft dat doordat de verbeurde goederen in de staatskas komen, de verbeurdverklaring de voorloper wordt van de geldboete.

¹⁹⁰³ *Supra* Deel I, Hoofdstuk 1, 1.4.

¹⁹⁰⁴ Cfr. het mensbeeld van de positivisten: *infra* Hoofdstuk 2, 1.1.

FREQUENTIE- De vaak meer door bijgeloof en intimidatie dan door sadisme ingegeven wrede creativiteit bij het bedenken en uitvoeren van schand-, lijf- en doodstraffen weegt zwaar door in het beeld dat velen hebben van de straffen uit de middeleeuwen en het Ancien Régime. Ook in de historische bronnen, de geschreven stukken, weerklinkt natuurlijk vooral de echo van de zware misdrijven en straffen. Daardoor blijven de kleinere misdrijven, de bagatellen en de smokkelmisdrijven van de “gevestigde bevolking”, die vaak op informele, mondelinge procedures uitmondde, buiten beeld. Net dat type misdrijf handelde de overheid meestal af met louter financiële sancties: boetes en verbeurdverklaringen. Geschiedkundig onderzoek toont aan dat men niet alleen statistisch gezien minder wrede voorbeeldstraffen uitsprak dan men nu zou denken. Daarenboven viel vaak nog een “omzetting” te regelen, d.w.z. dat men de lijfstraffen omzette in geldstraffen¹⁹⁰⁵. Wijffels stelt vast dat in feite de geldboete de strafrechtsbedeling ruim bleek te beheersen¹⁹⁰⁶.

1.5. Wanpraktijken

RECHTER EN PARTIJ- Als begunstigde van boetes en verbeurdverklaringen kreeg de overheid, voor wie geldtekort historisch gezien eerder de regel was dan de uitzondering, voor het eerst een rechtstreeks financieel eigenbelang bij het straffen. Dat leidde al vlug tot allerlei misbruiken: het aanwenden van het strafrecht als bron voor overheidsfinanciering¹⁹⁰⁷. Zoals in de late middeleeuwen de geestelijke verlossing van zonden onttaarde in een gewetenloze “aflatenhandel” (en zo mee de reactie van de hervorming heeft uitgelokt), zo bedienden wereldse overheden zich vaak van het strafrecht, van geldboetes en nog meer van verbeurdverklaringen om zich met goederen en eigendommen te verrijken. De verbeurdverklaring van de aanzienlijke vermogens van religieuze minderheden¹⁹⁰⁸, van onderdanen van

¹⁹⁰⁵ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, op.cit. , 8-9, verwijzend naar BERENTS, D., “Galg en rad”, in DIEDERIKS, H. en ROODENBURG, W.(eds.), *Misdaad, zoen en straf. Aspecten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum, Verloren, 1991, 37-47.

¹⁹⁰⁶ WIJFFELS, A., op.cit. , 33.

¹⁹⁰⁷ BECCARIA, C., *Over misdaden en straffen* (vertaald en ingeleid door J.MICHIELS), Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1971 (oorspr.uitgave 1764), 466-468; VANDEPLAS, A., “De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen”, loc.cit., 386; over de misbruiken in Engeland die leiden tot de afschaffing door een wet in 1846 van de common law-praktijk van *deodand*: PIANIN, I., op.cit., 232.

¹⁹⁰⁸ Zoals de joden (als bankiers vaak belangrijke schuldeisers van een steeds op de rand van het bankroet opererende monarchie) en bekeerde moslims in Spanje of de protestanten respectievelijk katholieken in Centraal en Noord-Europa. De door Karel V uitgevaardigde edicten, die gedurende de hele Spaanse periode blijven voorbestaan, verdelen het vermogen van wie schuldig bevonden wordt aan ketterij tussen de fiscus en de aangever (PICARD, E.,

vijandige mogenheden of van politieke tegenstrevers groeide in de loop van het Ancien Régime uit tot een veel voorkomende wanpraktijk. Opnieuw staat de Inquisitie symbool voor de wanpraktijken. Die moest immers zichzelf onderhouden met het geld van de boetes en de verbeurdverklaringen¹⁹⁰⁹. Ook anonieme aangevers kregen een deel van het vermogen van de persoon die zij aangaven. De allergrootste wantoestanden volgden uit de allerswaarste vermogenssanctie, de algemene verbeurdverklaring¹⁹¹⁰. Die hield in dat de veroordeling wegens een misdrijf leidde tot het geheel verlies van alle goederen of rechten van de veroordeelde¹⁹¹¹. Vaak kwam de straf “bovenop” andere straffen. De veroordeelde zelf kreeg niet zelden de doodstraf¹⁹¹², zodat de achterblijvenden, al wie van de veroordeelde afhankelijk was, alles verloren. De familieleden, die gelet op de voortschrijdende idee van individualisering van het strafrecht als “onschuldig” moesten worden beschouwd, belandden desondanks in de landloperij. Dat allesbehalve benijdenswaardig lot (*supra*, Deel I) dreef hen bijna zeker ook naar de criminaliteit¹⁹¹³.

ONGELIJKHEID- Daarnaast konden door deze “fiscalisering” van het strafrecht de vermogenden straffen “afkopen”, terwijl de onvermogenden wel de wrede straffen over zich kregen. Alleen voor laatstgenoemden leverde een misdrijf echt een straf op, voor de rijken ging het gewoon om een extra kost, een belasting.

BESLUIT- In het preklassiek strafrecht nam het vermogensstrafrecht een centrale, zij het onderbelichte, plaats in. Het stuk vermogen dat de dader of zijn naasten moest opofferen, evolueerde van schadevergoeding over een gemengde sanctie (schadevergoeding-straf) naar een zuivere vermogensstraf naast de

“Confiscation”, in: PICARD, E. en d’HOFFSCHMIDT, N., *Pandectes Belges*, Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belge, Brussel, Larcier, 1887, tome 23, 908).

¹⁹⁰⁹ Zoals het in een anonieme memorie voor Keizer Karel V stond: “*recia cosa es que si no queman, no comen*”, d.w.z. dat het een hard feit was dat de inquisiteurs als ze niet verbranden (*quemar*), niet eten (*comen*). De volksmond smaalde dat de “goederen” de ketters waren waarop de jacht toegespitst was.

¹⁹¹⁰ Tegenstanders van de algemene verbeurdverklaring zoals Beccaria, maar ook Brissot of Marat betogen dat deze straf het verrijken van de fiscus als enige bestaansreden heeft. Zij verzetten zich tegen deze bestaansredenen omdat de staat geen eigenbelang mag hebben in de strafrechtspleging: “*si vous intéressez les chefs de l’état à la condamnation d’un coupable, il y aura rarement des innocents*”. (DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke ...*, *op.cit.*, 102.)

¹⁹¹¹ Meestal gaat het om de man, want kinderen en (getrouwde) vrouwen hebben amper rechten, zeker geen vermogensrechten: zij zijn immers burgerrechtelijk onbekwaam.

¹⁹¹² Of straffen die dicht in de buurt komen, zoals verbanning of dwangarbeid op de galeien.

¹⁹¹³ Dit is het belangrijkste argument van Beccaria tegen de algemene verbeurdverklaring. BECCARIA, C., *op.cit.*, 388.

schadevergoeding. Zij vormde in de praktijk de straf (rechtstreeks of via omzetting) voor de meeste misdrijven. Daarnaast fungeerden zware vermogenssancties als bijkomende straf bij de allerswaarste misdrijven. Het financieel eigenbelang van de overheid bij bestraffing leidde tot wanpraktijken. Zij misbruikte het strafrecht voor overheidsfinanciering. Enorme vermogensstraffen straffen onschuldigen evenveel of meer dan de dader persoonlijk. Tenslotte bevoordeelde het systeem de rijken: voor hen vormde de vermogenssanctie slechts een soort "belasting op hun criminaliteit".

§ 2. De vrijheidsstraf als modelstraf in het "klassiek strafrecht"

2.1. Inleiding

"VERLICHTING" VAN DE STRAFFEN- De gerechtelijke wanpraktijken in de zeventiende en achttiende eeuw zorgden dus voor een "Verlichte" reactie in het strafrecht. Vooral de willekeur, de onnodige wreedheid en ongelijkheid van de straffen stootten achttiende-eeuwse filosofen en hervormers tegen de borst¹⁹¹⁴. Zij beschouwden ze als barbaars, onwetenschappelijk - toen nog een lelijk woord - en buitensporig (onevenredig). Straffen zoals de doodstraf, de vermindering, de brandmerking of de verbanning, vertoonden bovendien een onherroepelijk karakter, zodat bij vergissing geen rechtzetting mogelijk was. Doch ook de "fiscalisering" veroorzaakte veel ongenoegen. De staat moest in het algemeen belang straffen en mocht daarom geen eigenbelang hebben bij bestraffing¹⁹¹⁵. Daarenboven strookte de praktijk die armen zwaarder bestrafte dan rijken niet met het gelijkheidsbeginsel. We weten dat grote beginselen van behoorlijke strafrechtspleging de hervormingen na de Franse revolutie en in de liberale staten van de negentiende eeuw bezielde. Eerder in dit proefschrift onderstreepten we al de intentie van de ontwerpers van ons Strafwetboek om deze beginselen zoveel mogelijk te vertalen in concrete wetten. De weerslag daarvan op de misdrijfomschrijving¹⁹¹⁶ en de procedure kwam in de vorige Delen al aan bod. Hier kijken we naar welke beginselen (of uitlopers ervan) van

¹⁹¹⁴ Beccaria, één van de boegbeelden -*maar niet echt de stuurman*-, geeft ongezouten kritiek op de straffen uit zijn tijd, het midden van de achttiende eeuw. Vooral foltering, lijfstraffen en algemene verbeurdverklaringen neemt hij onder vuur, omdat zij meer leed toebrengen "dan nodig is. VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 9. Vandaar dat sommige twintigste-eeuwse commentatoren Beccaria's analyse over straffen - met uitzondering van de doodstraf - beschouwen als totaal door de evolutie van de straffen en de strafuitvoering achterhaald. (POMPE, geciteerd door MICHIELS, J., in de inleiding op zijn vertaling van Beccaria's klassieker: *op.cit.*, 12.)

¹⁹¹⁵ *Supra*, voetnoot 1910.

¹⁹¹⁶ In de negentiende-eeuwse discussie legt men nog niet echt de nadruk op het onderscheid tussen het doel van het strafrecht en de misdrijfomschrijvingen enerzijds, en van de straf anderzijds.

bijzonder belang waren voor wat tegenwoordig wordt beschouwd als de klassieke visie op straffen.

HOMO ECONOMICUS- Uit Deel II hebben we onthouden dat de klassieke, negentiende- eeuwse liberale wetgever de redelijke man als mensbeeld voor ogen had. Daarin zat naast de van zijn (grond)rechten bewuste "*citoyen*" ook een "*bourgeois*". Die *homo economicus* weegt nauwkeurig de kosten en baten af, waarna hij vrij kiest of hij al dan niet tot het verboden gedrag zal overgaan¹⁹¹⁷. De strafwetten waren gemodelleerd op de natuurwetten, vanuit de idee dat van duidelijke wetten en de te verwachten straf een ontradend effect zou uitgaan¹⁹¹⁸. Daarom wilden de grondleggers van het nieuwe strafrecht, met economist Beccaria op kop, de zekerheid van de straf aan het misdrijf koppelen. Dat betekent geen straf zonder misdrijf, maar ook geen misdrijf zonder straf¹⁹¹⁹.

ONTRADING- Bij alle bedenkingen omtrent straffen moet men natuurlijk de grondvraag in het achterhoofd houden: waarom moet de staat mensen bewust leed bezorgen, wat beoogt hij met de straf? De vaders van onze wetgeving wilden twee doelstellingen verzoenen, maar vergelding (*quia peccatum* / omdat gezondigd) lijkt als reden voor de straf onder te hebben gelegen bij ontrading (*ne peccetur* / opdat niet gezondigd zou worden)¹⁹²⁰. In hun optiek was de straf dus een bewuste,

¹⁹¹⁷ *Supra*, Deel II, Hoofdstuk 1, 1.1.

¹⁹¹⁸ BECCARIA, C., *op.cit.*, 367: "*Om aan een bepaalde sanctie haar volle uitwerking te geven is het voldoende, dat het leed, dat de straf meebrengt, groter is dan het voordeel dat het plegen van het misdrijf oplevert*" Talloze voorbeelden kunnen illustreren dat onze wetgever het beeld van de rekenende huisvader voor ogen had. Zo weerspiegelt de wettelijke regeling van de herhaling (recidive) de bijna wiskundige redenering waarmee de wetgever zijn regels uitwerkt. Zo is voor wanbedrijf na wanbedrijf of wanbedrijf na misdaad strafverzwaring mogelijk voor het tweede misdrijf (art.56 Sw.). De reden was duidelijk: de straf die opgelegd was voor het eerste misdrijf had het bedoelde effect van (individuele, concrete) ontrading niet bereikt. Zij had te licht gewogen in de kosten-batenanalyse die de crimineel gemaakt had toen hij het al dan niet begaan van het tweede misdrijf rationeel overwogen had. Vandaar dat een extra-dosis leed na het tweede misdrijf misschien wel dat effect zou hebben. Dezelfde logica verklaart waarom bij een misdaad na een wanbedrijf er geen strafverzwaring wegens herhaling voorzien is. De reeds ondervonden straf voor het wanbedrijf was niet genoeg gebleken om ten aanzien van de misdaad ontradend te werken. Doch op de misdaad stond hoe dan ook een zwaardere straf: wanneer die opgelegd zal worden, betekent dat een extra dosis "kosten", die hopelijk wel het gewenste ontradend effect zou sorteren. Met andere woorden: het is voor de negentiende- eeuwse wetgever niet meer dan logisch dat een correctionele straf niet ontradend werkt voor een misdaad.

¹⁹¹⁹ Vandaar dat hij zich verzette tegen het gratierecht van de vorst (*loc.cit.*, 396-399) en problemen had met de beloning van spijtoptanten (*loc.cit.*, 362-364, *supra* Deel IV,) en de individualisering van de straf. Deze op papier vrij overtuigende gedachtengang ging ook schuil achter het in Deel IV vernoemde legaliteitsbeginsel bij strafvervolgning, dat wil zeggen het verbod voor het Openbaar Ministerie om uit opportuniteitsoverwegingen af te zien van strafvervolgning.

¹⁹²⁰ REMMELINK, *op.cit.*, 885-902.

afgemeten leedtoevoeging waaraan een zeker vergeldend karakter niet ontzegd kon worden, maar dat vooral de preventie (als afschrikking, ontraden) van misdrijven beoogde. Die sloeg in de eerste plaats op de individuele ontrading: de crimineel zou opnieuw op het “rechte pad” komen en zou niet opnieuw misdrijven plegen. In tweede instantie moest het openbaar karakter van strafprocedure en (sommige) straffen als ontradend voorbeeld dienen voor alle anderen die met het idee spelen te “kiezen voor criminaliteit”. Ook dat zou immers extra gewicht betekenen in het schaalte van de verwachte “kosten” bij elke kandidaat-crimineel. Toch mocht deze doelstelling niet uitmonden in de toepassing van vernederende straffen¹⁹²¹.

2.2.Beginselen van strafrechtspleging waarop de aanpak beweert te berusten
EENMAKING, VEREENVOUDIGING EN GELIJKHEID- De negentiende-eeuwse codificatie vormde een ideale gelegenheid om het straffenarsenaal één te maken en drastisch te vereenvoudigen. De wetgever herleidde de kleurrijke variëteit van straffen tot een gering aantal verschillende soorten straffen. Geheel in overeenstemming met de verwetenschappelijking van de wetgeving zorgde hij voor een verregaande *vereenvoudiging*, een soort standaardisering van de “beschadigbare” rechtsgoederen: vrijheid, vermogen en een aantal “burgerlijke” rechten¹⁹²². Straffen die de Verlichte wetgever als buitensporig of met de menselijke waardigheid onverenigbaar beschouwde, sneuvelden¹⁹²³. Het gelijkheidsbeginsel betekende dat de klassejustitie moest verdwijnen. De wetgever koppelde straffen niet langer aan de klasse waartoe de dader behoorde, maar enkel aan de aard van het misdrijf¹⁹²⁴. Het uniek daderconcept waarmee het Strafwetboek werkte (*supra* Deel II), maakte dat individualisering enkel kon op grond van schuld en schade. De Codex doekte allerlei uitzonderingsregimes, met hun eigen misdrijven en straffen, op. De wetgever wou - die intentie blijkt in art.100 Sw. - de algemene regels van Boek I ook zoveel mogelijk toe passen op wetgeving buiten het Wetboek. Teveel bijzonder

¹⁹²¹ Op dit punt sluit het liberale België nauwer aan bij de ideeën van Diderot (en de eerste revolutionaire wetten) dan die van Beccaria of de Code Napoléon.

¹⁹²² MATTHIJS, J., "Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons strafwetboek", *R.W.* 1976-77, 577-600 en 641-666 wijst erop dat "*ondanks de grote verscheidenheid van straffen opgesomd in artikel 7 van het Strafwetboek...al die straffen in feite herleid (worden) tot twee: de vrijheidsberoving en de geldboete*".

¹⁹²³ De Belgen nemen artikel 8 uit de Code Napoléon, met de “infamante penen” niet over. Daardoor bannen zij de "*kaek ofte pronkinge, de uytbanninge en de civieke onteeringe*" uit het straffenarsenaal (Art.8 Code Napoléon: "*Les peines infamantes sont: 1° le carcan; 2° le bannissement; 3° la dégradation civique*")

¹⁹²⁴ Het wetboek maakt wel een onderscheid tussen de gemeenrechtelijke en de politieke straffen, waarbij laatstgenoemden een minder streng regime krijgen.

recht voor bijzondere personen of situaties deed immers afbreuk aan de eenmakings-, vereenvoudigings en gelijkheidsidee¹⁹²⁵.

LEGALITEIT- Het legaliteitsbeginsel waarborgde burgers dat alleen een onafhankelijk rechter hen een op voorhand door de (nationale) wetgever voor dat misdrijf voorziene straf kan opleggen. Deze antifeodale basisregel moest de rechten van de *citoyen* beschermen tegen absolutistische aanvallen, zelfs al ging het om een Verlicht absolutisme¹⁹²⁶. De burger mocht geen andere of zwaardere straffen opgelegd krijgen, dan de uitdrukkelijk op voorhand door de wetgever voorziene.

EVENREDIGHEID- De evenredigheidvereiste sloeg vooral op de verhouding, bij de redactie van misdrijfomschrijvingen, tussen het beschermde rechtsgoed enerzijds en de zwaarte van de straf anderzijds¹⁹²⁷. Niet alleen humane bekommernissen, maar ook utilitaire overwegingen verzetten zich tegen te zware straffen (*supra* Deel II)¹⁹²⁸¹⁹²⁹. De oude straffen waren vaak een soort alles-of-niets-straffen, zodat geen fragmentering mogelijk was. Ze misten de flexibiliteit die nodig was om de juiste verhouding tussen misdrijf (rechtsgoederenbeschadiging door dader) en straf

¹⁹²⁵ Dat heeft nochtans de explosie van het bijzonder strafrecht niet kunnen tegenhouden (*infra*, hoofdstuk 2.) En dat in de loop der jaren méér en méér "bestraffend" optreden wegglipte naar administratieve sanctiecircuits (*Infra*, Hoofdstuk 2).

¹⁹²⁶ VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 60.

¹⁹²⁷ Of, wanneer de inbreuk zich effectief voorgedaan heeft, op de verhouding tussen het "onrecht" en de straf.

¹⁹²⁸ BECCARIA, C., *op.cit.*, 367: "Alle strengheid die deze grenzen overschrijdt [de te verwachten kosten zijn groter dan de baten, *infra -fv-*], is overbodig en daarom tirannie". Te wrede straffen zouden zelfs contraproductief zijn omdat de misdadiger meer risico zou lopen om zijn straf te ontlopen: *Ibidem*, 368. De guillotine, nu een van de meer macabere symbolen van de Franse revolutie voerde men in als een instrument om de uitvoering van de doodstraf te humaniseren. (DE PEUTER, J., "De leedtoevoeging...", *op.cit.*, 73). In vergelijking met de tot dan gehanteerde methoden gebeurt de onthoofding zo snel en feilloos dat de veroordeelde geen fysieke pijn lijdt. Wanneer men iemand het leven ontnemt, is elke bijkomende pijniging onevenredig en barbaars want niet nuttig. De guillotine symboliseert ook de gelijkheid, omdat vroeger edellieden bijvoorbeeld onthoofd werden en het plebs verhangen.

¹⁹²⁹ *Supra*, Deel II, Hoofdstuk 1, 1.2.. Een modern voorbeeld van contraproductieve zware straffen, vinden we in de Verenigde Staten. Daar waaide de mediagenieke baseball-analogie, "drie kansen, dan vlieg je eruit" over naar het strafbeleid. Een Californisch referendum leverde trouwens een grote steun van het publiek op voor het idee. Veroordeling voor een derde zwaar misdrijf levert dan levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid van vervroegde *vrijlating* op. Behalve de toename in het aantal gevangenen heeft dit als gevolg dat bij het derde misdrijf er geen ruimte meer is voor *plea-bargaining* (cfr. deel IV) en de verdachte niets meer te verliezen heeft bij het uitoefenen van zijn grondwettelijk recht op een voor de overheid uitermate belastend juryproces. Stilaan gaan stemmen op voor het terugdraaien van de wet. Zie voor het Californisch voorbeeld:

http://www.lao.ca.gov/ho101497_3_strikes_update.html;

<http://www.rand.org/publications/RB/RB4009/RB4009.word.html> ;

http://www.contracostatimes.com/special_reports/3strikes/stories/3xfacts19h_20000227.htm

; http://www.salon.com/news/feature/2000/05/09/three_strikes

(rechtsgoederenbeschadiging door overheid) af te meten. Voor een wetgever die de potentiële crimineel vooral zag als iemand die met een apothekersschaaltje *pro* en *contra* afweegt, was dat een fundamenteel bezwaar. Het "onrecht" vormde voor de strafrechtshervormers de maat voor de door de wetgever vastgelegde abstracte straf. Binnen de wettelijke grenzen moest de rechter dan een straf kiezen die in verhouding stond tot de schuld van de concrete dader aan het concrete misdrijf. De concrete omvang van *schade* en de *opbrengst* die het misdrijf mogelijkwerwijze genereerde, konden elementen zijn van de schuld en als dusdanig een weerslag hebben op de straftoemeting in de concrete zaak. De rechter kon er immers de sociale schade mee preciseren en daarenboven konden de baten van het misdrijf doorwegen in latere kosten-batenanalyses van de crimineel. Er bestond echter geen lineaire relatie tussen opbrengsten van het misdrijf en de strengheid van de straf: tal van andere factoren beïnvloeden de wijze waarop de rechter de verhouding tussen beide inschatte bij het "toemeten" van de straf .

SCHULDSTRAFRECHT- Naast de voorgaande beginselen (legaliteit en evenredigheid) noodzaakte de vereiste van persoonlijke schuld als grondslag van het klassiek strafrecht¹⁹³⁰ een "*persoonlijke straf*"¹⁹³¹. *Niemand anders* dan de persoonlijk schuldige mag gestraft worden, zoniet is de straf "illegaal", wordt ze aan "onschuldigen opgelegd" en kan zij bijgevolg nooit in verhouding staan tot hun schuld. Het voorbeeld van de algemene verbeurdverklaring toonde aan dat de preklassieke straffen vaak - zo niet in rechte, dan toch in feite - collectieve straffen waren. Die werden dus verboden. Aangezien de strafwetten bestemd waren voor de redelijke, de natuurlijke persoon, verdween de tot dan niet overal ongebruikelijke "strafbaarheid" van dieren of zaken helemaal. De wetgever, voor wie rationaliteit het hoogste goed was, verwierp procedures tegen "boosaardige" goederen of dieren als bijgeloof. Goederen of dieren kunnen niet in vrijheid handelen op basis van een rationele keuze. Moreel en strafrechtelijk zijn zij dan ook neutraal. Ook het straffen van fictieve personen (rechtspersonen) gold als onverzoenbaar met het beginsel van de persoonlijke schuld. De enige daders zijn menselijke personen, die op verschillende wijzen kunnen gestraft worden, onder meer door hun vermogen aan te

¹⁹³⁰ *Supra*, Deel II, Hoofdstuk 1, 1.4.

¹⁹³¹ Wet van 21 januari 1790 verklaart gelijkheid van alle burgers voor de wet en huldigt het beginsel van de persoonlijke straf (VANHOUDT, J. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 54) Strafwetboek van 22/7 –6/10 1791 bepaalt dat de straf geen gevolgen hebben kan t.o.v. de familie van de veroordeelde. De algemene verbeurdverklaring werd opgeheven (*Ibidem*, 55).

tasten¹⁹³². Dit beginsel van de *persoonlijke schuld* verplichtte de wetgever ook om (uitdrukkelijk of impliciet) aan te geven *welk verwijt, welke tekortkoming* van elk afzonderlijk individu nodig is voor de strafbaarheid (geen straf zonder schuld). Bij voorkeur geeft hij in de misdrijfomschrijving aan welke kennis- en wilsvereisten er in hoofde van de dader ten opzichte van de laakbare gedraging vereist zijn (schuldvorm). Precies omwille van het cruciale belang dat het strafrecht aan schuld hecht, draagt de vervolgende partij de last het bewijs van de verwijtbare gedraging te leveren. Dat onschuldvermoeden en de gevolgen ervan voor de verdeling van de bewijslast zijn in de vorige Delen al aan bod gekomen. Het onschuldvermoeden slaat op het *bewijs* van het *bestaan van misdrijf zelf*. Aan het bewijs van *elementen* die van belang (kunnen) zijn voor *straftoemeting*, nadat het misdrijf en de schuld van de dader zijn vastgesteld, besteedt de klassieke leer weinig of geen aandacht.

SUBSIDIARITEIT- Straffen, als bewuste leedtoevoeging, stonden te boek als de zwaarste middelen waarover de overheid beschikte om haar normen af te dwingen. Als dusdanig vormde volgens de klassieke dogma's de straf een laatste toevlucht, wanneer geen ander beleidsopties meer openstonden. Daarenboven mocht, wanneer een lichte straf hetzelfde of een vergelijkbaar resultaat kon opleveren, rechter noch wetgever kiezen voor een zwaardere.

2.3. Vrijheidsstraf centraal

NIET GEPROBLEMATISEERD- Het Belgisch Strafwetboek van 1867 behandelde de straffen uitermate summier. Na enige discussie behielden de architecten toch de doodstraf (art.8-11 Sw.) voor een aantal misdrijven, doch België paste haar in de praktijk niet meer toe¹⁹³³. Daarnaast stond er dwangarbeid (art.12 Sw.) op de zwaarste misdaden en opsluiting (art.13 Sw.) op de minder zware misdaden. Bij politieke misdrijven is de vrijheidsstraf hechtenis (art.16 Sw.). Voor wanbedrijven en overtredingen koos men voor gevangenisstraffen (art.25-29 Sw.). Voor de vaders

¹⁹³² Gewoonte en de symbolische kracht lijken de belangrijkste verklaring voor het desondanks handhaven van de wet op verbeurdverklaringen, want dogmatisch vormen zij een probleemcategorie, waarover men blijkbaar liever niet te veel nadenkt. VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 386, vn 7 stelt: "*niet zonder reden wordt de verbeurdverklaring als 'Schmerzenkind der Strafrechtliche Theorie' beschouwd*". Hoe dan ook zitten in de wetgeving talloze remmen op het ongebreideld gebruik van vermogenssancties.

¹⁹³³ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 339. De oorlogen en de naoorlogse periode vormen de uitzondering. Uiteindelijk werd ze pas afgeschaft door de wet van 10 juli 1996 tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen, B.S. 1 augustus 1996.

van het Strafwetboek bestond er weinig twijfel over: de vrijheidsstraf vormde de sanctie bij uitstek voor inbreuken op de strafwet¹⁹³⁴. De vrijheidsstraffen waren op dat moment niet langer "revolutionair", zij waren "normaal" geworden. Tijdgenoten-collega's als Ducpétiaux¹⁹³⁵ maakten indruk met hun visionaire ideeën over de uitvoering van de vrijheidsstraf die dan ook behoorlijk veel krediet kreeg¹⁹³⁶. De aparte wet die de concrete invulling van de vrijheidsstraffen had moeten regelen, bleef in de wetgevende pijplijn steken¹⁹³⁷.

BIJZONDER POLITIETOEZICHT- De artikelen 35-38 Sw. bevatten een bijzondere vrijheidsstraf, bijzonder politietoezicht genoemd. De rechter kon ten aanzien van bepaalde categorieën personen - daders van zware misdaden - deze maatregel opleggen, die de regering toeliet om de veroordeelde na het uitzitten van zijn gewone vrijheidsstraf te verbieden bepaalde plaatsen te bezoeken of er zich te vestigen. De naleving ervan was aan straffen gekoppeld¹⁹³⁸. De overheid wou figuren wier criminaliteit ze in verband bracht met het criminogeen milieu waaruit zij voortkwamen en waarnaar zij na hun straf dreigden terug te keren, bijzonder in het oog blijven houden. Deze "straf na de straf" verdween in 1930 en werd vervangen door de "bestraffende maatregel" terbeschikkingstelling van de regering (TBR, *infra* Hoofdstuk 2).

HERKENBAARHEID BEGINSELEN- Een aantal negatieve aspecten, die de vroegere straffen zoveel kritiek hadden bezorgd, ontbraken bij de vrijheidsstraf en meer bepaald bij de "werkstraf"¹⁹³⁹. Ze maakte geen onderscheid naargelang de klasse van de veroordeelde. Er bestond geen risico op fiscalisering, waarbij de

¹⁹³⁴ Voor ernstige misdrijven zou zij de "*peine unique*" zijn: JONCKERS, W. in zijn voorwoord bij WIJFFELS, A., *op.cit.*, V. De ontwerpers van het Belgisch Strafwetboek (vooral vanzelfsprekend Haus en Nypels) gaan daarbij nog verder dan die van de Code van Napoléon uit 1810. Zij schaffen straffen zoals de deportatie, de verbanning, de kaakstraf, de algemene verbeurdverklaring, het brandmerk en de ontterende straffen onverbiddelijk af.

¹⁹³⁵ Over de penitentiare hervormingen van deze opmerkelijke man: PETERS, T., "Edouard Ducpétiaux", in: FIJNAUT, C.(ed.), *Gestalten uit het verleden, op.cit.*, 38-43.

¹⁹³⁶ FRANKE, H., "Opkomst en neergang van de eenzame opsluiting; historisch-sociologische verklaringen en lange-termijn ontwikkelingen binnen het gevangeniswezen in de westerse wereld", in: FIJNAUT, C. en SPIERENBURG, P.(eds.), *Scherp toezicht: van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 167-189.

¹⁹³⁷ DUPONT, L., *Proeve...*, *op.cit.*, 115. Enkel een aantal deelaspecten worden bij wet geregeld.

¹⁹³⁸ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht, op.cit.*, 266..

¹⁹³⁹ Nochtans bleken zij vooral op het vlak van de grootste belangen van of bedreigingen voor de nieuwe machthebbers zonder al te veel scrupules kiezen voor de klassieke meedogenloze "instrumenten" van de vroegere despoten: uitzonderingsrechtbanken, vage misdrijfomschrijvingen, extreme straffen (doodstraf behouden, algemene verbeurdverklaring heringevoerd voor verraad e.d.)

machthebbers het strafrecht van zijn functie afwendden en degenereerden tot een verkapte belasting¹⁹⁴⁰. Ze had ook een minder onherroepelijk karakter dan de oude straffen en kon worden gefragmenteerd. Anderszijds leken de werk- en vrijheidsstraffen wel te voldoen aan de beginselen die de nieuwe strafrechtsvisie schraagden. De auteurs van het Strafwetboek zagen het strafrecht als rechtsgoederenbescherming door rechtsgoederenbeschadiging. De primitieve ideeën van spiegelstraffen waarbij de straf van de dader moest corresponderen met de schade die hij had aangedaan, schoven zij - voorzichtig - aan de kant. Het *legaliteitsbeginsel* kreeg vorm doordat de strafwet voor de maximumstraf een duidelijk meetbare en controleerbare duur vastlegde en doordat geen andere straffen meer mogelijk waren dan de wettelijk voorziene. Daarnaast waren vrijheidstraffen variabel in duur, zodat de rekenende wetgever - conform zijn beginselen - zonder al te veel problemen de straf op een misdrijf in *verhouding* kon stellen tot de ernst van het misdrijf van de berekende crimineel. Vrijheidsstraffen hadden weliswaar een weerslag op de personen die de veroordeelde omringden, doch eigenlijk kon men niet zeggen dat de staat ook hén straffe¹⁹⁴¹. Het ging om een zeer *persoonlijke straf*, de veroordeelde kon ze niet afwentelen op anderen. Aangezien ieder persoon, arm of rijk, maar één vrijheid heeft, beantwoordden vrijheidsstraffen ook goed aan het gelijkheidsbeginsel¹⁹⁴². Het wetboek kende enkel een apart regime voor politieke misdadigers, maar zelfs dat liep in de praktijk al vlug samen met dat van de plegers van gemeenrechtelijke misdrijven.

BEKERING- In de ogen van de negentiende- eeuwse beleidsmensen was de vrijheidsstraf geschikt om te voldoen aan wat in hun ogen de functie van de straf was. Zij geloofden dat die eerst en vooral resulteerde in individuele preventie. Enerzijds zou de veroordeelde door introspectie in eenzame opsluiting zijn

¹⁹⁴⁰ Door de prominentie van de vrijheidsstraf kregen de rijken het een stuk moeilijker om de straf af te kopen of af te wentelen op anderen. Natuurlijk kan men het gelijkheidsbeginsel als rechtvaardiging voor de tweedeklansrol van vermogensstraffen ook anders bekijken. Aangezien de personen die het meest kans liepen met het strafrecht in aanraking te komen nauwelijks of geen vermogen hadden, zou een vermogensstrafrecht ten aanzien van hen onvoldoende ontradend werken. Bob Dylan leerde de wereld dat *“als je niets hebt, je niets te verliezen hebt”*.

¹⁹⁴¹ Voor het eerst ging de staat zelf de gevangenen en ook de kost van het onderhoud van de gedetineerden financieren met belastingsgeld, waar vroeger die last op de familie rustte.

¹⁹⁴² Het openbaarheidsbeginsel speelde vooral in de procedure tot oplegging van de straf, minder bij de uitvoering. Nochtans stonden gevangenen met opvallende gebouwen in het centrum van de stad en is de belangrijkste straf dwangarbeid, die in beginsel ook buiten gesloten inrichtingen, dus in het openbaar, werd uitgevoerd.

“vergissingen” inzien en terugkeren naar het juiste gedrag¹⁹⁴³. Anderzijds had de uitvoering van vrijheidsstraffen natuurlijk ook de verwijdering van de veroordeelde uit de maatschappij tot gevolg. Gedurende de uitvoering van de vrijheidsstraf bleef die maatschappij alleszins van zijn misdrijven gevrijwaard. Een groot gedeelte van de publieke opinie beschouwde deze vorm van “bijzondere preventie” als een belangrijke functie van de vrijheidsstraf. Later, bij positivisten en pleitbezorgers van het sociaal verweer, kreeg dit aspect nog meer prominentie¹⁹⁴⁴.

ONTRADING- Naast de bijzondere preventie ten aanzien van de veroordeelde zouden de vrijheidsstraffen ook een algemeen preventief effect moeten hebben¹⁹⁴⁵. Vrijheidsstraffen waren zware straffen, het perspectief van opsluiting en totaal verlies van controle over het eigen bestaan, moest vele twijfelaars van criminaliteit doen afzien. De staat herinnerde hen daaraan door de strafuitvoering onder te brengen in opvallende, bijna symbolische gebouwen in het centrum van de steden. Daarenboven moest, eerder nog dan de gevangenisstraf, de dwangarbeid de belangrijkste straf worden. De uitvoering daarvan zou vaak buiten de instellingen gebeuren, vooral bij grote openbare werken zoals de aanleg van wegen en spoorwegen, het graven van kanalen en tunnels of de bouw van militaire vestingen. Daarmee zou de overheid de nodige zichtbaarheid en dus de nodige ontradende kracht aan de opgelegde straffen geven.

BESLUIT- De architecten van ons Strafwetboek hebben bewust het straffenarsenaal vereenvoudigd. Ze schaften verouderde straffen af en plaatsten de vrijheidsstraf centraal in hun systeem. Het ging om een vanzelfsprekendheid. Deze straf gold als redelijk en modern en had het voordeel dat de beginselen waarop de strafrechtshervorming beweerde te steunen, er gemakkelijk in konden worden vertaald. Bovendien leek ze als straf de meest geschikte om het doel van de bestraffing te bereiken: individuele preventie door in eenzame opsluiting verworven zelfkennis en algemene preventie door het ontradend effect dat ervan zou uitgaan op kandidaat-criminelen.

¹⁹⁴³ BOUCHAT-DUPONT, M., " Ducpétiaux ou le rêve cellulaire", *Déviance et Société* 1988, 1-27;

De idee dat het ging om een boetedoening voor de begane zonden (*penitentie*) die bevrijdend werkte, blijkt uit de voor de uitvoering van vrijheidsstraffen gehanteerde benaming "penitentair". (over Ducpétiaux' visie terzake: VANHOUDT, J. en CALEWAERT, W., *op.cit.*, 936.) Ook het woord "*amende*" voor geldboete wijst op het "verbeterende" van de straf.

¹⁹⁴⁴ *Infra*, Hoofdstuk 2.

¹⁹⁴⁵ ANCEL, M., "Le problème de la peine de prison", *Rev.dr.pén.* 1976-77, 821-829, waarin ook de negatieve kanten van de vrijheidsstraffen aan bod komen.

2.4. Strafonderzoek is onderzoek naar dader(s) of bewijs van het misdrijf

GERICHT OP BEWIJS MISDRIJF- De procedure is gericht op het bewijs van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de verdachte voor het misdrijf. Zoals gezegd¹⁹⁴⁶ ging het klassiek over reactief optreden waarbij uiteindelijk de zaak openlijk op de zitting werd afgehandeld, eventueel na een geheim onderzoek waarbij echter de overheidsambtenaren hun hoedanigheid niet verborgen. Als de overheid de vermogensrechtelijke positie van mensen al onderzocht, dan deed zij dat met het oog op dat bewijs. Wanneer iemand van diefstallen verdacht werd, dan kon een aankoop die buiten verhouding stond tot zijn inkomsten of een bij hem aangetroffen hoeveelheid baar geld een aanwijzing tegen hem vormen. Uiteindelijk besliste een gerechtelijke instantie over schuld van de vervolgte persoon aan het misdrijf en meteen ook over de straftoemeting. Zij kon die beslissingen niet van mekaar loskoppelen. Zo zij uit het dossier, uit getuigenissen of pleidooien informatie kreeg over de vermogensrechtelijke positie van de persoon die zij veroordeelde, kon zij daar eventueel rekening mee houden bij de straftoemeting. Het minvermogen kon bijvoorbeeld een verzachtende omstandigheid opleveren voor iemand die een klein vermogensvergreep had gepleegd.

2.5. Samenvatting

VRIJHEIDSSTRAF- De straffen in het Strafwetboek vormden een alternatief voor de als barbaars, buitensporig, willekeurig en onwetenschappelijk verworpen straffen van het Ancien Régime. In het denken van onze strafwetgever over bestraffing staat de vrijheidsstraf centraal¹⁹⁴⁷. Daarin lieten de grote beginselen waarop het klassieke strafrecht beweerde te steunen zich immers vrij gemakkelijk vertalen. Ze leek hen ook het meest geschikt om het preventief effect dat ze met bestraffing beoogden, te bereiken. De vermogenssancties kwamen daardoor slechts op een tweede plaats, zonder dat er al te veel over nagedacht werd.¹⁹⁴⁸

¹⁹⁴⁶ *Supra*, Deel III.

¹⁹⁴⁷ JONCKERS, W. in zijn voorwoord bij WIJFFELS, A., *op.cit.*, V.

¹⁹⁴⁸ Toch zien wij dat een aantal "oude" praktijken of "primitieve" rechtsfiguren na hun revolutionaire defenestratie, via de achterdeuren van de bijkomende straffen en van het bijzonder strafrecht onverbiddelijk weer binnensluipen.

§3. Vermogensstraffen als bijkomstig

3.1. Vermogensstraf in het Sw.

ALGEMEEN- Vanwege het geloof van de vaders van het Strafwetboek in de vrijheidsstraf kregen de vermogensstraffen, die weliswaar gehandhaafd bleven, slechts een tweederangsrol toebedeeld. Het wetboek vermeldde enkel de geldboete en de verbeurdverklaring als vermogensstraffen. Ten opzichte van de vrijheidsstraf golden geldboetes als een bijkomstige of vervangende sanctie (vooral voor wanbedrijven en overtredingen). Ook de mogelijkheden tot verbeurdverklaring waren beperkt (*infra* 4.3). In een reactie op de misbruiken tijdens het Ancien Régime verbood art. 12 van de Belgische Grondwet van 1831 uitdrukkelijk de “*confiscation des biens*” door de staat¹⁹⁴⁹. De verbeurdverklaring van specifieke, met een misdrijf verbonden, voorwerpen belandde wel in het strafwetboek als bijkomende straf.

3.2. De geldboete

ZWIJGZAME WETGEVER- De geldboete is een van de twee mogelijke hoofdstraffen in ons systeem van straffen. Zij was daarenboven traditioneel de belangrijkste bijkomende straf naast de vrijheidsstraf die werd opgelegd aan de veroordeelde. Zoals voor de vrijheidsstraffen gaf het Strafwetboek zelf heel weinig uitleg. Art.38 Sw. zei enkel dat de geldboete minstens één en hoogstens vijftientig frank bedroeg voor overtredingen, “*sauf les cas exceptés par loi*”. Vervolgens gaf ze aan dat geldboete voor een misdaad of wanbedrijf minstens zesentwintig frank bedroeg. Het artikel eindigde met de mededeling dat “*les amendes sont perçues au profit de l'état.*” Dat was voor criminele en correctionele geldboetes reeds het geval onder de vroegere wetgeving. Politiegeldboetes daarentegen moesten worden betaald aan de gemeente waar de overtreding was begaan. Nypels en Servais wezen erop dat de regel dat de staat de opbrengst kreeg enkel gold voor geldboetes wegens misdrijven uit het Sw., niet voor misdrijven uit het bijzonder strafrecht, waar de wet in kwestie

¹⁹⁴⁹ Art.12: “ *De straf van verbeurdverklaring der goederen kan niet worden ingevoerd.*” In Frankrijk had de Code Napoléon (artt.7 en 37) de in 1791 afgeschafte algemene verbeurdverklaring opnieuw ingevoerd. De negatieve weerslag op derden werd, gelet op het beginsel van de persoonlijke straf, zoveel mogelijk beperkt. Art.38 voorzag daartoe in de verplichting van de staat om alle wettige schulden tot maximum de waarde van het geconfisceerde te voldoen, evenals het toekennen aan de reservataire descendenten van de helft van hun reserve. Ook de alimentatieverplichtingen bleven op het verbeurdverklaarde rusten. Vervolgens voorzag art.39 in de mogelijkheid voor “den Kyzer” om de verbeurde goederen te “disponeëren in faveur” van verwanten van de veroordeelde.(Code Napoléon, *op.cit.* , 14-17.)

een andere bestemming kon vastleggen. Zij baseerden zich daarvoor op Cassatierechtspraak¹⁹⁵⁰, op art. 100 Sw. en op de voorbereidende werken.

AARD- Over de aard van de geldboete zweeg de wetgever dus. Volgens rechtsleer en rechtspraak ging het over een rechtstreeks opeisbare betalingsverplichting van de veroordeelde ten voordele van de Belgische staat van een precies bedrag in Belgische frank¹⁹⁵¹. Die verplichting ontstond bij het in kracht van gewijsde gaan van de veroordeling en had, burgerrechtelijk gesproken, de aard van een gewone, persoonlijke schuld¹⁹⁵². De geldboete was een nieuwe plicht, die weliswaar een oorzaak heeft in het verleden (het misdrijf), maar eigenlijk slaat op de toekomst (de periode na de veroordeling), meer bepaald op het moment van de vrijwillige of gedwongen betaling.

STRIKT PERSOONLIJK- Art.39 Sw. verwoordde het zo belangrijke beginsel van de persoonlijke straf: "*L'amende est prononcé individuellement contre chacun des condamnés à raison d'une même infraction*". Met het gebruik van "*individuellement*" beëindigde de Belgische wetgever een controverse die Franse rechtsgeleerden met persoonlijke stellingnames hadden veroorzaakt. Zij meenden dat er twee uitzonderingen waren op de regel dat de rechter de geldboete moest opleggen aan elk van de mededaders of medeplichtigen van hetzelfde feit. In het licht van wat volgt, waren het belangrijke gevallen. De eerste uitzondering zou slaan op de gevallen waarin de wetgever de geldboete afgemeten, gekoppeld had aan de hoeveelheid veroorzaakte schade. De tweede uitzondering bestond volgens hen wanneer de daders van het misdrijf "*forment, réunis entre eux, une société collective, un être moral*"¹⁹⁵³. Volgens Nypels en Servais¹⁹⁵⁴ was de zaak duidelijk: "*le législateur belge n'admet pas ces exceptions: il ne veut que la règle.*" Dus ook

¹⁹⁵⁰ Cass. 5 januari 1874, *Pas.* 1974, I, 49.

¹⁹⁵¹ Verwijzend naar art.38 Sw. VAN DEN WYNGAERT, C., *op.cit.*, 346: "*de geldboete is een patrimoniale straf die bestaat uit de inning van een geldsom ten behoeve van de staat*"; DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, *op.cit.*, 229, "*een geldboete is een vermogensstraf die bestaat in de verplichting om een bepaalde geldsom te betalen ten bate van de Staat*"; KELLENS, G., *op.cit.*, 221 verwijst voor dezelfde definitie naar een handboek van CONSTANT; vgl. MANZANARES, *op.cit.*, 19: "*la pena de multa es una pena patrimonial, pecuniaria y obligacional*"

¹⁹⁵² Zie echter voor een aantal verschillen, die eigen zijn aan het strafrechtelijk karakter van deze schuld: *infra* 4.5.

¹⁹⁵³ CHAUVEAU en HELIE, *Théorie du code pénal*, 301

¹⁹⁵⁴ NYPELS en SERVAIS, *op.cit.*, 83.

wanneer de boete in verhouding stond tot de schade¹⁹⁵⁵ of wanneer de daders samen een rechtspersoon of (criminele) vereniging vormden. De rechtsleer las artikel 39 Sw. als een loutere toepassing van de algemene regel van de persoonlijke straf op de geldboete. Waarschijnlijk achtte de wetgever het niet nodig om deze regel uitdrukkelijk te voorzien voor de doodstraf, dwangarbeid, opsluiting of de andere straffen zoals afzetting of ontzetting, omdat hij dat als een vanzelfsprekendheid beschouwde.

MOEILIJKE UITZONDERING- Buiten het strafwetboek, in het zogenaamde bijzonder strafrecht, sprong de wetgever wegens het beperkte toepassingsgebied, wegens de noden van de heel specifieke situatie of wegens de in theorie minder zware straffen, vaak minder streng om met de beperkingen van de overheidsmacht. Vandaar dat in het bijzonder strafrecht "bijzondere" geldboeten opdoken. De zo verdoemde fiscalisering van straffen had daar, ten gevolge van de realpolitiek van de "tollenaars", de revolutionaire storm zonder al te veel problemen overleefd. De sancties op inbreuken tegen de belastingswetten, zoals smokkelmisdrijven, waren vaak van financiële aard. De staat verkoos boter bij de binnengesmokkelde vis. De systematische toepassing van strafrecht en strafprocedure was te omslachtig en zou de staat veel geld kosten i.p.v. opbrengen¹⁹⁵⁶. Vandaar de keuze voor een alternatieve afhandeling: een boete die in verhouding stond tot de ontdoken belasting, dat wil zeggen dat ze minstens even groot was, maar meestal een veelvoud van dat bedrag bedroeg. Wijffels schrijft hoe dikwijls werd geredetwist over de aard van de fiscale geldboete¹⁹⁵⁷. Nypels en Servais besloten hun commentaar bij art.38 met de vaststelling "*si, en principe, l'amende a le caractère d'une peine, en matière fiscale, spécialement en matière de douane, elle est à la fois une peine et une réparation civile*"¹⁹⁵⁸. Anders dan de strikt te individualiseren gewone geldboetes worden "*fiscale geldboeten van vergoedende aard solidair uitgesproken tegen alle daders, mededaders of medeplichtigen en zelfs tegen degenen die enigszins belang hebben en betrokken zijn bij eenzelfde fiscaal misdrijf*"¹⁹⁵⁹

¹⁹⁵⁵ Daarmee wijst de wetgever dus een al te strenge, laat staan een lineaire, koppeling van de geldboete aan de opbrengst van het misdrijf als maat van de individuele schuld onmiskenbaar af (*supra*, 2.2.).

¹⁹⁵⁶ De strafrechtsbedeling zou voor talrijke fiscale overtredingen ondoelmatig zijn: WIJFFELS, A., *op.cit.*, 16.

¹⁹⁵⁷ WIJFFELS, A., *op.cit.*, 17.

¹⁹⁵⁸ Cfr. *infra*, voetnoot 1984.

¹⁹⁵⁹ WIJFFELS, A., *op.cit.*, 21.

TWEEDERANGSROL¹⁹⁶⁰. Uit talloze elementen blijkt de tweederangsrol van de geldboete in het strafrechtelijk systeem. Voor ernstige misdrijven moest de rechter verplicht een vrijheidsstraf opleggen. Bij hetzelfde type van misdrijf (twee misdaden, twee wanbedrijven, twee overtredingen) was van de twee hoofdstraffen, vrijheidsstraf en geldboete, de vrijheidsstraf (hoe kort ook) steeds zwaarder dan de geldboete (hoe hoog het bedrag ook)¹⁹⁶¹. Als straf was de geldboete onderworpen aan de regels van de samenloop (art.65 Sw.). Dit betekende dat slechts een beperkte cumul mogelijk was. Met andere woorden: de zware vrijheidsstraf (zonder of met een kleine geldboete) kon door de regels van de samenloop een zeer zware geldboete van een samenlopend misdrijf neutraliseren. De suprematie van de vrijheidsstraf in het denken over bestraffing bleek tenslotte ook uit het feit dat de ultieme sanctie voor het niet-betalen van de geldboete de "vervangende gevangenisstraf" was¹⁹⁶².

3.3.De verbeurdverklaring¹⁹⁶³

GEEN ALGEMENE- Zoals gezegd verbood art [12] Belgische Grondwet¹⁹⁶⁴ uitdrukkelijk de "*confiscation des biens*" door de staat¹⁹⁶⁵. Niettemin aanvaardden

¹⁹⁶⁰ Voor toelichting zie WIJFFELS, A., *op.cit.*, 34

¹⁹⁶¹ Cass. 23 september 1946, *Arr.Cass.* 19946, 248, Cass. 31 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 133 met noot; Cass. 3 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 119; DUPONT, L., *Beginnelen van strafrecht, op.cit.*, 57.

¹⁹⁶² DUPONT, L., *Proeve...*, *op.cit.*, 124.

¹⁹⁶³ DE GEEST, A., *Verbeurdverklaring*, Brussel, Larcier, 1971, 75 p.; DE GEEST, A., "Verbeurdverklaring", *R.W.* 1969-70, 97; VAN MUYLEM, E., "(Bijzondere) Verbeurdverklaring", *Comm. Sr.Sv.*, (1995), 25 p.

¹⁹⁶⁴ 17 gecoördineerde G.W.

¹⁹⁶⁵ Behalve de bezwaren die Verlichte hervormers al sinds Beccaria's tijd tegen deze straf aanvoeren, heeft misschien ook het feit dat de vaders van het nieuwe Belgische vaderland eigenlijk rebellen en opstandelingen zijn ten aanzien van de volgens het Congres van Wenen legitieme Nederlandse overheid, doorgewogen bij de invoering van het grondwettelijk verbod. De nieuwe Belgische liberale staat maakte onder unionistische regeringen reeds vrij vlug komaf met intern oproer en buitenlandse aanspraken. De revolutionaire orkaan die in 1848 door Europa raasde, leverde in België hooguit een stevige bries op. Daardoor kon het jonge land zich enige sympathie en meegaandheid ten aanzien van politieke misdrijven veroorloven. Een revolutionair verleden van de wetgever kan nochtans ook net het tegenovergestelde effect hebben. Niet zelden zal na een geslaagde revolutie de nieuwe elite naar prerevolutionaire middelen grijpen om zichzelf te handhaven ten aanzien van nieuwe of contrarevolutionairen. Frankrijk kan als voorbeeld dienen. Terwijl de eerste revolutionaire golf daar radicaal komaf had gemaakt met de algemene verbeurdverklaring, maakte zij weinig later een onmiskenbare come-back, en wel vooral bij misdrijven als rebellie, verraad, samenzwering tegen het staatshoofd e.d. Sommige auteurs geloven dat de bijzonder zware bestraffing van verraad, die men in zowat alle landen aantreft, ironisch genoeg te maken had met een soort heimelijke sympathie die de wetgever koesterde ten aanzien van dit type misdadigers. Zeker in een periode waarin de cultus van de romantische held-opstandeling bloeide, kon de gevestigde orde wel begrip opbrengen voor diens motieven. Uit zelfbehoud kon zij echter de handelingen van de rebellen niet dulden. De redenering bij de wetgever was dat dit geïdealiseerde type van misdadigers de middelmaat van de gewone *homo economicus* oversteeg. Zoals de helden van de staat lieten deze anti-helden zich evenmin afschrikken door de vrees hun leven te verliezen. Dat offerden zij graag op voor hun idealen.

wetgever, rechtspraak en rechtsleer dat dit verbod enkel sloeg op de algemene verbeurdverklaring van het hele vermogen (fortuin) van een burger, de socio-economische doodstraf. De verbeurdverklaring van bepaalde, gespecificeerde goederen als een strafrechtelijke sanctie of als een beschermingsmaatregel ontsnapt aan dit verbod. "*Confiscation des biens*" was immers iets anders dan "*confiscation de biens*".

VOORWERP¹⁹⁶⁶- Bijgevolg is in het Belgisch Strafwetboek de *bijzondere* verbeurdverklaring van specifieke zaken blijven bestaan, zij het zonder al te veel dogmatische onderbouw¹⁹⁶⁷. Het Strafwetboek voorzag in de eerste plaats een verplichte verbeurdverklaring van het "voorwerp" van het misdrijf (art.42, 1° Sw.), dat wil zeggen de goederen die letterlijk onderworpen waren aan het crimineel gedrag. Klassieke voorbeelden waren de beschadigde roerende goederen, het gestolen goed¹⁹⁶⁸, de in brand gestoken boot¹⁹⁶⁹. Het gaat om de meest zeldzame variant.

Hun "nobeles inborst" maakte evenwel dat zij zich des te meer bekommerden om onschuldigen en dan vooral om hun eigen vrouwen, kinderen en andere familieleden. De algemene verbeurdverklaring trof zoals gezegd vooral de familie van de veroordeelde. Hen de vernedering, zwarte armoede en een opgejaagd landloversbestaan besparen, zou vele nobele kandidaat-rebellen wel afschrikken. (Op vergelijkbare wijze dynamiteerde het Israëliëse leger op het einde van de twintigste eeuw de huizen van de familie van de - per definitie niet meer persoonlijk strafbare - daders van zelfmoordaanslagen als represaille.) Toch bevatte ook de *Code Napoléon* bijzondere bepalingen in de die de "collaterale schade" voor de achterblijvende verwanten tracht te minimaliseren (DE PEUTER, J., "De leedtoevoeging...", *op.cit.*, 76.). Vanwege het grondwettelijke verbod werd het Franse Strafwetboek bij overname in België van de door dergelijke ideeën geïnspireerde algemene verbeurdverklaring ontdaan. Anders dan in sommige misdrijfomschrijvingen (*supra* Deel II), hield de Belgische wetgever bij de straffen de voeten stevig op de pedalen en liet hij zich niet meeslepen door een haat-liefde verhouding tegenover rebellen.

¹⁹⁶⁶ VAN MUYLEM, E., *op.cit.*, 7.

¹⁹⁶⁷ *Supra*, voetnoot 1932.

¹⁹⁶⁸ Cfr. nochtans een heel recent arrest van het Hof van Cassatie over het voorwerp van bedrieglijk bankbreuk: "*Het materieel bestanddeel van het misdrijf bedrieglijk onvermogen is, enerzijds, het bewerken door een beklagde van zijn onvermogen, anderzijds, het niet voldoen aan de op hem rustende verplichtingen. Het voorwerp van dit misdrijf is de uit de vermelde bedrieglijke handelingen of onthoudingen voortvloeiende toestand van onvermogen en niet de vernielde, weggemaakte of verborgen goederen of voorwerpen, die de strafrechter mitsdien niet vermocht, krachtens art. 42, 1 en 43, eerste lid van het Strafwetboek verbeurd te verklaren.*" (Cass. 11 april 2000, niet gepubliceerd, rolnummer P980680N) Ook Cass. 9 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 596 lijkt te breken met deze klassieke interpretatie van het voorwerp van het misdrijf: "Overwegende dat artikel 42, 1° Strafwetboek onder "*zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken*" bedoelt het voorwerp waarop het misdrijf materieel werd gepleegd, niet het voorwerp dat de dader door het misdrijf bedrieglijk heeft ontvreemd, verkregen, verduisterd of geheeld; Overwegende dat uit de door de appèlrechters bewezen verklaarde telastleggingen, inzonderheid B.II, blijkt dat zij eiser alleen schuldig achten aan verduistering van "een autovoertuig Mercedes 500 SL", ten nadele van de schuldeisers van de failliete boedel van Bingo Box BVBA; Dat de appèlrechters beslissen: "verklaart verbeurd als eigendom van eiser zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken de op 19.01.1993 in beslag genomen Mercedes 500 SL"; Dat de appèlrechters de beslissing niet naar recht verantwoorden. Dat het middel gegrond is."

Verbeurdverklaring van het voorwerp van het misdrijf is immers enkel mogelijk (en dan meteen ook verplicht) voor goederen die eigendom zijn van de veroordeelde persoon. Het gaat daarenboven enkel om roerende goederen¹⁹⁷⁰, want volgens Haus en Nypels komt de verbeurdverklaring van onroerende goederen neer op een soort algemene verbeurdverklaring, verboden door de Grondwet¹⁹⁷¹. Nu was bij vele misdrijven, zeker bij de zwaardere, het voorwerp net een persoon of een onroerend goed¹⁹⁷².

MIDDELEN¹⁹⁷³- Dezelfde beperkingen golden voor de middelen (bestemd om) gebruikt (te worden) voor het plegen van het misdrijf, die ook vatbaar waren voor verbeurdverklaring (42, 1° Sw.). Daarmee bedoelde de wetgever de valse sleutels of het inbrekersmateriaal van de dief, de drukpersen van de valsemunter, de wapens waarmee de moord gepleegd werd, enzovoort. Voorwerpen verbonden met handelingen van na de voltooiing van het misdrijf of verbonden aan voorbereidingshandelingen mochten niet verbeurdverklaard worden. Zo kan het karretje waarmee dieven het gestolen goed hebben weggevoerd ná de diefstal nog steeds niet verbeurd verklaard worden. Dat kan daarentegen wel als het karretje eigendom is van iemand die niet bij de diefstal betrokken was, maar die het karretje gebruikte om de buit te verstoppem¹⁹⁷⁴. Al van in het begin rezen talloze moeilijkheden met die eigendomsvereiste. Rechtspraak en doctrine zijn er mee blijven worstelen¹⁹⁷⁵.

PRODUCTEN¹⁹⁷⁶- Tenslotte moest de strafrechter ook de “*zaken die uit het misdrijf voortkomen*” verbeurdverklaren. Met deze, in de rechtsleer doorgaans “producten” genoemde zaken, bedoelde de wetgever enkel de goederen die letterlijk door het misdrijf zelf waren geschapen (nagemaakte bankbiljetten of illegaal gestookte

¹⁹⁶⁹ NYPELS, J., *op.cit.*, n°5, 70.

¹⁹⁷⁰ Het staat niet expliciet in de wet, maar kan afgeleid worden uit art.253 dat beveelt “*remettre les choses confisqués aux hospices et aux bureaux de bienfaisance*”. Volgens de auteurs wijst het gebruik van dat werkwoord er impliciet op dat het alleen over roerende goederen kan gaan. HAUS, J., *Principes généraux de droit pénal*, t.II., n°780, 64; NYPELS, J., *op.cit.*, n°1, 74, n°8, 783.

¹⁹⁷¹ “*Elle serait une sorte de confiscation de biens, interdite par la Constitution*”, aldus PICARD, E., *op.cit.*, 911. Verbeurdverklaring van onroerend kon daarom alleen voor specifieke, uitzonderlijke misdrijven.

¹⁹⁷² NYPELS, J., *Code pénal interprété*, tome 1ier, n°5, 70.

¹⁹⁷³ VAN MUYLEM, E., *op.cit.*, 7-9.

¹⁹⁷⁴ Dit is hetzij het bijzondere geval van medeplichtigheid na de feiten (*supra* Deel II) (HAUS, J., *op.cit.*, tome II, n°790, 74), hetzij heling (*infra*).

¹⁹⁷⁵ “Confiscation”, in PICARD, E., *op.cit.*, 915-924.

¹⁹⁷⁶ VAN MUYLEM, E., *op.cit.*, 9-10.

alcoholproducten¹⁹⁷⁷) (art.42, 2° Sw.). Het uitzonderlijke was dat de eigendomsvereiste hier niet van toepassing was, zelfs al was geen verbeurdverklaring als “beveiligingsmaatregel” nodig¹⁹⁷⁸. Dat betekent dat producten van het misdrijf moesten worden verbeurdverklaard, hoewel de eigenaar niet de dader was, noch van het misdrijf dat het goed had voortgebracht, noch van enig ander misdrijf.

BEPERKING¹⁹⁷⁹- Behalve de zonet vermelde eigendomsvereiste stonden er nog meer belangrijke beperkingen op de toepassing van de verbeurdverklaring. Zo mocht de rechter haar enkel bij als misdaad of wanbedrijf omschreven feiten uitspreken¹⁹⁸⁰. Ze gold als buitensporig voor overtredingen, maar weer niet voor wegens verzachtende omstandigheden gecontraventionaliseerde wanbedrijven¹⁹⁸¹. Art. 85 Sw. liet de rechter bij aanwezigheid van verzachtende omstandigheden immers toe de gevangenisstraffen en geldboetes te verminderen, maar zweeg over de verbeurdverklaring. Een andere belangrijke beperking was dat de verbeurdverklaring niet kon worden uitgesproken voor onopzettelijke misdrijven. Constante rechtspraak en rechtsleer leidden dat af uit het gebruik in de wet van “gediend tot” en “bestemd tot” het plegen van het misdrijf. Enkel wanneer de wetgever ze uitdrukkelijk voorzag, kon de verbeurdverklaring ook voor onopzettelijke misdrijven en/of voor overtredingen worden uitgesproken¹⁹⁸². Specifieke misdrijven in het bijzonder gedeelte van het Strafwetboek of in bijzondere strafwetgeving buiten het Strafwetboek bevatten vaak hun eigen mogelijkheden tot verbeurdverklaring. Het douanerecht was daar een opmerkelijk voorbeeld van.

AARD- Een door de strafrechter uitgesproken verbeurdverklaring had als resultaat dat het voorwerp ervan staatseigendom werd¹⁹⁸³. Bij de geldboete ontstond op de dag van de uitspraak een plicht (voor de toekomst), bij de verbeurdverklaring daarentegen was er op het moment van de uitspraak een gedwongen verlies (verval) van een recht uit het verleden. Het belangrijkste praktische voordeel – vergeleken met de geldboetes - zou het *in rem* karakter zijn. Dat wil zeggen dat de straf aan een

¹⁹⁷⁷ HAUS, J., *op.cit.*, tome II, n°783, 67 en noot 13.

¹⁹⁷⁸ “Confiscation”, in PICARD, E., *op.cit.*, 926; HAUS, J., *op.cit.*, tome II, n°788, 72.

¹⁹⁷⁹ VAN MUYLEM, E., *op.cit.*, 14-20.

¹⁹⁸⁰ Bij overtredingen kan zij uitzonderlijk uitgesproken worden, wanneer dat expliciet door de wet voorzien is (PICARD, E., *op.cit.*, 928)

¹⁹⁸¹ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 241, voetnoot 33.

¹⁹⁸² Bijvoorbeeld 552, 1° Sw., 553, 1° Sw. en 561, 4° S w. en Cass.11 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 693; Cass. 18 december 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, 556.

¹⁹⁸³ VAN MUYLEM, E., *op.cit.*, 2.

zaak is gebonden, hoewel de rechter haar als straf oplegt aan een persoon. Dit maakte dat, zoals gezegd, verzachtende omstandigheden normaal niet toepasbaar waren op verbeurdverklaringen en dat de rechter de verbeurdverklaring niet kon omzetten in een geldboete of "waardenconfiscatie"¹⁹⁸⁴. Nog als gevolg van het "zakelijk" (*in rem*) karakter verklaarde de rechter het goed als dusdanig, in zijn geheel, verbeurd. Van een verhouding tot de schuld van dader kon geen sprake zijn¹⁹⁸⁵. Op de vaststelling van de schuld volgde een alles-of-niets: de hele zaak¹⁹⁸⁶ of niets. Fragmentering was niet mogelijk.

BIJKOMEND- Normalerweise was de verbeurdverklaring een *bijkomende* straf. Dit betekende dat de rechter haar slechts kon opleggen wanneer hij een hoofdstraf - hetzij een gevangenisstraf, hetzij een geldboete - oplegde. Volgens de Belgische rechtspraak vond de verbeurdverklaring, de eigendomsoverdracht, plaats op het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde ging. Inbezitneming, bijvoorbeeld door het leggen van beslag op de goederen, was daarvoor niet nodig¹⁹⁸⁷. Artikel 64 Sw. gaf aan dat het om een buitenbeentje onder de straffen ging: "*de straffen van bijzondere verbeurdverklaring wegens verscheidene misdaden, wanbedrijven of overtredingen, altijd samen [worden opgelegd].*" Vanwege haar *in rem* karakter viel ze dus buiten de normale regels van de samenloop: de rechter legde alle verbeurdverklaringen die bij elk van de afzonderlijke samenlopende misdrijven horen gezamenlijk op¹⁹⁸⁸.

3.4. Geen vermogensstraf: of toch een beetje?

SANCTIE, GEEN STRAF- Al is de straf net wat heel het strafrecht zo bijzonder maakt, dogmatici en rechters hebben het moeilijk haar precies te omschrijven, dat wil

¹⁹⁸⁴ HAUS, J., *op.cit.*, tome II, n°784, 68; NYPELS en SERVAIS, *op.cit.*, 98; PICARD, E., *op.cit.*, 928. Enkel als de wet het uitdrukkelijk voorzag was de omzetting in een waardenconfiscatie (geldboete) mogelijk. Dat was bijvoorbeeld het geval bij een onroerend goed dat inzet geweest is van een loterij. Volgens NYPELS zou dat slechts de regel bevestigen dat onroerende goederen niet kunnen worden verbeurdverklaard (PICARD, E., *op.cit.*, 928). Bij inbreuken op de octrooiwet kon het echter wel en ook in zaken van douane- en accijnzen kon verzocht worden dat de verbeurdverklaring zou omgezet worden in een betalingsverplichting van een bedrag van het dubbele tot het tienvoudige van het ontdoken bedrag. Ze mocht echter niet het twaalfde van de totale waarde van de goederen te boven gaan (PICARD, E., *op.cit.*, 928).

¹⁹⁸⁵ "*Du caractère de peine de la confiscation on doit tirer cette autre règle: que le juge ne peut ni supprimer, ni modifier la confiscation*" (PICARD, E., *op.cit.*, 928).

¹⁹⁸⁶ Of, bij mede-eigendom, het hele aandeel. Er ontstaat een onverdeeldeheid (PICARD, E., *op.cit.*, 915- 916)

¹⁹⁸⁷ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, *op.cit.*, 241.

zeggen om haar af te zonderen van andere sancties of maatregelen die geen straf zijn. Een straf is de wegens een verwijtbare (schuld) schending van een wettelijke norm (misdrijf genoemd) eenzijdig door de staat (namelijk een rechter) opgelegde opzettelijke leedtoevoeging¹⁹⁸⁹. Het is ondertussen wel bekend dat hier drie tautologieën in verscholen zitten¹⁹⁹⁰. Ten eerste noemt men de schending van een wettelijke norm nu juist misdrijf wanneer de wet een straf aan de gedraging koppelt. Ten tweede vereist men rechterlijke tussenkomst juist wanneer het om een straf voor een misdrijf gaat. Ten derde koppelt men de schuldvereiste juist aan de straf, dat wil zeggen omdat er een straf aan gekoppeld is, moet er sprake zijn van schuld (verwijtbaarheid).

VERMOGEN- Het vermogen is het geheel van in geld waardeerbare rechten en plichten die een persoon heeft. Dat betekent dat een vermogensstraf een straf is die "leed toevoegt" door eenzijdig en opzettelijk zijn vermogen aan te tasten. Vandaar dat het opleggen van een bijkomende in geld waardeerbare plicht (zoals de geldboete) en het ontnemen van een in geld waardeerbaar recht (zoals de verbeurdverklaring) vermogensstraffen zijn.

PROBLEEM- Het probleem is dat de staat talloze in geld waardeerbare plichten eenzijdig oplegt en in geld waardeerbare rechten afneemt. Talloze andere "sancties" of "maatregelen" waarmee de staat zonder compensatie het vermogen aantast (tuchtsancties, accijnzen en andere belastingen, herstel in vorige toestand, opvorderingen, ...), zijn van de straffen onderscheiden en aan een verschillend regime onderworpen. Op papier valt dat onderscheid meestal wel mee, doch in de praktijk blijkt het vaak heel moeilijk¹⁹⁹¹. Wie sancties oplegt, rangschikt ze immers meestal al op basis van hun *finaliteit*: wat willen wij ermee bereiken? Wie de sanctie opgelegd krijgt, kijkt daarentegen meestal naar het *effect* dat ze heeft. Sancties met dezelfde finaliteit kunnen een zeer verschillend effect hebben¹⁹⁹², sancties met een

¹⁹⁸⁸ PICARD, E., *op.cit.*, 947. Het betekende ook dat bijvoorbeeld geen sprake kan zijn van verdubbeling in het geval van herhaling, zelfs niet in die uitzonderlijke gevallen waarin de verbeurdverklaring vervangen kon worden door een geldboete (*Ibidem*, 948).

¹⁹⁸⁹ DE PEUTER, J., "De leedtoevoeging...", *op.cit.*, 70, in dit stuk laat deze - eminente maar blijkbaar door een cynische bui geplaagde - magistraat zich helaas verleiden tot een ietwat pamflettaire aanklacht tegen wat hij "de naïeve permissieve maatschappij" noemt, die tot "ongebreidelde uitbreiding van de criminaliteit" zou leiden (*Ibidem*, 88).

¹⁹⁹⁰ DUPONT, L., *Beginnelen van strafrecht*, *op.cit.*, 3; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 141 en 332 e.v. gebruikt tautologieën als strafrechtelijk misdrijf en strafrechtelijke straf.

¹⁹⁹¹ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 334.

¹⁹⁹² Bijvoorbeeld een vrijheidsstraf en een vermogensstraf.

verschillende finaliteit kunnen een zelfde effect hebben¹⁹⁹³. Het gevolg daarvan is een heleboel moeilijk te catalogeren mengvormen en aan de straf verwante sancties. Zij zijn echter géén straffen naar Belgisch recht¹⁹⁹⁴.

TERUGGAVE¹⁹⁹⁵- Van de auteurs van het Strafwetboek moest de rechter de teruggave bevelen van goederen die de dader door het misdrijf had bekomen. Art.44 Sw. vermeldde de teruggave in "*Hoofdstuk 3: Andere veroordelingen die wegens misdaden, wanbedrijven en overtredingen kunnen worden uitgesproken*", dat op de hoofdstukken over respectievelijk misdrijven en straffen volgde. Het artikel zei enkel dat "*de veroordeling tot de bij de wet gestelde straffen altijd [wordt] uitgesproken, onverminderd de teruggave en de schadevergoeding die aan partijen mochten zijn verschuldigd*". Daarmee maakte de wetgever duidelijk dat de teruggave géén straf was, maar een maatregel van burgerlijke aard. Daarenboven kon men art. 44 Sw. lezen als een verbod om rekening te houden met de teruggave en de schadevergoeding bij het uitspreken van de wettelijke straffen, dus ook bij de geldboete en de verplichte verbeurdverklaring¹⁹⁹⁶. Daarmee bevestigde het artikel de vermelde scheiding (op grond van finaliteit) tussen de publiekrechtelijke straf en de privaatrechtelijke vergoeding. De wetgever noemde de teruggave wel, maar lichtte haar niet toe. Eigenlijk kon teruggave enkel wanneer de goederen zich in de macht van het strafgerecht bevonden in verband met de rechtszaak, dat wil zeggen dat de gerechtelijke overheden de zaken in beslag hadden genomen of dat de houder ze vrijwillig aan hen had overgemaakt. Eens het goed was omgezet en dus verdwenen uit het vermogen van de veroordeelde, kon teruggave niet meer en moest het slachtoffer zo nodig terugvallen op schadevergoeding. Ondanks haar "burgerrechtelijk karakter" behoorde de teruggave volgens het Hof van Cassatie¹⁹⁹⁷ tot de publieke vordering; een burgerlijke partijstelling was niet nodig. De rechter moest haar ambtshalve uitspreken¹⁹⁹⁸. Volgens Dupont rekende de rechtspraak de teruggave tot de openbare orde, zodat ze verplicht is, "*aangezien de teruggave in de*

¹⁹⁹³ Bijvoorbeeld een straf en een beveiligingsmaatregel of een boete en een belasting.

¹⁹⁹⁴ Het EHRM hanteert andere criteria, (*infra*)

¹⁹⁹⁵ VANDEPLAS, A., "Teruggave", *Comm.Strafr.*, 21 p.

¹⁹⁹⁶ Cfr. het in 1990 ingevoerde 43bis Sw (*infra*, Hoofdstuk 4, §2.)

¹⁹⁹⁷ Cass.26 april 1989, *Rev.dr.pén.* 1989, 875, concl.Adv.Gen.Liekendael.

¹⁹⁹⁸ Cass. 24 oktober 1966, *Pas.* 1996, I, 260-261;Cass., 26 november 1906, *Pas.* 1907, I, 53 en 11 oktober 1943, *Pas.*, 1943, I, 387 . Cfr. Cass., 27 maart 1961 , *Pas.* 1961, I, 823.

*ruime zin ertoe strekt de door het misdrijf gecreëerde toestand ongedaan te maken*¹⁹⁹⁹.

SCHADEVERGOEDING- Wanneer herstel *in natura* door teruggave niet langer mogelijk was om de gevolgen van het misdrijf weg te werken, bleef enkel schadevergoeding over: de veroordeling tot betaling van een bedrag dat evenwaardig was aan de schade. Historisch gezien waren schadevergoeding en straf uitermate nauw vervlochten (*supra* §1). België legde altijd de nadruk op het belang van de vergoeding van het slachtoffer. Vandaar dat het slachtoffer gebruik kon maken van de strafprocedure en kon genieten van de eraan verbonden voordelen. Desondanks vormde het vermijden van persoonlijke wraak en private vergelding een van de basisdoelstellingen van ons negentiende-eeuws strafrechtssysteem. Ook in artikel 45 Sw. benadrukte de wetgever daarom de scheiding tussen schadevergoeding enerzijds (wat in wezen privaatrecht is) en leedtoevoeging anderzijds (publiekrechtelijke straf). Het hele bedrag van de schadevergoeding kwam toe aan het slachtoffer dat er vrij over kon beschikken. De strafrechter moest zich niet bemoeien met de besteding van het door de veroordeelde te betalen bedrag; dit was zijn zaak niet. De schadevergoeding kon slechts op vordering van het slachtoffer: anders dan de teruggave was zij niet van openbare orde.

BEVEILIGINGSMAATREGELEN- In uitzonderlijke gevallen (bij goederen die de overheid niet kan tolereren in de legale handel zoals drugs, bommen, gevaarlijke dieren, illegale wapens, vals geld of vervalste documenten,...) kon de verbeurdverklaring een beveiligingsmaatregel zijn, dus geen straf²⁰⁰⁰. Het verschil met de gewone verbeurdverklaring lag dus in het doel van de maatregel, niet bestraffing, maar beveiliging. Daarom kon, als en slechts als een wet dat

¹⁹⁹⁹ DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht, op.cit.*, 382. Cfr. Cass., 23 maart 1982, A.R. nr. 6904 (*Arr.Cass.* 1981-82, nr. 443); Cass. 17 oktober 1984, *Pas.* 1985, I, 244-250; TROUSSE, P., " Principes généraux du droit positif belge ", *Novelles, Droit pénal*, I, 1, nr. 1570; TROUSSE, P., noot onder Luik, 24 nov. 1948, *Rev.dr.pén.* 1948-1949, blz. 412 e.v. en vooral p. 420; POUPART, J., " Du caractère mixte de certaines décisions prononcées par les juridictions répressives ", *Rev.dr.pén.* 1952-1953, 523 e.v., vooral 537 en 538.

²⁰⁰⁰ Onder invloed van de rechtsleer werd de verbeurdverklaring als veiligheidsmaatregel gehanteerd: gevaarlijke of schadelijke voorwerpen moeten aan het maatschappelijk verkeer onttrokken worden, zelfs ingeval van vrijspraak van de beklaagde of zelfs als de dader onbekend is gebleven. (VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 387)

uitdrukkelijk voorzag²⁰⁰¹, de rechter haar opleggen onafhankelijk van de uitkomst van de strafprocedure en ging het om een “echte” *in rem* maatregel.

GERECHTSKOSTEN- De Belgische strafrechter die een straf of een strafrechtelijke maatregel oplegde, moest meteen ook veroordelen tot betaling van de gerechtskosten aan de staat. Daaronder vielen weliswaar niet de algemene kosten voor de werking van het gerecht, zoals de lonen van magistraten, maar wel de bijzondere kosten zoals de dagvaardingskosten en de erelonen van de deskundigen, evenals een aantal kosten ten gevolge van de inzet van rechtsmiddelen zoals hoger beroep of voorziening in cassatie. Wanneer hij een veroordeling op burgerlijk gebied uitsprak, kwamen daar ook een aantal kosten van de burgerlijke partij bij en konden ook personen die burgerrechtelijk aansprakelijk zijn voor het gedrag van de veroordeelde worden gedwongen tot betaling van gerechtskosten. “*Wanneer de goederen van de veroordeelde ontoereikend zijn om de veroordelingen tot geldboete, teruggave en schadevergoeding te dekken,*” was de volgorde: eerst teruggave, dan gerechtskosten, dan pas de geldboete (art.49 Sw.). De verbeurdverklaring werd niet vermeld²⁰⁰². In de negentiende-eeuwse realiteit namen (behalve bij assisenzaken) de gerechtskosten weliswaar geen reusachtige proporties aan. De procedures waren meestal een lokaal gebeuren, dat snel verliep, met een nogal summier vooronderzoek, meestal zonder uitgebreide en dure deskundigenonderzoeken. Niettemin bleef het een bittere pil voor de talrijke havelozen die er in ons land in de negentiende eeuw nog waren.

HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID- Volgens artikel 50 Sw. waren de personen die wegens hetzelfde misdrijf werden veroordeeld, hoofdelijk gehouden tot teruggave en schadevergoeding. Tot de kosten waren zij slechts hoofdelijk gehouden wanneer zij in hetzelfde vonnis of arrest veroordeeld werden. Wanneer dat gebeurde in verschillende rechterlijke beslissingen, gold de hoofdelijkheid alleen voor daden van vervolging die hen gemeen waren. De rechter kon en kan steeds vrijstelling verlenen van hoofdelijkheid. Hij moet dan wel de individuele aandelen in de kosten bepalen. Enerzijds kan men hierin een uitzondering lezen op het individualisme in het strafrecht, anderzijds kan men er net zo goed een bevestiging van dit principe in zien: de hoofdelijkheid is immers naar de burgerrechtelijke sfeer “verbannen”.

²⁰⁰¹ VANHOUDT, C. en CALLEWAERT, W., *op.cit.*, 986-988. Ze sommen ook een aantal voorbeelden van dergelijke wetten op.

²⁰⁰² Waarschijnlijk gaat zij voor op de drie andere betalingsverplichtingen, omdat de eigendomsoverdracht “automatisch” gebeurt door het in kracht treden van de veroordeling.

BELASTINGEN- Ook een belasting is een door de staat eenzijdig opgelegde betalingsverplichting en heeft als dusdanig - net zoals een vermogensstraf - een negatieve weerslag op het vermogen van de burger. Er zijn nog andere gelijkenissen. Zoals het strafrecht op zoek gaat naar een misdrijf, heeft het fiscaal recht een belastbaar feit nodig. Hoewel een groot deel van het belastingsrecht zich op goederen concentreert, zijn het uiteindelijk personen (de invoerder, verkoper, eigenaar e.d.) die het geld moeten ophoesten. Net als de straffen zijn de belastingsaanslagen aan regels en procedures onderworpen, die de burger tegen willekeur en machtsmisbruik door de overheid moeten beschermen. Hoewel het doel in principe verschillend is, leidt het vergelijkbaar effect van een belasting tot "instrumentalisering" ervan: fiscaal "beleid" moet het gedrag beïnvloeden. Op schadelijke producten heft de overheid accijnzen of ecotaksen, in de hoop - zo klinkt het althans uit de mond van de "verkopers" - dat het gebruik zal dalen en betere alternatieven aangeboord worden. Net als van de straf verwacht de overheid van sommige belastingen een "ontradend effect". Natuurlijk zijn er belangrijke verschillen tussen strafrecht en fiscaal recht. Het verbod op retroactieve heffingen vormt geen dogma in het fiscaal recht en de bewijslast die op de taxerende overheid ligt, is merkkelijk lichter dan die van het parket. Ongeveer halverwege tussen beide disciplines ligt het moeilijke terrein van het "fiscaal strafrecht", bron van vele uitzonderingen op het klassieke "beginselvaste" gemeenrechtelijk strafrecht.

NIET-STRAFRECHTELIJKE BOETES- In de negentiende eeuw bestonden er al niet-strafrechtelijke boetes, vooral dan in de fiscale sfeer, en ze zijn nooit verdwenen. Het ten onrechte niet betalen van de belasting leidde immers tot vermogenssancties: belastingverhogingen. Het was niet altijd duidelijk of het om een rechtzetting, een vergoeding van de schade of kosten van de staat ging, dan wel om een straf²⁰⁰³. Zelfs in dat laatste geval ging het om een uitzondering die het rechtsstelsel wegens haar marginaal karakter kon dulden. Slechts een klein percentage van de bevolking was in die periode belastingplichtig. De meeste mensen betaalden slechts indirecte

²⁰⁰³ Het is dat eigenlijk nog steeds niet: cfr. voor een gematigde polemiek terzake, die vooral op de toepasselijkheid van art.6 E.V.R.M. toespitst: HUYBRECHTS, L., "Het fiscaal strafrecht en de jurisprudentie van het Hof van Cassatie", in: *Recht zonder omwegen, fiscale opstellen aangeboden aan prof.dr. J.J.Couturier ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Brussel, Larcier, 1999; VERSTRAETEN, R., "Actualia van fiscaal strafrecht", op.cit. , 233-237 en vooral DERUYCK, F., "De fiscaal-administratieve sancties in het licht van artikel 6 EVRM", in ROZIE, M.(ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, op.cit., 23-41; "Over fiscale geldboeten inzake B.T.W. en artikel 6, lid 1 van het E.V.R.M.", *Not. Fisc.M.*1992, 252-256; "Nogmaals over de fiscale boeten inzake B.T.W.", *Not. Fisc.M.*1998, 80-81.

belastingen of helemaal geen. De uitzondering was de internationale handel: daar stonden zware belastingen en nog zwaardere (vermogens)sancties voor smokkelaars centraal in het overheidsbeleid²⁰⁰⁴. In dat kleine wereldje van insiders, waaronder veel buitenlanders, kreeg pragmatisme absolute voorrang op dogmatische logica of rechtsbescherming²⁰⁰⁵.

3.5. Geldboete en verbeurdverklaring zijn straffen: gevolgen

STRAF- Het Strafwetboek zelf liet er weinig twijfel over bestaan. Het plaatste de geldboete en de verbeurdverklaring in Hoofdstuk 2: "Straffen". De straftoemeting kwam ná het leveren van het bewijs van het misdrijf. Het Strafwetboek bevatte wel een gecompliceerd systeem van regels dat de rechter moest volgen bij de straftoemeting (herhaling, poging, samenloop, ...). Zoals gezegd (*supra*, 2.4.) voorzag het Wetboek van Strafvordering echter niets over onderzoeks- of bewijsregels die niet gingen over de bestanddelen van het misdrijf²⁰⁰⁶ en de toerekening aan de verdachte, maar over elementen van straftoemeting²⁰⁰⁷. Vaak waren die gegevens gemakkelijk objectief vast te stellen, bijvoorbeeld de leeftijd van de dader of zijn Belgisch strafrechtelijk verleden. Wanneer de rechter echter rekening mocht of moest houden met de omvang van de "buit" of de "vermogenssituatie" van de schuldig bevonden verdachte, liep dat helemaal niet van een leien dakje. Het lijkt erop dat men, wegens de bijkomstigheid van vermogensstraffen in het denkwerk over bestraffing, nauwelijks stilstond bij het "bewijs" van de vermogenssituatie. Indien dergelijke gegevens beschikbaar waren dankzij het onderzoek naar het misdrijf zelf en dus in het dossier zaten, viel het wel mee. In het andere geval rees de vraag wie het onderzoek moest voeren, wat hij daarbij mocht doen en of de gewone bewijsregels speelden. Vooral het onschuldvermoeden, voor zover het slaat op de omvang en de herkomst van het

²⁰⁰⁴ Cfr. over deze "*amendes mixtes*" (bestraffend/herstellend) de noot van eerste advocaat-generaal LECLERCQ onder Cass. 26 januari 1926, *Pas.* 1925, I, 117. Dat het thema actueel is dan ooit blijkt uit: Cass. 21 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr.474

²⁰⁰⁵ Zoals gezegd (*supra*, Deel II) bestond er in die tijd relatief ook weinig bestuursrecht, zodat de afdwinging daarvan geen onoverkomelijke last op de schouders van het strafrechtsbestel legde.

²⁰⁰⁶ Voor de meeste misdrijven die voor de crimineel winstgevend zijn, is de opbrengst geen constitutief bestanddeel dat bewezen moet worden. De waarde van het gestolen goed heeft geen belang voor de strafbaarheid van diefstal, valsemunterij is strafbaar ongeacht de "waarde" van de valse biljetten of muntstukken, de strafrechter moet de prijs van de smokkelwaar niet vaststellen.

²⁰⁰⁷ Waar het door de verdachte ontvangen bedrag wel beslissend kan zijn, zoals bij andere fiscale misdrijven, blijkt duidelijk dat deze vaststelling dikwijls een heksentoer is. Daarom zal de wetgever voor het "niet-aangeven van inkomsten" of het "geven van valse verklaringen" kiezen als misdrijfomschrijving. Daarmee volstaat het te bewijzen dat de verdachte sommige bedragen niet heeft aangegeven, bewijs van de precieze hoeveelheid is niet nodig.

vermogen, was daarbij een gevoelig punt. Aangezien de wetgever er blijkbaar niet over had nagedacht, zag het ernaar uit dat de gewone regels van het onderzoek en bewijs golden.

ALLEEN SCHULDIGEN- Straffen konden alleen worden opgelegd bij veroordeling van een menselijke persoon voor een misdrijf. Dat betekende onder meer dat in ons schuldstrafrecht de rechter geen (vermogens)straf kon opleggen aan niet-toerekeningsvatbaren²⁰⁰⁸. Ook bij een onbekend gebleven of overleden dader konden straffen niet. Het persoonlijk karakter van straffen maakte dat de veroordelende rechter ze noch kon opleggen aan erfgenamen van de overleden veroordeelde of verdachte, noch aan - met de veroordeelde verbonden - rechtspersonen.

TOEPASSING EN VERJARING- Het legaliteitsbeginsel belette daarenboven de retro-actieve toepassing van (zwaardere) straffen. Het strafkarakter van de geldboete maakte dat geen intresten waren verschuldigd voor de periode waarin betaling uitbleef en het verbod compensatie met mogelijke vorderingen van de veroordeelde op de staat. De regels voor de verjaring van straf golden onverkort, zowel voor geldboetes als voor verbeurdverklaringen (art.94 Sw.). Hoewel de verbeurdverklaring door het in kracht van gewijsde treden van de veroordeling *ipso facto* de eigendomsoverdracht tot gevolg had zodat ze logischerwijze niet meer kon verjaren²⁰⁰⁹, begon niettemin de verjaring van straf toch te lopen²⁰¹⁰. Tenzij er binnen die termijn inbezitneming gebeurde, speelde de staat bij afloop van de verjaringstermijn het eigendomsrecht op zijn beurt kwijt²⁰¹¹. Wat de precieze eigendomssituatie was in de tijd tussen verbeurdverklaring en inbezitname door de overheid en bij wie het risico lag, was niet echt duidelijk²⁰¹².

²⁰⁰⁸ Later, in de twintigste eeuw, zouden de kinderen daar bijkomen (*infra*, Hoofdstuk 2).

²⁰⁰⁹ Over de niet-verjaring van straffen bij een verbeurdverklaarde schuldvordering op geïndividualiseerde bankrekeningen: Cass. 11 januari 1990 (Delcroix), *Arr.Cass.* 1989-90, 625; *J.T.* 1990, 641-642.

²⁰¹⁰ PICARD, E., *op.cit.*, 955: "*La confiscation opère une transmission de propriété et elle est une peine; à ce double point de vue elle est irrévocable, en principe. Mais nous allons voir que les effets en soient nécessairement perpétuels*". Waarna over de verjaring: "*(Les confiscations) seront donc prescrites lorsque, dans les délais déterminés par le code, la saisie réelle des choses don't la confiscation a été prononcée n'a pas été effectuée*". (*Ibidem*, 958).

²⁰¹¹ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht, op.cit.*, 362.

²⁰¹² Legaliseerde het verstrijken van de termijn van verjaring van straf retroactief alle rechtshandelingen gesteld gedurende die termijn? Of stak het misdrijf "heling" stokken in de wielen van de verjaring (*infra*, § 5)?

GENADE- Als straffen waren geldboetes en verbeurdverklaringen ook vatbaar voor genade²⁰¹³. Zoals bij de verjaring past opnieuw de vraag of, nu de verbeurdverklaring van rechtswege effect heeft (en dus al uitgevoerd is), ze achteraf nog door genade teniet kon gaan. De regering kon alleszins met het genaderecht wel wat de strafrechter soms niet kon (*supra*, Deel IV), zoals het omzetten van vrijheidsstraffen in geldboetes of het gewoonweg kwijtschelden van straffen.

BEWIJSLAST- Dat de geldboete en de verbeurdverklaring straffen waren, betekende dat hun oplegging afhankelijk was van de uitslag van de strafprocedure, waarin de bewijslast op de schouders van het Openbaar Ministerie rustte. De Belgische wetgever zei weinig over de regels van de bewijsvoering²⁰¹⁴ en dan nog dacht hij vooral aan het bewijs van het bestaan van het misdrijf en van de schuld van de verdachte eraan (*supra*). Alleszins moest de rechter de bijkomende straffen vastleggen tegelijkertijd met de uitspraak over de strafvordering. Hij kon niet wachten tot hij over de nodige gegevens beschikte om zich later uit te spreken over de verbeurdverklaring²⁰¹⁵ of de geldboete²⁰¹⁶.

UITVOERING- Eenmaal er een uitvoerbare veroordeling bestond, ging de verantwoordelijkheid over op het Openbaar Ministerie. Daar het strafrechtelijk onderzoek afgelopen was, beschikte het parket maar over weinig mogelijkheden om de werkelijke vermogensrechtelijke positie van de veroordeelde na te gaan. Blijkbaar rekende de wetgever op de vervangende gevangenisstraf als stok achter de deur om de onwillige veroordeelde onder druk te zetten of de onvermogene straffeloosheid te ontzeggen.

SAMENVATTING- Klassiek stonden de vermogensstraffen volledig in de schaduw van de vrijheidsstraffen. Dogmatisch waren ze amper onderbouwd. Het Wetboek voorzag slechts de geldboete en de bijzondere verbeurdverklaring van het voorwerp, de middelen en de producten van het misdrijf. Het toepassingsgebied van deze verbeurdverklaring was echter opzettelijk beperkt. Daar zorgden eigendomsvereisten en de beperking tot roerende goederen voor. Ze kon ook slechts voor wanbedrijven en misdaden. Bij gebreke aan een duidelijk kader viel het

²⁰¹³ PICARD, E., *op.cit.*, 958.

²⁰¹⁴ Cfr.in detail: TRAEEST, P., Het bewijs in strafzaken, *op.cit.*, 1992, 476 p.

²⁰¹⁵ Cass. 3 november 1987, *R.W.* 1987-88, 1054-1055 met noot VANDEPLAS, A., "De beslissing over de verbeurdverklaring". Die beklemtoont dat "saucissonage" van de beslissing over de straf verboden is in België.

²⁰¹⁶ TRAEEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, *op.cit.*, 328.

ook niet altijd mee om de vermogensstraffen te onderscheiden van andere sancties met vermogensrechtelijke gevolgen. Nochtans waren er een aantal bijzondere gevolgen verbonden aan het feit dat geldboete en verbeurdverklaring straffen waren. De strafprocedure was niet afgestemd op de vergaring van informatie door de vonnisrechter om een gepaste toemeting van vermogensstraffen mogelijk te maken.

§ 4.Heling als afgeleid misdrijf²⁰¹⁷

4.1.Verzelfstandiging

INLEIDING- In Deel II kwam de evolutie van de misdrijfomschrijvingen al aan bod. We hebben daar toen aangegeven dat de Belgische witwaswetgeving een voorloper vormde voor strafbaarstellingen zoals die betreffende criminele organisaties. Ze kwamen in de plaats van de "klassieke" heling, als misdrijfomschrijving gericht op de personen die ertoe bijdragen dat criminaliteit economisch gezien "loont".

VERZELFSTANDIGING- Die gedraging stelde men al in het Romeins recht strafbaar als een vorm van *deelneming*, meer bepaald medeplichtigheid, aan het misdrijf van de dief. De Code Napoléon deed hetzelfde²⁰¹⁸. Haus, Nypels en de strafwetgever van 1867 verkozen echter het Pruisisch model. Dat haalde heling uit de deelnemingsbepalingen van Boek I en maakte er een afzonderlijk, een zelfstandig

²⁰¹⁷ Zie FAURE, M., "Heling", in: GORLE, F. en DE NAUW, A.(eds.), *Strafrechtelijke kwalificaties en jurisprudentie*, s.d. (1986), 1-11, VANDEPLAS, A., "Heling", in: Bijzonder strafrecht voor rechtspractici, Leuven, Instituut voor strafrecht, 1990, 75-94; D'HAENENS, J., *Heling*, A.P.R., 1955, n°63, SPRIET, B., "De constitutieve bestanddelen van heling", noot onder Antwerpen 17 mei 1984, R.W. 1984-85, 1791-1793.

²⁰¹⁸ In art. 60 legt hij uit welke gedragingen als medeplichtigheid bestraft worden. Vervolgens stelt hij in art.61 het verbergen, onderdak of schuilplaats geven aan rovers gelijk met medeplichtigheid (*Supra*, Deel II, Hoofdstuk 1). En dan komt art.62: "*De lieden de welke met voorkennis, geheel ofte ten deele, goederen zullen aengehouden hebben die by middel van een misdaed of delict zyn ontnomen, agtergehouden of bekomen, zullen ook gestraft worden als medeplichtige aen dit misdaed of delict*". Art. 62 Code Napoléon, *op.cit.*, 30- 31: "*Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit*. De allerergste straffen konden de heler echter bespaard blijven, aldus art.63: "*Egter, ende ten opzichte der aenhouders ten dezen vermeld in den voorgaenden artikel, zal de straffe van de dood, van de gedwonge werken voor altyd, of van de deportatie, als er reden daer toe zal zyn, hun niet anders geapliceerd worden dan voor zoo veele zy zullen overtuigd zyn dat zy, ten tyde der aenhoudinge van het gestolen goed, kennis gehad hebben der omstandigheden waer aen de wet is toepassende deze dry soorten van straffen: zo niet onderstaen zy maer de straffe van gedwonge werken voor eenen tyd*." (Art. 63 Code Napoléon, *op.cit.*, 30- 33), in het Frans: "*Néanmoins, et à l'égard des réceleurs désignés dans l'article précédent, la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne leur sera appliqué qu'autant qu'ils seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de ces trois genres: sinon, ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps*" "

misdrijf (art.505-506 Sw.) in Boek II van het Strafwetboek van²⁰¹⁹. De misdrijfomschrijving verwees weliswaar wel naar "onderliggende misdrijven", maar van "onzelfstandigheid" of afhankelijkheid kon geen sprake zijn²⁰²⁰. Zo trachtten de redacteurs de aan de onzelfstandigheid van de deelnemingsconstructie inherente moeilijkheden (*supra*, Deel II) te omzeilen²⁰²¹.

4.2.Objectief misdrijfbestanddeel

INONTVANGSTNAME- De wet omschreef "helen" niet: "(505 (oud) Sw.): Met gevangenisstraf van 15 dagen tot 5 jaar en met een geldboete van 26 tot 500 frank²⁰²² of met een van die straffen alleen worden gestraft: *zij die weggenomen, verduisterde of door een misdaad of wanbedrijf verkregen zaken of een gedeelte ervan helen*". Art.506 Sw. maakte van het feit dat de onderliggende misdrijven van de zwaarste categorie zijn, ook een verzwarende omstandigheid voor de heler, zodat een dergelijke heling een misdaad was. Volgens de rechtspraak volstond inontvangstneming. Wat de dader met het goed deed, had geen belang. Zo riskeerden een veroordeling wegens heling: de persoon die een gestolen pomp *smolt*, een gestolen voertuig *afbrak* of *onherkenbaar maakte*, iemand die gestolen wijn *verbruikte*, iemand die een gestolen goed *als borg aanvaardde* en zelfs wie het louter *bewaarde*. Een aantal rechtsgeleerden vond dat de burgerrechtelijke titel geen belang had en om het even welke vorm van detentie volstond, anderen betwistten dat²⁰²³. Die detentie kon louter juridisch zijn, dat wil zeggen dat men niet persoonlijk

²⁰¹⁹ DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 231.

²⁰²⁰ Cass. 20 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1094; *Arr.Cass.* 1980-81, 1096: "Een veroordeling wegens heling is naar recht verantwoord zodra de rechter, zij het impliciet, met zekerheid vaststelt dat de bestanddelen van heling aanwezig zijn, inzonderheid dat de beklagde wist dat het voorwerp dat hij in zijn bezit had of onder zich hield, verkregen was door een misdaad of een wanbedrijf, maar niet vereist is dat die veroordelende beslissing een nadere omschrijving bevat van die misdaad of dat wanbedrijf, of dat de dader ervan bekend is, of dat de identiteit van de eigenaar van het geheele voorwerp vaststaat." Zelfs zonder echt hoofdfeit, zelfs zonder deelnemingsopzet maakt men zich schuldig aan heling.

²⁰²¹ Vandeplass wijst erop dat België zich zodoende bij de "voorlopers" plaatste, want Frankrijk zou pas in 1915 van heling een zelfstandig misdrijf maken, Nederland in 1886, Spanje pas in 1950. (VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 76-77).

²⁰²² En met een facultatieve ontzetting uit alle rechten opgesomd in art.31 Sw. of een deel ervan, voor een periode van 5 tot 10 jaar (505, 2de lid Sw.).

²⁰²³ De voorstanders van een dergelijke interpretatie baseerden zich daarvoor op Cass.25 februari 1929, *Pas.*1929, I, 102; X, "Chronique de jurisprudence", *Rev.dr.pén.* 1970-71, 627-628. Dat is bijvoorbeeld het geval voor VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 76 en VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., "Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?", *R.W.*1995-96, 691. DE NAUW, A., "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", in: ROZIE, M.(ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 221 leidt uit hetzelfde arrest af dus louter bezit nu net niet volstaat. DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Belgische sectie, 1996, 8 heeft het arrest blijkbaar het

in contact hoefde te komen met het goed²⁰²⁴. Vandeplass vertelde over een geval waarin een derde-tussenpersoon gebruikt werd²⁰²⁵. Hij stipte ook aan dat naar Belgisch burgerlijk recht voor het bestaan van een koop de wilsovereenstemming tussen partijen volstaat. Levering noch betaling is daarvoor vereist. Het deed er dus niet toe of de ontvangst van het goed gratis gebeurde of niet, of er een redelijke prijs voor werd betaald of niet²⁰²⁶. Zelfs de schuldeiser die beslag liet leggen op de goederen, maakte zich volgens Vandeplass schuldig aan heling. Deelnemen aan een fuif waarvan men weet dat ze met de buit van een misdrijf wordt betaald, was "helen"²⁰²⁷.

AFLOPEND- Volgens de Belgische rechtspraak was heling het "in ontvangst nemen", niet het "bezitten" van de goederen en dus een aflopend misdrijf²⁰²⁸. Met het aflopend karakter wilde men in België vermijden dat "heling" zou ontaarden in wat de Franse rechtsleer kritisch een "*infracation boule de neige*" noemt²⁰²⁹. Omdat het misdrijf al vrij vlug voltooid was, bleek vermoede medeplichtigheid vaak "na de feiten" te zijn gebeurd. Begunstiging of het misleiden van het gerecht waren in het Belgisch recht niet noodzakelijk strafbaar²⁰³⁰. Ook de onderhandelingsfase vóór de transactie bleef volgens Vandeplass meestal als loutere voorbereidingshandeling straffeloos²⁰³¹. Voor poging, die strafbaar was als het goed uit zware misdaden afkomstig was, bleef dan ook weinig ruimte over²⁰³². In Deel II onderstreepten we de dogmatische voordelen van het aflopend karakter, als ankerpunt voor het moreel element, de

best gelezen: volgens hem kan het noch de ene, noch de andere conclusie rechtvaardigen. Het zegt immers alleen dat de door een staal begeleide bewering (sterkmaking) dat men aan het goed kan geraken, niet volstaat om van heling te spreken.

²⁰²⁴ Cass.4 juni 1996, *Arr.Cass.*1996, 539; *J.T.*1997, 132; Cass.12 oktober 1993, *Arr.Cass.*1993, 828.

²⁰²⁵ VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 78.

²⁰²⁶ VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 79.

²⁰²⁷ Antwerpen 1 april 1993, *R.W.*1993-94, 130.

²⁰²⁸ Cass.2 augustus 1880, *Pas.*1880, I, 824. De Franse rechtspraak heeft in een gelijkkluidend artikel wel een voortdurend misdrijf gelezen: *Fr.Cass.* 31 augustus 1922, *D.*, 1922, 1, 218. Zie voor bondig overzicht van de resulterende complicaties: VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., "Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?", *R.W.*1995-96, 694, voetnoot 52.

²⁰²⁹ VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., "Mag er nog wit worden gewassen?", *T.B.H.R.* 1992, 179, voetnoot 12.

²⁰³⁰ Nochtans kan de vernietiging "*teneinde verdere opsporingen van rechtswege alsook vanwege de benadeelde te verijdelen*" een heling opleveren. (*Cass.* 24 maart 1958, *Pas.*1958, I, 823, *Arr.Cass.*1958, 556).

²⁰³¹ VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 83.

²⁰³² Bij gebreke aan uitdrukkelijke bepaling, was een poging tot het wanbedrijf heling niet strafbaar (53 Sw.).

localisering van het misdrijf, de deelneming of de verjaring²⁰³³. Het aflopend karakter van de heling belette natuurlijk niet dat een latere inontvangstneming door een andere persoon een nieuw (aflopend) misdrijf van heling kon opleveren. Sterker nog: al in 1891 zei het Hof van Cassatie dat heling niet alleen bestond wanneer iemand het voorwerp zelf van het misdrijf ontving, maar ook wanneer hij het geld aannam dat door de verkoop van dit voorwerp werd bekomen²⁰³⁴. Volgens sommigen viel ook wie een met het gestolen geld aangekochte zaak aannam onder de heling²⁰³⁵, volgens anderen niet²⁰³⁶.

VOORWERP MISDRIJF-Met weggenomen en verduisterde zaken bedoelde de wetgever eigenlijk uit diefstal of andere vermogensmisdrijven (d.w.z. misdaden of wanbedrijven) verkregen zaken²⁰³⁷. Of het onderliggend misdrijf in het Strafwetboek stond of in bijzondere strafwetten, deed er niet toe, of het al dan niet opzettelijk was evenmin. Ook gecontraventionaliseerde wanbedrijven vielen daaronder. Het helen in België van goederen die voortkwamen uit een misdrijf in het buitenland²⁰³⁸, was in België strafbaar mits het onderliggend misdrijf in beide landen strafbaar was en het misdrijf in België minstens een wanbedrijf was. Het goed moest wel echt (objectief) uit een misdrijf afkomstig zijn: een putatieve heling was niet strafbaar. Dat het onderliggend misdrijf *in concreto* niet strafbaar was, bijvoorbeeld wegens immuniteit, minderjarigheid of een verschoningsgrond van de dader²⁰³⁹, nam de strafbaarheid van de heling niet weg.

²⁰³³ De verjaring van strafvordering begint te lopen vanaf het bedrieglijk in bezit nemen van de zaak (DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, *op.cit.*, 235.)

²⁰³⁴ Cass. 28 december 1891, *Pas.* 1892, I, 68.

²⁰³⁵ VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 91; MARCHAL, A. en JASPAR, J., *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, I, Brussel, Larcier, 1953, 411 met verwijzingen naar rechtspraak.

²⁰³⁶ CORNELIS, L. en VERSTRAETEN, R., *op.cit.*, 179, nr.5 zijn geneigd uit de tegenstrijdige rechtspraak het tegendeel te besluiten, al schrijven zij voorzichtig dat "*het in België onzeker was of van heling gewag kon worden gemaakt*".

²⁰³⁷ Zo kan het onderliggend misdrijf een uitgifte van een cheque zonder dekking zijn (FAURE, M., "Heling", *op.cit.*, 5 met verwijzing naar Franse Cassatierechtspraak, een verduistering of schending van het beroepsgeheim (Brussel 27 november 1981, *Rev.dr.pén.* 1982, 688 met noot A.MARCHAL, J.T., 1982, 43) of een gijzeling Cass. 17 augustus 1982, *Pas.* 1982, I, 1322; *Arr.Cass.* 1981-82, 1407.)

²⁰³⁸ Cfr.Cass. 2 oktober 1885, *Pas.* 1885, I, 252 en Gent 6 juni 1875, *Pas.* 1875, II, 370; Cass. 17 augustus 1982, *Pas.* 1982, I, 1322.

²⁰³⁹ Corr.Antwerpen 18 december 1951, *J.T.* 1952, 368; Brussel 24 mei 1952, *R.W.* 1952-53, 1957: heling van door man bij zijn echtgenote gestolen goed blijft strafbaar.

4.3.Schuldvorm

(BEDRIEGLIJK?) OPZET²⁰⁴⁰- Bij stilzwijgen van de wet vereiste de rechtspraak opzet²⁰⁴¹. Dat betekende enerzijds dat men het goed opzettelijk in ontvangst moest hebben genomen. Wie het bijvoorbeeld door onvoorzichtigheid (in burgerlijk-contractuele of commerciële transacties) in bezit kreeg, ontsnapte. Dat gebeurde wel eerder uitzonderlijk en dan nog moest men opletten of men zich niet schuldig maakte aan bedrieglijke verberging (508 Sw.). Moeilijker was het geval van verwerving die niet gebeurde om het goed aan de oorspronkelijke eigenaar te onttrekken, maar net met de bedoeling het aan hem of haar terug te geven. Kon men dan nog spreken van heling?²⁰⁴² De rechtsleer vond van niet en schreefde daarom het vereiste moreel element op tot bedrieglijk opzet, namelijk de wil de geheele zaak te onttrekken aan de opzoekingen van de eigenaar of van het gerecht²⁰⁴³. De rechtspraak leek verdeeld²⁰⁴⁴. Zelfs de rechters die bijzonder opzet nodig achtten, besloten hoe dan ook dat het vereiste moreel element slechts ontbrak voor zover de vermeende heler er voor zichzelf of een derde geen voordeel mee nastreefde²⁰⁴⁵. Onder dergelijke interpretatie zou een privé-detective die zich laat betalen door het slachtoffer of door de verzekeringsmaatschappij voor het terugvinden (of terugkopen) van een gestolen goed dus strafbaar blijven²⁰⁴⁶.

KENNIS- Belangrijker was dat de opzetvereiste bij een aflopend misdrijf meebracht dat de kandidaat-heler ten laatste op het moment van de inbezitneming op de hoogte

²⁰⁴⁰ SPREUTELS, J., "L'élément moral du recel", noot onder Cass. 2 mei 1977, *J.T.*1978, 29-31.

²⁰⁴¹ Op de eis van bijzonder, namelijk bedrieglijk, opzet wijzen: "*het opzet zich de zaak toe te eigenen*" (Cass. 12 januari 1925, *Pas.*1925, I, 10) of "*het op het oog hebben van verrijking voor zichzelf of een ander*" (Cass. 30 oktober 1939, *Pas.*1939, I, 444). Voor recente voorbeelden die lijken te wijzen op algemeen opzet: Cass. 9 juni 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr.340: "*dat de bestanddelen van de heling voorhanden zijn, met name de omstandigheid dat de beklaagde wist dat het voorwerp dat hij in zijn bezit had of onder zich hield, door middel van een misdaad of een wanbedrijf verkregen was*" of Cass. 4 maart 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 118; VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., *op.cit.*, 695.

²⁰⁴² SPRIET, B., "De constitutieve bestanddelen van heling", *R.W.*1984-85, 1791-1793, noot onder Antwerpen 17 mei 1984.

²⁰⁴³ Zie de verwijzingen in DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht, op.cit.*, 234, voetnoot 237.

²⁰⁴⁴ DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht, op.cit.*, 234. Arresten die wel bijzonder opzet lijken te vereisen: Cass. 21 december 1976, *Arr.Cass.*1977, 477, noot E.K.; Cass.31 mei 1977, *Arr.Cass.*1977, 1006.

²⁰⁴⁵ Cass. 2 mei 1977, *J.T.*1978, 29-31 met noot SPREUTELS, J.; Cass.24 mei 1994, *Arr.Cass.*1994, 518.

²⁰⁴⁶ Cfr. Cass.24 mei 1994, *Arr.Cass.*1994, 518; *Pas.*1994, I,503: "*De wil om de gestolen zaken terug te geven sluit het misdrijf van heling niet uit, wanneer die wil niet onvoorwaardelijk is, maar integendeel de teruggave ondergeschikt maakt aan het afdwingen van een voordeel voor zichzelf of voor anderen.*"

moest zijn van de criminele oorsprong²⁰⁴⁷: *mala fides superveniens non nocet*. Nu de inbezitneming zo ruim gedefinieerd was, ontstond die kennis niet zelden pas achteraf. Effectieve kennis leek nodig, een vermoeden volstond niet. Het was wel genoeg dat de heler wist dat het onderliggende feit strafbaar was, hij moest niet weten over welk feit of welk misdrijf het precies ging²⁰⁴⁸. Overleg met de dader van het onderliggend misdrijf was evenmin nodig²⁰⁴⁹. De rechter kon (en moest zelfs, bij gebrek aan bekentenis) die kennis afleiden uit de omstandigheden waarin de transactie zich voordeed, de bedongen condities enz²⁰⁵⁰. De meerderheid van de rechtsleer leest dit als een invulling van de methode waarmee de rechter het *bewijs van effectieve kennis* kon vaststellen²⁰⁵¹. Soms spreekt men van eventueel opzet dat volstaat²⁰⁵². Mensen als Faure daarentegen vonden in 1986 dat, "*bij de beoordeling van de kennis van de wederrechtelijke herkomst (...) de rechtspraak de laatste jaren (neigt) naar het foutbegrip. Deze ontwikkeling manifesteert zich onder meer door het feit dat de beweerde goede trouw van de verdachte niet noodzakelijk een beletsel is voor het misdrijf heling*"²⁰⁵³. Daarmee zouden ze van heling een misdrijf met een gemengde schuldvorm hebben gemaakt: opzet (dat in dit geval alleen maar algemeen opzet kan zijn) voor de inontvangstname, nalatigheid of onvoorzichtigheid voor de vereiste kennis. Anderen zijn het daar hoegenaamd niet mee eens²⁰⁵⁴.

²⁰⁴⁷ Cass. 25 februari 1929, *Pas.* 1929, I, 102; Cass. 9 juni 1936, *Pas.* 1936, I, 286; Cass. 27 juni 1949, *Pas.* 1949, I, 475; Cass. 11 juli 1955, *Pas.* 1955, I, 1232; Cass. 21 december 1976, *Pas.* 1977, I, 448; FAURE, M., "Heling", *op.cit.*, 6-7. Voor recente bevestiging: Cass. 4 maart 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr.118.

²⁰⁴⁸ Het volstond dat het vonnis of arrest vaststelde dat de verdachte de wederrechtelijke herkomst van de zaak kende: Cass. 2 februari 1948, *Pas.* 1948, I, 71; Cass. 20 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1094.

²⁰⁴⁹ Antwerpen 30 mei 1975, *Pas.* 1976, II, 67.

²⁰⁵⁰ Corr.Turnhout 15 mei 1981, *R.W.* 1983-84, 2966, met noot A.VANDEPLAS;

²⁰⁵¹ Voor de meest overtuigende analyse: VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., *op.cit.*, 199-200.

²⁰⁵² *Parl.St.Senaat* 1989-90, 890-2, 28; cfr. VAN ROOSBROECK, A., *op.cit.*, 190-206.

²⁰⁵³ FAURE, M., "Heling", *op.cit.*, 7, verwijzend naar Cass. 23 november 1976, *Pas.* 1977, I, 324, *Arr.Cass.* 1977, 328; Cass. 20 juni 1978, *Pas.* 1978, I, 1189, *Arr.Cass.* 1978, 1223. In dat eerste geval nam het Hof genoegen met een zeer bondige motivering die het verweer verwierp van de beklaagde, die wegens heling werd vervolgd en bij conclusie enkel aanvoerde dat hij "te goeder trouw" was en dat nog andere getuigen zouden moeten worden gehoord om dit te bewijzen. Het Hof van Beroep veroordeelde volgens Cassatie de beklaagde wettelijk en motiveerde regelmatig zijn beslissing door "*in de bewoordingen van de wet de telastlegging bewezen te verklaren en te zeggen, enerzijds, dat, om de redenen die hij aanhaalt, de beklaagde zich rekenschap diende te geven van de strafbare herkomst van de zaken waarvan de heling hen werd ten laste gelegd en, anderzijds, dat een nieuw verhoor van getuigen nutteloos was*".

²⁰⁵⁴ VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., *op.cit.*, 198.

4.4. Rechtvaardiging, verschoning en strafmaat

RECHTVAARDIGING- De gewone regeling voor rechtvaardigingsgronden geldt. De rechtspraak breidde wel de beslissende verschoningsgrond van 462 Sw. van diefstal bij analogie uit tot andere vermogensmisdrijven, ook tot heling. Het helen van goederen die door een derde zijn gestolen bij een aantal in de wet opgesomde familieleden van de heler was dus niet strafbaar²⁰⁵⁵. Goederen uit verschoonde misdrijven helen was (*supra*, 4.2.) wel strafbaar.

WIL TERUG TE GEVEN- De auteurs die bedrieglijk opzet vereisen, schrijven dat "*hij die teruggeeft of wil teruggeven (niet heelt), omdat hij aan de wederrechtelijke toestand ten gevolge van misdaad of wanbedrijf een einde maakt of zulks wil doen.*" Volgens hen ontbreekt dan het voor 505 en 506 Sw. vereiste subjectief bestanddeel. Deze keuze is zeker verdedigbaar, doch heeft het nadeel moeilijk vaststelbaar te zijn. Vanwege het aflopend karakter van de heling zou iemand die op het moment van de inbezitneming de bedoeling had het goed terug te geven aan de ware eigenaar, maar daarna van gedacht veranderde, straffeloos blijven. Persoonlijk zouden wij de (poging tot) teruggave aan de ware eigenaar als een beslissende verschoningsgrond lezen. Daarmee zou de dader uit het voorbeeld niet alleen strafbaar blijven, vanwege het persoonlijk karakter van de verschoningsgrond zullen ook deelnemers die niet wilden teruggeven niet ontsnappen. Het probleem dat verschoningsgronden slechts kunnen als de wet ze voorziet, kan opgelost worden door de analogie *ad bonam partem* met de verschonende teruggave in art.508 Sw. over de bedrieglijke verberging.

STRAFMAAT- Heling was en is normaal een ernstig wanbedrijf. De gevangenisstraf bedraagt vijf jaar en kan bij cumulatieve toepassing van samenloop en herhaling oplopen tot 20 jaar. De geldboete was - tot haar aanpassing in 1990 (*infra*, Hoofdstuk 4) - vrij normaal voor een wanbedrijf. Art.506 Sw. maakte strafverzwaring afhankelijk van de zwaarte van het onderliggend misdrijf, zodat heling soms een misdaad kon zijn. Dat overblijfsel van de onzelfstandige deelneming drukte meteen het evenredigheidsbeginsel uit.

4.5. Samenvatting

AFGELEID MISDRIJF- In de klassieke Belgische strafwet is de heling losgeweekt uit de deelneming en werd zij een zelfstandig misdrijf. Haar strafbaar karakter

ontleende zij aan de band met een andere, onderliggende strafbare gedraging. Niettemin genoot de heling een behoorlijke zelfstandigheid ten aanzien van dat misdrijf. Het gaat om een aflopend misdrijf, waardoor er een dogmatische rem staat op ongebreidelde strafbaarheid. Het vereiste (al dan niet bijzonder) opzet moest aanwezig zijn op het moment van de inbezitneming, dat wil zeggen ook de kennis van de afkomst uit een als misdaad of wanbedrijf omschreven feit. Familiebanden tussen heler en slachtoffer van het onderliggend misdrijf konden de dader verschonen. De wil de zaak aan de eigenaar terug te geven was volgens sommigen bestanddeelsluitend, wat betekent dat het vereiste bijzonder opzet ontbrak, maar was volgens anderen verschonend.

§5. Besluit

GEREMDE VERMOGENSAANPAK- De klassieke benadering van straffen paste in een reactie op wantoestanden in een strafrecht waarin vermogenssancties een prominente rol vervulden. Bij de vernieuwers stond de vrijheidsstraf centraal in hun denken. Ze leek immers het meest geschikte instrument om het doel van de straf dat zij voor ogen hadden te bereiken. Tevens vormde zij in hun ogen de minst slechte weerspiegeling van de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. Twee vermogensstraffen bleven bestaan, de geldboete en de bijzondere verbeurdverklaring. Door hun bijkomend of bijkomstig karakter bleven ze een beetje verweesd achter, ook al omdat de dogmatici er onvoldoende over nadachten. De verwarring met niet-strafrechtelijke vermogenssancties lag voor de hand. Heling omschreven wetgever, rechtspraak en rechtsleer als een misdrijf dat weliswaar moest worden afgeleid uit een andere strafbare gedraging, maar niettemin behoorlijk zelfstandig was. De combinatie van het aflopend karakter en het (bijzonder) opzet als schuldvorm, beletten al te verregaande uitdeining van de strafbaarheid en zorgde voor rechtszekerheid. Als een persoon een zaak ontving zonder te weten dat ze uit een misdrijf afkomstig was, bestond er geen misdrijf en dat kon achteraf niet meer veranderen.

²⁰⁵⁵ Cass.23 februari 1903, *Pas.* 1903, I, 118.

HOOFDSTUK 2. CRISIS: het klassiek systeem schiet tekort

"Bankruptcy is a legal proceeding in which you put your money in your pants pocket and give your coat to your creditors"

(J. Adams)

§ 1. Algemene crisis, maar georganiseerde criminaliteit is verschillend

1.1. Veranderende visie op het strafrecht²⁰⁵⁶

VAN DAAD NAAR DADER- Het dominerend mensbeeld binnen het strafrechtsdenken en de visies op het doel van bestraffing veranderden behoorlijk na het ontstaan van het wetboek. Op het einde van de negentiende en in de eerste helft van de twintigste eeuw ruimde het *daadgerichte* strafrecht, onder meer onder invloed van het positivisme, de baan voor een meer *dadergericht* strafrecht. De praktijk ontcrachtte een aantal van de klassieke vooronderstellingen over het effect van de straf op de (potentiële) dader: al vlug tuimelde het geïdealiseerde mensbeeld van de *homo economicus*, de goed geïnformeerde berekenaar die in vrijheid koos, van zijn sokkel. Niet alleen beschikte hij vaak over onvolledige of ondermaatse informatie, daarenboven genoten de meeste mensen die in conflict kwamen met strafrechtelijke normen, niet echt over de nodige "keuzevrijheid". De individualistische antropologie van zeventiende en achttiende-eeuwse denkers kwam onder vuur van wetenschappers en filosofen die de mens als sociaal wezen bekeken, maar ook van bijvoorbeeld het darwinisme dat als vlaggenschip van het moderne denken een paradigma leverde dat naar allerlei andere takken van wetenschap en filosofie overwaaid. De eerste zogenaamde criminologen legden zich aanvankelijk vooral toe op het onderzoek van de fysieke, raciale en andere erfelijke kenmerken van misdadigers²⁰⁵⁷. Gelukkig kregen daarna ook de sociale omstandigheden die de dader "determineren" de nodige aandacht en groeide het besef dat het verbeteren ervan een manier kon zijn om de "onderklasse" uit de criminaliteit te halen. Wie toegeeft dat mensen en dus ook daders van misdrijven – minstens gedeeltelijk -

²⁰⁵⁶ Zie voor een fundamentele analyse: VERVAELE, J., *Rechtsstaat en recht tot straffen: van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken: een strafrechtsvergelijkend grondslagenonderzoek*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 583 p.

²⁰⁵⁷ De bekendste onder hen, Cesare Lombroso, zal zich erdoor laten verleiden tot het lanceren van de idee van de "geboren misdadiger". De negentiende-eeuwse goegemeente

gedetermineerd zijn door hun leeftijd (vooral jongeren), hun maatschappelijke situatie, hun opvoeding en hun persoonlijke fysieke en psychologische kenmerken, beseft dat het loutere opleggen van de “wegens schuld verdiende straf” niet de gewenste effecten zal opleveren²⁰⁵⁸. Eigenlijk ging het om de eeuwige aloude kritiek op het gelijkheidsbeginsel, in dit geval uitgedrukt in het unieke strafrechtssubject (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 1, §1): dat het verkeerd is ongelijke situaties gelijk te behandelen.

GEVAARLIJKE INDIVIDUEN- Vanuit hun kritiek op de filosofische grondslagen en doelstellingen van het “klassieke” strafrecht pleitten de vernieuwers voor een nieuwe visie op het strafrechtsgebeuren. Volgens de positivisten verdienden de allerindividueelste intenties van het individu, waaraan het op het *misdrijf* gerichte klassieke strafrecht zoveel belang hechtte, al die eer niet. Het strafrecht verviel daarmee volgens hen in subjectivisme. Een “objectief” criterium, het gevaar dat van het individu uitgaat voor de maatschappij, moest doorslaggevend zijn. De bescherming van het collectief tegen gevaarlijke figuren moest de grondgedachte van het nieuwe denken worden (sociaal verweer). Het begrip “schuld” moest worden ingeruild voor “gevaar(lijkheid)” en het van referenties aan moraal en schuld doordrenkte begrip “straf” voor de “objectieve” maatregel²⁰⁵⁹. De meeste pleitbezorgers koppelden daaraan ook wel een zekere rechtsbescherming. Hiervoor vielen zij bijna onvermijdelijk terug op de klassieke, op de bescherming van de individuele dader gerichte beginselen²⁰⁶⁰.

WANPRAKTIJKEN- Net als in de (pre)klassieke periode schrikten positivisten er echter niet voor terug om hele categorieën van personen (zoals landlopers of zigeuners) als “gevaarlijk voor de maatschappij” te catalogeren. In sommige landen kwam onder invloed van dit nieuwe denken het hele strafrecht in een ander licht te

beschouwt hem eerder als een soort monster dan als een echte mens. Cfr. FIJNAUT, C., “Beelden van de homo criminalis in de criminologie”, *op.cit.*, 136-139.

²⁰⁵⁸ Reeds in de zeventiende eeuw waren er kritische denkers, zoals de radicale hervormer Marat die wees op de onrechtvaardigheid en inefficiëntie van gelijke behandeling bij ongelijke uitgangsposities. Bij gebreke aan de door hem gewenste sociaal-economische rechtstrekking wou hij de straftoemeting zo veel mogelijk individualiseren. (DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke ...*, *op.cit.*, 91)

²⁰⁵⁹ Individuele preventie (en resocialisatie, niet als doel op zich maar slechts in de mate ze bijdraagt tot individuele preventie) vormt het enige doel van de straf. Omdat daders sterk door inwendige en uitwendige factoren gedetermineerd zijn, heeft straffen als vergelding of met het oog op algemene preventie geen zin. (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 21.)

staan²⁰⁶¹. De leuze “*niet de daad, maar de dader*” heeft in een bepaalde politieke context gediend als mom voor politiek geïnspireerde uitschakeling van politieke tegenstrevers, minderheden of marginale bevolkingsgroepen²⁰⁶². De achteruitschuiving van de “daad” als rechtvaardiging voor het overheidsingrijpen liet de overheidsdiensten immers toe “preventief” op te treden²⁰⁶³.

REACTIE- Toch was een aantal belangrijke kritieken op het klassieke strafrecht helemaal gegrond. Na de tweede wereldoorlog zou de leer van het sociaal verweer “vernieuwd” worden, met de recuperatie van een deel van de klassieke rechtsbescherming en veel aandacht voor de “resocialisatie” van de delinquent²⁰⁶⁴. Van den Wyngaert besluit dat aan het einde van de twintigste eeuw de Belgische doctrine, met verschillende nuances, grotendeels achter de “*nouvelle défense sociale*” lijkt te staan, al heeft dat geen rechtstreekse weerslag gehad op het strafwetboek zelf²⁰⁶⁵. De achterliggende gedachten van het positivisme en erop gebaseerde rechtsfiguren duiken, in een afgezwakte, moderne versie, nog steeds in discours en praktijk op²⁰⁶⁶.

²⁰⁶⁰ KELK, C., *op.cit.*, 4; GROENHUIJSEN, M. en VANDERLANDEN, D, "De IKV", in: GROENHUIJSEN, M. en VANDERLANDEN, D.(eds.), *De Moderne Richting in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 27-28.

²⁰⁶¹ In Deel II, Hoofdstuk 3 hebben we bijvoorbeeld aangehaald hoe dit denken in Italië de strafbepalingen inzake bendevorming beïnvloedde.

²⁰⁶² KELK, C., *op.cit.*, 4.

²⁰⁶³ Preventie betekende niet langer het ontraden, noch het fysiek beveiligen van zaken of potentiële slachtoffers of het positief beïnvloeden van potentiële daders. De overheid moet het gevaar integendeel bezweren met een “preventieve repressie” (*supra*, Delen II & III). Het strafbeleid richtte zich op het “verwijderen”, het “verbannen” van “gevaarlijke individuen of groepen” uit de “normale” maatschappij. De “kaping” van dit gedachtengoed door fascistische en stalinistische regimes van een strafrecht dat het – door de autoriteiten bepaald - gemeenschapsbelang consequent laat voorgaan op het individueel belang, is zoals gezegd een dure les geweest. (cfr. GROENHUIJSEN, M., *Straf en wet...*, *op.cit.*, 35)

²⁰⁶⁴ Sommige Belgische strafrechtsgeleerden staan sceptisch t.a.v. de ambities achter een dergelijk beleid (resocialisatie). Zij vrezen ook de praktische gevolgen ervan: overdreven overheidsbetutteling, mogelijk machtsmisbruik van overheidsinstanties, ongelijke behandeling e.d. Daarom verkiezen zij een zekere terugkeer naar de klassieke leer van de “verdiende straf” (neo-classici). VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 29-30 analyseert verschillende strekkingen binnen het neoclassicisme; WIJFFELS, A., *op.cit.*, 26-27 beschouwt het naoorlogse strafbeleid in België als neo-klassiek, al lijkt het ons dat hij daarmee (ook) het nieuw sociaal verweer bedoeld.

²⁰⁶⁵ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 25.

²⁰⁶⁶ REIJNTJES, J., “Met de dader ook de buit!”, in: VAN DUYNE, P.; REIJNTJES, J en SCHAAP, C.(eds.) , *Misdaadgeld*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 64 wijst erop dat de Nederlandse Hoge Raad aanvaardt dat straffen “behalve tot leedtoevoeging, ook strekken tot bijvoorbeeld bescherming van de samenleving (tijdelijke onschadelijkmaking)”; DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, *op.cit.*, 268 noemt de TBR een “beveiligende (bijkomende) straf”.

SOCIAAL VERWEER IN DE ZIJKAPELLEN- Hoewel een aantal Belgen (zoals A.Prins²⁰⁶⁷) uitgroeide tot leidinggevende figuren in de internationale discussies over zin, rol en toekomst van het strafrecht, weerstond het eigen Strafwetboek dus aan het vernieuwingsgeweld. Buiten het wetboek om belandde de dader toch in het centrum van de belangstelling. De ervaring met louter effectieve straffen had aangetoond dat hun strikte, onvoorwaardelijke toepassing een te bot instrument was. De rechter kreeg meer mogelijkheden om zijn beslissing meer aan de persoonlijkheid en de persoonlijke situatie van de dader aan te passen. Bij lichte misdrijven kon een vonnisrechter na onderzoek van de persoonlijke situatie van de dader via - al dan niet aan voorwaarden gekoppeld - uitstel en opschorting de ongewenste neveneffecten van de effectieve straf vermijden²⁰⁶⁸.

UITZONDERINGSCATEGORIEËN- Het behoud van het schuldstrafrecht weerhield de wetgever er ook niet van om het aan te vullen met andere, "positivistische", regimes voor een aantal uitzonderlijke probleemcategorieën. Zo voerde het parlement in 1891 de terbeschikkingstelling van de regering voor recidivisten en gewoontemisdadigers (TBR) in²⁰⁶⁹. De volgende stap was de wet van 1912 (vervangen in 1965), die de kinderen uit het schuldstrafrecht lichtte en hen in een apart regime onderbracht. Ook voor de zogenaamde krankzinnigen ging de logica van het schuldstrafrecht niet op. De overheid kon niet onverschillig blijven ten aanzien van de beschadiging door niet-toerekeningsvatbaren van strafrechtelijk beschermde rechtsgoederen zoals het leven, de lichamelijke integriteit of de eigendom. De Wet Vandervelde uit 1930 (vervangen in 1964) op de bescherming van de maatschappij tegen geestesgestoorden vormde misschien wel de meest in het oog springende verwezenlijking van de school van het sociaal verweer. Telkens gaat het echter om zijkapellen, bijgebouwen van de "strafrechtelijke kathedraal": de idee van sociaal verweer werd slechts op een beperkte schaal geïncorporeerd in het Belgisch strafwetboek. De grote hoop die de pleitbezorgers van deze

²⁰⁶⁷ CHRISTIAENSEN, S., "Adolphe Prins 1845-1919", in: FIJNAUT, C.(ed.), *Gestalten uit het verleden, op.cit.* , 11-118; CORNIL, P., "Adolphe Prins et la défense sociale", *Revue Internationale de Droit Pénal* 1951, 177-189; MARY, P., "Adolphe Prins ou la légitime défense sociale", *Rev.dr.pén.*1990, 15-37.

²⁰⁶⁸ Daarbij dacht de wetgever vooral aan de gelegenheidsdelinquent (PETERS, T., "Het beleid rond strafuitvoering en slachtofferhulp", lezing in het kader van de facultaire colloquia Justitie ter discussie, rechtsfaculteit K.U.Leuven, 17 november 1998)

²⁰⁶⁹ Van het regime van strafverzwaring bij herhaling in Boek I ging blijkbaar onvoldoende ontrading uit. TBR als sanctie (vrijheidsbeperking na het uitzitten van de straf als beveiliging van de maatschappij) komt in het debat over de aanpak van georganiseerde criminaliteit vreemd genoeg zo goed als nooit aan bod. Cfr. nochtans in Italië: *infra*, Hoofdstuk 3, 2.2.

"vervangingsmechanismen voor het strafrecht" koesterden, is uitgemond in een grote ontgoocheling²⁰⁷⁰.

GEVAARLIJKE KRINGEN EN DINGEN - De positivisten en de leer van het sociaal verweer hielden zich vooral bezig met bespiegelingen over de vrijheidsbeperking en –ontneming van mensen. Anders dan het subjectieve, mensgebonden begrip “schuld”, kan “gevaarlijk” echter net zo goed op voorwerpen, dieren of abstracte entiteiten slaan als op fysieke personen. Naast de gevaarlijke “gekken” of “jongeren” genieten dan ook “gevaarlijke goederen”, zoals drugs, gifstoffen, besmette voedingswaren of nucleair materiaal de aandacht van de overheid. Los van schuldvragen zal de staat hier maatregelen moeten nemen ter bescherming van (meestal) de volksgezondheid of de geloofwaardigheid van de economie (bij valse documenten of vals geld)²⁰⁷¹. Dergelijke bekommernissen mogen dan al hebben bestaan in 1867, zij namen door de evolutie van wetenschap en techniek exponentieel toe²⁰⁷². In Deel II hebben we gezien hoe het idee van de gevaarlijkheid doorgetrokken werd tot organisaties. Individuen kunnen *schuldig* zijn omdat ze omgang hebben met organisaties die *gevaarlijk* zijn, omdat zij zich in "foute" kringen van kennissen en relaties bewegen. Indien de overheid schuldige individuen in hun vermogen kan aanpakken, zal het niet verbazen dat zij zich ook gaat interesseren voor het vermogen van “gevaarlijken”, dat wil zeggen van die organisaties. Verderop zal blijken dat men dan makkelijk voor nog een volgende stap kiest en gaat spreken van “gevaarlijke vermogens”, “fout geld”.

HERSTEL- Een andere alternatieve stroming in het denken over strafrecht is die van het herstelrecht, waarbij veel aandacht gaat naar het slachtoffer en naar de oplossing van het incident of conflict dat met de dader is ontstaan²⁰⁷³. De in Hoofdstuk 1 geschetste evolutie van een publiekrechtelijk strafrecht ter behartiging van het algemeen belang, dat wil zeggen het staatsbelang, drong de rol van het slachtoffer terug. In de voorbije tien tot twintig jaar kwam daarin een kentering²⁰⁷⁴. Eigenlijk herleeft het oude idee van een door een actief bemiddelende overheid geleid schadevergoedend recht (*supra* 1.1.). Deze stroming bekommert zich niet zozeer

²⁰⁷⁰ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 43, die erop wijst hoe die ontgoocheling mee zorgt voor een crisis van het strafrecht.

²⁰⁷¹ *Supra*: de goed-kwaad dilemma's verbleken bij steeds meer vragen naar gevaarlijk- onschadelijk.

²⁰⁷² Cfr. verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel, los van de schuld (*supra*, Hoofdstuk 1).

²⁰⁷³ Cfr. KELK, C., *op.cit.*, 30 over het baanbrekend denkwerk van iemand als Pompe.

²⁰⁷⁴ Zie ook *supra*, Deel IV, Hoofdstuk 2.

om de klassieke problemen van schuld en straf, maar wel om alternatieve procedures waarmee de overheid op het vastgesteld misdrijf moet reageren. De radicale herstelgerichte benadering van misdrijven vormt binnen het strafrechtelijk systeem echter ook een typische zijkapel, met een select maar groeiend publiek van diepgelovigen²⁰⁷⁵. Bezorgde rechtsgeleerden waarschuwen al voor de post-Dutroux overreactie, waarbij te veel rechten van de verdachte worden opgeofferd aan (mogelijke) slachtoffers²⁰⁷⁶. Dat de genoegdoening van slachtoffers vandaag hoger aangeschreven staat dan in het klassiek strafrecht, staat echter als een paal boven water. Naast (of zelfs boven) de vergelding, de preventie en resocialisatie²⁰⁷⁷ beschouwen sommigen²⁰⁷⁸ (de bijdrage tot) het herstel als een niet te verwaarlozen functie van de straf.

SAMENVATTING- De vele onvolkomenheden van de klassieke benadering van misdrijf en straf zijn nu voor iedereen duidelijk. Hoewel het regime fundamenteel behouden bleef, is de aandacht grotendeels verschoven van het misdrijf en de "abstracte" dader, naar de concrete persoon van de dader. Voor allerlei bijzondere categorieën komen er bijzondere regimes gebaseerd op varianten van het "sociaal verweer", een gedachte die ook merkkelijk doorsijpelt in het "klassiek" strafrecht. "Gevaar" neemt dan de plaats in van "schade door schuld" als interventiecriteria.

1.2. Verandering van de criminaliteit en verbrokkeling (differentiëring) van het beleid

DE WERELD VERANDERT- Dit proefschrift schilderde het Strafwetboek als een kind van zijn tijd, waarbij de nadruk lag op de ideeën die de tijd overstijgen. Vernieuwers wijzen echter met recht en rede op de veranderingen in de materiële wereld, in het dagelijks leven sinds 1867. We kunnen er voor de vuist weg enkele opsommen, die

²⁰⁷⁵ Cfr. THE EUROPEAN FORUM FOR VICTIM-OFFENDER MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE (ed.), *Victim-offender mediation in Europe: making restorative justice work*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 382 p. Een groot deel van de goegemeente bekijkt hen vaak nog meewarig of besteedt er gewoonweg geen aandacht aan. Toch heeft deze beweging en de ermee verwante victimologie nu al een belangrijke rol gespeeld in de emancipatie van een bepaalde categorie van misdrijfslachtoffers. Die pikken het niet langer dat een magistraat hen met een betuttelend "wij weten wat goed voor u is" zou afwimpelen.

²⁰⁷⁶ DE SMET, B., "De tendens tot overaccentuering van het slachtoffer in het strafproces", *Panopticon* 1998, 387-396.

²⁰⁷⁷ Herstel van de schade is net een manier waarop de strafuitvoering kan bijdragen tot resocialisatie van de dader.

²⁰⁷⁸ REIJNTJES, J., *op.cit.*, 64. FAURE en DE ROOS, T., "De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel in Nederlandse en Belgische milieustrafzaken", in: FAURE, M. en DEKETELAERE, K. (eds.), *Ius Commune en Milieurecht, Actualia in het*

tot reflectie over de klassieke bestraffing uitnodigen. Eerst en vooral is er de toegenomen mobiliteit van mensen, zowel fysiek²⁰⁷⁹ als sociaal²⁰⁸⁰. Daarnaast veranderde ook de spectaculaire evolutie van de communicatiemiddelen het leven grondig²⁰⁸¹. Ook de rechtspersoon, in 1867 nog voorbehouden aan grotere ondernemingen en projecten, is vandaag de dag alomtegenwoordig in het maatschappelijk en economisch leven. Dat geldt nog het meest voor de inmenging van publiekrechtelijke rechtspersonen, de overheid dus. Al in Deel II stelden we vast dat de nachtwakersstaat werd ingeruild voor de welvaartsstaat, een (be)sturende staat, die de burger willens nillens begeleidt van de wieg tot het graf en zijn leven tot in de kleinste details tracht te regelen. We zagen dat de normen die hij daarvoor aanwendt, vandaag op een heel andere manier tot stand komen dan eertijds: de samenstelling van de wetgevende macht(en) en de manier waarop die haar werk doet, valt nauwelijks te vergelijken met die van 1867²⁰⁸².

HET VERMOGEN VERANDERT- Voor dit Deel mag men niet uit het oog verliezen hoe de samenstelling van het *vermogen* van een persoon veranderd is. Wie op het einde van de achttiende en in het midden van de negentiende eeuw over vermogensstraffen en dus over vermogens sprak, zat met andere dingen in het hoofd dan een hedendaagse analist. Grof geschetst sloeg tijdens het Ancien Régime het

Milieurecht in België en Nederland, Antwerpen, Intersentia, 1997, 291-325 leggen er ook veel nadruk op.

²⁰⁷⁹ In de negentiende eeuw is reizen het privilege van een miniscuul deel van de bevolking. Wanneer de anderen naar het buitenland trekken – en de bevolkingsexplosie, hongersnoden, (burger)oorlogen en pogroms leiden inderdaad tot massale migratiestromen - keren zij meestal nooit terug. Vandaag kan zelfs iemand met een modaal inkomen op enkele uren aan de andere kant van de oceaan geraken. Wie veel geld heeft, raakt nog gemakkelijker over grenzen.

²⁰⁸⁰ De democratisering van het onderwijs en de administratie maakten klimmen en dalen op de sociale ladder makkelijker dan in de vroege negentiende eeuw. Vgl. CSONKA, P., "Organised and Economic Crime (an Overview of the Relevant Council of Europe Activities)", in: CULLEN, P. en GILMORE, W., *Crime sans frontières: International and European Legal Approaches*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1998, 94

²⁰⁸¹ In de tijd van onze wetboeken heeft men de ganzeveer nog niet zo lang ingeruild voor pen en inktpot. De typemachine was een revolutie, net zoals de –door de overheid vrij makkelijk te controleren- telegraaf. Vandaag de dag kan men in enkele seconden dringende boodschappen, zelfs omvangrijke, de wereld rondsturen via allerlei moeilijk te controleren lijnen. Daarbij hoeft men echt zelf niet georganiseerd zijn: allerlei beroepsmatige dienstverleners (telecommunicatiediensten, pakjesdiensten, transportfirma's, internet-providers...) verzorgen de communicatie, in beginsel (*supra*, Delen II en III) zonder zich met de inhoud te bemoeien. (CSONKA, P., *op.cit.*, 94.)

²⁰⁸² Toen ging het om enkele selecte amateurs verkozen door enkele procenten van de bevolking, wiens politieke partijen amper meer waren dan ideologisch getinte verkiezingslijsten. Tussen die burger en de overheid ontstaat het zogenaamde middenveld van belangenorganisaties, vakbonden, mutualiteiten en de bijhorende organisaties die een belangrijke rol spelen in de totstandkoming van normen (Vgl. STESSSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 33.)

vermogen (en weelde) vooral op gronden, onroerende eigendommen en hun opbrengsten (huur, pacht, rentes, ...) en in mindere mate op roerende goederen (zoals geld, waardevolle goederen, dieren en voorraden,...). Hoewel de handel natuurlijk belangrijk was en er zekere verschillen bestonden tussen stad en platteland, domineerde dit laatste, temeer daar veel handel en nijverheid de verkoop of verwerking van landbouwproducten betrof. Met de industriële revolutie verschoof de nadruk naar het bezit van (onroerende en roerende) productiemiddelen en naar lonen en opbrengsten. Roerende goederen namen aan belang toe in verhouding tot onroerende. Vermogens werden met andere woorden “mobiel”, beweeglijker. Toch ging het nog steeds om klassiek “kapitaal”, dat grotendeels zichtbaar en zelfs tastbaar, grijpbaar bleef. Het “pakken”, dus ook het af-pakken, riep dan ook nog niet zo veel vragen op. Delen van het vermogen op naam van de echtgenote zetten, ging niet, want de gehuwde vrouw werd vermogensrechtelijk pas in 1976 volledig geëmancipeerd. Vandaag de dag is het vermogen opmerkelijk “gevirtualiseerd”: het gaat om aandelen, opties, futures, bankrekeningen in binnen- en buitenland²⁰⁸³. De toegenomen mobiliteit en communicatie kunnen een vorm zijn van toegenomen vrijheid. Anderzijds heeft de toegenomen inmenging van de overheid (ruimtelijke ordening, milieu, belastingen, veiligheid, enz.) ertoe geleid dat het eigendom en zijn gebruik uitermate strikt geregeld en in grote mate beperkt zijn²⁰⁸⁴.

DE CRIMINALITEIT VERANDERT- In een verander(en)de wereld verandert ook de criminaliteit. De zonet vermelde stromingen en evoluties in het denken over strafrecht vervormde het klassiek mensbeeld danig. Over dé crimineel spreekt men niet langer: het “unieke rechtssubject” van de negentiende-eeuwse codificaties heeft afgedaan. Zoals in een prisma splitsen de mensbeelden zich als het ware op. Het *functionele* mensbeeld kan als een soort koepelbegrip dienen. Het ziet de mens als “speler” in een door formele normen en door de verwachtingspatronen van medespelers en publiek afgebakende handelingsruimte. Afhankelijk van de rol en het stuk krijgen die verwachtingspatronen een verschillende invulling²⁰⁸⁵. Grofweg

²⁰⁸³ Vgl. TER HEIDE, J., *op.cit.*, 30 die er op wijst dat de moderne mens door de toegenomen mobiliteit en communicatie “*less firmly established and less intense object relations*” heeft.

²⁰⁸⁴ WIJFFELS, A., *op.cit.*, 46. Een eigenaar bouwt niet wat hij wil op zijn eigen grond, hij mag zijn eigen voorwerpen niet in zijn eigen tuin verbranden, hij mag er niet zomaar bomen kappen of grachten graven, hij moet langsrijdende treinen, overvliegende tuigen of “onderkruipende” tunnel- en pijplijngravers dulden, moet zijn waakhond laten tatoueren en registreren, hij mag die hond niet zelf doden en hem evenmin zijn eigen tuin begraven, enz. Zelfs de meer onlichamelijke delen van zijn vermogen vallen onder gedetailleerde wettelijke (of contractuele) voorschriften en beperkingen.

²⁰⁸⁵ DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke...*, *op.cit.*, 256 situeert de visie van de mens als rollenspeler nog in het bijzonder strafrecht, naast het gemeenrechtelijk strafrecht. Wij

kunnen we vier deelstromen onderscheiden in criminaliteit, die weliswaar dikwijls vermengd geraken.

KLEINE- Eerst en vooral spreekt men over “kleine, veel voorkomende criminaliteit”. Daaronder vallen vele verkeersmisdrijven en de “straatcriminaliteit”, zoals kleine diefstallen, lichte geweldzaken, overtredingen en dergelijke. Zowel praktijkmensen als theoretici twijfelen aan de geschiktheid van de sterk geformaliseerde strafprocedure en aan de zin van gevangenisstraf op het einde van de rit voor de aanpak daarvan. Vandaar dat overheid steeds meer gebruik maakt van alternatieve, vaak administratieve afhandeling. Herstel van de schade, financiële sancties (die niet straf mogen heten) achten wetgever en Openbaar Ministerie het meest gepast. De probatiewet evenals het - aangepaste - wetboek van strafvordering geven parketmagistraat en rechter een brede waaier van mogelijkheden om toch een tik op de vingers te geven (*supra*, Deel IV). Soms opteert de rechtshandhaving dan ook voor specifieke vormen van vrijheidsbeperking, die echter niet zo ver gaan als totale vrijheidsberoving: het tijdelijk afnemen van het rijbewijs, het vastleggen als probatievoorwaarde van een avondklok, omgangs- of straatverbod. Voor jongeren, onvermogens of verslaafden zal eerder naar (al dan niet gedwongen) behandeling worden gezocht. Dan ligt de nadruk meer op hulp, bijstand dan op straf.

GEWONE- De tweede categorie is de “gewone” criminaliteit: de klassieke dief of oplichter, de passionele moordenaar, de man die in een caféruzie iemand neersteekt. Voor dit soort daders en slachtoffers, die wij in correctionele en assisenprocedures tegenkomen, blijven de klassieke logica en procedure gehandhaafd. Hier blijft de vrijheidsstraf de normale, de vermogensstraf de aanvulling of het alternatief. Het krenkingsmisdrijf, vooral het opzettelijke, blijft de norm. Natuurlijk zorgt de wetgever voor de nodige modernisering van de bestraffing, op grond van de in de loop van de laatste 150 jaar gegroeide inzichten, onder meer over gedragsbeïnvloeding en zinvolle tenuitvoerlegging van straffen.

BIJZONDERE- De derde vorm van criminaliteit zorgt in de praktijk misschien voor de meeste veranderingen: de onstuitbare uitdeining van het economisch, sociaal en fiscaal strafrecht, de harde vuist van het exponentieel gegroeid bestuursrecht. In dit

geloven dat daar misschien de oorsprong ligt, doch dat het op heel het strafrecht kan toegepast worden. Volgens Dupont is hiermee het strafrecht niet langer een daad- of daderstrafrecht, maar een regelstrafrecht, met als dominant mensbeeld dat van de conformist (*Ibidem*, 257).

domein zijn de beweegredenen van de daders vaak economisch. Hoewel de wetgever graag terugvalt op gevaarzettingsmisdrijven (zie *supra* Deel II), valt ook eventueel ontstane schade vaak gelijk te stellen met financiële schade en dan is ze niet zelden van aanzienlijke omvang. Vandaar dat de bijzondere wetgever²⁰⁸⁶ niet alleen meer aandacht besteedt aan vermogensrechtelijke aspecten van de criminaliteit (vooral opbrengst en schade), maar ook een voorkeur lijkt te hebben voor vermogensrechtelijke sancties. Daar kunnen verschillende redenen voor zijn. Eerst en vooral achten - net zoals bij de kleine misdrijven - wetgever, Openbaar Ministerie en rechter de gevangenisstraf voor het type van daders (kleine en middelgrote witteboordencriminelen, die perfect geïntegreerd zijn in de samenleving) niet echt geschikt. Daarnaast speelt hier ook de alomtegenwoordigheid van rechtspersonen en andere samenwerkingsverbanden van sociaal-economische aard. Het klassieke strafrecht, en zeker de gevangenisstraf, kan op hen geen vat hebben, zodat weinig andere alternatieve straffen voor de hand liggen. Tenslotte baseert men zich echter ook op de denkwereld van grote en rijke criminelen, dus van fysieke personen die in deze criminaliteit verzeild geraken. Economische criminelen, zo beweren de vele gebruikers van dit argument, nemen gevangenisstraf op de koop toe als ze achteraf ongestoord van hun geld kunnen genieten. Talloze pleidooien die geleid hebben tot een intensivering van de vermogensaanpak, dragen de leuze “*de criminelen raken waar het (meest) pijn doet*”. Zij beweren immers steeds dat het op profijtgerichte criminelen pas “echt pijn doet” wanneer men ze in hun vermogen kan treffen. Met de klassieke vermogensstraffen kunnen ze blijkbaar na het uitzitten van een eventuele gevangenisstraf volop van hun “crimineel vermogen” genieten. Het argument komt, in allerlei verschillende formuleringen, keer op keer terug²⁰⁸⁷.

GEORGANISEERDE- Tenslotte is er dan georganiseerde criminaliteit, die als grote bedreiging van samenleving, rechtsstaat en openbare orde, een uitzonderingsregime rechtvaardigt zowel in het materieel strafrecht als in de procedure. Ruime bevoegdheden voor de staat en opoffering van individuele rechten ter afwending van het grote gevaar zijn hier de ordewoorden. Net zoals voor de aanpak van de

²⁰⁸⁶ Eigenlijk zijn er meerdere wetgevers: naast de federale wetgever, spelen ook de gewesten en supranationale instellingen een belangrijke rol in deze sector.

²⁰⁸⁷ “*Deze sujetten zouden zich niet laten afschrikken door enkele jaren vrijheidsstraf; alleen door hen in de portemonnee te treffen zou hun imperium kunnen worden ontmanteld.*” (GROENHUIJSEN, M., “Het juridisch tekort in het strafrecht”, *op.cit.*, 1530, die daar aan toevoegt: “*ik laat in het midden welk realiteitsgehalte toekomt aan dergelijke voorstelling van zaken*”) “*Tot een decennium terug,*” aldus Stessens, “*konden de misdadigers onder de meeste strafrechtssystemen ongestoord genieten van de opbrengsten van hun misdrijven*” (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 3)

kleintjes zijn de klassieke procedureregels te zwaar, te omslachtig en te reactief (*supra*). Anders dan bij de kleine criminaliteit zal de klassieke straf niet zozeer te zwaar, maar te licht of ongeschikt zijn (*infra*). De mistige omschrijving van “georganiseerde criminaliteit” en het opportunistisch gebruik van de term hebben we in dit proefschrift al herhaaldelijk op de korrel genomen. Samen zorgen ze ervoor dat in de discussie over de vermogensaanpak de georganiseerde en de “bijzondere” criminaliteit vaak over dezelfde kam (of met hetzelfde scheermes) geschoren worden²⁰⁸⁸.

1.3. Meer rechten voor verdachten en veroordeelden

‘KLASSIEKE’ GRONDRECHTEN- Ook voor de bestraffing heeft de opkomst van harde grondrechten natuurlijk de klassieke verhoudingen wezenlijk veranderd. Vooral de meer mondige verdachten en veroordeelden, die over de middelen beschikken om hun rechten af te dwingen, zullen van alle mogelijke juridische middelen gebruik maken om te beletten dat zij effectief een vrijheidsstraf moeten uitzitten²⁰⁸⁹. De grondrechten zetten ook minimumnormen voor de uitvoering van de vrijheidsstraf waaraan, zeker voor een land als België, een prijskaartje vastzit²⁰⁹⁰. Gevangenisbeleid kan hoe dan ook niet langer herleid blijven tot het beheren van een soort moderne maatschappelijke vergeetputten. Een aantal mensen zag zich gedwongen tot nadenken over de vrijheidsstraf als kern van het strafrechtsdenken. Ze mogen wel niet vergeten dat ook andere straffen en sancties in het vizier van de grondrechtenbescherming komen. Ook eigendom geniet immers nationale en supranationale bescherming als grondrecht, zodat in elke procedure die kan leiden tot een beperking of een inbreuk op dat recht, omzichtigheid geboden is²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁸ Cfr. *supra*, Deel I, over georganiseerde en organisatiecriminaliteit.

²⁰⁸⁹ *Supra*, Delen II en IV.

²⁰⁹⁰ Zie hierover in detail: SMAERS, G., *Gedetineerden en mensenrechten: de toepassing van het E.V.R.M. in penitentiare detentiesituaties door de Europese jurisdicties en haar gevolgen voor de rechtspositie van veroordeelde gedetineerden in België*, Antwerpen, Maklu, 1994, 348 p.

Vanzelfsprekend gaat het om het verbod van wrede of onmenselijke behandeling (art.3. EVRM en het folterverdrag: *supra*), maar ook het recht op individuele vrijheid (art.5 EVRM), een eerlijk proces, op godsdienstvrijheid, vrije meningsuiting of zelfs dat op een privéleven ((art.8) DE HERT, P., *Artikel 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht*, *op.cit.*, 328 e.v. en de daar aangehaalde Europese rechtspraak) Dat laatste, dat als grondrecht duidelijk in de lift zit (*supra*, Deel III), zal in de gevangnissen weliswaar anders ingevuld en dus beperkt kunnen worden, maar als grondrecht kan het nooit helemaal weggenomen worden (DUPONT, L., *Proeve...*, *op.cit.*, 203-206.) In te volle gevangnissen lijkt het niettemin in groot gevaar (DE CLERCK, S., *Het bos en de bomen*, *op.cit.*, 69.).

²⁰⁹¹ Art.11 (16 gecoördineerde) GW: "Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemene nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling."; Art.7, 1 E.V.R.M.: "Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht

'NIEUWE 'GRONDRECHTEN- Ook de supranationale rechten gewaarborgd in het EU-verdrag en het daarvan afgeleid recht bemoeilijken de pogingen van nationale overheden om greep te krijgen op bepaalde situaties. "Oude" oplossingen, zoals het over de grens zetten van ongewenste individuen, het buitenhouden van moeilijker te controleren "buitenlanders" uit sommige functies of (vooral) uit sommige markten houden geen steek meer. Het vrij verkeer van personen en de invoering van pan-Europese "burgerrechten" leggen de bewegingsvrijheid van de lokale en nationale overheden aan banden; dit was trouwens de uitdrukkelijke bedoeling van het hele project. De overheid merkte dat niet alleen burgers, en dus ook *dadere* van misdrijven, aan mobiliteit wonnen. De *vermogens* deden dat nog veel meer: door de vrijmaking van de financiële markten en de door nieuwe technologie gedragen mondialisering van de financiële wereld, kan geld via allerlei internationale vluchtroutes aan de greep van nationale overheden ontsnappen. Vrijheidsbeperking zit wezenlijk ingebakken in strafbeleid en, anders dan de wetgever van 1867, moet de hedendaagse wetgever door verdragen, afgeleid recht en supranationale rechtspraak behoorlijk wat "nieuwe" vrijheden dulden. Daar staat dus een zekere rem op de nog steeds toenemende overheidsinmenging in het dagelijks leven. Het zijn economische rechten, vrijheden en zekerheden die de kritische massa van de gemeenschapsverworvenheden (het "*acquis communautaire*") vormen. Zij winnen dus aan relatief belang wanneer het strafrechtelijk beleid meer en meer op vermogensaanpak, een economische aanpak, wordt gebaseerd²⁰⁹².

uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin zal een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was."; Art.15,1 I.V.B.P.R.: "*Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin, mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien, na het begaan van het strafbare feit de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren.*" Ook art.1, Eerste protocol bij het E.V.R.M. is van belang: "*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*"

²⁰⁹² In Deel I is immers gebleken dat georganiseerde criminaliteit vals speelt op de markt. De rol van supranationale instellingen en rechtsbronnen bij de handhaving van mededinging en correctie van problemen op de markt neemt toe. Dat zal ook de bestrijding van georganiseerde criminaliteit niet onberoerd laten.

1.4. Twijfels over de gevangenisstraf

ONTGOOCHELING- Heel lang bleef de vrijheidsstraf als modale vorm van bestraffing een vanzelfsprekendheid, waarvan het bestaansrecht door niemand als dusdanig werd geproblematiseerd. Dupont vindt dat geenszins verwonderlijk, “*vermits de vrijheidsbenemende straf historisch beschouwd kan worden als het vanzelfsprekend geworden alternatief voor de lijfstraffen van het Ancien Régime, die zij moesten vervangen*”²⁰⁹³. Toch bestaat er een onmiskenbare ommekeer: het inzicht dat de vrijheidsstraf, tenminste in haar huidige vorm van opsluiting in een gevangenis, vaak meer kwaad doet dan goed zodat er uitermate zuinig en voorzichtig mee omgesprongen moet worden²⁰⁹⁴. Dat heeft niet alleen te maken met het meest nijpende probleem van overbevolking van de gevangenen, al heeft de inflatie van strafwetten als middel voor gedragsbeïnvloeding het inderdaad eenvoudigweg onhaalbaar en onbetaalbaar gemaakt alle vrijheidsstraffen werkelijk uit te voeren. Daarnaast hebben ook evoluties in het mensbeeld van het strafrecht en vragen naar de zin van de straf en haar uitvoering mensen aan het denken gezet. Wie hoopt dat de dader in de gevangenis zijn fouten zou inzien, zijn leven zou beteren of door het werk gelouterd zou worden, komt meestal bedrogen uit. De uitvoering van de vrijheidsstraf produceert veel verbittering, verharding, vervreemding van het maatschappelijk leven, verzwakking van familiale banden en vermindering van arbeidskansen. De ex-gevangenen vallen dan ook niet zelden terug op een alternatief sociaal netwerk van lotgenoten, dat hen al vlug opnieuw in de criminaliteit doet verzeilen. Daarom hebben alternatieven zoals het (probatie)uitstel van tenuitvoerlegging van straffen (niet alleen gevangenisstraffen) het licht gezien. Vooral de korte gevangenisstraffen blijken ongeschikt om de beweerde doelstellingen ervan te realiseren²⁰⁹⁵.

DOEL VRIJHEIDSSTRAF- De grote ontgoocheling als gevolg van de kloof tussen vooropgestelde en werkelijke resultaten van de vrijheidsstraf²⁰⁹⁶ heeft aanleiding gegeven tot totaal verschillende beleidskeuzes. Het schijnbaar uitzichtloze van alle

²⁰⁹³ DUPONT, L., “Proeve van voorontwerp van Beginselenwet Gevangeniswezen en Tenuitvoerlegging van Vrijheidsstraffen”, in DUPONT, L.(ed.), *Op weg naar een beginselenwet gevangeniswezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 123.

²⁰⁹⁴ Dupont heeft het over een “*op inzicht en ervaring gesteunde, steeds lucider wordende opvatting (althans in kringen van wetenschappers en in kringen van diegenen die dagdagelijks betrokken zijn bij de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraffen) dat de vrijheidsstraf als reactie op delinquentie tot een minimum moet worden teruggedrongen*” (DUPONT, L., “Proeve van...”, *op.cit.*, 123-124.)

²⁰⁹⁵ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 401 en haar verwijzingen in voetnoot 1365.

verbeteringspogingen heeft tot gevolg dat vooral vanuit de rechtervleugel van het politieke spectrum opnieuw de oude retoriek opduikt. In de vaak opportunistische, soms zelfs gratuite uitspraken over de "harde aanpak" kan men niettemin ook een fundamentele visie op het doel van de vrijheidsstraf ontwaren. In feite bepleiten haar voorstanders een terugkeer naar zo hard mogelijke bestraffing, zonder franjes²⁰⁹⁷. Het doel van de straf herleiden zij tot de aloude "vergelding" (verdiende loon) en bescherming van de maatschappij door verwijdering van het "gevaarlijk" individu. Zij gooien de "naieve" pogingen om andere doelstellingen te bereiken, onder meer door alternatieve invulling van de vrijheidsstraf, resoluut overboord als tijd- en geldverspilling. Bij de uitvoering van de vrijheidsstraffen leggen zij de nadruk op harde discipline, het ontzeggen van zogenaamde luxe en verwenning, het zo laag mogelijk houden van de kosten voor de "eerlijke" mensen buiten de gevangensmuren en - desondanks - het effectief uitvoeren van lange straffen²⁰⁹⁸. Zij blijven bewust vaag over het antwoord op een aantal prangende vragen die het gevolg zijn van dergelijke keuzes.

MINDER AMBITIEUS- Wetenschappers en personen die dagdagelijks betrokken zijn bij de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraffen zijn het, misschien verrassend genoeg, volmondig eens met het terugschroeven van de verwachtingen die een maatschappij mag hebben van de positieve effecten van een gevangenisstraf. Zij staan echter een meer "Verlichte" hervorming voor. Zij erkennen dat in sommige gevallen voorlopig geen alternatief voor opsluiting bestaat (*infra* 1.5.) en kiezen daarom voor de basisregel van Hippocrates, de vader van de geneeskunde: "*Eerst en vooral geen schade toebrengen*". In het strafrecht, dat (rechtsgoederen)beschadiging nu precies als voorwerp heeft, klinkt dat paradoxaal. De hervormers beschouwen het gevangenzetten, het verlies van bewegingsvrijheid zelf als de enige en voldoende straf (toegelaten "beschadiging")²⁰⁹⁹. Zij vragen de overheid alle verdere "detentieschade" daarom zo klein mogelijk te houden²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁶ En van de "alternatieven voor die vrijheidsstraf", cfr. supra voetnoot 2070.

²⁰⁹⁷ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 29-30 verwijst naar het "justice model in de V.S. dat uit een dergelijke "nothing works"-ongenoegen gegroeid zou zijn.

²⁰⁹⁸ Over deze "nieuwe repressiviteit", zie: KELK, C., *op.cit.*, 10.

²⁰⁹⁹ DUPONT, L., "Proeve...", *op.cit.*, 135 citeert Patterson: "*People are sent to prison as punishment, not for punishment*"

²¹⁰⁰ Natuurlijk begrijpen zij ook wel dat de uitvoering van de vrijheidsstraf de beperking van een aantal andere vrijheden nodig maakt opdat een zo ingewikkelde samenleving als een gevangenis leefbaar zou blijven. In de huidige praktijk blijken echter talloze buitensporige beperkingen te zitten, die voor een groot deel verantwoordelijk zijn voor de contraproductiviteit van gevangenisstraffen.

BEPERKING DETENTIESCHADE- De hervormers wijzen erop dat het in de overgrote meerderheid van gevallen de bedoeling is dat de veroordeelden na het verlaten van de gevangenis terugkeren in de maatschappij als burgers, als dragers van rechten en plichten. Zij moeten leren verantwoordelijkheid op te nemen, wat een zekere mate van zelfbestemming veronderstelt. Daarom moeten ook binnen de muren van de gevangenis de mensen een regime krijgen dat hen naast plichten ook rechten geeft, in plaats van de willekeur die aan een systeem van loutere gunsten vastzit²¹⁰¹. Een zinvolle uitvoering van de gevangenisstraf gebeurt volgens een geïndividualiseerd detentieplan²¹⁰². Zij minimaliseert de negatieve effecten van de gevangenschap en maakt de veroordeelde werkelijk klaar voor een terugkeer in de maatschappij, door hem op te leiden of de discipline van een betaalde dagtaak bij te brengen. Betaalde arbeid kan mogelijkerwijze ook bijdragen tot het herstel van de door de dader veroorzaakte schade. Het ligt voor de hand dat een dergelijk regime in een land als het onze enkel kan wanneer het aantal gevangenen vrij beperkt blijft. De gevangenisstraf mag dan ook slechts worden uitgevoerd als het echt niet anders kan. Daarenboven zal de nadruk moeten liggen op het zoveel mogelijk behouden van banden tussen de gevangene en de maatschappij, zodat de muren van de gevangenis bij wijze van spreken een beetje "poreus" worden.

UITLAATKLEP- De beperkte capaciteit van de gevangenissen en de twijfels over de geschiktheid van gevangenisstraffen doen het Openbaar Ministerie er vaak voor kiezen de korte gevangenisstraf in de praktijk niet (volledig) uit te voeren. De wetgever tracht de druk van de ketel te halen door de wetgeving inzake verzachtende omstandigheden, opschorting en uitstel en dergelijke steeds verder open te trekken naar zwaardere misdrijven en daders met een zwaarder verleden. Wat nog meer opvalt is dat de overheid meer en meer gaat steunen op geldboetes als alternatieve vorm van bestraffing²¹⁰³. In deze algemene evolutie heeft de opkomst (of verrijzenis²¹⁰⁴) van de geldboete vooral te maken met ontevredenheid, ontgoocheling over de gevangenisstraf. Wijffels geeft op overtuigende wijze aan dat over de zin en onzin van de geldboete als zelfstandige sanctie bijna nooit nagedacht

²¹⁰¹ DUPONT, L., "Proeve...", *op.cit.*, 130 e.v. bepleit deze "rechtspositionele benadering van de gedetineerde".

²¹⁰² Cfr. DUPONT, L., "Proeve...", *op.cit.*, 147-149.

²¹⁰³ En andere alternatieve straffen, zoals ontzettingen, beroepsverboden e.d. KELLENS, G., *op.cit.*, 217-247 (over de *peines privatives de droits*)

²¹⁰⁴ *Supra*, Hoofdstuk 1, §1.

wordt²¹⁰⁵. Meestal lauwert men haar vooral omdat zij een aantal nadelen van de gevangenisstraf duidelijk niet heeft, niet omwille van de eigen “waarde”, de eigen verdienste van de geldboete als sanctie²¹⁰⁶. De vermogenssanctie bestudeert men in de meeste gevallen dan ook als alternatief voor de gevangenisstraf, wanneer die niet aangewezen of praktisch mogelijk is. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval voor de in recht en maatschappij steeds prominentere rechtspersonen, voor wie de fysieke vrijheidsberoving gewoonweg niet kan (zie het in 1999 ingevoerde 41bis Sw.).

1.5. Georganiseerde criminaliteit is anders

VRIJHEIDSTRAF NOODZAKELIJK- De “nieuwe” vermogensaanpak betekent een trendbreuk omdat hij -ondanks een aantal retorische hints van het tegendeel²¹⁰⁷- niet zozeer als een *alternatief* voor, maar als een *aanvulling* op de gevangenisstraf geldt. In de niet altijd van tegenstrijdigheden gespeende discussie over georganiseerde criminaliteit pleit immers nauwelijks iemand voor het aan de kant schuiven van de vrijheidsstraf. Integendeel, het stereotype van georganiseerde criminaliteit als grote bedreiging, zorgt ervoor dat wie “ertoe behoort” bijna automatisch ingedeeld wordt in de categorie van gevallen waarvoor er geen alternatief bestaat voor de vrijheidsstraf. Zelfs een scepticus tegenover gevangenisstraf, zoals Dupont, erkent immers dat, ondanks haar onmiskenbare gebreken, de vrijheidsstraf, als noodzakelijk kwaad aangewezen blijft wanneer “*er redelijkerwijze beschouwd geen enkel alternatief voorhanden is met het oog op de belangen van de rechtshandhaving.*” Hij denkt daarbij aan drie gevallen²¹⁰⁸. Eerst en vooral “*wanneer een daad-dader-complex wijst op een dergelijke gevaarsituatie voor fundamentele waarden in de samenleving, dat de alternatieven in het concrete geval onvoldoende garanties blijken te bieden voor de vrijwaring ervan.*”²¹⁰⁹ Ten tweede blijft de effectieve gevangenis nodig voor delinquenten die resistent zijn (geworden) voor het impact van alternatieven²¹¹⁰. Tenslotte moet de gevangenisstraf ook uitgevoerd worden in de gevallen “*waarin de*

²¹⁰⁵ Daarmee blijven een aantal nadelen die verbonden zijn aan de hoge geldboete, onderbelicht: de afwentelbaarheid op derden, het gezin dat de dupe is, de ongelijke behandeling, mogelijks zelfs klassejustitie, de vervangende gevangenisstraf die blijft bestaan, als korte gevangenisstraf die men net zo ongeschikt bevonden heeft. Zie KELLENS, G., *op.cit.*, 224 en 234; VAN VEEN, T., “De geldboete en het doel van de straf”, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1972, 159-169, WIJFFELS, A., *op.cit.*, 28-29.

²¹⁰⁶ WIJFFELS, A., *op.cit.*, 2. Cfr. voor Nederland: MULDER, A., “Beschouwingen over de geldboete”, in: *Liber Amicorum Th.W. Van Veen*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, 203.

²¹⁰⁷ De verwarring is een onvermijdelijke uitloper van de verwarring tussen georganiseerde criminaliteit en criminaliteit in het bijzonder strafrecht, vooral “gesofisticeerde witteboordencriminaliteit”. (*supra*)

²¹⁰⁸ DUPONT, L., “Proeve van...”, *op.cit.*, 126.

²¹⁰⁹ Hierin herkennen duidelijke een behoefte aan “bescherming van de maatschappij”.

²¹¹⁰ Dit is het geval waarin de alternatieven niet geschikt zijn voor “bijzondere preventie”.

*maatschappelijke onrust of de door het recht en zijn rechtsbeginselen te kanaliseren vergeldingsbehoeften van de samenleving, alle omstandigheden in acht genomen, op geen andere wijze tot bedaren kan worden gebracht dan door het opleggen van de vrijheidsstraf.*²¹¹¹”

MAAR ONVOLDOENDE- In de complexe molecule die een criminele organisatie kan zijn, is het niet alleen moeilijk te veralgemenen, maar ook dom²¹¹². Het spreekt vanzelf dat meedogenloze kernleden gerust anders aangepakt kunnen worden dan toevallige medecontractanten, afgeperste “handelspartners” of “meelopers”. Toch staan we in zowat alle situaties waarin georganiseerde criminaliteit zich manifesteert, dat wil zeggen wanneer leden van de organisatie echt strategisch geweld gebruiken, in de tegenaanval gaan tegen de handhavingsinstanties, voor minstens één van Duponts drie situaties waarin een effectieve vrijheidsstraf onvermijdelijk zal zijn. Bij georganiseerde criminaliteit fungeert de vermogensaanpak dus veel minder als een alternatief voor, dan wel als een aanvulling op de vrijheidsstraf. Die blijft nodig, maar volstaat niet: er moet nog iets bovenop komen²¹¹³. In Deel II kwamen de mensbeelden die - onbewust - de aanpak van georganiseerde criminaliteit beheersen al zijdelings aan bod. Enerzijds is er het beeld dat leeft bij de wetgever van de *individuele menselijke persoon* die deel uitmaakt van een criminele organisatie. Het gaat dan een combinatie van de rekenende *homo economicus* uit de klassieke tijd en de gevaarlijke - want onverbeterlijke - *homo criminalis* uit de tijd van de positivisten. Wanneer dan de rechtshandhaving oog in oog staat met die menselijke persoon, zal men zowel in de strafvordering als de straftoemeting wel ruimte vinden voor nuance en individualisering.

Daarnaast domineert een ander “mensbeeld”: dat van de criminele organisatie als zelfstandige “(straf)rechtspersoon” dat wil zeggen een door het recht geschapen fictieve persoon. Aangezien die nooit oog in oog met een rechter komt te staan, treffen wij daar het beeld van de *homo economicus criminalisque* (de “rekenende onverbeterlijke crimineel”) in zijn meest onversneden vorm aan. De gevangenisstraf

²¹¹¹ Hier zien we het aspect van vergelding, waarbij de straf dient als rem op “wilde vergelding” en als noodzakelijk kwaad met het oog op verzoening, herstel van de maatschappelijke vrede.

²¹¹² Supra, Deel II.

²¹¹³ “(Met de wet van 1990 –*infra*, Hoofdstuk 4-) werd ontegensprekelijk een nieuwe benadering geïntroduceerd: de strafrechtelijke aandacht dient niet langer uitsluitend te worden gericht op de vrijheidsbeneming van de dader maar eveneens op de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.” (eigen onderstreping –fv–), aldus twee gespecialiseerde rijkswacht-officieren: DE BIE, B. en MICHOT, A., “De aanpak van de profijtgerichte criminaliteit: een symbolische strijd?”, *Politeia* maart 1998, 8ste jaargang, nr.3, 18.

voor individuele leden is slechts een instrument voor het 'neutraliseren' van het gevaar dat van de organisatie uitgaat. Ook een vermogensaanpak kan helpen haar onschadelijk te maken. Daarenboven moet die aanpak ook inspelen op het *homo economicus* aspect, want dat zou de zwakke plek van de criminele organisatie uitmaken²¹¹⁴.

VOORDEELSONTNEMING ALS NIEUW DOEL- Stessens somt de gedachtengang mooi op. "*Deze hervorming van de rechtshandhaving wordt genoodzaakt door het falen van de staat bepaalde, profijtgerichte criminaliteitsvormen succesvol te bestrijden met de traditionele middelen van het strafrecht en het strafprocesrecht. Het economische en politieke gevaar dat sommige criminaliteitsfenomenen creëerde, noopte ertoe nieuwe middelen ter bestrijding van deze vormen van criminaliteit in het leven te roepen.*" Daarmee bedoelt hij de confiscatie (het afnemen) van "criminele vermogensvoordelen", de strafbaarstelling van witwassen en de financiële normen ter voorkoming van witwassen²¹¹⁵. En dan volgt het nieuwe dogma: "*Om effectief te zijn moet de bestrijding van deze vormen van criminaliteit gericht zijn op ontnemen van het profijt.*"²¹¹⁶ Omdat de klassieke bestraffing zoals gezegd andere doelstellingen nastreeft²¹¹⁷, zijn de verregaande veranderingen niet alleen wenselijk, ze zijn meteen ook gerechtvaardigd.

§ 2. Beweerde tekortkomingen van de vrijheidsstraf bij georganiseerde criminaliteit

2.1. De criminele organisatie vervangt gevangengezette elementen en blijft voortdraaien

VERVANGBAARHEID- De criminelen die we in dit proefschrift als "georganiseerd" beschouwen, kenmerken zich onder meer door pogingen om de overheidsinspanningen tegen hen af te wentelen. Wanneer de pogingen om detectie of bewijsvoering te bemoeilijken (*supra* Delen II, III en IV) hebben gefaald,

²¹¹⁴ " *What bothers us most is when you take our money away. We'd rather stay in jail and keep the money than be free without the money: that's the main thing,* a ranking pentito explained to Italy's parliamentary Anti-Mafia Commission. *There in a few words is the problem and the solution, in reverse order. Money is the reason for the big crime syndicates' existence and, like Samson's hair, the source of their strength. Taking it away is the solution. Finding it is the problem.*", aldus STERLING, C., *op.cit.*, 197.

²¹¹⁵ Eigenlijk gaat het eerder om het proactief detecteren en opsporen van witwassen, eerder dan om echte preventie. (*infra*)

²¹¹⁶ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, xxxi.

²¹¹⁷ De pleitbezorgers van de vermogensaanpak gooien die meestal niet uitdrukkelijk overboord, meestal zwijgen zij er gewoonweg over.

zal de criminele organisatie (zoals gezegd spreekt men over haar als over een persoon) de uitvoering van de straf trachten te bemoeilijken. Zo mogelijk loodst zij personen voor wie opsluiting dreigt, naar een veilige (buitenlandse) schuilplaats en verleent ze hen daar onderdak. Indien een verblijf achter de tralies dan toch onvermijdelijk is, zullen de leden en zeker de leiders van criminele organisaties trachten ook die situatie in hun voordeel om te buigen. Door de in Delen I en II besproken bestendigheid van criminele organisaties, het voortzetten van hun activiteiten ondanks het komen en gaan van individuen²¹¹⁸, heeft de veroordeling van afzonderlijke leden tot gevangenisstraffen weinig, in de ogen van de bestrijders alleszins onvoldoende impact²¹¹⁹, zelfs met de nieuwe, ruime strafbaarstellingen uit Deel II²¹²⁰.

CONTACTENBEURS- Een andere, vaak gehoorde kritiek op gevangenissen –al meer dan tweehonderd jaar- is dat het “universiteiten van de misdaad” zijn. Criminelen ontmoeten er andere, vaak nog ergere criminelen, smeden er coalities en vriendschappen, leren er truuks en technieken van mekaar. De gevangen leden van een criminele organisatie zullen de gevangenissen, die bedoeld zijn om hen te straffen en af te zonderen gebruiken om zaken te doen, hun macht of gezag uit te bouwen en contacten te leggen, als een soort (handels)beurs. Het verblijf in de gevangenis vormt ook een test, die - eenmaal doorstaan - eerder als een sterk punt in het crimineel C.V. geldt.

2.2.Criminele organisatie controleert gevangenis en zet activiteiten voort vanuit gevangenis

INTRA MUROS- Zowel voor zaken binnen de gevangenissen als voor zaken in de buitenwereld levert de organisatie daarbij haar meerwaarde op. Gevangenissen als eilanden totaal isoleren van de rest van de maatschappij is niet alleen heel moeilijk te realiseren en heel duur. De conformiteit van een dermate streng regime met de hedendaagse interpretatie van de grondrechten en de hedendaagse visie op het doel

²¹¹⁸ Deze vervangbaarheid is vaak minder te wijten aan een piramidiaal gestructureerde bureaucratie, dan aan een netwerk van relaties waarbij het verdwijnen van een knooppunt gemakkelijk op te lossen valt omwille van de talloze alternatieve wegen tussen twee knooppunten in een netwerk (*supra*, Delen I en II).

²¹¹⁹ Zo zei president Nixon al in 1969 dat "*as long as the property of organized crime remains, new leaders will step forward to take the place of those we jail.*" (PIANIN, I., "Criminal Forfeiture: Attacking the Economic Dimension of Organized Narcotics Trafficking", *The American University Law Review* 1982, 228, voetnoot 7.)

²¹²⁰ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 12-13.

van de straf²¹²¹ zijn twijfelachtig. Daarenboven geldt binnen deze instellingen op een vrij ruwe manier een “*survival of the fittest*”. Echte criminele organisaties, met de reeds herhaaldelijk genoemde sterke kanten, slagen er dan ook in het gevangenisregime naar hun hand te zetten. Zij zetten hun leidende en scheidende rol binnen de onderwereld voort binnen de muren van de strafinrichting, waarbij hun geweldpotentieel doorslaggevend is²¹²². Zij kunnen gedetineerden “beschermen” of het leven moeilijk maken, zij kunnen zorgen voor drugs, tabak, seks of andere schaarse en gegeerde goederen of diensten. Ze teren daarvoor enerzijds op de intimidatie die van hen als groep uitgaat en op de corrupte medewerking van gevangenspersoneel, bezoekers of advocaten. Dat in een dergelijke atmosfeer de vrijheidsstraf haar doel -of dat dan resocialisatie dan wel zuivere vergelding is- voorbijschiet, is duidelijk²¹²³.

EXTRA MUROS- Nog verontrustender voor de overheid zijn de leden van de organisatie die vanuit de gevangenis hun criminele activiteiten blijven voortzetten. In extreme gevallen bleven maffiabazen en (minder) leiders van terroristische organisaties de activiteiten van de organisatie leiden en organiseren vanuit de gevangenis²¹²⁴. In sommige gevallen zelfs met enig plezier omdat zij zich in de gevangenis beter beveiligd voelden tegen de concurrentie dan daarbuiten²¹²⁵. Via advocaten, bezoekers en moderne communicatiemiddelen blijven de opgesloten

²¹²¹ *Supra*, 1.4.

²¹²² Dat heeft vaak te maken met de omvang en bestaffing van de gevangenis.

²¹²³ Wie zuivere vergelding als enige functie van de straf beschouwt, moet zich erover beraden of het rechtvaardig is dat precies de “zwaarste of gevaarlijkste” criminelen het regime behoorlijk kunnen temperen, onder meer door misbruik te maken van de andere gestraften. Nog slechter ziet het eruit voor wie de hoop behoudt dat de gestraften na afloop van de vrijheidsstraf opnieuw in de maatschappij zullen belanden en zich vervolgens normconform zouden gedragen. Eerder dan de gedetineerden terug “op het goede spoor” te brengen en hen voor te bereiden op een latere terugkeer in de rechtsstaat, krijgen zij een vaak zeer indringende bevestiging van de wet van de jungle.

²¹²⁴ Wanneer hij het door journalisten vaak herkauwde verhaal van Camorrista Michele Zaza vertelt, heeft FREEMANTLE, B., *op.cit.*, 91-92 het over diens pogingen een heel Zuid-Frans casino over te nemen “*and that despite the fact that Zaza was in custody.(...) prison wasn't a problem. Money bought the cooperation of guards and it was practically as easy to run the New Family from inside a penitentiary as it was from outside.*”

²¹²⁵ KLEEMANS, E., VAN DEN BERG, E. en VAN DE BUNT, H., *Georganiseerde criminaliteit in Nederland, op.cit.*, 93 schrijven in het hoofdstuk “de omgeving als risicofactor”: “*Het is echter de vraag of de opsporende overheid in de ogen van de daders wel als belangrijkste ‘vijand’ moet worden beschouwd. Het strafrecht kent immers geen doodstraf; het criminele milieu wel. Daarom blijken daders soms bang te zijn voor de geweldsdreiging van het criminele milieu dan voor de opsporende overheid. Een transporteur die zijn diensten verleende aan een Nederlandse drugshandelaar, verzucht blij te zijn in de gevangenis te zitten: ‘dan hoef ik niet meer achterom te kijken’. Niet omdat hij dan verlost is van de opsporende overheid, maar omdat hij dan tijdelijk niets meer te vrezen heeft van het criminele milieu.*”

leiders op de hoogte van het reilen en zeilen van de zaken. Zij behouden de controle over hun "criminele onderneming" via een vrij gebleven tussenpersoon die hen loyaal blijft²¹²⁶. Italiaanse onderzoekers stelden bijvoorbeeld vast dat maffiavrouwen een belangrijke rol speelden bij het interim-management van de afpersingsactiviteiten van hun gevangengezette echtgenoten²¹²⁷. Dit opzet kan echter enkel slagen indien hun machtsbasis (geweld en geld) onaangetaast blijft²¹²⁸. Zij moeten hun feitelijke plaatsvervangers op het terrein blijven controleren evenals hun stromannen die op papier over belangrijke stukken van de criminele onderneming kunnen beschikken. Om heel zware bestraffing te vermijden moeten zij ook het slachtoffer en andere getuigen laten weten dat ondanks de vrijheidsstraf van de hoofdverdachte, diens medestanders op vrije voeten een voortdurende dreiging blijven.

2.3.Criminele organisatie belet ontmanteling ondanks gevangenisstraffen en belet resocialisatie

EEN VOOR ALLEN- Defoort²¹²⁹ verkondigt de uitdagende stelling dat er in wezen weinig verschil bestaat tussen staten en georganiseerde criminaliteit als *schaduwoverheid*. Hij wijst erop dat maffia-groepen, zelfs binnen hun "fundamenteel onrechtvaardige" activiteiten een zekere "rechtvaardigheid" aan de dag moeten leggen. Daarmee onderscheidt georganiseerde criminaliteit zich van zuivere "roof". Wanneer ze van middenstanders bescherming afperst, moet ze ook optreden tegen andere kandidaat-afpersers. Het bedrag van de "heffing" moet in verhouding staan tot het inkomen van de middenstander en slachtoffers in vergelijkbare economische

²¹²⁶ Eén van de meest beruchte gevallen van een criminele onderneming voor wie de gevangenis eerder een goedbeveiligd schuilhol dan een strafuitvoering heeft betekend, is natuurlijk het geval Pablo Escobar. De drugskoning zou de gevangenis zelf laten bouwen hebben. Hij heeft er een luxeleven geleid en zijn zaken voortgezet. Zodra daar verandering in dreigde te komen, is hij uitgebroken en ontsnapt. Er bestaan echter talloze minder bekende gevallen waarin te gevangenis muren te poreus zijn gebleken voor criminele organisaties.

²¹²⁷ LONGRIGG, C., *Maffiavrouwen*, op.cit., 80-85: "Een capo aanvaardt gevangenisstraf als risico van zijn vak, en veel capi blijven binnen de muren van de Italiaanse gevangenis ongehinderd opereren. Op het moment dat zijn vrouw gearresteerd wordt, beginnen de moeilijkheden pas goed. Zonder zijn militaire aanwezigheid en zonder zijn vrouw die hem ter plekke vertegenwoordigt en bij 'zijn' mensen heffingen int, is hij zijn terrein kwijt."

²¹²⁸ FBI-man W.Vanderland vertelt aan een Belgisch journalist: "De daders van de misdaden moeten uiteraard in de boeien worden geslagen. Maar het is niet meer onze topprioriteit om de top van de maffia-organisaties achter de tralies te krijgen. Kijk naar John Gotti, die vandaag vanuit de gevangenis in Colorado nog steeds zijn organisatie leidt. Daarom concentreren wij ons op de vernietiging van de activa van de organisatie." (BROCKMANS, H., "De maffia, een ministaat, witwassen van misdaadgeld", *Trends* 8 april 1999, 33.)

²¹²⁹ DEFOORT, J., *Wet en geweld, over recht en gerechtigheid*, Kapellen, Pelckmans, 1994, 16, (dit ligt in het verlengde van Bovenkerk's beschouwing over de functie van georganiseerde criminaliteit in Deel I)

situaties moeten op een vergelijkbare behandeling kunnen rekenen²¹³⁰. Afspraken moeten nagekomen worden of er komen sancties: verraders krijgen een straf en wie trouw blijft een beloning. Net zoals staten hebben criminele organisaties een zekere “verdelende rechtvaardigheid” nodig om zelfvernietigende conflicten te vermijden²¹³¹. Wegens het ontbreken van externe, formele bindmiddelen hebben zij die misschien zelfs nog méér nodig dan “legitieme” staten. Eén van de verschillen tussen georganiseerde en gewone criminaliteit is dus dat het collectief, het gemeenschappelijk belang primeert op het eigenbelang, op het ieder-voor-zich dat vele gewone criminele coalities typeert²¹³². De leden van criminele organisaties weten dat zij met hun dagdagelijkse criminele activiteiten gevangenisstraffen riskeren. Voor velen van hen vormt het uitzitten van (korte en middellange) gevangenisstraffen één van de gewone risico’s van het vak. Zij brengen een offer voor de organisatie. Vaak hebben de leden van criminele organisaties voldoende loyaliteit om zware straffen te ondergaan zonder dat zij aan het “praten” gaan. Doch de “achterblijvers” mogen een dergelijke trouw niet als vanzelfsprekend beschouwen. Daarom gaat de stok, dat wil zeggen de dreiging met vergeldingsacties tegen de gevangene of zijn familie bij “verraad”, vergezeld van een wortel: de beloning van de gevangene.

ALLEN VOOR EEN- De organisatie maakt daarom het verblijf in de gevangenis aangenamer. De lagere rangen, die door het materieel contact met illegale goederen of activiteiten het meeste kans lopen om gevat te worden, verzekert men bij wijze van spreken tegen dit beroepsrisico. De vrienden van de organisatie zorgen bijvoorbeeld voor goede advocaten²¹³³, die soms namens de organisatie toezicht en eventueel druk uitoefenen op de gevangene. De beloning komt in de vorm van reïntegratie in de organisatie na vrijlating, eventueel bepaalde gunsten in de gevangenis die door bezoekers of corrupte bewakers worden binnengesmokkeld. Het belangrijkste middel is waarschijnlijk het onderhoud van de familie tijdens de gevangenschap en/of een tussenkomst in het reisbudget voor het gevangenisbezoek door de familie. Een betere illustratie van het dilemma voor de overheid is nauwelijks

²¹³⁰ BROCKMANS, H., "De maffia, een ministaat", *op.cit.*, 32 laat de witwasofficier van de Europese Bank voor Reconstructie en Ontwikkeling (van Oost-Europa) aan het woord: "Vergeet niet dat je in Rusland winst kan maken. De maffia heeft goed begrepen dat men buitenlandse investeerders hun deel van de koek moet gunnen. Ze zullen de kip met het gouden ei niet slachten."

²¹³¹ De sterkste organisaties bogen immers op een soort “coöperatief” gedachtengoed, de zelfhulp of ook “onderlinge bijstand) van groepen die er niet in slagen via de bestaande maatschappelijke structuren hun doelen te realiseren.

²¹³² *Supra*, Deel II, Hoofdstuk 5.

denkbaar. Enerzijds kan men de geografische spreiding van gevangenen en het vergroten van de afstand tot hun criminele thuisbasis of crimineel verleden verdedigen. Het zou dan immers hun “hervorming” makkelijker maken, hen uiteindelijk uit de greep van de organisatie verlossen, hun “(gewetens)vrijheid” teruggeven. Om criminele organisaties uit te schakelen wil men de veroordeelden isoleren, een breuk met de crimogene groep en ook een afsnijden van de communicatie opdat het voortzetten van de criminele onderneming onmogelijk zou worden. In de praktijk blijkt dat echter ook de band met de eigen familie daardoor nog meer onder druk komt. Voor zover de familie en de criminele organisatie op dezelfde golflengte zitten, kan dat zelfs uitdrukkelijk de bedoeling zijn. De keerzijde van de medaille is dat naarmate de afstand tussen gevangene en zijn familie groter wordt en (in grotere landen of bij 'Europese' spreiding zeker) de reiskosten toenemen, de “bijstand” van criminele organisatie belangrijker wordt²¹³⁴.

DECLASSERING- Hoewel de individuele gevangene misschien wel in de verleiding komt afstand te nemen van de organisatie, zal de toegenomen afhankelijkheid van het achtergebleven gezin meestal het tegenovergestelde effect hebben. Soms willen de familieleden ook helemaal niet dat de gevangene zou breken met de organisatie. Voor “normale” veroordeelden wint nu dus het idee veld dat het gevangenisregime de “collaterale” detentieschade moet minimaliseren en de gevangenen moet voorbereiden op terugkeer in die maatschappij²¹³⁵. Daarvoor moet er volgens de voorstellen van Dupont zoveel mogelijk individuele keuzemogelijkheid bestaan voor de gedetineerden, ze krijgen een recht op een job of opleiding maar geen verplichting. Kiezen voor werk heeft dan wel positieve gevolgen inzake sociale zekerheid, pensioen, vrijheid onder voorwaarden e.d. Gevangenen zouden ook hun eigen kleren mogen dragen, zodat het gevangenisleven net iets meer ruimte geeft voor persoonlijke keuzes. Zij zouden misschien ook het recht krijgen om zo dicht mogelijk bij huis opgesloten te worden. Dit alles zou moeten bijdragen tot hun

²¹³³ *Supra*, Delen I, II, III en iets minder in Deel IV.

²¹³⁴ De busreizen voor families naar de over heel Spanje (met inbegrip van de 2000 km verder gelegen Canarische eilanden of op de Noord-Afrikaanse kust gelegen enclaves) verspreide ETA-gevangen, georganiseerd door ETA-gezinde verenigingen, vervullen een belangrijke “groepsvormende functie”. Het gaat om een variant van een wel vaker vastgesteld cultiveren van “gemeenschappelijke” nederlagen als cement voor groepsvorming. Tegenstanders van het spreidingsbeleid wijzen op de jarenlange indoctrinatie tijdens de busreizen en het gecultiveerde “onrechtsvaardigheidsgevoel” dat vooral bij de jonge busreizigers (kinderen, broers of zussen van gevangenen) een uitermate belangrijke factor vormt bij de recruitering voor het gewelddadig separatisme.

herinschakeling in de maatschappij bij vrijlating en vermindering van het risico op het “hervallen” in de criminaliteit. Stevig uitgebouwde criminele organisaties gaan nu precies de nieuwe “vrijheden” misbruiken om reclassering te bemoeilijken. Hoe dichter de gevangene bij het “grondgebied” van de organisatie zit, hoe moeilijker hij aan hun druk ontkomt (*supra*). Organisaties zullen hun leden kunnen verbieden in de door de overheid aangeboden activiteiten (werk, opleiding, behandeling,...) te stappen die de springplank naar een “legaal” bestaan moeten vormen. Zo onthouden zij hen het eraan verbonden loon en de sociale zekerheidsrechten en bestendigen zij de afhankelijkheid van de organisatie²¹³⁶. De resocialisatie-idee was al aangeschoten. Criminele organisaties schieten nu zelfs de minder ambitieuze pogingen om detentieschade te beperken helemaal aan flarden door hun leden te verbieden van de geboden mogelijkheden gebruik te maken. Al deze elementen maken het voor leden van sterke organisaties moeilijk om tijdens het gevangenschap tot “inkeer” te komen of om zelfs gewoon “eieren voor hun geld te kiezen” en te gaan praten. De organisaties vormen een onderwereld, een tegenwereld, zodat een terugkeer in de maatschappij na de gevangenisstraf een terugkeer naar georganiseerde criminaliteit betekent.

GELD EN (BETAALD) GEWELD- Zowel voor het voortzetten van de activiteiten ondanks de gevangenschap als het “neutraliseren” van het risico dat gevangen leden de organisatie beschadigen, zal de criminele organisatie een prijs moeten (kunnen) betalen. Soms kan een emotionele of ideologische band voor motivatie zorgen, maar in de overgrote meerderheid moet er boter bij de vis komen. Zoals zowat heel het maatschappelijk leven kan de boel slechts draaiend gehouden worden zolang de financiële middelen bestaan. Schuilplaatsen, transportmiddelen, wapens, steun aan leden, corruptie, geweldpleging, communicatiemiddelen: het kost allemaal geld. De illegaliteit betekent meestal nog eens een aanzienlijke meerprijs. Omdat geld het “bloed” van de criminele organisatie is, zal het afpakken ervan of het blokkeren van de geldstroom tot de “dood” van de organisatie leiden. De wurggreep van de organisatie lost en de gewone regels van het strafrecht kunnen herleven. De straf

²¹³⁵ Het idee van gevangenschap als een periode van “loutering”, waarna men goede voornemens opdoet met het oog op reïntegratie in de maatschappij is voor “gewone” criminelen al behoorlijk onder vuur gekomen.

²¹³⁶ Een minder belangrijk probleem lijkt dat van de bendeledij. In de V.S. hebben een aantal gewelddadige straat- en motorbendes strikte kledijcodes, een soort uniformen. De gevangenisdirectie zal erop moeten toezien dat door de vrije kledijkeuze de bendeoorlogen niet voortgezet dreigen te worden in de gevangenissen. Het komt ons voor dat de Belgische gevangenissen vrij klein zijn in vergelijking met de Amerikaanse, zodat een betere controle

kan haar werk doen en zelfs zij die niet gestraft zijn in de traditionele zin, worden toch geneutraliseerd indien de overheid de organisatie financieel kan droogleggen. Vandaar de nood aan een vermogensaanpak.

2.4. Geldstromen als bewijs tegen echte leiders en investeerders

VERBAND- De structuur van criminele organisaties is niet alleen gericht op haar "criminele hoofdactiviteit", maar ook op het voorkomen van ontdekking en de beperking van de schade bij een eventuele ontdekking en vervolging. In Deel II stond de schijnwerper al op een aantal figuren binnen of naast de criminele organisatie die zich ver van het "vuile werk" houden. In alle Delen bleek hét probleem hun criminele betrokkenheid te bewijzen. Telkens ligt er een zware hypotheek op de kansen om de "figuren op de achtergrond", leiders en financiers, bewijsrechtelijk vast te spijkeren. De bewijsconstructie loopt stuk op de fysieke afstand tot het "materiële" misdrijf of op de bewust beperkte kennis die zij ervan hebben en de weigerachtigheid of onbetrouwbaarheid van de getuigen. Het proactief en bijzonder onderzoek levert vaak slechts aanwijzingen of indirect bewijs op, dat meestal moeilijk te controleren valt. Daarom lijkt het niet meer dan logisch dat de overheid zich toespitst op het geld, de beweegreden van zowel leiders als investeerders. Dat zgn. financieel spoorwerk moet de financiële stromen van het misdrijf naar de geïdentificeerde personen in kaart brengen, het enige aantoonbare verband tussen leiders en investeerders en de "harde", materieel vaststelbare criminaliteit²¹³⁷. In dat geval zal de vermogensaanpak dus niet het hoofddoel zijn, maar slechts een instrument om te komen tot het hoofddoel: de vrijheidsstraf voor leiders en investeerders²¹³⁸.

2.5. "Crimineel geld" perverteert de legale economie

RECHTVAARDIGHEID EN HERSTEL - Met criminaliteit kan nu eenmaal heel veel geld worden verdiend. Een gevangenisstraf neemt meestal niet weg dat het met

mogelijk moet zijn. Toch past waakzaamheid, onder meer met motorbendes en ter bescherming van bedreigde gevangenen.

²¹³⁷ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 108.

²¹³⁸ Wel kan een niet-strafrechtelijke vermogensaanpak van wie strafrechtelijk onaanraakbaar is natuurlijk ook. FALCONE, G. en PADOVANI, M., op.cit., 113, schrijven "Als (de wet La Torre) goed wordt toegepast, stelt ze de magistratuur in staat de verdachten te selecteren: enerzijds diegenen waarvan het geen twijfel lijdt dat ze betrokken zijn bij een mafiadelict, anderzijds diegenen waartegen men sterke vermoedens koestert, die niet goed te bewijzen zijn. Bij de laatste categorie kan de magistratuur zijn toevlucht nemen tot voorlopige hechtenis of vermogensrechtelijk ingrijpen. De wet La Torre staat toe beslag te leggen op goederen die wederrechtelijk verkregen zijn en treft hen zo in hun gevoeligste gebied: dat van hun rijkdom en hun winst" (infra, Hoofdstuk 3, §2)

criminaliteit verdiende geld in omloop blijft, dat iemand ervan profiteert. Niet zelden gaat het zelfs over een naaste van de gevangene of een rechtspersoon waaraan hij verbonden is. Volgens velen wordt daarom vaak niet voldaan aan de aloude vereiste dat “misdaad niet mag lonen”²¹³⁹. In deze hoek zitten ook de personen die ervoor ijveren dat de rechtshandhaving zoveel mogelijk voor het herstel van de door het misdrijf veroorzaakte (persoonlijke of maatschappelijke) schade zou zorgen²¹⁴⁰.

GEVAARLIJK GELD- Vroeger, zo luidt het verhaal doorgaans, gaven criminelen hun geld uit aan persoonlijke genoegens en luxe, ze verbrasten het. Criminelen met iets meer discipline investeren de opbrengsten in nieuwe, meer ambitieuze projecten, in de criminele onderneming. Een afpakbeleid moet het kapitaal dat beschikbaar is voor verdere criminaliteit, zo klein mogelijk houden, want het genereert meer criminaliteit²¹⁴¹. “Georganiseerde criminaliteit onderscheidt zich van meer traditionele vormen door enorme winstgeneratie”²¹⁴². Zij zit dus met zoveel cash dat die niet langer “opgeraakt” in het zwart circuit²¹⁴³. Na witwasoperaties, die het verband met het misdrijf aan het oog van buitenstaanders moeten onttrekken, zal dit financieel overschot voor de criminelen “de basis [vormen] voor economische en politieke machtsverwerving”²¹⁴⁴. Vandaar dat meer en meer mensen pleiten voor het beschermen van de maatschappij tegen dat geld. Het is misschien wel niet schuldig, maar niettemin “gevaarlijk”: de uitdrukking “sociaal verweer” duikt niet op, maar de redenering is dezelfde.

WITWASSEN IS GEVAARLIJK- Een laatste, maar zeker niet minste argument voor de vermogensaanpak, is eigenlijk een concretisering van de rechtvaardiging van de strijd tegen (georganiseerde) criminaliteit in haar geheel. Georganiseerde criminaliteit vervalst de eerlijke mededinging op de markt en met het illegaal verkregen vermogen “perverteert” ze de legitieme economie, die ertegen beschermd

²¹³⁹ REIJNTJES, J., “Winst uit misdaad, een inleiding”, *op.cit.*, 8-9: “In de eerste plaats is het onrechtvaardig dat misdaad verrijkt”.

²¹⁴⁰ FAURE, M., “De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten”, *T.M.R.* 1994, 268: “Het grote voordeel van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen -cfr.infra, Hoofdstuk 4 (fv)- is dat het maatschappelijk evenwicht dat door het delict werd verstoord redelijkerwijs weer kan worden hersteld door het wederrechtelijk ontvangen voordeel ten gevolge van het delict van de dader weg te nemen.”

²¹⁴¹ Naast nieuwe trafficen zal er vaak ook criminaliteit ontstaan doordat verschillende criminelen mekaar het geld trachten afhandig te maken: criminaliteit binnen de criminaliteit.(REIJNTJES, J., “Winst uit misdaad een inleiding”, *op.cit.*, 8-9.)

²¹⁴² STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*,10.

²¹⁴³ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*,11. Hij geeft het voorbeeld van de drugshandelaars, die wegens verzadiging van de drugsmarkt en kartelvorming hun geld moesten herinvesteren in de legale economie.

moet worden²¹⁴⁵. Zo benadrukte de voorzitter van het Internationaal Muntfonds in 1998 dat “het witwassen de werking van de markten vervalst en aldus de economische groei ernstig aantast” wanneer men rekening houdt met “de sociale en politieke weerslag van de georganiseerde misdaad en het witwassen dat daaruit voortvloeit, het leed van de slachtoffers en de algemene verzwakking van het sociaal weefsel en de collectieve moraal. Witwassen moet derhalve bij voorrang worden bestreden door de misdadige activiteiten aan te pakken waar ze het meest kwetsbaar zijn, namelijk op het ogenblik dat dit wederrechtelijk verkregen geld de financiële kringloop binnendringt”²¹⁴⁶. Dit argument verantwoordt de strafbaarstelling van witwassen zelfs los van eventuele vermogensstraffen. Men hoort en leest het zo vaak dat men zonder al te veel risico kan spreken van een nieuw dogma.

SAMENVATTING- De vrijheidsstraf schiet tekort omdat ze niet kan beletten dat de organisatie blijft draaien. Criminele organisaties wenden haar zelfs aan om de greep op mensen te vergroten. Omdat zij die greep slechts kunnen behouden wanneer ze daar de financiële middelen voor hebben, moet de overheid het vermogen van de organisaties afnemen, hun bloedbaan afsnijden. Bovendien zou geld van criminele oorsprong de economie perverteren, zodat de overheid het proces dat dit mogelijk maakt (het witwassen), hoe dan ook moet bestrijden. Dat alles komt onder de gemeenschappelijke noemer "vermogensaanpak".

§3. Beweerde tekortkomingen van geldboete en verbeurdverklaring bij de vermogensaanpak van georganiseerde criminaliteit

3.1. Geen slachtoffer als “afromer” van de criminele opbrengsten

GEEN SLACHTOFFER- Zowel in de voorgeschiedenis als in het klassiek strafrecht²¹⁴⁷ speelde het slachtoffer een belangrijke rol als “afromer” van de winsten die de criminelen met hun misdrijven behaalden. Nu de meest winstgevende en

²¹⁴⁴ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit.,10.

²¹⁴⁵ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit.,106. Hij heeft het over de "cordon sanitaire-gedachte".

²¹⁴⁶ Met dit citaat begint de voorzitter van de Belgische “witwascel” zijn vijfde activiteitenverslag: CEL VOOR FINANCIËLE INFORMATIEVERWERKING, *5de Activiteitenverslag 1997/1998*, Brussel, 1998, 5.

²¹⁴⁷ *Supra*, Hoofdstuk 1, §1.

minst riskante misdrijven “slachtofferloos” zijn (*supra*)²¹⁴⁸, zonder onmiddellijk aanwijsbaar slachtoffer (maar wel de staat, de gemeenschap of de markt), moet de staat die functie overnemen.

PASSIEF SLACHTOFFER- In andere gevallen is het misdrijf niet slachtofferloos, maar beseft het slachtoffer niet dat er iets loos is. De daders kunnen in moeilijk controleerbare situaties steeds een klein stukje wegsluizen, zodat niemand weet dat er een misdrijf gepleegd is. Waar er dan wel rechtstreekse slachtoffers zijn, blijven die dikwijls passief. Slachtoffers in het buitenland weten meestal niets van de procedure die tegen de dader loopt of zien in dat de kosten van procederen niet opwegen tegen de te verwachten voordelen. Dat geldt des te meer wanneer er heel veel slachtoffers zijn, met elk een kleine -vaak zelfs verzekerde- schade²¹⁴⁹. Tenslotte maakt intimidatie door criminele organisaties hen weigerachtig om hun rechten echt af te dwingen. De verwachte kosten aan lijf en (familie)leden wegen ook dan meestal niet op tegen de verwachte baten (*supra*, Deel IV).

3.2. Probleem van “daderloze” misdrijven

WHODUNIT?- Een ander probleem voor de vermogensaanpak in het strafrecht ligt bij de daderloze misdrijven. In haar strijd tegen georganiseerde criminaliteit stoot de rechtshandhaving daar meer op dan haar lief is. Niet dat er geen dader bestaat, maar hij blijft onbekend, is onvindbaar, overleden of, zoals rechtspersonen, bestaat enkel op papier²¹⁵⁰. De afwezigheid van daders betekent in deze context echter niet de afwezigheid van een criminele organisatie. Integendeel, het is precies de organisatie die het zo moeilijk maakt om daders te vinden. De organisatie overstijgt immers de leden: zij heeft haar eigen belangen, haar eigen activiteiten en ... haar eigen vermogen. Speurders kunnen dan ook op stukken van dat vermogen stoten, zonder dat zij de verantwoordelijke mensen door een strafrechter kunnen laten veroordelen. Als de vermoedelijke drughandelaar sterft in de loop van de strafprocedure tegen hem, kan er geen veroordeling tot een vermogensstraf meer komen, zelfs al liet de verdachte een erfenis van tientallen of honderden miljoenen na²¹⁵¹. Zonder concrete verdachte verlopen gerechtelijke onderzoeken ook een stuk moeilijker (zeker in internationale onderzoeken waar men beducht is voor ‘*fishing*

²¹⁴⁸ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*,4.

²¹⁴⁹ Voor een opmerkelijk voorbeeld: FABER, E., "Shipping and scuttling: crimogenesis in marine insurance", *Crime, Law and Social Change* 1997, 111-135.

²¹⁵⁰ Of om andere redenen niet veroordeeld kan worden, bijvoorbeeld omdat hij diplomatiek onschendbaar is en geen onderzoek mogelijk is.

²¹⁵¹ Bij een veroordeling, zelfs bij verstek van de dader, kan de verbeurdverklaring wel.

expeditions)²¹⁵². Het volgen van de "buit" is niet langer mogelijk, laat staan het ontnemen.

PERSOONLIJKHEIDSBEGINSEL- De beginselen van persoonlijke schuld en persoonlijke straf beletten tot 1990 dat de overheid (een deel van) het geld zou ontnemen met een zware geldboete of een verbeurdverklaring. Bij de verbeurdverklaring als "beveiligingsmaatregel" was en is géén strafrechtelijke veroordeling van een concreet persoon nodig. Dit kan echter slechts wanneer er een gevaar bestaat bij teruggave van de goederen, zoals bij vals geld, giftige of gevaarlijke producten. Een luxevilla, een zak echte bankbiljetten, een sportwagen of een gevulde bankrekening zijn evenwel niet gevaarlijk indien men ze los van de morele evaluatie (schuld als maatschappelijke verwijtbaarheid) van hun eigenaar of gebruiker bekijkt. Zolang ons strafrecht een schuldstrafrecht blijft, komen ze dan ook niet voor verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel in aanmerking.

PROBLEEM- Dat is behoorlijk frustrerend wanneer de overheid de hand kan leggen op vermogens die "vermoedelijk uit een misdrijf afkomstig zijn", zoals op zakken vol geld door drughandelaars aan een gevatte beheerder bezorgd voor investeringen of op enorme bedragen op bankrekeningen zonder dat de werkelijke begunstigde gevat kan worden. Bij strikte toepassing van de regel "*geen straf zonder veroordeling, geen veroordeling zonder persoonlijke schuld*", ontsnapt al dat "vermogen van criminele organisaties". (Georganiseerde) criminaliteit loont, zo niet voor de daders zelf, dan toch voor hun erfgenamen. Het "gevaarlijk" geld blijft in omloop. Bij bekende daders moet de vermogensaanpak bij georganiseerde criminaliteit eerder de vrijheidsstraf aanvullen dan als alternatief dienen. Zonder concrete dader dient de vermogensaanpak wel degelijk als alternatief, niet voor de gevangenisstraf echter, maar als noodgedwongen surrogaat voor een onmogelijke bestraffing

3.3.Grenzen van de rechtsgoederenbeschadiging

3.3.1.Evenredigheid met de schuld als probleem bij de geldboete

BEGRENSD- Het legaliteitsbeginsel begrenst de opzettelijke rechtsgoederenbeschadiging door de overheid die straf heet. Daarmee zorgt het voor juridische²¹⁵³ hindernissen voor een "effectieve vermogensaanpak".

²¹⁵² Vele landen hebben ook een fundamentele afkeer voor verstek (*in absentiae*) procedures.

²¹⁵³ Die zijn waarschijnlijk minder groot dan de praktische, maar vanuit dogmatisch perspectief belangrijker.

VERHOUDING VOLGENS WETGEVER- Volgens de traditionele Belgische invulling van het legaliteitsbeginsel moet de strafwetgever zelf het maximumbedrag van de geldboete vastleggen. Die maximumgrenzen waren in de jaren tachtig “*belachelijk laag*” in verhouding tot de winsten die sommige criminelen boeken met hun misdrijven. De betaling van geldboetes zorgde dus niet voor de volgens de nieuwe dogmata “noodzakelijke” ontneming van profijt²¹⁵⁴. Daarvoor is ze immers ook niet bedoeld. De wetgever geeft met de maximumgrens vooral de ernst van het misdrijf aan, de “abstracte strafrechtelijke waarde”²¹⁵⁵ ervan²¹⁵⁶. Hij legt daarmee, zo luidt de theorie, de juiste verhouding vast tussen misdrijf (type) en straf. Met de zwaardere geldboete in art.496 Sw. voor oplichting (26-3000 BEF) dan in art.491 voor misbruik van vertrouwen (26-500 BEF), geeft de wetgever aan dat hij het eerste belangrijker, ernstiger vond dan het tweede. Na Deel II weten we dat deze evenredigheid bij recente misdrijfomschrijvingen helemaal uit het oog werd verloren²¹⁵⁷.

SAMENLOOP- De wetgever beperkte de mogelijkheden van hoge geldboetes trouwens sterk door de regels van straftoemeting bij (eendaadse of meedaadse) samenloop en bij voortgezette of collectieve misdrijven. Die zetten een bovengrens op de straf die de rechter kan opleggen (art.59-65 Sw.). Vanwege de hoofdrol van de vrijheidsstraf kan hun toepassing ertoe leiden dat de hoge geldboeten die de strafwet aan één of meerdere van de afzonderlijke misdrijven verbindt, overboord vallen (*supra*, Hoofdstuk 1). De maximale boete die de rechter kan opleggen, zal dikwijls afhankelijk zijn van de geldboete die als bijkomende straf is voorzien voor het misdrijf met de langste vrijheidsstraf.

VERHOUDING VOLGENS RECHTER- De vonnisrechter legt in de concrete zaak op zijn beurt de hoogte van de geldboete vast tussen de door de wetgever bepaalde

²¹⁵⁴ FAURE, M., “De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten”, *op.cit.*, 268.

²¹⁵⁵ TRÄSKMAN, P., “Rules of the Corpus Juris for sanctions. Analysis of the specifications”, lezing op Colloquium “*The Corpus Juris as the Foundation of a European Criminal Law*”, Europese Rechtsacademie Trier 5 maart 1999.

²¹⁵⁶ *Supra*, Deel II en Hoofdstuk 1 van dit Deel.

²¹⁵⁷ In Deel II zagen we dat door op een poging een lagere straf te stellen dan op een geslaagd misdrijf (art.52 Sw.), de wetgever een dubbele boodschap geeft. Enerzijds laat hij weten dat hij aan effectieve schending van een rechtsgoed zwaarder tilt dan aan een loutere bedreiging. Anderzijds wil hij iemand die “op weg is naar een misdrijf” aanmoedigen om alsnog af te zien van zijn crimineel plan, zelfs al gebeurt dat niet helemaal vrijwillig. Door geen verzet te plegen wanneer derden (burgers of ambtenaren) de uitvoering van het misdrijf dwarsbomen, kan de kandidaat-crimineel een “goede zaak” doen. Bij abstracte gevaarzettingmisdrijven is poging of terugtred onmogelijk.

minimum- en maximumgrenzen. Zijn keuze weerspiegelt de graad van schuld, dat wil zeggen “verwijtbaarheid” van de gedraging van de (menselijke) persoon die hij veroordeelt. Hij moet de “concrete strafrechtelijke waarde” van het misdrijf vastleggen²¹⁵⁸. Zoals gezegd speelt de omvang van de “schade” net zoals de omvang van de “winst” daarbij mogelijkwijze een rol, maar slechts als één van de vele elementen in de afweging. Gaat het om een eerste misdrijf of het laatste in een lange rij? Gaat het om het brein van het misdrijf of om een loutere meeloper? Was hij van alles op de hoogte of beseftte hij maar gedeeltelijk waaraan hij meedeed? Wat was zijn motief: lust, financiële noodzaak, financiering van een verslaving, toegeven aan chantage,...? Welk gedeelte van de winst heeft hij persoonlijk genoten? Het antwoord op dit soort vragen moet de rechter afwegen bij de straftoemeting, die hij zoals gezegd op maat van de veroordeelde persoon moet snijden. Geld of goederen die de veroordeelde zich onrechtmatig heeft toegeëigend, moeten zo mogelijk via teruggave, en indien dat niet langer mogelijk is, via schadevergoeding gerecupereerd worden.

SOCIALE TOESTAND- De wetgever introduceerde eind 1993²¹⁵⁹ een opmerkelijke aanvulling op art.195 Sv. dat sinds 1987 de rechter tot een uitdrukkelijke motivering van de straftoemeting verplicht: "*Wanneer hij veroordeelt tot een geldboete, kan hij voor de vaststelling van het bedrag ervan rekening houden met de door de beklaagde aangevoerde elementen over zijn sociale toestand*"²¹⁶⁰. De beklaagde zelf moet dus de nodige elementen aanvoeren (lees: bewijzen) om aan te tonen dat zijn sociale toestand (lees: vermogenssituatie) zich verzet tegen de "normale" vermogensstraf.

UITZONDERING- In het bijzonder, en zeker in het fiscaal strafrecht, bestaan er wel geldboetes waarvan het bedrag een percentage of veelvoud is van de met het misdrijf behaalde inkomsten. Pogingen om het “herstellend” karakter van deze sanctie te beklemtonen om aan de strenge regels van het strafproces te ontkomen, zijn door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens enigszins beperkt (*infra*, Hoofdstuk 3, §4)²¹⁶¹.

²¹⁵⁸ TRÄSKMAN, P., *ibidem*.

²¹⁵⁹ Art.2 wet 24 december 1993

²¹⁶⁰ Cfr. TRAEST, Ph., "Rechts(on)zekerheid in materiëel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel", *op.cit.*, 1203.

²¹⁶¹ Cfr. ook CORSTENS, M., *Een stille revolutie, op.cit.*, 5-6: "(De Nederlandse fiscus) beschikt al jaren over de bevoegdheid aanslagen te verhogen met 100%. Hoewel lang gepresenteerd als verhoging en gerationaliseerd als schadevergoeding, is het inzicht

3.3.2. Eigendomsvereiste bij verbeurdverklaring voorwerp en instrumenten misdrijf

DERDEN-EIGENAARS- Het zogenaamd *in rem*-karakter van de verbeurdverklaring, belet niet het een straf blijft. Het beginsel van de persoonlijke straf verbiedt daarom de verbeurdverklaring van goederen die geen eigendom zijn van minstens één van de veroordeelden. Vandaar de beperking van de verbeurdverklaring van het voorwerp van of het instrument voor het misdrijf tot eigendommen van de veroordeelde. Heel vaak zullen derden opduiken en beweren eigenaar te zijn van het goed dat bij een misdrijf is betrokken. Het is logisch dat een bankovervaller niet zijn eigen wagen gebruikt, maar een gestolen of geleend voertuig. Een verbeurdverklaring van de wagen zou de ware eigenaar, waarvan de medeplichtigheid niet bewezen is, ten onrechte straffen. Dat zou niet alleen onrechtvaardig, maar ook onrechtmatig zijn: een strikte lezing van het legaliteitsbeginsel en het beginsel van de persoonlijke straf laten een dergelijke keuze niet toe. Gestolen geld, dat het voorwerp vormt van diefstal, kan dan ook niet worden verbeurdverklaard, omdat geen eigendom is van de veroordeelde²¹⁶².

3.3.3. Strikte interpretatie van voor verbeurdverklaring vatbare "producten" van het misdrijf

VOORTBRENGEN- Het product van het misdrijf, wat de als misdrijf omschreven gedraging voortbrengt, moet de veroordelende rechter wél steeds verbeurdverklaren. De auteurs van het Strafwetboek dachten daarbij waarschijnlijk aan de krenkingsmisdrijven die zij hebben geformuleerd. Een dief die het goed van een ander wegneemt, brengt niets voort, maar wie een officiële akte vervalst, creëert wel een nieuwe akte. De chemicus die planten verwerkt tot verboden roesmiddelen, brengt wel iets voort. Wanneer iemand het oorspronkelijke product van een misdrijf omzet in een ander, bijvoorbeeld in geld, weigerde de traditionele rechtspraak dat wat in ruil verkregen is, ook als het product te beschouwen²¹⁶³. De rechter kan, behalve met de geldboete, niet raken aan de "winsten", de "opbrengsten" (intresten, meerwaarden,...) uit investeringen die uit misdrijven voortkomen. Stel dat een oplichter een slachtoffer aandelen afhandig maakt, die op dat moment 5.000.000

doorgebroken dat het hier om boetes gaat die in niets van door de strafrechter op te leggen boetes verschillen. (...) Het verhogingsjasje waarin de fiscale boete altijd was gekleed, was tot op de draad versleten. De drager, dat komt wel meer voor, vond dan nog wel dat het hem goed paste, dat het jasje er nog wel mee door kon, maar anderen vonden het slechts en uit de tijd." Het resultaat was het ontwerpen van wettelijke regeling voor fiscale geldboeten met de door art.6 E.V.R.M. geëiste procedurele rechtsbescherming.

²¹⁶² Cass. 8 oktober 1962, Pas., 1963, I, 167; DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming, op.cit.*, 56; DE GEEST, A., *op.cit.*, 37.

²¹⁶³ Cass. 4 juli 1986, Arr.Cass. 1985-86, 1494.

BEF waard zijn. Hij ruilt die aandelen in voor andere, bijvoorbeeld in een immobiliën-project in een zone in volle ontwikkeling. Op het moment van de veroordeling heeft hij al een meerwaarde van 100 procent, dat betekent dat hij in plaats van over 5.000.000 BEF, nu beschikt over 10.000.000 BEF. Het voorwerp van het misdrijf (het oorspronkelijke pakket aandelen) is verdwenen en komt dus niet meer in aanmerking voor verbeurdverklaring. Hij moet 5.000.000 BEF schadevergoeding betalen, vermeerderd met de gewone wettelijke intresten. De maximumgeldboete voor een oplichting bedraagt 3.000 BEF, dat is met de huidige 1990 opdecimen erbij 600.000 BEF²¹⁶⁴. Het resultaat zou zijn dat de dader toch ongeveer 4.400.000 BEF (min de intresten op de 5.000.000) zou overhouden aan zijn misdrijf. De klassieke leer verbiedt bovendien verbeurdverklaring van onroerende goederen, al kan het Openbaar Ministerie natuurlijk wel ter betaling van boete of schadevergoeding op de klassieke manier tot gedwongen uitvoering overgaan. Opnieuw speelt dan wel de eigendomsvereiste.

3.4. Georganiseerde criminaliteit, georganiseerd onvermogen

PRAKTISCHE PROBLEMEN- Misschien meer nog dan de juridische problemen bemoeilijken praktische problemen de pogingen om georganiseerde criminaliteit met vermogenssancties te raken. Bij nader toezicht blijken deze problemen eigenlijk voort te vloeien uit de zonet vermelde dogmatische keuzes.

ZEKERHEDEN- Al wie aan zijn schuldeisers wil ontkomen, zal zijn eigen vermogen zo klein mogelijk maken. Hij simuleert dan verkopen en schenkingen, verstopt kapitaal in het buitenland en in rechtspersonen. Het bedrieglijk verminderen van de zekerheden en het bedrieglijk organiseren van zijn onvermogen is op verschillende plaatsen strafbaar gesteld²¹⁶⁵. Mensen of instellingen die een omvangrijk kredietrisico opnemen, zullen zich echter zelden tevreden stellen met enkel het persoonlijk vermogen van de schuldenaar, maar andere zekerheden eisen. Ze kunnen daarvoor een beroep doen op andere personen zoals familieleden of vrienden van de schuldenaar die zich borg stellen. Ook nemen ze zakelijke zekerheden, zoals hypotheeken of inpandgevingen, die aan om het even wie

²¹⁶⁴ Aan het eind van de jaren tachtig bedroegen die opdecimen echter slechts 790, zodat de geldboete maar 240.000 BEF kon terugnemen.

²¹⁶⁵ 489 e.v. Sw., zoals veranderd door de faillissementswet van 1997. Cfr. DE NAUW, A., Inleiding tot het bijzonder strafrecht, *op.cit.*, 205-215; STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 101, vooral voetnoot 485. In de praktijk blijkt deze stok helaas allesbehalve effectief.

tegenstelbaar zijn²¹⁶⁶. Typisch voor de zekerheden van de burgerrechtelijke schuldeiser is dat hij ze niet beperkt tot de persoon en het vermogen van de schuldenaar.

GEEN BESLAG VOOR GELDBOETE- Ook de strafrechtelijke geldboete is een schuld, een persoonlijke betalingsverplichting van de veroordeelde aan de overheid. Het gaat niet om een vrijwillig aangegane verbintenis, maar om een eenzijdig opgelegde leedtoevoeging door de staat. Voor grote geldboetes zal de motivatie om ze te ontlopen dan ook des te groter zijn en de "ontradende werking" van de bepalingen die dat verbieden klein. De vervangende gevangenisstraf, die nooit meer dan zes maanden kan belopen, werkt niet afschrikkend²¹⁶⁷. De eigenheid van het strafrecht maakt dat, anders dan de burgerrechtelijke schuldeiser, de bestraffende overheid geen andere personen (borgers, schuldenaars van zijn schuldenaar,...) kan aanspreken of zakelijke rechten kan afdwingen ten aanzien van derden. De vermogensstraf is slechts uitvoerbaar wanneer de veroordeling in kracht van gewijsde is getreden. Dat de overheid zich vooraf "indekt", valt moeilijk te verzoenen met een fundamenteel beginsel, dat tot er een veroordelende rechterlijke beslissing is, de verdachte voor onschuldig doorgaat. Daarom liet het Belgisch recht een bewarend beslag op (delen van) het vermogen van een verdachte met het oog op een mogelijke veroordeling tot een geldboete niet toe. Omdat de verdachte de veroordeling ook wel ziet aankomen, krijgt hij dus nog volop de kans om zijn vermogenspositie bewust te verslechteren²¹⁶⁸.

WEG IS WEG- De geldboete is dus een persoonlijke schuld zonder veel persoonlijke zekerheden. Doch ook de klassieke verbeurdverklaring biedt ondanks haar zakelijk karakter eigenlijk ook slechts weinig zekerheid. De bekende dader zal het *voorwerp* van het misdrijf immers zo snel mogelijk verstoppen, of, nog veel waarschijnlijker, doorspelen aan andere leden van de organisatie of vervangen door andere

²¹⁶⁶ Daarmee beschermt de schuldeiser zich niet alleen tegen echte problemen van zijn schuldenaar, ook tegen opzettelijk geknoei om vanonder zijn verplichtingen te komen. Het risico voor "fouten" van de schuldenaar wordt dus verminderd en gespreid.

²¹⁶⁷ Het gaat om korte straffen, waarvan de uitvoering in de praktijk talloze moeilijkheden en buiten verhouding veel administratieve rompslomp oplevert. Voor ernstige criminelen, waar de vermogensstraf bovenop de vrijheidsstraf komt, zal het afschrikwekkend effect helemaal minimaal zijn.

²¹⁶⁸ Als niet-gecompenseerde betalingsverplichting vertoont de geldboete veel gelijkenissen met een belastingsaanslag. Boekhoudkundige technieken kunnen, zowel binnen België als door gebruik te maken van (het gebrek aan) internationale afspraken, economische winsten fiscaal totaal doen verdwijnen. Wie heel grote geldboetes wil ontlopen kan, zo nodig, dezelfde technieken toepassen

goederen. Verbeurdverklaring, als een aan de zaak vastgehechte sanctie, kan dan ook niet langer wanneer die zaak verdwenen is. In theorie belet natuurlijk niets de rechter toch de verbeurdverklaring uit te spreken van goederen waarvan hij weet dat zij het voorwerp of middel hebben uitgemaakt van het misdrijf waarvoor hij een veroordeling tot een vrijheidsstraf of geldboete uitspreekt. Het voorwerp verklaart hij dan bij wijze van spreken “bij verstek” (van het goed, niet van de dader) verbeurd. Die uitspraak is dan louter symbolisch, want slechts beperkt tegenstelbaar aan wie de goederen in kwestie te goeder trouw bezit (*infra*).

(VERMOEDELIJKE) STROMANNEN- Omvangrijke vermogens waarvan de onderzoekers vermoeden dat ze afkomstig zijn uit misdrijven (of delen ervan), staan dan ook niet op naam van de verdachte(n) van die misdrijven, maar van derden. Buitenstaanders merken wel dat die derden goede relaties hebben met de verdachten en hen allerlei diensten bewijzen, luxegoederen of wagens uitlenen. Soms geven zij hen zelfs werk, zonder zich echt veeleisende of strikte werkgevers te tonen. De figuur van de stroman (in Nederland ook *katvanger* genoemd) duikt steeds weer op in onderzoek tegen criminele organisaties. Voor de negentiende-eeuwse wetgever leek het gebruik van stromannen geen al te grote bekommernis²¹⁶⁹. In de hedendaagse internationale handel, waar het vaak onmogelijk is dat handelspartners mekaar persoonlijk kennen, controleren of garanderen, werkt men trouwens nog steeds met tussenpersonen: agenten en makelaars (brokers). De naam van de echte tegenpartij kent men meestal nauwelijks of niet en hoeft men ook niet te kennen²¹⁷⁰. Wie zegt dat het vermogen eigenlijk niet toebehoort aan de persoon die formeel eigenaar is, maar aan een criminele organisatie, gaat natuurlijk de stromannen aanpakken om zo de verborgen “achterman” te treffen. Of het nu om familieleden gaat of andere derden, collusie met de verdachten kan meestal wel worden vermoed, maar - in het licht van het onschuldvermoeden - soms verduiveld moeilijk worden bewezen. Dat geldt des te meer wanneer er rechtspersonen in het spel zijn, echte of louter lege dozen. En zolang de stroman niet op strafbaar gedrag kan worden betrapt, kan hem geen vermogensstraf worden opgelegd. We hebben

²¹⁶⁹ Integendeel, hij heeft er zelfs begrip voor dat sommige vermogende mensen op een discrete wijze willen investeren, zonder persoonlijk betrokken te geraken. Daarom voorziet hij in het vennootschapsrecht bijvoorbeeld de **commanditaire vennootschap op aandelen** (waarbij de achterman geheim kan blijven) en de mogelijkheid van aandelen aan toonder. De overheid wil zo veel mogelijk kapitaal mobiliseren, van slapend geld durfkapitaal maken dat de stijgende instapkost van het ondernemen kan overbruggen. Ook bij openbare verkopen is het optreden van lasthebbers (stromannen) een algemeen aanvaard gebruik, dat moet beletten dat de kennis van de identiteit van de kandidaat-koper zou misbruikt worden om de prijs op te drijven.

gezien dat de wetgever in 1999 hen met een specifieke misdrijfomschrijving onder vuur neemt en even later ook de rechtspersonen strafbaar heeft gemaakt (*supra*, Deel II).

VLUCHTIG GELD VLUCHT- België is natuurlijk niet het enige land dat de vrijheidsstraf als de belangrijkste strafrechtelijke sanctie beschouwt. Vandaar dat de traditionele instrumenten voor samenwerking tussen staten in strafzaken erg gefixeerd waren op vrijheidsstraffen. Daarbij ging het niet alleen om aan vrijheidsstraffen gekoppelde drempels als voorwaarde voor het uitvoeren van buitenlandse onderzoeksopdrachten of voor uitlevering²¹⁷¹. Ook de tenuitvoerlegging van buitenlandse straffen, zeker vermogensstraffen, gebeurde zelden of nooit, om juridische, politieke of praktische redenen. Nog moeilijker was het blokkeren van vermogens in het buitenland, met het oog op een (eventueel) verhaal voor de incassering van de geldboete. In de loop van een strafprocedure kreeg de verdachte nog ruim de tijd om zijn vermogen op een moeilijk vindbare plaats in het buitenland te "verstoppen"²¹⁷². Nu vermogens steeds mobieler worden en spreidbaar over verschillende landen, werden Belgische geldboetes en verbeurdverklaringen een ongeschikt instrument voor de als broodnodig beschouwde vermogensontneming.

3.5. Besluit

TEKORT- De geldboete en de klassieke verbeurdverklaring van voorwerp, middel en product van het misdrijf schieten tekort voor de vermogensaanpak. Die wordt nochtans als noodzakelijk voor de strijd tegen georganiseerde criminaliteit beschouwd. Ze werden immers ontworpen vanuit een visie waarin het slachtoffer als belangrijkste afzender van de opbrengsten van criminaliteit fungeerde. Door de opgang van slachtofferloze misdrijven en de intimidatie van slachtoffers gaat dit argument niet langer op. Daarnaast zal bij georganiseerde criminaliteit de concrete dader soms niet gestraft kunnen worden, terwijl de overheid toch een deel van het

²¹⁷⁰ FABER, E., "Shipping and scuttling...", *op.cit.*, 111-135.

²¹⁷¹ Bijvoorbeeld art.2 Europees Verdrag 13 december 1957 betreffende uitlevering: " *Tot uitlevering zullen kunnen leiden feiten die krachtens de wetten van de verzoekende Partij en van de aangezochte Partij strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of met een maatregel welke vrijheidsbeneming medebrengt, met een maximum van ten minste een jaar of met een zwaardere straf. Wanneer er binnen het gebied van de verzoekende Partij een straf of een maatregel is opgelegd moet die straf of die maatregel ten minste de duur van vier maanden hebben (...)*"

²¹⁷² "(...) zoals een groot bankier eens opmerkte: 'Geld heeft de poten van een haas en het hart van een konijn'. Daarmee bedoelde hij dat het geld, zodra er ook maar iets van onraad te bespeuren valt, als een haas de benen neemt." (FALCONE, G. en PADOVANI, M., *op.cit.*, 103.)

"vermogen van de criminele organisatie" kan vatten. Zonder strafbare dader zijn ook vermogensstraffen tegen de organisatie echter taboe. Andere dogmatische grenzen beperken de mogelijkheden van geldboete en de klassieke verbeurdverklaring als instrumenten van een vermogensaanpak. Het legaliteitsbeginsel dwingt de wetgever vooraf een bovengrens te leggen aan de geldboete. Zeker bij samenloop valt de hoogte van de boete daardoor vaak tegen voor wie de criminelen in hun vermogen wil pakken. De geldboete staat trouwens - overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel - in verhouding tot de schuld van het gestrafte individu, niet rechtstreeks tot de opbrengst van zijn misdaad of tot zijn vermogenssituatie. De combinatie van het onschuldvermoeden en de beginselen van persoonlijke schuld en persoonlijke straf beperkt de reikwijdte van de vermogensstraffen. De rechtstreekse verdachte zal door een beroep op derden grotendeels zijn door criminaliteit verworven vermogen kunnen vrijwaren tegen harde vermogensstraffen. Die derden kunnen zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn. Dat "vermogens" steeds mobieler worden en de klassieke internationale samenwerking vooral op vrijheidsstraffen is gefixeerd, draagt daar enkel nog toe bij.

§4 . De bestaande misdrijfomschrijving van heling voldoet niet

4.1. Verwerking van de "buit" na de eerste omzetting

INLEIDING- Omdat de beschikbare vermogenssancties straffen zijn, kan de ontneming van "crimineel vermogen" alleen wanneer de leden van het netwerk waarlangs "georganiseerde criminelen" dat vermogen wegsluizen een strafrechtelijke veroordeling oplopen. Daarvoor bestaat al lang het misdrijf heling (505 Sw.²¹⁷³), doch in de ogen van velen schiet dat tekort om mensen die tussenkomen in de verwerking van de "opbrengsten van misdrijven" aan te pakken.

OMZETTING- Heling is slechts strafbaar bij omzetting van de oorspronkelijke buit. Over de strafbaarheid na verdere omzettingen bestond er betwisting. Vele tussenstappen en omzettingen om de band met het misdrijf te verbergen en die onder de criminologische of economische definitie van witwassen vallen, dreigden op een strikte rechtspraak over heling te stuiten, die dan de strafbaarheid tot de eerste schakel van het hele proces zou beperken.

²¹⁷³ En een specifieke misdrijfomschrijving voor wie dit doet in het belang van een bende (supra, Deel II).

4.2. Te beperkt voorwerp heling

INVESTERING- De opflakkerende aandacht voor de financiële aspecten van de criminaliteit leidde ook tot ontleding van de bestedingspatronen van criminelen. Criminele organisaties zouden de klassieke uitgaveposten "Wein, Weib und Gesang" die vele beroepsmisdadigers kenmerkt, vervangen door investeringen. Een belangrijke, want vrij betrouwbare vorm van investering is die in onroerende goederen. Niet alleen luxevilla's, ook andere gebouwen of gronden komen in aanmerking. Vooral gebouwen die dienstig kunnen zijn voor criminele activiteiten of om die af te schermen, komen daarvoor in aanmerking. In loods en in loods kan een groep smokkelwaar verstopten, in horeca-zaken kan hij illegale goederen of diensten leveren, aangekochte terreinen kunnen dienen voor het illegaal dumpen van afval en vervolgens worden doorverkocht. Niets belet natuurlijk dat iemand de opbrengsten gebruikt (zelfs stort, bijvoorbeeld op een buitenlandse bankrekening) als zekerheid waarmee hij dan een gewone lening krijgt. Die betaalt hij dan terug met wit geld. Het aankopen noch het verkopen, geen enkele van de rechtshandelingen betreffende deze onroerende goederen is dan strafbaar als heling, ook al hangt de geur van de criminaliteit over het ervoor gebruikte geld²¹⁷⁴.

BESPARINGEN- De vereiste dat het om lichamelijke goederen moest gaan, verzette zich ook tegen het gebruik van heling wanneer de zogenaamde buit niet echt uit een misdrijf "voortkomt". Indien het gaat om een besparing, een vermeden verlies door een wanbedrijf of misdaad, kan men betwijfelen of het corresponderend bedrag (een onlichamelijk goed) wel "voortkomt" uit het onderliggend misdrijf en dus het voorwerp kan uitmaken van heling²¹⁷⁵. Wie een gestolen miljoen aanneemt van de dief is strafbaar als heler, niet wie een miljoen aanneemt van iemand die een miljoen aan belastingen heeft ontdoken of aan verwerkingskosten van door hem illegaal gedumpt afval.

4.3. Nadelen van de omschrijving

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Doordat heling een aflopend misdrijf is²¹⁷⁶, werkt de tijd in het voordeel van de criminelen. De verjaring van de strafvordering begint te lopen vanaf het moment van de inbezitname. Een tweede nadeel is dat de

²¹⁷⁴ Cfr. STESENS, G., "Nogmaals...", *op.cit.*, 1075.

²¹⁷⁵ VAN ROOSBROECK, A., *Witwassen, Voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, ETL, 1995, 168; AFSCHRIFT, T. en ROMBOUTS, A., "La loi sur le blanchiment est-elle applicable aux infractions fiscales?", *J.T.*1992, 609-617.

kennis van de criminele oorsprong van wat iemand in ontvangst neemt, aanwezig moet zijn op het moment dat hij het in ontvangst neemt (*supra*, Hoofdstuk 1). Wie ontdekt dat de wagen die men de maand ervoor gekocht of gekregen heeft, het schilderij dat al jaren aan de muur hangt of het geld waarmee men zich een tijdje geleden heeft laten betalen voor een dienst, afkomstig is uit een misdrijf, maakt zich niet schuldig aan heling. Dat men het "besmette" goed daarna blijft verstoppert, verandert daar niets aan. Het derde nadeel ligt bij de gelding van dit misdrijf in het internationale rechtsverkeer. Weliswaar zal het in België in ontvangst nemen van een goed dat afkomstig is van een in het buitenland gepleegd misdrijf, in België strafbaar zijn op grond van 505 Sw., indien dezelfde feiten ook naar Belgisch recht een misdrijf uitmaken. Wie echter niet onder 505 Sw. valt, is de buitenlander²¹⁷⁷ (bijvoorbeeld de hier gevestigde Pakistaan) die in het buitenland (bijvoorbeeld in Nederland) uit een misdrijf (in België of in het buitenland gepleegd) afkomstig geld in bezit neemt en dat vervolgens aan iemand in België (een bank) overdraagt. Dat maakt dat dergelijke uit het buitenland afkomstige vermogensvoordelen straffeloos in België kunnen worden verborgen of witgewassen, omdat de inontvangstname (dus het misdrijf) niet op ons grondgebied gebeurde.

SCHULDVORM- Opzet is vereist als subjectief misdrijfbestanddeel voor heling. Dat betekent dat de vervolgende instantie moet bewijzen dat de persoon die de goederen ontvangen heeft, op het moment zelf van hun inontvangstname wist dat ze uit een wanbedrijf of misdaad afkomstig waren. Onwetenheid, zelfs indien ze het gevolg is van domheid, onbekwaamheid of grove onvoorzichtigheid, volstaat als verweer. De afstand tot het misdrijf waaruit de goederen afkomstig zijn, is doorgaans groot genoeg om onwetenheid aannemelijk te maken. Meestal zal men immers pas onraad ruiken na de inontvangstname, bijvoorbeeld omdat dan een reeks van transacties gebeurt waarvan men het economisch nut kan betwijfelen. Voor wie een bijzonder opzet vereist (*supra* Hoofdstuk 1), ligt de zaak nog moeilijker, tenminste voor wie de bedoeling om de zaak aan de oorspronkelijk eigenaar te onttrekken, als beslissend beschouwt. Vele handelingen die in het witwasproces worden gesteld, gebeuren niet echt met die bedoeling, al was het maar (*supra*) omdat veel van het wit te wassen geld uit "slachtofferloze" misdrijven afkomstig is. De bedoeling het goed aan de opsporing te onttrekken, zal bij de *eigenaar* van het wit te wassen vermogen

²¹⁷⁶ *Supra*, Hoofdstuk 1, §4.

²¹⁷⁷ De Belg die met verdacht grote hoeveelheden baar geld uit Nederland zijn Belgische bank binnenkomt, was in België slechts strafbaar voor de heling in het buitenland, die echter niet altijd makkelijk op te sporen of te bewijzen zal vallen.

of diens lasthebber wel aanwezig zijn. Bij de vele andere personen die hun medewerking verlenen aan het daarvoor gebruikelijke proces van financiële transacties zal dat echter niet bestaan: zij handelen op grond van hun eigen beweegredenen, die doorgaans louter commercieel zijn.

4.4. Gaten in de toepassing naar persoon en plaats

DADERS- Een niet-Belg die een gestolen schilderij in bezit neemt in Nederland en het vervolgens verkoopt in België aan een klant die te goeder trouw is, glipte dus door de mazen van het net en was niet strafbaar²¹⁷⁸. Doch ook sommige Belgen konden ontsnappen aan heling, indien zij zelf de dader waren van het (binnen- of buitenlands) misdrijf dat het geld had opgeleverd²¹⁷⁹. Omdat de verjaringstermijn voor wanbedrijven destijds slechts drie jaar (bij stuiting maximum zes) bedroeg, volstond het dat zij de buit verstopt hielden tot het onderliggende misdrijf was verjaard om ze vervolgens te verkopen aan iemand die te goeder trouw was. In ons land hanteerde de rechtspraak immers de leuze dat de steler zelf geen heler kan zijn²¹⁸⁰. Daarmee werd het zelfstandig karakter van heling als misdrijf (*supra*, Hoofdstuk 1, 4.1.) beklemtoond. De overnemer (bijvoorbeeld een bankier bij geldbuit) die de buit dan aanvaardde of omwisselde, was wel strafbaar, maar enkel indien hij op dat moment al wist dat het goed uit een misdrijf voortkwam. De eerlijke bankier met die kennis moest in dat geval het geld dus weigeren. Doch dan was wel *niemand* strafbaar en kon de vermeende witwasser zijn "misdaadgeld" dus houden. In de praktijk viel het bestaan van de voor heling vereiste schuldvorm bij de bankier trouwens moeilijk te bewijzen. In een financiële eenheidsmarkt zonder grenscontroles was deze situatie uitermate onbevredigend.

RECHTSPERSOON- Rechtspersonen, die zoals gezegd uitermate vaak opduiken op de vluchtroutes van "crimineel geld", konden naar klassiek Belgisch recht niet worden veroordeeld voor heling. Naarmate het beheren van geld door de toegenomen communicatiemiddelen gemakkelijker wordt, zal het ook steeds moeilijker worden om buitenlanders te vatten die via België "witwasoperaties" opzetten.

²¹⁷⁸ Belgen kunnen immers in sommige gevallen ook voor extraterritoriale misdrijven in België gestraft worden. (Cfr. Hoofdstuk II Voorafgaande Titel Sv.)

²¹⁷⁹ Overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel is hij natuurlijk wel strafbaar voor het onderliggend misdrijf in het land waar hij dat pleegde.

²¹⁸⁰ Cass. 21 december 1976, *Pas.* 1977, I, 448; FAURE, M., "Heling", *op.cit.*, 5; VANDEPLAS, A., "Heling", *op.cit.*, 92; DE NAUW, A., "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", in ROZIE, M.(ed.), *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 231; DERUYCK, F., "Over witwassen en voordeelsontneming", *op.cit.*, 5.

4.5.Samenvatting

TEKORT- De "buitgerichte" aanpak die de sleutel zou zijn tot een "effectieve" afstraffing van georganiseerde criminaliteit, vereist dat personen die de daders van het misdrijf bijstaan in het verwerken van de opbrengsten ook binnen het bereik van strafbepalingen komen. Zonder misdrijf kan immers geen vermogensstraf worden opgelegd. De meest voor de hand liggende misdrijfomschrijving, heling, vertoonde een aantal duidelijke tekortkomingen. Enkel de eerste schakel van het proces kwam er echt mee in het vizier. Bovendien beten door de combinatie van een aflopend misdrijf en opzet als schuldvorm de vervolgende instanties bijna onvermijdelijk de tanden stuk op het verweer dat de criminele oorsprong van het goed op het moment van de inontvangstname niet bekend was. Tenslotte vertoonde de klassieke heling klaarblijkelijke gaten qua toepassing naar plaats en persoon, die in een tijd van hypermobiele vermogens niet verantwoord was.

§.5.Besluit

ANDERE CONTEXT- De visie op de zin van het strafrecht in het algemeen en van straffen in het bijzonder is sinds de kinderjaren van het wetboek aan sterke evoluties onderhevig geweest. Het klassieke op schuld, schade en subjectieve keuzes gebaseerde systeem kreeg in de loop van de tijd veel kritiek. De pleidooien voor een op gevaar, voorkoming en objectieve risico's alternatief voor het strafrecht, hebben niet tot vervanging van het klassieke systeem geleid, doch werkten er wel in door. Niet alleen personen, maar ook groepen (organisaties) en goederen kunnen een gevaar opleveren voor de maatschappij.

DIFFERENTIËRING- Het *unieke strafrechtssubject* ruimde de baan voor verschillende benaderingen van verschillende types van criminaliteit: respectievelijk de kleine, de gewone, de bijzondere en de georganiseerde criminaliteit. Voor allemaal heeft de opkomst van grondrechten de evenwichten verstoord, doch nog belangrijker is de veralgemening van de twijfel aan de vrijheidsstraf voor het bereiken van de beweerde doelstellingen erachter. Terwijl normalerwijze de zoektocht er één is naar alternatieven, geldt dat niet bij georganiseerde criminaliteit. Hier moet er nog iets bovenop de vrijheidsstraf komen.

VRIJHEIDSSTRAFFEN VOLDOEN NIET- Georganiseerde criminaliteit slaagt erin de vrijheidsstraffen te neutraliseren of ze zelfs om te vormen naar haar eigen belangen. Deze straffen slagen er niet in de criminele onderneming stil te leggen. Soms zorgen

ze zelfs nog voor een versterking van de samenhang van de organisatie. Dat kan evenwel slechts wanneer ze beschikt over geld en geweld. Daar geweld ook meestal zijn prijs heeft, moet de overheid trachten de financiële basis van georganiseerde criminaliteit aan te tasten. Er is met andere woorden een zogenaamde vermogensaanpak van deze criminaliteit nodig.

VERMOGENSSTRAFFEN VOLDOEN NIET- De klassieke vermogensstraffen, de geldboete en de verbeurdverklaring van het voorwerp, de middelen en de producten van het misdrijf, schieten daartoe echter tekort. De hindernissen zijn het praktische gevolg van de onderliggende dogmatische grenzen: het strafkarakter van de sancties, de ondergeschiktheid aan de vrijheidstraf en een aantal beperkingen (omvang, toepassing in tijd, naar persoon of plaats).

HELING VOLDOET NIET- Daar de daders de opbrengsten van hun misdrijven doorsluizen naar anderen, die dan gezamenlijk de banden met het misdrijf trachten uit te gommen, pleit men voor een specifiek daarop gerichte misdrijfomschrijving. Het bestaande art.505 Sw., heling, zou daartoe moeten dienen, doch dit delict laat een aantal verwijtbare handelingen of personen ongemoeid. Opnieuw gaat het om de praktische gevolgen van de onderliggende dogmatische keuzes voor een aflopend opzettelijk misdrijf. Een grondige hervorming moet daarom een nieuwe, "effectieve" aanpak mogelijk maken. Het daadgericht en dadergericht strafrecht moeten plaatsmaken voor een "buitgerichte aanpak".

HOOFDSTUK 3: IMPULSEN TOT VERANDERING

*"Whenever cannibals are on the brink of starvation,
Heaven in its infinite mercy sends them a nice plump missionary"*
(O. Wilde)

INLEIDING- Opnieuw passen de Belgische initiatieven in een internationale trend. Opnieuw blijkt uit de parlementaire voorbereiding evenwel dat rechtsvergelijking geen belangrijke rol heeft gespeeld bij het Belgische wetgevend smeedwerk²¹⁸¹. België liep in de vermogensaanpak zelfs enigszins vooruit op buurlanden als

²¹⁸¹ Weliswaar voegt de commissie justitie van de Kamer aan haar verslag een lijst met de opsomming van de buitenlandse regels toe (*Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/4,12-25). De "beknopte vergelijking" is echter vooral beknopt. In het debat koppelt men er trouwens slechts heel uitzonderlijk naar terug.

Nederland, die langer deden over het wetgevend werk omdat ze eerst voorstudies uitvoerden. De grote impuls kwam op dat moment uit de V.S., via internationale fora, tot bij ons. Vandaar dat we die Amerikaanse regeling onder de loep nemen. Verder besteden we enige aandacht aan twee Europese landen die de toon aangeven in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit, Italië en Nederland. Het standaardwerk van Stessens maakt het, zoals eerder al gezegd, overbodig veel verder in te gaan op de achtergronden van de Belgische vermogensaanpak. Ook in de vele andere publicaties die inmiddels over dit thema zijn verschenen, kan men hierover trouwens het nodige vinden²¹⁸².

§ 1. Verenigde Staten

1.1. Dominant mensbeeld en visie achter de aanpak

OORSPRONG HEROPFLAKKERING- Verbeurdverklaringen en vermogenssancties zijn van alle tijden. Zowat alle waarnemers zijn het erover eens dat de renaissance van de vermogensaanpak, zeker die gericht op georganiseerde criminaliteit, is overgewaaid uit de V.S.²¹⁸³. Het loont dan ook de moeite even stil te staan bij een aantal opmerkelijke aspecten van de Amerikaanse vermogensaanpak.

PESSIMISTISCH MENSBEELD- Achter het strafrechtsbeleid in de V.S. van de late jaren zestig tot in de jaren negentig gaat een eerder pessimistisch mensbeeld schuil²¹⁸⁴. Vele beleidsverantwoordelijken hebben straffen en strafrecht opnieuw onverbloemd herleid tot een vorm van primitieve vergelding (wraak) en tot « sociaal verweer » door verwijdering uit de maatschappij²¹⁸⁵. In hun pleidooi voor de toepassing van harde intimiderende straffen en de uitschakeling van mogelijks gevaarlijke personen en groepen klonken echo's van preklassiek strafrecht door. Ook toen werden bepaalde categorieën van mensen (landlopers, bendeleden,

²¹⁸² JONCKHEERE, A., CAPUS-LECLERC, M., WILLEMS, V., en SPIELMANN, D., *Le blanchiment du produits des infractions en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*, Larcier, 1995, 157 p; VAN ROOSBROECK, A., *op.cit.*, 1-28.

²¹⁸³ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 113; VERVAELE, J., "Inbeslagneming en confiscatie naar aanleiding van strafbare rechtsschendingen, deel I: juridische vormgeving in de V.S.", *Delikt en Delinkwent*, 1997, 365; JENSEN, E. en GERBER, J., "The Civil Forfeiture of Assets and the War on Drugs: Expanding Criminal Sanctions While Reducing Due Process Protections", *Crime & Delinquency* 1996, 422.

²¹⁸⁴ Terwijl dat zich in de jaren zestig nog vooral beperkte tot bepaalde categorieën van uitzonderlijk zware misdrijven, lijkt het in de loop van de jaren zeventig en vooral de jaren tachtig uitgedeind.

²¹⁸⁵ Een statistisch marginaal maar niettemin tekenende illustratie daarvan is de spectaculaire terugkeer van de doodstraf, die in de vroege jaren zeventig op het punt had gestaan te verdwijnen en nu een verbazingwekkend breed maatschappelijk draagvlak geniet, zowel bij de bevolking als in de politiek.

ketters) collectief uitgesloten door de beschaafde maatschappij, die tegen hen moest worden beschermd .

HOMO ECONOMICUS REVISITED- Al op het einde van de jaren zestig namen de beleidsmakers meer en meer het begrip « criminele onderneming » in de mond (*supra*, Delen I en II). Vooral in de jaren tachtig echter, toen het neoliberalisme een opmerkelijke bloei beleefde met ondernemers en technologische vernieuwers als de iconen van hun generatie, ging het taalgebruik van de managementgoeroes pas goed domineren. Het sijpelde door tot ver buiten de wereld van de klassieke profitsector: overal doken termen als input, output, rendement, optimalisering of human resources op. Enige gelijkenis met de industriële revolutie in de achttiende en de negentiende eeuw was onmiskenbaar. Het dominante mensbeeld dat de Amerikaanse strafwetgever voor ogen had, was dan ook dat van iemand die na een kosten-baten analyse bewust een rationele keuze maakt om al dan niet tot een bepaald strafbaar feit over te gaan : de terugkeer van de *homo economicus* uit onze klassieke periode²¹⁸⁶. Toch blijft onderhuids ook het beeld van de onverbeterlijke *homo criminalis* aanwezig.

DRUGSWINSTEN- Typevoorbeelden van gevaarlijke georganiseerde criminaliteit waren de zogenaamde 'Colombiaanse drugkartels'. Die waren zelfs dubbel gevaarlijk want niet alleen importeerden zij op grote schaal drugs in de V.S., zij vormden bovendien een kartel. Met prijs- en productieafspraken beperkten zij de vrije concurrentie op deze illegale markt en dreven zo de winsten op tot astronomische hoogten²¹⁸⁷. Het federale parlement stelde zich daarom op het

²¹⁸⁶ Cfr. WILSON, J., *Thinking about crime* , New York, Basic Books, 1975, 231 p.; deze zogenaamde *rational choice-theory* reageerde op het als weinig geslaagd ervaren « *bleeding heart liberalism* », waarbij vooral de sociale oorzaken van criminaliteit benadrukt werden en de reïntegratie van criminelen het hoofddoel vormde. Dat zou de individuele verantwoordelijkheid van elk mens al te vlug weggeveegd hebben en de criminelen al te vlug uitvluchten voor hun gedrag hebben aangereikt. Cfr. FIJNAUT, C., "Beelden van de homo criminalis in de criminologie" , *op.cit.*, 143-144.

²¹⁸⁷ Drugsbestrijders schilderen de Colombiaanse organisaties af als verticaal geïntegreerde multinationals, d.w.z. die zelf alles controleren, van productie tot en met afzet. Voor zover er ooit al een kartel heeft bestaan, heeft dat niet erg lang stand gehouden. De concurrentie in de Colombiaanse drugswereld was en is letterlijk moordend. Bij deze massieve handel in illegale maar door een onstuitbare vraag uitermate winstgevendende producten spreekt men terecht over de ondernemingsstructuur van de criminele organisaties. Het gaat echter (*supra* Delen I, II, III en IV) om netwerken van KMO's en zelfstandigen, eerder dan door kadaverdiscipline beheerste molochten. Net zoals gewone ondernemers, of misschien zelfs nog meer, laten zij hun gedragingen niet uitsluitend bepalen door economische berekeningen. Psychologie, soms zelfs psycho-pathologie, blijkt ook in de wereld van de georganiseerde criminaliteit een niet belangrijk analyse-instrument. Bij verdachten zowel als bij criminaliteitsbestrijders zijn er allerlei psychologische mechanismen die mensen aanzetten tot

standpunt dat om de drughandel terug te dringen, het de kosten-batenanalyse van de potentiële drugcrimineel moest beïnvloeden. De verhoging van de te verwachten kosten gebeurde al door het verzwaren van de vrijheidsstraffen en het verhogen van de pakkans. In de loop der jaren was echter duidelijk gebleken dat draconische maatregelen, zoals de fysieke uitschakeling van individuele drughandelaars geen significante weerslag had op de stroom van illegale drugs naar de Verenigde Staten²¹⁸⁸. Drughandel bleef immers een miljardenindustrie waarbij de verlokking van het grote geld steeds voldoende mensen aanzoog die bereid waren de repressieve risico's te trotseren. Daarom koos het Congres ook tevens voor een beleid dat moest leiden tot de vermindering van de door de kandidaat-crimineel te verwachten baten. De meest voor de hand liggende optie, een legalisering of re-medicalisering van verboden drugs om zo de buitensporige zwartemarktprijzen te kelderen, was en is politiek taboe. Vandaar dat het Congres, op aangeven van de politiediensten, besloot dat « *the best way to combat illegal trafficking is to remove the incentive by stripping the profits from drug dealers through asset forfeiture* »²¹⁸⁹.

ROES- De strijd tegen de criminaliteit in het algemeen, maar tegen de drugscriminaliteit in het bijzonder, lijkt in de V.S. soms op een kruistocht. De maatregelen zijn bijna niet te begrijpen voor wie niet weet hoe groot de gevolgen van de drugscriminaliteit, vooral in combinatie met de alomtegenwoordige vuurwapens, voor de Amerikaanse maatschappij zijn. Ondanks vele dissidente stemmen kozen zowel politiek als rechtshandhaving resoluut voor de escalatie²¹⁹⁰. Voor de wetgever en in zijn spoor de rechterlijke macht rechtvaardigde het uitzonderlijk karakter van

gedrag dat, zelfs in hun eigen ogen, in strijd is met hun eigenbelang. Zoals in de Griekse tragedies zal dikwijls de « hardnekkigheid » die aanvankelijk de sleutel tot het succes is, later als « koppigheid » leiden tot de onvermijdelijke val. Criminelen begaan blunders die vanuit economische of strategische logica onverklaarbaar zijn, uit vrees voor gezichtsverlies. Prestige en intimidatie gelden immers als pasmunt in hun wereld. Vooral de organisaties in Medellin, met die van de impulsieve Pablo Escobar op kop, gaven herhaaldelijk blijk van betwistbaar professionalisme en een allesbehalve rationele keuzes.

²¹⁸⁸ Het beeld van een stroom vanuit het buitenland naar de Verenigde Staten berust natuurlijk op een bestaand fenomeen (veel van de grondstoffen en afgewerkte producten komen vanuit de rest van de wereld). Toch verdraait het de realiteit omdat het de interne productie en de rol van Amerikanen in de drugshandel dreigt te verdoezelen en het totaal verkeerde beeld van drugs als een bedreiging van buitenuit bestendigt.

²¹⁸⁹ S.REP.No.225, 98th Cong., 2d Sess.191 (1984), reprinted in 1984 U.S.C.C.A.N. 3182, 3374; aangehaald door BLACHER, R., "Clearing the Smoke from the Battlefield: Understanding Congressional Intent Regarding the Innocent Owner Provision of 21 U.S.C § 881 (a) (7), *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1994, 503.

²¹⁹⁰ In 1995 gebeurden er volgens de FBI-statistieken bijna anderhalf miljoen arrestaties in drugszaken. Het federaal budget voor drugbestrijding bedroeg in 13 miljard US dollar...(BLUMENSON, E. en NILSEN, E., "Policing for Profit: the Drug War's Hidden Economic Agenda", *University of Chicago Law Review*, <http://fear.org/chicago.html>, voetnoot 240)

het drugsprobleem een uitzonderlijke aanpak. Critici gewagen zelfs van « *a drug-exception to the Bill of Rights* »²¹⁹¹. In het verlengde van de strijd tegen de drugs zijn - vooral sedert de jaren tachtig - de « nieuwe instrumenten » ook ingezet tegen georganiseerde criminaliteit en naar het eind van de jaren tachtig ook tegen witteboordencriminaliteit en corruptie²¹⁹².

INSTRUMENTALISME- Instrumentalistische denkpatronen doordrenken dan ook de vermogensaanpak in de V.S.: het draait allemaal om het « neutraliseren », het zo zwaar mogelijk aanpakken, het ontmantelen van criminelen en hun organisaties. De eenvoud van het argument (criminelen doen het voor het geld, pak hun geld af) en het fiscale argument (laat de criminelen opdraaien voor de kosten van de staat, en dan in het bijzonder voor de kosten van rechtshandhaving) doet het heel goed bij de goegemeente.

1.2.De “*civil forfeiture*”: van prehistorisch fossiel tot moderne monstersanctie, het succesverhaal van een juridische fictie

1.2.1.Begrip en oorsprong²¹⁹³

HOOFDROL- Welke sanctie moest deze vermogensaanpak van criminaliteit nu waarmaken? De bestaande geldboetes volstonden blijkbaar niet. De overheid besloot dat de oplossing erin lag een goed dat op illegale wijze gebruikt of verworven was, weg te nemen zonder de eigenaar (of rechthebbende) te vergoeden. De bestaande rechten op het goed "vervielen" dus ten nadele van de overheid. Als « straf », vergelijkbaar met onze verbeurdverklaring, dook een dergelijk verval (*criminal forfeiture*) in de V.S. (pas) in 1970 op²¹⁹⁴ en ze is sindsdien een rol blijven spelen (*infra*, 1.3). Toch bleef zij slechts een tweederangsspeler in de vermogensaanpak. Hét instrument bij uitstek was een « *burgerlijke* » sanctie niet "als straf voor het misdrijf", maar « naar aanleiding van strafbare

²¹⁹¹ DUKE, S. en GROSS, A., *America's Longest War, Rethinking Our Tragic Crusade Against Drugs*, New York, Putnam, 1994, 133 met verwijzing naar Wisotsky.

²¹⁹² VERVAELE, J., *op.cit.*, 356 formuleert het zo: "de huidige dominante leidmotieven bij de criminaliteitsbestrijding, zoals strijd tegen de drugshandel, georganiseerde misdaad, fraude en corruptie, heiligen niet alleen veel middelen, maar ook nieuwe sancties."

²¹⁹³ Zie GORDON, J., "Prosecutors Who Seize Too Much and the Theories They Love: Money Laundering, Facilitation, and Forfeiture", *Duke Law Journal*, 1995, 746-756; BLACHER, R., "Clearing the Smoke From the Battlefield: Understanding Congressional Intent Regarding the Innocent Owner Provision of U.S.C. § 881 (a) (7)", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1994, 504- 505; voor een zeer compleet overzicht: KESSLER, S., *Civil and Criminal Forfeiture, State and Federal Practice*, New York, West Group, 1999.

²¹⁹⁴ VERVAELE, J., *op.cit.*, 361.

rechtsschendingen »²¹⁹⁵: « *civil forfeiture* ». Dit begrip zou mogelijk kunnen worden vertaald²¹⁹⁶ als « vervallenverklaringsmaatregel »²¹⁹⁷.

OORSPRONG- De Amerikanen voeren de oorsprong van de *civil forfeiture* terug op de Engelse *deodand*²¹⁹⁸. Dit begrip zou, zoals zoveel Common Law-begrippen, afkomstig zijn van Latijnse rechtsspreuken: *deo dandum*, wat aan God gegeven moest worden²¹⁹⁹. Onder oud Engels recht viel om het even welk voorwerp dat de dood van een onderdaan van de Kroon had veroorzaakt, aan de Kroon toe. Het verbeurdverklaarde voorwerp (het *deodand*) werd beschouwd als het «aangeklaagde ding». De beroemde opperrechter Holmes stipte aan dat een soort wraakgedachte tegen het goed de doorslag gaf. Eventuele «schadevergoedingsbekkernissen» waren, voor zover ze al van tel waren, totaal bijkomstig. Daarom moesten de verbeurdverklaarde goederen aan «*charitable purposes*» ten goede komen²²⁰⁰. Doch de vorsten misbruikten het systeem meer en meer in hun eigen belang; ze maakten er een bron van inkomsten van²²⁰¹. De Amerikaanse kolonisten besloten dan ook de *deodand* niet in te voeren in de Nieuwe Wereld. Wel bleven zij de vervallenverklaringsmaatregel gebruiken als een middel om het recht te handhaven, op grond van rechtsmacht over het goed zelf: "*in rem*".

UITSTERVEN- De aard van de verbeurdverklaringen en de frequentie van hun toepassing varieerde in de Engelse tijd aanzienlijk tussen de verschillende kolonies. Dat was bij voorbeeld het geval voor de *forfeiture consequent to attainder*, de tegenhanger van onze algemene verbeurdverklaring. Deze rechtsfiguur hield de volledige verbeurdverklaring in van alle zakelijke en persoonlijke rechten van ter dood veroordeelde misdadigers (*felons*) en verraders (*traitors*)²²⁰². Na de

²¹⁹⁵ Deze laatste, precieze bewoording is die van VERVAELE, J., *op.cit.*, 365. Dezelfde auteur wijst er terecht op dat "burgerlijk" in de V.S. wel iets anders betekent dan op het Europees continent en dat het eigenlijk vaak ook om een soort administratief sanctierecht gaat. (*Ibidem*, 357, vn 4). Daarom nemen wij de door STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 41 gehanteerde "burgerlijke verbeurdverklaring" niet over. Deze auteur behandelt de rechtsfiguur trouwens als deel van de door hem kritisch geanalyseerde grotere categorie van objectconfiscatie.

²¹⁹⁶ VERVAELE, J., *op.cit.*, kiest voor "burgerlijke confiscatie".

²¹⁹⁷ Over het verschil tussen verval (*ex nunc*, constitutief) en vervallenverklaring (*ex tunc*, declaratief, *relation back doctrine*), *infra*.

²¹⁹⁸ United States v. Schmalfeldt, 657 F.Supp. 385, 387-88 (W.D.Mich.1987).

²¹⁹⁹ Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663, 681 n.16 (1997).

²²⁰⁰ Schmalfeldt, 657 F.Supp. at 388. Vgl. §1, 1.1.

²²⁰¹ Schmalfeldt, 657 F.Supp. at 388. Vgl. §1, 1.1.

²²⁰² Volgens VERVAELE, J., *op.cit.*, 361 heette deze algemene verbeurdverklaring in het Engels recht "forfeiture of estate". Zo ook ZALMAN, M., "Judges in their Own Case: a

onafhankelijkheidsverklaring en de ratificatie van de federale grondwet werd zij afgeschaft, net zoals onze algemene verbeurdverklaring en om vergelijkbare redenen. Net als in Europa overheerste het ongenoegen over de steeds terugkerende misbruiken van de overheid, voor wie de eigen geldnood veel meer gewicht in de schaal legde dan de officiële rechtvaardiging van de straf. De Amerikaanse onafhankelijkheid was immers zelf het gevolg van een door Engeland mismeeesterd belastingconflict. De Founding Fathers van het nieuwe vaderland waren even daarvoor zelf als rebellen beschouwd, verraders in de ogen van de Engelse rechtsorde. Ook bij hen steunde het afwijzen van de verbeurdverklaring op een grote bekommernis om de persoonlijke schuld, de persoonlijke straf en evenredigheid van de straf. Men vond dat het systeem «*too easily dispensed with judicial findings of guilt*» en onschuldige erfgenamen van hun rechtmatige erfenis beroofde. Bovendien voelden de Amerikanen sterk de behoefte om alle overblijfselen van de feodale tijden te beëindigen²²⁰³. De gevoeligheid van de Amerikanen voor de onaantastbaarheid van private eigendom was waarschijnlijk nog groter dan in Europa. Vandaar dat de «*vervalstraf*» gedurende bijna tweehonderd jaar taboe bleef²²⁰⁴.

OVERWINTERING IN HET DOUANERECHT- Evenmin als bij ons slaagden de vernieuwers er in de «*verbeurdverklaring*» met wortel en tak uit te roeien. Haar wortels zaten grotendeels onder grond, dat wil zeggen in minder zichtbare sectoren van het (sanctie)recht. De uitzondering kon daar worden gerechtvaardigd met een «*noodtoestand-argument*». Zo overleefde de vervallenverklaringsmaatregel in het douane- en scheepvaartrecht (*Customs and Admiralty law*), waar onmiddellijk na de ratificatie van de federale Grondwet de - op dat moment nog erg bescheiden - federale overheid *forfeiture statutes* begon af te dwingen²²⁰⁵. Aanvankelijk diende deze bevoegdheid tot verbeurdverklaring vooral om de hand te leggen op schepen en ladingen gebruikt in de illegale slavenhandel, maar zij werd ook wel toegepast op schepen die betrokken waren bij douanemisdrijven²²⁰⁶. De beslissing om die bevoegdheid in dit verband te handhaven, was niet ingegeven door enige strafrechtstheorie. De belangrijkste reden was dat de pas opgerichte federale

Lockean Critique of Law Enforcement Asset Sharing in Drug Forfeiture Law and Practice” , *Criminal Justice Review* 1996 , 198.

²²⁰³ MAXEINER, J., «*Bane of American Forfeiture Law- Banished At Last ?*», 62 *Cornell Law Review*, 770, 779 n.68.

²²⁰⁴ VERVAELE, J., *op.cit.* , 361; ZALMAN, M., *op.cit.*, 198.

²²⁰⁵ VERVAELE, J., *op.cit.* , 361; ZALMAN, M., *op.cit.*, 361.

²²⁰⁶ Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 683 (1979).

instellingen nog geen bron van inkomsten hadden, in afwachting van de grondwettelijke invoering van de inkomstenbelasting. De verantwoording van de harde maatregel van « *vervallenverklaring van alle rechten over het schip en zijn inhoud* » ter vergoeding van het kwaad dat was begaan door de kapitein en de bemanning, werd gezocht in het bijzonder karakter van de zeevaart. Anders dan bij onwettigheden op het Amerikaanse vasteland, waar plaatselijke rechtbanken bestonden en de aanwezigheid van de beklaagden afdwingbaar was, had de overheid hier weinig meer in handen dan het schip. De bemanning bezat meestal weinig of niets en hetgeen zij had, zat in het buitenland. De eigenaar van het *schip* mocht dan wel onschuldig zijn, het was op het einde van de achttiende eeuw geen realistische optie om zijn recht trachten te halen in een buitenlandse rechtbank aan de andere kant van de wereld, tegen een eigenaar waarover men nauwelijks iets wist²²⁰⁷. De rechtspraak van het Hooggerechtshof uit de eerste decennia van het bestaan van de V.S. betrof vooral *privateers*, piraten²²⁰⁸. Voor alle duidelijkheid: ook hier ging het dus steeds om een « bijzondere », dat wil zeggen tot een specifieke zaak beperkte, vervallenverklaring. Vervallenverklaring van een heel vermogen bleef bij wet verboden.

VERRIJZENIS- Tijdens de burgeroorlog (1861-1865) zagen betwiste noodwetten het licht, waarmee de Noordelijke overheid de bezittingen van Zuidelijke rebellen in het Noorden aansloeg²²⁰⁹. Doch ook na het einde van het conflict ging het federale parlement door met de goedkeuring van *civil forfeiture statutes*²²¹⁰. Ook de deelstaten, de hoofdverantwoordelijken voor het strafrecht in de V.S., deden dit. Niettemin bleef *civil forfeiture* gedurende lange tijd een vrij onbelangrijk instrument in de rechtshandhaving. De Drooglegging bracht daar enige verandering in. Toen werden steeds vaker goederen en stukken onroerend goed die waren gebruikt bij de illegale productie van alcohol "ontnomen"²²¹¹. Vanaf 1970 raakte de toepassing van *civil forfeiture* pas echt in een stroomversnelling, met een lawine aan wetten met

²²⁰⁷ ZALMAN, M., *op.cit.*, 198.

²²⁰⁸ In Deel I, Hoofdstuk 1, 1.4. is de aanpak van de piraterij als voorloper van de aanpak van de georganiseerde criminaliteit al gesignaleerd.

²²⁰⁹ Een wet uit 1862 liet *in rem* procedures toe tegen alle eigendommen die Zuidelijke rebellen in het Noorden hadden. President Lincoln slaagde er wel in de vervallenverklaring na de dood, voorzien bij verraad, uit het voorstel te wippen. Critici beweerden dat de wel geïntroduceerde burgerlijke maatregelen eigenlijk dienden om individuen te straffen en daarom neerkwamen op ongrondwettige bestraffing zonder eerlijk proces. Het Hooggerechtshof ontweek dit bezwaar, maar verklaarde dat de wet als uitzonderlijke maatregel gebaseerd op de « *war powers* » niet ongrondwettig was.

²²¹⁰ ZALMAN, M., *op.cit.*, 198 wijst dat er meer dan honderd verschillende federale *civil forfeiture* wetten bestaan. VERVAELE, J., *op.cit.*, 362 telt er 140.

vervallenverklaringsmaatregelen. Bijgevolg valt vandaag de dag zowat elk goed dat mogelijk gebruikt kan worden in een criminele onderneming binnen het bereik van *forfeiture laws*, zowel federale als deelstatelijke²²¹².

1.2.2. Kenmerken

BIJZONDER (GEWEEST ?)- In theorie blijft de *civil forfeiture* nochtans uitzonderlijk. Zij moet met een uitdrukkelijke bepaling zijn voorzien in elke afzonderlijke wet. Bijgevolg verschillen de regels van wet tot wet : wat kan worden ontnomen, welke procedure moet worden gevolgd, welke overheid (administratie, Openbaar Ministerie of burgerlijke rechter) bevoegd is omtrent de toepassing te beslissen,...²²¹³ De federale drugswetgeving en de wetgeving tegen de georganiseerde criminaliteit worden evenwel het meest bestudeerd. Dit zijn niet alleen de meest toegepaste wetten, zij hebben ook model gestaan voor de meeste andere wetgeving.

IN REM PROCEDURE- Bij ons heet de verbeurdverkaring wel *in rem*, maar legt men haar eigenlijk op aan de veroordeelde, dat wil zeggen *in personam*. Wanneer Amerikanen « *in rem* » zeggen, dan bedoelen ze ook « *in rem* ».²²¹⁴ De statelijke of federale overheid²²¹⁵ begint een procedure tegen een goed. Zij procedeert bijvoorbeeld tegen "het gebouw De Valk, Tiensestraat 41 te 3000 Leuven", of "een rode Ferrari met nummerplaat KVM 881" of "een sportzak van het merk Adidas met een miljoen dollarbiljetten"²²¹⁶. De procedure start zodra de overheid een zaak in beslag neemt waarvan zij gelooft dat ze in een illegale activiteit betrokken is geweest. Wanneer het goed spoorloos is, of zich in het buitenland bevindt, kan het dus niet "bij verstek" vervallenverklaard worden. Juridisch gezien gaat het dus om een procedure tussen de overheid en een zaak. Eventuele mensen wiens belangen worden aangetast, in de eerste plaats de eigenaar natuurlijk, moeten dan maar tussenkomen in deze procedure. Voor waardevolle en onroerende goederen bestaat er een bekendmakingsprocedure²²¹⁷.

²²¹¹ ZALMAN, M., *op.cit.*, 198.

²²¹² Voor een overzicht van deze wetten, relevante rechtspraak en rechtsleer: <http://fear.org/library.html>.

²²¹³ VERVAELE, J., *op.cit.*, 360.

²²¹⁴ PILON, R., "The Civil Asset Forfeiture Reform Act 1997", Statement before the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, 11 juni 1997, <http://www.cato.org/testimony/ct-rp061197.html>.

²²¹⁵ Dit is doorgaans niet het Openbaar Ministerie maar een administratie.

²²¹⁶ PILON, R., *op.cit.*; cfr. LOMBARDO, R., "Asset forfeiture: Civil Remedies Against Organized Crime", in: FLOOD, S. (ed.), *Illicit Drugs and Organized Crime, Issues for a Unified Europe*, Chicago, University of Illinois at Chicago, 1991, 45.

VERVALLENVERKLARING- Juridisch gaat het eigendomsrecht in het geval van civil forfeiture van het afgenomen goed over op de overheid door het « crimineel gebruik » dat ervan wordt gemaakt²²¹⁸. Het gaat eigenlijk om een vreemde redenering : wie ervoor kiest om een goed te gebruiken in strijd met de wet, draagt door die keuze het goed over aan de staat. Hij verbeurt (zelf) zijn recht op het goed. Daarom past vervallenverklaringsmaatregel als vertaling van *civil forfeiture* ²²¹⁹. "Maatregel" omdat het juridisch niet om een straf gaat. « Vervallenverklaring » (en niet "verval") omdat niet de beslissing van de administratie of de rechter de staat eigenaar maakt. Zij behelst alleen de vaststelling dat de staat een tijd daarvoor, op het moment dat het goed op een of andere wijze bij een strafbare rechtsschending betrokken was, eigenaar is geworden. Dit noemt men de *relation back-doctrine*²²²⁰. De beslissing is *declaratief*, niet *constitutief* voor de eigendomsoverdracht. De inbeslagneming vormt dus geen bewarend beslag, maar is eigenlijk een revindicatie. Deze retroactiviteit, het teruggaan in de tijd om de eigendomsoverdracht te plaatsen op het *moment van het misdrijf*, is één van de meest markante aspecten van de Amerikaanse wetgeving. Het is een bewuste, maar zeer betwiste keuze van het Congres²²²¹. Critici zeggen dat ze breekt met de klassieke interpretatie, waarbij de eigendomsoverdracht wel terugging tot op het *moment van inbeslagneming*, maar nooit tot op het moment van het misdrijf. De nieuwe keuze zou geen enkel precedent hebben in de geschiedenis²²²². De federatie zette hiermee niet alleen eventuele toevallige vindere of erfgenamen, maar ook bijvoorbeeld de fiscus van de deelstaat vaak buitenspel. De rechtsonzekerheid die een dergelijke rechtsfiguur schept, belet natuurlijk dat ze onbeperkt toegepast zou worden. Daarom moet de overheid, eens ze de zaak inbeslaggenomen heeft, een formele procedure tot « vervallenverklaring » beginnen binnen de vijf jaar na de ontdekking van het

²²¹⁷VERVAELE, J., *op.cit.*, 360-361.

²²¹⁸ Bijvoorbeeld 21 U.S.C. § 881 (h).

²²¹⁹ Verbeurd-verklaring niet om de verwarring te vermijden met de verbeurdverklaring in België, die een straf is en wel een verval-straf.

²²²⁰ Zie hierover STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 52-54.

²²²¹ Sommige rechtscollages hadden deze doctrine al gehanteerd, de echte doorbraak komt er met de Comprehensive Forfeiture Act (CFA), 18 U.S.C. § 1963 (c) (Supp.III 1985); 21 U.S.C. § 853 (c) (Supp.III 1985). Het Congres hoopt met de wetwijziging van 1984 de « wettelijke beperkingen en dubbelzinnigheden die [tot dan toe] het actief nastreven van vervallenverklaringen door federale rechtshandavingsdiensten (law enforcement agencies) hadden belet, van de baan te ruimen."(*infra*).

²²²² FRIED, D., *op.cit.*, 346-347, vn.92.

beweerde misdrijf²²²³. Door vervallenverklaring stelt de rechter dan formeel vast dat de staat in het verleden eigenaar is geworden²²²⁴.

BEWIJSLAST- Het « geloof » in de betrokkenheid bij een strafbare rechtsschending moet natuurlijk ergens op gebaseerd zijn. De overheidsambtenaar moet « *probable cause* » hebben dat hiervan sprake is. Dit is een vrij lichte bewijslast. Zij is zwaarder dan « *reasonable suspicion* » vereist voor het stoppen van mensen op straat voor fouillering, maar lager dan « *prima facie proof* », dus behoorlijk minder dan « *beyond reasonable doubt* » vereist voor strafrechtelijke veroordeling²²²⁵. *Probable cause* is de verdenkingsdrempel die normaal geëist wordt voor aanhoudingen, huiszoekingen en andere onderzoeksmaatregelen. De regel dat het al volstaat dat er *probable cause* is dat een goed bij criminaliteit betrokken was om het vervallen te verklaren, komt uit de douanewet²²²⁶. Om het bestaan van die *probable cause* te gronden mogen de overheidsdiensten daarenboven ook gebruik maken van « *circumstantial evidence* » en « *hearsay* ». Dat zijn bewijselementen die wegens hun geringe betrouwbaarheid volgens de strenge regels van het bewijsrecht in strafzaken niet toegelaten of niet voldoende zijn om tot de strafrechtelijke veroordeling van een persoon te komen. Eenmaal de overheid de betrokkenheid van het goed bij criminaliteit voldoende waarschijnlijk heeft gemaakt (*established probable cause*), keert de bewijslast om. De persoon die beweert als eigenaar of op grond van een andere titel recht te hebben op het goed, moet dan bewijzen dat het goed niet voor vervallenverklaring in aanmerking komt. Hij moet dan " *preponderance of evidence* » aanvoeren waaruit blijkt dat het goed op geen enkele manier betrokken was bij de verboden activiteiten. *Preponderance of evidence* is een zwaardere bewijslijst dan de *probable cause* die de beslagleggende overheid moest leveren. Hij ligt wel nog net beneden de eis van '*beyond reasonable doubt*' die in normale strafzaken wordt

²²²³ 19 U.S.C. § 1621 (1988).

²²²⁴ Een weigering van die verklaring functioneert dus als een ontbindende voorwaarde, waardoor de schijnbare eigendom van de overheid tijdens de periode van het beslag retroactief tenietgaat : de staat is nooit eigenaar geweest.

²²²⁵ Rechtbanken omschreven het onder meer als « *een redelijke grond om in schuld te geloven, die bestaat wanneer de feiten en omstandigheden waarvan de overheidsambtenaren kennis hebben en waarover zij betrouwbare informatie hadden, op zichzelf volstaan om een redelijk voorzichtig man te versterken in zijn geloof dat een misdrijf begaan werd* » (United States v. One 1950 Buick Sedan, 231 F.2d 219, 221-22 (3d Cir.1956)).

²²²⁶ De douane concentreert zich op de goederentraffiek en het contact met de mensen gebeurt incidenteel, in functie daarvan. Vaak zal de douane wel de goederen, maar niet de mensen onder zijn rechtsmacht hebben. Daarenboven moet het snel gaan, zeker als het over bederfelijke goederen gaat, maar ook in andere gevallen, omwille van de negatieve economische weerslag van al te intensief en dus te verdragend onderzoek. De mogelijkheden tot verder onderzoek zijn dan ook beperkt.

gehanteerd. Indien het goed wel degelijk betrokken was bij het misdrijf, kan de rechthebbende echter nog wel een beroep doen op de zogenaamde « *innocent owner defence* ». Opnieuw kan de "aanslagende" overheid volstaan met *probable cause* en moet de persoon die zich ertegen verzet de zwaardere bewijslast *preponderance of evidence* torsen. Het Hoogerechtshof weigert deze omkering van bewijslast ongrondwettig te verklaren²²²⁷, ondanks scherpe kritiek in de rechtsleer²²²⁸. Uiteindelijk zou de wetgever pas in 2000 de positie van de aangeslagene enigszins verbeteren (*infra*).

UITKOMST STRAFZAAK NIET BESLISSEND- Hoewel er dus wel een zekere koppeling moet worden gemaakt met een strafbare schending van een wet, geniet de procedure met het oog op vervallenverklaring tegen het goed van een grote onafhankelijkheid van de strafprocedure. Er hoeft geen strafvervolging te komen tegen de mogelijke daders, laat staan een veroordeling. In 80% van de gevallen blijft strafvervolging helemaal uit²²²⁹. Door het verschil in bewijslast schiet de overheid met een tweeloop: zij beschikt steeds over een terugvalmogelijkheid. Een strafrechtelijke veroordeling, waarbij de hoge bewijsdrempel is overschreden, kan zij wel gebruiken om een (burgerlijke) vervallenverklaringsmaatregel te verantwoorden. Een persoon die in de strafprocedure wordt vrijgesproken of buiten vervolging gesteld, ontsnapt daarmee nog niet aan de vervallenverklaringsmaatregel. Dat het Openbaar Ministerie de schuld van de verdachte aan strafbare feiten niet *beyond reasonable doubt* kon bewijzen, betekent nog niet dat de verdachte van zijn kant met *preponderance of evidence* kan bewijzen dat het goed niet bij een misdrijf betrokken was en/of (*infra*, 1.2.5.1.) hij zich op de *innocent owner defense* kan beroepen²²³⁰.

SCHULD EIGENAAR IRRELEVANT- Natuurlijke personen (vooral eigenaars) kunnen dus wel tussenkomen in de procedure, maar de basis voor de hele rechtsfiguur is het beginsel dat de « *onschuld van de eigenaar van het in beslag genomen goed niet ter zake doet* ». Dit valt alleen te begrijpen wanneer men ziet hoever de rechtspraak de fictie van het onrechtmatig gedrag van een « voorwerp » doortrekt. Zo handhaafde het Hoogerechtshof in 1818 de vervallenverklaring van een schip wegens schending van een *embargowet*. Volgens de meerderheid binnen het Hof was de procedure er een « *tegen het vaartuig, voor een misdrijf begaan door*

²²²⁷ United States v. One Assortment of 89 Firearms, 456 US 354, 362 (1984).

²²²⁸ ZALMAN, M., *op.cit.*, 201.

²²²⁹ VERVAELE, J., *op.cit.*, 360.

²²³⁰ Het gaat om de zgn. doctrine van "collateral estoppel", VERVAELE, J., *op.cit.*, 367-368.

het vaartuig, dat daarom niet minder een misdrijf is, en dat het niet was gepleegd op gezag van of tegen de wil van de eigenaar maakt het niet minder vatbaar voor vervallenverklaring –eigen vertaling fv-»²²³¹ De rechtvaardiging staat in een veelzeggende redenering van het Hof in een andere zaak, uit 1814. Het ging over de onschuldige aankoper van koffie die was ingevoerd in strijd met de zgn. *Non-intercourse Act* van 1809 (soort neutraliteitswet t.a.v. de in Europa woedende Napoleontische oorlogen die met de Engels-Amerikaanse oorlog van 1812 een uitloper zouden kennen): «*In de eeuwige strijd die bestaat tussen de gierigheid, ondernemingszin en combinaties van individuen enerzijds, en de macht belast met de rechtsbedeling anderzijds, zijn strenge wetten nodig om de uitvoerende macht toe te laten om het door de wetgever gekozen beleid werkelijk waar te maken.*²²³²» Pech dus voor de onschuldige eigenaar, maar zijn belang moet wijken voor het algemeen belang, of eigenlijk het staatsbelang. Het misdrijf kleeft aan (« *was attached to* ») het goed. Of dat goed een eigenaar heeft of niet²²³³, heeft voor de toepassing van de wettelijke vervallenverklaring niet het minste belang. Bijgevolg werd traditioneel hoegenaamd niet gekeken naar eventueel persoonlijk wangedrag of persoonlijke verantwoordelijkheid van de eigenaar²²³⁴. Ondanks de fragiele basis van de aanpak was deze "objectieve aansprakelijkheid" gedurende de eerste twee eeuwen niet echt tot belangrijk thema in de strafrechtelijke discussies, waarschijnlijk omdat hij slechts op beperkte schaal werd toegepast. Bovendien waren de eigenaars van schepen buitenlanders, vaak uit landen waarmee de relaties niet al te best waren, zodat zij ook geen belangrijk politieke lobby vormden.

1.2.3. De explosieve toename van de vervallenverklaringsmaatregel door de war on drugs

MIDDEL 'AANVAL' ECONOMISCHE ASPECTEN- De drugsstrafwetgeving uit 1970²²³⁵ betekende de doorbraak van de nieuwe vermogensaanpak. Winstbejag was het motief achter de drughandel en, zo stelde het Congres vast, er was meer nodig dan gewone strafrechtelijke sancties zoals geldboetes en vrijheidsstraffen om mensen af te schrikken van deze handel. Het ging dus op zoek naar een manier om de economische winst uit te schakelen en zodoende elke stimulans (« *incentive* ») om aan de drugshandel deel te nemen weg te nemen. De keuze van het Congres

²²³¹ United States v. The Little Charles, 26 F.Cas. 979 (C.C.D.Va.1818) (N° 15,612).

²²³² United States v. 1960 Bags of Coffee, 12 U.S. (8 Cranch) 405 (1814).

²²³³ Omdat de wetgever zelf speelt met de regels van de tijd (retroactiviteit), past eigenlijk de uitdrukking in verleden tijd: "of het goed een eigenaar had of niet..."

²²³⁴ Dobbins Distillery v. United States, 96 U.S. 395, 401 (1877).

viel op de vervallenverklaring: « *Clearly, if law enforcement efforts to combat racketeering and drug trafficking are to be succesful, they must include an attack on the economic aspects of these crimes. Forfeiture is the mechanism through which such an attack can be made* »²²³⁶. Het voerde een bepaling in de federale drugwet in die de vervallenverklaring toeliet van « *drugs, grondstoffen, van de gebruikte verpakking en van transportmiddelen die gebruikt zijn in activiteiten die in verband staan met drugs of die daartoe bestemd waren* »²²³⁷.

UITBREIDING TOT OPBRENGSTEN- Tegen 1978 was het echter duidelijk geworden dat dit beleid niet de verwachte resultaten had opgeleverd. Dit leidde echter niet tot twijfel over de zin van vervallenklaringen. Integendeel, er was meer van hetzelfde nodig : het Congres paste de wetgeving aan om de vervallenverklaring mogelijk te maken van alle « *proceeds derived from drug transactions* », de opbrengsten van drugmisdrijven. Het betrokken artikel maakt duidelijk dat het nog verder ging : ook alle geld *gebruikt in of bestemd om in een drugstransactie gebruikt* te worden, valt daar onder²²³⁸. Daarmee wilde de wetgever naar eigen zeggen recht naar de kern van het probleem : de mogelijkheid om ongelooflijke winsten te realiseren door drughandel. De nieuwe wetgeving moest « *the flow of illicit drugs in the United States* » verminderen « *by striking out against the profits from illicit drug trafficking* »²²³⁹.

²²³⁵ De Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act die deel zou uitmaken van de Controlled Substances Act (21 U.S.C. §§ 801-966.)

²²³⁶ S.Rep. N°225, reprinted in 1984 U.S.C.C.A.N. at 3 374, geciteerd door BLACHER, R., *op.cit.*, 506.

²²³⁷ 21 U.S.C.§ 881(a):" *The following shall be subject to forfeiture to the United States and no property rights shall exist in them:*

- (1) *All controlled substances which have been manufactured, distributed, dispensed, or acquired in violation of this subchapter.*
- (2) *All raw materials, products, and equipment of any kind which are used, or intended for use, in manufacturing, compounding, processing, delivering, importing, or exporting any controlled substance in violation of this subchapter.*
- (3) *All property which is used or intended for use, as a container for property described in paragraph (1), (2), or (9).*
- (4) *All conveyances, including aircraft, vehicles, or vessels, which are used, or are intended for use, to transport, or in any manner to facilitate the transportation, sale, receipt, possession, or concealment of property described in paragraph (1), (2) or(9)...."*

²²³⁸ 21 U.S.C. § 881 (a) (6): "All moneys, negotiable instruments, securities, or other things of value furnished or intended to be furnished by any person in exchange for a controlled substance in violation of this subchapter, all proceeds traceable to such an exchange, and all moneys, negotiabe instruments, and securities used or intended to be used to facilitate any violation of this subchapter...."

²²³⁹ Aldus senator Nunn (124 CONG.REC. 23,055 (1978)). Ze zou, zo voorspelde Senator Culver, « *de drughandel verstoren door de risico's van een dergelijke handel enorm te verhogen, door de ermee verbonden winst te verlagen en bepaalde drugbendes 'immobiliseren' door grote hoeveelheden van hun 'assets' in beslag te nemen.* » (BLACHER, R., *op.cit.* , 507, voetnoot 14)

NIEUWE UITBREIDING- Enkele jaren later al, in 1984, gaf het Congres blijk van zijn ontgoocheling over de teleurstellende resultaten van de vervallenverklaringsbepalingen. Niets wees erop dat zij de drugswinsten hadden ondergraven, integendeel : een officiële studie stelde vast dat maximum 1% van de geschatte drugswinsten werd vervallenverklaard²²⁴⁰. Het enige besluit was volgens de Amerikaanse wetgever dat hij nog niet ver genoeg gegaan was en hij er dus nog een schep bovenop moest doen. Zo was de federale wet tot dan toe zeer streng geweest voor vervallenverklaringen van onroerend goed, zelfs als dat een rol gespeeld had in het drugsmisdrijf. "*Waarom kunnen we wel de boot verbeurdverklaren waarmee drugs aangevoerd worden, maar niet de schuur waarin die drugs vervolgens opgeslagen worden?*", vroegen parlamentsleden zich af. En zij breidden in 1984 het toepassingsgebied nogmaals uit zodat elk goed (roerend of onroerend) dat op *om het even welke wijze nuttig is geweest bij het begaan van een drugsmisdrijf* aan de staat toekomt²²⁴¹. Daarenboven verhief een aantal bepalingen de betwiste *relation back-doctrine* »(*supra*) tot federaal recht. Een drughandelaar die via zijn GSM een afspraak maakt met een collega, verbeurdt daarmee het eigendomsrecht op zijn eigen telefoon en dat op die van zijn collega (of die er nu om gevraagd heeft of niet). Als hij die collega bij hem thuis uitnodigt om tijdens een maaltijd over illegale zaken te spreken, draagt hij daarmee de eigendom van zijn huis²²⁴² en het tafelservies over aan de staat...

VERVANGINGSGOEDEREN- In 1986 kwam er nog een verdere uitbreiding: indien de voor vervallenverklaring in aanmerking komende goederen onvindbaar zijn, mocht de overheid een "gelijkwaardig bedrag" vervallen verklaren²²⁴³. Aangezien heel het systeem steunde op het *in rem*-karakter van de maatregel, was dat een allesbehalve vanzelfsprekende keuze. De meest opmerkelijke uitbreidingen daarna waren de

²²⁴⁰ BLACHER, R., *op.cit.*, 507.

²²⁴¹ Comprehensive Forfeiture Act of 1984, in de gecoördineerde wetgeving werd de desbetreffende passage: 21 U.S.C. § 881 (a) (7) (1988) luidt: "*All real property, including any right, title, and interest (including any leasehold interest) in the whole of any lot or tract of land and any appurtenances or improvements, which is used, or intended to be used, in any matter or part, to commit, or to facilitate the commission of, a violation of this subchapter...*" Hoewel er aanwijzingen zijn dat het de bedoeling was dat dit enkel op onroerende goederen zou slaan die eigenlijk gebruikt waren voor de vervaardiging van drugs, heeft de rechtspraak dit ruim geïnterpreteerd tot tot elk "verband" met drugs, dus ook waar drugs verhandeld of gebruikt worden.(BLUMENSON, E. en NILSEN, E., *loc.cit.*)

²²⁴² Of zijn deel van het gemeenschappelijk huis, *infra*.

²²⁴³ 21 U.S.C. sec.853 (p)

mogelijke vervallenverklaringen bij witwassen (*infra* 1.3.) en bij een aantal misdrijven in de financiële fraudesfeer²²⁴⁴.

VERGEMAKKELIJKEN- De wet laat vervallenverklaring toe van goederen die het misdrijf "vergemakkelijk" hebben (*facilitated*), maar geeft geen criteria om uit te maken wat daaronder moet worden verstaan. In de praktijk zijn hieraan heel extensieve interpretaties gegeven, het verband met het drugsmisdrijf werd erg los²²⁴⁵. Vermenging van goederen die betrokken zijn geweest in een criminele actie of in een criminele transactie met andere, die totaal « clean » zijn, doet zich natuurlijk dag in dag uit voor. Iemand gebruikt drugsgeld voor één afbetaling van zijn hypothecaire lening, die voorheen steeds met legale inkomsten gebeurd is. « Vuil » geld belandt op dezelfde bankrekening als « proper » geld. Stukken uit gestolen wagens belanden als wisselstukken in andere wagens. Nu de wetten de vervallenverklaring van goederen « *involved in* » witwassen toelaat, rijst al vlug de vraag in welke mate het « proper » geld waartussen het « vuile » verstopt wordt, eveneens wordt aangetast. De beelden van inktvlekken of besmettelijke ziekten duiken steeds op bij de voorstanders van deze omstrede « *facilitation theory* »²²⁴⁶.

1.2.4. De rechtshandhaving als begunstigde

ZELFBEDRUIPEND- Amerikanen verteren hoge belastingen erg moeilijk, dat is bekend. Het idee « laat de drughandelaars de drugsbestrijding betalen », sloeg dan ook aan. De vervallenverklaring als "aanslag" op het "crimineel vermogen" wendt de overheid daarom meer en meer aan als bron voor de financiering van de overheidsdiensten die met rechtshandhaving belast zijn²²⁴⁷. Talloze parket - en politie-eenheden, zoals de Drugs Enforcement Administration bijvoorbeeld, gaan er prat op dat zij de Amerikaanse belastingbetaler geen cent kosten, maar helemaal gefinancierd wordt met de opbrengst van verbeurdverklaringen uit de strijd tegen de drugshandel. De wetgever deelde aan de verschillende diensten die de handhaving van verschillende wetten (wapens-, drugs-, tabak-, namaak-, ...) tot taak hebben, de opbrengst van de aan die respectievelijke wetten verbonden vervallenverklaringen toe. Vanwege de *boom* in vervallenverklaringen heeft de overheid de diensten die

²²⁴⁴ Aanvankelijk "pakte" men deze via RICO: SPAULDING, K., " 'Hit Them Where It Hurts': RICO Criminal Forfeitures and White Collar Crime", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1989, 197-292.

²²⁴⁵ BLUMENSON, E. en NILSEN, E., *loc.cit.*, voetnoot 44.

²²⁴⁶ Voor een analyse: GORDON, J., *op.cit.*, 755-774, die ervoor pleit de intentie van de "bezitter" bepalend te maken, op grond van een radicale verwerping van de "schuld van onbezielde voorwerpen".

²²⁴⁷ BLUMENSON, E. en NILSEN, E., *loc.cit.* gaat helemaal over dit thema.

zich met deze vermogensaanpak bezighouden geprofessionaliseerd. Die hebben op hun beurt het beheer en de verkoop van de desbetreffende goederen grotendeels uitbesteed aan de privé-sector. Het Ministerie van Justitie bekwam een zekere concentratie van het « *asset management* » bij de U.S. Marshal Service door aan te sturen op akkoorden tussen de federale diensten die vervallenverklaringen op grote schaal toepassen²²⁴⁸. Andere (lokale, statelijke, federale of buitenlandse) diensten krijgen dan geld uit de binnen het federale Ministerie van Justitie beheerde fondsen, op voorwaarde dat zij het investeren in de rechtshandhaving (*asset sharing*).

1.2.5. Juridische pijnpunten

1.2.5.1. Bescherming onschuldige rechthebbende

AFHANKELIJK GUNST- Aanvankelijk kon de onschuldige rechthebbende, die een belang had in een vervallenverklaard goed enkel een verzoekschrift tot « *remission* » of « *mitigation* » richten tot de Attorney-General²²⁴⁹. Dat de rechthebbende totaal geen schuld trof in de drugsmisdrijven, nam niet weg dat hij enkel aan de Attorney-General kon *vragen* een deel of het geheel terug te geven²²⁵⁰. Hij bleef totaal afhankelijk van een gunst van de uitvoerende macht en beschikte over geen enkel opeisbaar recht. Dat stootte natuurlijk het rechtsgevoel tegen de borst, vooral toen vanaf 1970 de praktijk in een stroomversnelling geraakte. De onschuldige eigenaars waren immers dikwijls Amerikaanse burgers, die veel meer op hun strepen stonden dan achttiende-eeuwse buitenlanders dat hadden gedaan.

INNOCENT OWNER DEFENSE- Vandaar dat in 1978 het Congres de federale drugswetgeving aanpaste en een wettelijke bescherming invoerde voor « onschuldige eigenaars » zonder « kennis van of instemming met » de illegale activiteit waarin het goed betrokken is²²⁵¹. Het gaat om een « *defense* », dat wil zeggen een soort burgerrechtelijk/administratiefrechtelijk verweer, een soort (niet-strafrechtelijke) verschoningsgrond. Ze luidt : » *no property shall be forfeited under this paragraph, to the extent of an interest of an owner, by reason of any act or omission established by that owner to have been committed or omitted without the*

²²⁴⁸ Indien ze samenwerken met federale diensten, kunnen lokale politiediensten 80% van de "ontnomen" goederen terugkrijgen.

²²⁴⁹ Die vervult ongeveer de gezamenlijke functies van Minister van Justitie en Binnenlandse Zaken. (BLACHER, R., *op.cit.*, 509)

²²⁵⁰ *Ibidem.*

²²⁵¹ § 881 (a) (6)

knowledge or consent of that owner »²²⁵². Daarmee biedt zij merklijk minder bescherming dan de wetten van sommige deelstaten, die bijvoorbeeld eisen dat de eigenaar instemt én een substantieel voordeel ontvangt om de illegale activiteiten te laten gebeuren²²⁵³. Vanzelfsprekend ontketende de nieuwe bepaling een hele reeks rechtsgedingen, waarbij de federale Hoven van Beroep verdeeld geraakten over de interpretatie van « *without knowledge or consent* »²²⁵⁴.

ONSCULDIG, NIET BLIND- In 1988 verscherpte het federaal Congres de bepaling door van wie beweert een recht te hebben het bewijs te eisen dat de illegale activiteit gebeurde zonder zijn « kennis, instemming, of *opzettelijke blindheid* ». Deze '*willfull blindness*' is een uit het strafrecht afkomstige aanduiding voor struisvogelpolitiek, dat wil zeggen het bewust de andere kant uitkijken om een bepaalde mistoestand niet te (moeten) zien. Bij ons in het strafrecht gebruikt men daarvoor het begrip « eventueel opzet ». Wat men de rechthebbende in dergelijke gevallen dus kwalijk neemt, is een schuldig verzuim om het nodige toezicht uit te oefenen op het gebruik van zijn goed²²⁵⁵.

IMPLICIETE TOESTEMMING- Het debat over de vraag of « instemming » ook een louter impliciete goedkeuring van de illegale activiteit inhoudt, kwam vanuit de "allegedelijke-stappen-vereiste" uit *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Company*. In die zaak uit 1974 achtte het federaal Hooggerechtshof een vervallenverklaring van

²²⁵² 21 U.S.C. § 881 (a) (6) (1988).

²²⁵³ Dat is bijvoorbeeld het geval in de staat New York (RINGWALD, C., "Under New Management, Using Federal Forfeiture Statutes to Attack the Drug Trade", *FBI Law Enforcement Bulletin*, juni 1996, 24.)

²²⁵⁴ De Hoven die afwezigheid van een van beide elementen als voldoende beschouwen voor verschoning, baseren zich op de formulering van de wet, de voorgeschiedenis van de wet en een algemeen « *fairness* » argument. Tegenstanders werpen op dat het gebruik van « of » niet noodzakelijk betekent dat de wetgever eigenlijk «of » bedoelt. Daarenboven zou zelfs indien de wetgever « of » schrijft, volgens de wetten van de logica « geen (K of I) », overeenkomen met « geen K en geen I ». In de logica noemt men deze regel het "theorem van De Morgan". In verdere argumenten tonen zij aan dat het mogelijk is om zonder feitelijke kennis toch (impliciete) toestemming te geven, wanneer men « *constructive knowledge* » had, d.w.z. *geacht wordt geweten te hebben*. Voor- en tegenstanders zijn het eens dat grammatica en logica richtinggevend, maar niet beslissend moeten zijn. Ook de wetgeschiedenis lijkt de vereiste van een cumulatief bewijs van afwezigheid van zowel kennis als instemming te kunnen rechtvaardigen. De derde reden die Hoven aangaven om te opteren voor een disjunctieve lezing van de verschoningsgrond was een algemeen beginsel van « rechtvaardigheid ». Het cumulatief bewijs opleggen aan degene die beweert een recht te hebben, zou tot « onredelijk strenge » resultaten leiden. Het parlement wilde volgens hen degenen beschermen die wel kennis hadden van de feiten, maar geen schuld aan de feiten, voor de gestrengheid van de vervallenverklaring: *United States v. 141st Street Corp.*, 911 F.2d 870, 878 (2d Cir 1990), cert.denied, 498 U.S. 1109 (1991).

²²⁵⁵ De Belgische witwaspreventiewetgeving van 1993 (*infra*, Hoofdstuk 4) verplicht financiële instellingen tot nauwgezet toezicht op hun personeel.

een jacht waarop de overheid een persoonlijke dosis marihuana gevonden had, niet ongrondwettig, al had de verhuurder niets met de illegale activiteit te maken en had hij er ook geen kennis van. De verhuurder had voor het eerst iets over de zaak vernomen toen hij de boot wilde opeisen omdat de huurder de huur niet meer betaalde. Het Hof verbood de vervallenverklaring niet, omdat de verhuurder het jacht vrijwillig aan de huurder had toevertrouwd en hij niet kon bewijzen dat hij alles had gedaan wat redelijkerwijze kon worden gedaan om te voorkomen dat zijn eigendom op illegale wijze zou worden gebruikt²²⁵⁶. In *dicta* (dat is een overweging ten overvloede, niet noodzakelijk om te komen tot een beslissing in de behandelde zaak en dus niet bindend als precedent), gaf het Hof de hint dat het wel ongrondwettigheid zou kunnen vaststellen wanneer de eigenaar niet alleen bewees niet betrokken te zijn in de illegale activiteit en dat hij er al evenmin kennis van had, maar ook aantoonde dat hij *alles gedaan had wat redelijk verwacht kon worden om illegaal gebruik van het goed te voorkomen*. Het zogenaamde *Calero-Toledo-verweer* was geboren²²⁵⁷. Talloze eigenaars leverden juridische veldslagen om dit bewijs te leveren, vaak zonder succes²²⁵⁸. De rechtscollages raakten in bittere interpretatiedisputen verwickeld, die de wetgever vervolgens eerder verergerde dan verhielp. Hoe weinig bescherming de onschuldige eigenaar genoot, bleek in de beruchte beslissing van het Hoogerechtshof in de zaak *Bennis v. Michigan* uit 1996²²⁵⁹. Op grond van een anti-overlastwet van die deelstaat speelde mijnheer Bennis zijn auto kwijt door hem te gebruiken voor het genieten van de diensten van een prostituée. De auto was echter niet van hem alleen, zodat zijn – onbetwist – onschuldige vrouw zich verzette tegen de vervallenverklaring van haar aandeel in de wagen. Ze ving bot, ook bij het Hoogerechtshof, dat de fictie van de « schuldlige eigendom » beklemtoonde en het punitief aspect van de maatregel minimaliseerde.

KOSTEN- Er zijn er nog tal van steeds terugkerende betwistingen over de rechten van « onschuldige rechthebbenden ». Een voorbeeld daarvan is de vraag in welke mate een succesvolle « innocent owner » de kosten kan recupereren die hij heeft moeten maken, nu hij door de omkering van de bewijslast een hele procedure heeft

²²⁵⁶ 416 U.S.663 (1974)

²²⁵⁷ Voor een overzicht van de rechtspraak met voorbeelden en verwijzingen, cfr. SALTZBURG, D., *op.cit.*, voetnoot 60

²²⁵⁸ Zie voor mooi uitgewerkt voorbeeld (eigenaars van een hotel in Manhattan die onvoldoende waren opgetreden tegen drugshandelaars die vanuit kamers in het hotel opereerden en er de straatdealers uit te buurt drugs verkochten, niet alles gedaan wat redelijk mogelijk is om het crimineel gebruik te vermijden): RINGWALD, C., *op.cit.*, 22-26.

moeten voeren om zijn onschuld te bewijzen en zijn goed terug te krijgen. In de praktijk blijkt immers dat in vele gevallen niemand opduikt om de goederen op te eisen. Soms gaat het om grote drughandelaars, die liever het goed opgeven dan hun anonimiteit. Dat was eigenlijk ook wel een beetje de bedoeling van het systeem. Het is evenwel gebleken²²⁶⁰ dat ook de werkelijk onschuldige kleine eigenaars (arm of lagere middenklasse) opzien tegen de rompslomp en vooral de gigantische procedurekosten die aan (een poging tot) recuperatie van hun goederen verbonden zijn²²⁶¹. Zij moesten immers vooraf een waarborg storten voor de kosten van de procedure. Doordat velen daar niet tijdig in slaagden, verloren zij vaak automatisch hun rechten.

1.2.5.2. Buiten verhouding zwaar

EXCESSIVE FINES CLAUSE- Hoe meer de vervallenverklaringsmaatregel wordt toegepast, hoe meer mensen de vraag stellen of dit eigenlijk geen etikettentruuk is: de toepassing van een als burgerlijke maatregel vermomde straf. Het Hoogerechtshof erkende dat het in uitzonderlijke gevallen het mogelijk is dat, hoewel de wetgever een burgerlijke procedure heeft voorzien, hij eigenlijk een bestraffing bedoelde²²⁶². Toch toont het zich erg terughoudend, zelfs bij erg harde toepassingen²²⁶³. In 1992 lijkt het Hof echter voor het eerst licht op de rem te trappen²²⁶⁴, al laat het nog steeds indrukwekkend veel ruimte voor de harde aanpak²²⁶⁵. *Austin v. Texas* (1993) leek daarom een ommekeer in te luiden en met

²²⁵⁹ *Bennis v. Michigan*, 116 S.Ct.994 (1996), cfr. BRODEY, J., "The Supreme Court Rejects Fifth and Fourteenth Amendment Protection Against The Forfeiture of an Innocent Owner's Property", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1997, 692-718.

²²⁶⁰ Cfr. de "forfeiture victim horror stories" op <http://www.fear.org/menuidx2.html>.

²²⁶¹ ZALMAN, M., *op.cit.*, 209.

²²⁶² "[A] *civil sanction that cannot fairly be said solely to serve a remedial purpose, but rather can only be explained as also serving either retributive or deterrent purposes, is punishment, as we have come to understand the term*", citeert het Hof uit een eigen precedent *Halper* uit (490 U.S., at 448, 109 S.Ct., at 1982). Veel nadruk legt het op de bedoeling van het Congres, die ze als duidelijk punitief leest.

²²⁶³ Zie *Calogero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* (1974) *supra*, waar het Hof geen mededogen toont voor de onschuldige eigenaar; in *U.S. v. Monsanto* en in *Drysdale v. U.S.* stelde het Hof dat het grondwettelijk recht op een advocaat naar keuze niet inhield dat de verdachte voor de advocatenkosten zouden mogen putten uit hun geblokkeerd vermogen. (cfr. *infra*)

²²⁶⁴ Volgens het Hof belet het vrijwillig deponeren van betwiste fondsen in het federaal forfeiture-fonds niet dat wie beweert recht te hebben op het goed, zich toch nog op innocent owner defense kan beroepen (*Republic National Bank of Miami v. U.S.*) (ZALMAN, M., *op.cit.*, 212)

²²⁶⁵ In *Alexander v. U.S.* (1993) ging het wel niet om een *civil forfeiture*, maar een vervalstraf (*infra* 1.3.) op grond van RICO: de verkoper van 7 obscene boeken en videobanden werd gestraft met het verval van zijn rechten op de hele boekhandel en voorraad.

de voorafgaande rechtspraak te breken²²⁶⁶. Het Hooggerechtshof achtte in die zaak een bepaald type van vervallenverklaringsbeslissing in de drugswetgeving²²⁶⁷ eigenlijk « punitief », zodat ze binnen de toepassingsfeer van de grondwettelijke bescherming tegen « buitensporige boetes » viel²²⁶⁸. In het algemeen bleef het Hooggerechtshof echter zeer terughoudend²²⁶⁹.

1.2.5.3. *Bis in idem*

DOUBLE JEOPARDY CLAUSE- Na deze ontmaskering van "punitieve" vervallenverklaringen vatten "slachtoffers" van die maatregelen hoop. Vroeger stond vast dat ondanks een vrijspraak in een strafprocedure soms toch nog een vervallenverklaringsmaatregel kon worden uitgesproken (*supra*). Als sommige vervallenverklaringsmaatregelen eigenlijk straffen zijn, rijst natuurlijk ook de vraag naar dubbele « blootstelling aan een strafprocedure ». Een bepaling in het Vijfde Amendement bij de federale Grondwet verbiedt een dergelijke *double jeopardy* immers²²⁷⁰. In een nogal wispelturige reeks beslissingen gaf het Hooggerechtshof nu eens hoop²²⁷¹, om die dan vervolgens weer te kelderen²²⁷². In uitermate

²²⁶⁶ LIEBER, D., "Eighth Amendment- The Excessive Fines Clause, *Austin v. United States*, 113 S.Ct. 2801 (1993)", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1994, 805.

²²⁶⁷ Namelijk die op grond van § 881, zoals gezegd (*supra* 1.2.2.) bestaat er geen algemene regel en moet elke afzonderlijke wettelijke clausule die vervallenverklaring toelaat of oplegt afzonderlijk beoordeeld worden.

²²⁶⁸ Drugsdealer Austin had twee gram cocaine verkocht onder meer aan een informant. Hij pleitte schuldig aan drugsbezit "*with the intent to distribute*", nadat de politie bij huiszoeking een wapen, een kleine hoeveelheid marihuana en cocaine-parafernalia aangetroffen waren in de bodyshop en een elektronisch weegschaaltje, twee kleine doosjes met cocaine en 660 \$ cash in de zwerfwagen. Dat had niet alleen 7 jaar gevangenis tot resultaat, maar ook de vervallenverklaring van zijn mobile home (waarin hij woonde) en zijn « body shop ». Omdat de feitenrechter de toepasselijkheid van de *Excessive fines clause* ontkend had, stuurde het Hooggerechtshof de zaak terug om te bepalen of de sanctie nu werkelijk buitensporig was. (LIEBER, D., *op.cit.*, 811.)

²²⁶⁹ Opmerkelijk genoeg zegt het Hof dat het nooit een vervallenverklaring heeft goedgekeurd waarin de eigenaar "helemaal geen verwijt trof" (*was entirely blameless*). (GORDON, J., *op.cit.*, 747, vn. 29) Er is dus een verschil tussen "onschuldig" en "helemaal niets te verwijten".

²²⁷⁰ *Supra* Deel II. Dit betekent dat iemand die hetzij gestraft, hetzij vrijgesproken is voor een feit, niet nog eens voor dat feit vervolgd, laat staan bestraft, mag worden. Zie over de geschiedenis van en rechtspraak over de relatie tussen *forfeiture* en *double jeopardy*: STUART, R., « Penalties and Taxes May Break My Bones, but Forfeitures Will Never Punish Me : a Critical Examination of the Double Jeopardy Clause After *United States v. Ursery* », *Saint Louis University Law Journal* 1997, 1367-1398.

²²⁷¹ In *Department of Revenu of Montana v. Kurt Ranch* (1994) verklaarde het dat een belasting van de staat Montana het « *double jeopardy* »-verbod schond. Die staat had immers een wet gestemd die de belastingdiensten toeliet een zware belastingaanslag te doen op het vermogen van personen die veroordeeld waren voor bepaalde drugsmisdrijven. Na een studie van de aard van de belasting besloot het federaal Hof dat het eigenlijk niet om een belasting, maar om een verboden tweede straf ging.

²²⁷² In de zaak *United States v. Ursery* stelde het dat (burgerlijke) vervallenverklaringsmaatregelen géén straffen zijn in de zin van de Double Jeopardy-

genuanceerde en onvoorspelbare rechtspraak liet het de deur dus wel op een kier, maar toonde zich erg meegaand voor de overheid²²⁷³.

1.2.5.4. Toepassing *due process clause*

GEVAL PER GEVAL- De keuze van het Hooggerechtshof om voor elk afzonderlijk grondrecht dat in geding zou kunnen zijn een afzonderlijke afweging te maken, maakt de behandeling natuurlijk niet meer doorzichtig. Zij leidt integendeel tot meer procedures en in de V.S. komt dat vaak neer op astronomische erelonen voor advocaten. Vandaar de vraag of bijvoorbeeld een verdachte in drugszaken, op grond van het in het Zesde Amendement vastgelegde recht op bijstand van een advocaat naar keuze, mag putten uit de bevroren *assets* om diens erelonen mee te betalen. "Neen," zei het Hof²²⁷⁴. Bij iemand die verdacht wordt van drughandel zullen de onderzoekers zowat heel zijn vermogen en zelfs dat van zijn naastbestaanden blokkeren. Zonder een eigen advocaat zal die zich vaak gedwongen zien om in te gaan op een door het Openbaar Ministerie voorgestelde *plea-bargain*²²⁷⁵. Toch heeft het Hof al heel lang geleden vastgesteld dat de minimumvereisten inzake een "eerlijk proces" (*due process*) van toepassing blijven. Gevallen waarin de overheid al te eenzijdig was opgetreden, zonder dat de persoon die beweerde recht te hebben op het goed een ernstige kans op een tegensprekelijk debat had gekregen, kunnen niet door de beugel²²⁷⁶. Zo ook heeft het Hof de regel op de uitsluiting van onrechtmatig bewijs (*exclusionary rule*) (*Supra* Deel III) van toepassing verklaard op de procedures met het oog op een vervallenverklaringsmaatregel.

1.2.5.5. Buitenlandse feiten

clause, tenzij het tegendeel zou blijken uit de bedoeling van de wetgever of uit de in feite vervallenverklaren bedragen. Commentatoren betreuren deze beslissing: zie bijvoorbeeld COSTIGAN, M., "Go directly to Jail, Do Not Pass Go, Do Not Keep House, *United States v. Ursery*, 116 S.Ct.2135 (1996)", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1997, 719-750.

²²⁷³ Het valt op dat de redenering in Austin (de vervallenverklaring kan neerkomen op een straf in de zin van de clause in het Achtste Amendement over buitensporige boetes) zonder belang geacht wordt voor de interpretatie van de Double Jeopardy-bepaling in het Vijfde. Erg kritisch over de door het Hof gemaakte differentiëringen en de daarvoor gegeven motieven: STUART, R., *op.cit.*, 1392-1398.

²²⁷⁴ ZALMAN, M., *op.cit.*, 211.

²²⁷⁵ Over het probleem van de erelonen van verdedigers: GENEGO, W., "Forfeiture, Legitimation and a Due Process Right to Counsel", *Brooklyn Law Review*, 1993, 337-370; FRIED, D., "Rationalizing Criminal Forfeiture", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 351- 357; WALTHER, S., "Forfeiture and money laundering laws in the United States; basic features and some critical comment from a European perspective", *Crime, Law and Social Change* 1994, 10.

²²⁷⁶ *United States v. James Daniel Good Real Property* (1993) (ZALMAN, M., *op.cit.*, 212).
opzoeken)

NIEUW- De V.S. voerden buitenlandse vervallenverklaringen (of vervalstraffen – *infra* -) niet zomaar uit op fondsen of goederen die zich in Amerika bevonden. Ook in beslag nemen op louter verzoek van het buitenland kon niet, zelfs niet het blokkeren van de goederen. De Amerikaanse overheid kon wel een procedure beginnen wegens schending van de eigen wetten²²⁷⁷. De opbrengsten van buitenlandse drugsmisdrijven die in de V.S. opduiken, vormden de uitzondering²²⁷⁸. Op grond van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling²²⁷⁹ kon de V.S. ook de rechten daarop vervallen verklaren. Zo nodig kon de “buit” worden verdeeld met buitenlandse overheden. Daarvoor had de V.S. met talrijke partnerlanden verdragen afgesloten. De hervorming van de wetgeving in 2000 (*infra*) voorzag voor het eerst een algemene regel over de uitvoering van buitenlandse *forfeitures* (Section 2467, chapter 163, title 28 U.S.Code) .

1.3.RICO en CCE: invoering van de strafrechtelijke verbeurdverklaring en punitieve schadevergoeding

STRAF- 1970 is niet alleen het jaar van de stroomversnelling in de *civil forfeiture*, de *in rem*-vervallenverklaringsmaatregel. De *criminal forfeiture*, dat wil zeggen het verval van rechten op of belangen in een goed als *in personam* opgelegde straf, die sinds de Revolutie uit het Amerikaanse rechtssysteem verbannen was, maakte toen ook een opvallende terugkeer. Deze sanctie vertoont veel meer gelijkenissen met onze klassieke verbeurdverklaring als straf. Dat wil zeggen dat het Openbaar Ministerie een procedure tegen een bepaalde persoon (*in personam*) voert en de straf ook ten aanzien van die persoon wordt uitgesproken.

GROND WETGEVING- De hoofdbedoeling van RICO is het “*verplicht scheiden van de misdadiger van de onderneming die hij gecorrumpeerd heeft en van de “ill-gotten gains” (op onwettelijke manier verkregen voordelen) uit zijn illegale activiteiten*”²²⁸⁰ In het hoofd van de wetgever speelt het beeld van de “*racketeer*” die zich met zijn crimineel gedrag een “aandeel” in een voor het overige legaal bedrijf verwerft. In Deel II hebben wij gezien dat het Congres er niets beter op gevonden heeft dan het “verwerven” van belangen met crimineel geld te verbieden, indien dat gebeurt op grond van het “*pattern of racketeering activities*”(supra Deel II). Dat “gebruiken van

²²⁷⁷ TROLAND, M.; MARRERO, J. en SAMUEL, L. , “Co-operation on International Forfeiture: An Introduction” , *ICPR (International Criminal Police Review)* May-June 1992, 10.

²²⁷⁸ Waarschijnlijk zullen de globale initiatieven inzake de strijd tegen georganiseerde criminaliteit, en dan vooral het V.N.-verdrag van Palermo daar verandering in brengen.

²²⁷⁹ 18 U.S.C. §981 (a) (1) (B)

²²⁸⁰ SPAULDING, K., *op.cit.*, 197.

crimineel geld” is dus één van de mogelijke strafbare gedragingen onder de RICO-wet. De crimineel op grond daarvan opsluiten volstaat echter niet. De staat moet hem ook zijn aandeel of belang in, zijn controle over het bedrijf afhandig maken. Dat lukt niet met geldboetes: *criminal forfeiture* is het aangewezen middel²²⁸¹.

VOOR- EN NADELEN- De mogelijkheden, dat wil zeggen de goederen, rechten of belangen die de staat zich kan toeëigenen, zijn nog groter dan die bij de meeste wetten met vervallenverklaringsmaatregelen. Hierbij moet vooral worden gedacht aan de “voortbrengels” van de RICO-misdrijven. Die zijn (*supra*, Deel II) zo ruim dat zowat alles waarover de veroordeelde of zijn naasten beschikken, eronder valt. Opmerkelijk is dat, zo de goederen verdwenen zijn, de rechter het verval van vervangingsgoederen (*substitute assets*) kan bevelen²²⁸². Toch hebben de vervalstraffen minder impact in de praktijk. Eerst en vooral zitten ze gekoppeld een de sterk gereguleerde strafprocedure, met de corresponderende zwaardere bewijslast voor het Openbaar Ministerie. En omdat het over een kwestie van straftoemeting gaat, kan het Openbaar Ministerie de goederen ook niet in beslag nemen met het oog op een mogelijke vervalstraf. Daar kan wel in zekere mate een mouw aan worden gepast door van de rechter tijdelijke vervreemdingsverboden te vragen. Indien de dader voortvluchtig of dood is, kan evenmin een vervalstraf worden uitgesproken²²⁸³.

PUNITIVE DAMAGES- In Deel II, Hoofdstuk 3 doken de slachtoffers van RICO-misdrijven al op. Omdat de RICO-wetgeving georganiseerde criminelen wil aanpakken die de legale markt verstoren, voorziet zij een bijzondere sanctie. Het gaat om een “bestraffende schadevergoeding”, waarvan het bedrag kan oplopen tot drie maal het bedrag van de feitelijk geleden schade. Daarmee wil het Congres niet alleen de angst overwinnen van het slachtoffer dat zich tegen de maffiaïnfiltratie verzet, maar ook de *racketeer* een erg hoge prijs laten betalen voor zijn praktijken, zo mogelijk hem zelfs ruïneren. Volgens velen ontspoorde de *Civil RICO* en werd ze te pas maar vooral ook te onpas gebruikt en nog het minst van al tegen het type van crimineel waarvoor het was voorzien (*supra* Deel II, Hoofdstuk 3). Dat neemt niet weg dat het natuurlijk een erg makkelijke manier kan zijn om iemand te “plukken” zeker wanneer er ernstige schade is geleden of veel slachtoffers in het spel zijn.

²²⁸¹ Ook in de drugswet zal de vervalstraf in 1970 zijn intrede doen.

²²⁸² Volgens VERVAELE, J., *op.cit.*, 363, gaat het om een “waardeconfiscatie”, waarbij het vermogen niet overgaat op de staat, maar de staat schuldeiser wordt.

1.4. Witwassen en meldplicht voor financiële instellingen als onderscheiden nieuwigheden

DROOGLEGGING- Tijdens de Drooglegging vond het begrip georganiseerde criminaliteit ingang. Opvallend genoeg, en een beetje in strijd met het beeld dat men nu van de situatie heeft, was er in die tijd geen sprake van een grootscheeps offensief tegen de sluikhandel in sterke drank of bier. Volgens de regering en de meeste parlementsleden ging het om lokale problemen, niet om een nationale kwestie die een investering van de federale overheid en/of politie zou verdienen²²⁸⁴. Een eenheid van het ministerie van Financiën hield zich als enige federale dienst met de problematiek bezig. Volgens een hardnekkig verhaal dateert het begrip witwassen uit deze tijd. Meer bepaald gaat het terug op de praktijk van Al Capone die zijn cashwinst uit de sluikhandel zou hebben verantwoord als was ze afkomstig uit wasserettes²²⁸⁵. Wat wij nu vaak aanduiden als witwassen, was strafbaar, niet zozeer omdat men geld terugpompte in de « legitieme » economie, maar wel omdat men dat inkomen niet aangegeven had en men er dus geen inkomstenbelastingen op had betaald²²⁸⁶.

RICO- In 1970 was noch de theorie, noch de begripsvorming omtrent witwassen echt ontwikkeld. Toen de wetgever in RICO "*het gebruiken van met racketeering verkregen goederen*" als een van de vele strafbare gedragingen opnam, betekende dat eigenlijk de invoering van het witwasverbod. Aanvankelijk leek iedereen het "clean houden" van de *legitieme* bedrijven, niet het vergemakkelijken van de "ontnemingsmaatregelen", als *ratio legis* te beschouwen. Gelet op de hint van de wetgever om RICO ruim te construeren (*supra* Deel II) begon justitie haar echter ook in te zetten tegen *totaal illegale* ondernemingen en vervolgens tegen witteboordencriminaliteit (*supra* Deel II). De hoeveelheid "*verboden kapitaal*" nam dan ook enorm toe.

MELDPLICHT- De eerste witwaswet die typisch de financiële sector viseerde, was een wet uit 1970 die de detectie van grote cashtransacties moest vergemakkelijken. Ze verplichtte de banken rapporten op te stellen over die financiële transacties en er

²²⁸³ Of een voortvluchtige zich mocht verzetten tegen de burgerlijke vervallenverklaringsmaatregel van zijn eigendommen, was omstreden (*infra*).

²²⁸⁴ *Supra* Deel I, Hoofdstuk 1.

²²⁸⁵ ROBINSON, J., *De witwassers, achter de schermen van 's werelds op twee na grootste industrie*, Rijswijk, Elmar, 1994, 9, schrijft dat dit een mythe is, volgens hem dateert het begrip uit de tijd van Nixon.

²²⁸⁶ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 113.

de nodige gegevens over bij te houden. Latere wetgeving voorzag in procedures waarmee de overheid zich toegang kon verschaffen tot die gegevens. De wet heet ietwat ironisch²²⁸⁷ de Bank Secrecy Act²²⁸⁸. Het Hooggerechtshof zag er geen schending van de Bill of Rights (Vierde Amendement) in, omdat de gegevens aan de bank toebehoren, niet aan de cliënt. Verder moesten personen die geld op buitenlandse rekeningen hadden en personen die grote hoeveelheden geld uitvoerden naar het buitenland, dit melden aan respectievelijk de directe belastingen en de douane. Later breidde de wetgever nog verschillende keren de toepassingsfeer uit. Steeds meer personen en beroepen moesten steeds meer gegevens bijhouden of melden, waarbij steeds minder informatie doorgespeeld mocht worden aan de cliënt.

WITWASSEN ALS MISDRIJF- Het uitvoeren van onder de meldplicht vallende transacties was niettemin geen misdrijf. Witwassen als afzonderlijk misdrijf bestaat slechts sinds 1986. Het gaat om een ruim misdrijf, dat duidelijk de internationale instrumenten en wetgevingen in Europa heeft geïnspireerd. De misdrijven vallen uiteen in twee types van gedragingen: enerzijds de handelingen en transacties waarmee de criminele oorsprong wordt “verborgen en verwaterd” en anderzijds de opzettelijke inbreuken op de uitgebreide wetgeving inzake registratie en melding²²⁸⁹.

1.5.Evaluatie leidt tot hervorming

IMPULS- De Amerikanen zijn de motor achter heel wat internationale initiatieven, vooral in de sfeer van drugsbestrijding. Zij lanceerden het idee van het afpakken, terugpakken van “crimineel geld” en de drievoudige argumentatie die erachter zit. Een: criminelen genieten van dat vermogen als ze uit gevangenis komen. Twee: de overheid moet de greep van “crimineel geld” op de legitieme economie beletten, maar zo nodig ook terugschroeven. En drie: het afpakken van hun vermogen is de beste manier om criminele organisaties te verzwakken. De na eeuwenlange winterslaap in het douanerecht gereanimeerde *in rem*-procedures en de verlichting van procedurele “belemmeringen” prezen de Amerikanen ook internationaal aan.

²²⁸⁷ HERNANDEZ, B., “RIP to IRP- Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy” , *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 1993, 245, voetnoot 68 spreekt onverbloemd over cynisme.

²²⁸⁸ Zie voor analyse: NEWCOMB, D., “United States Litigation and Foreign Bank Secrecy: The Origins of Conflict” , *N.Y.Law School Journal of International and Comparative Law*, 1988, 50; STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 114-117.

²²⁸⁹ Voor de tekst van de strafwet (18 U.S.C. §§1956 en 1557) en een korte bespreking: STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 118-121.

Tenslotte zijn ze in zekere zin ook de “uitvinders”²²⁹⁰ van witwassen als een maatschappijbedreigend probleem.

GESPLETENHEID- Amerika vertoont een opmerkelijke gespletenheid ten aanzien van de vervallenverklaringsmaatregel. Ook de Supreme Court hinkt constant op twee benen. Enerzijds poogt dit Hof om zoveel mogelijk « effectieve ontneming » toe te laten, zelfs als daar een prijs voor moet worden betaald. Anderzijds tracht het de sanctie, die meestal uitermate zwaar is, toch met een minimum aan rechtsbescherming te omringen en ervoor te zorgen dat niet te veel « *collateral damage* » ontstaat. Dat heeft geleid tot uitspraken die zo genuanceerd zijn dat veel buitenstaanders er eigenlijk tegenstrijdigheden of U-bochten in lezen. De constante twijfel betreft vooral het oprecht geloof in het *in rem*-karakter van de maatregel, gebaseerd op de fictie van het schuldige goed, een geloof dat voortdurend vecht met de erkenning dat men via het goed eigenlijk een persoon wil treffen²²⁹¹. Tegenstanders vinden dat deze middeleeuwse fictie niet in een moderne rechtstaat thuishoort²²⁹². Ook bij de beoordeling van sommige sancties - gaat het nu al dan niet om straffen? - , heeft het Hoogerechtshof met zijn hink-stap-sprongen veel verwarring gezaaid en veel kritiek geoogst.

KRITIEK- Die kritiek is vooral gebaseerd op een gevoel dat zo al niet de theorie, dan toch zeker de toepassing in de praktijk - vooral bij de burgerlijke vervallenverklaringsmaatregel - onrechtvaardig is. Men klaagt over de vermomming als maatregel van wat eigenlijk een straf is en over haar disproportioneel karakter, zeker wanneer het om derden met een belang in het goed gaat. Daarnaast kan niemand naast het domino-effect kijken, waarbij de mogelijkheden tot vervallenverklaring steeds toenemen, op grond van wetten die steeds ruimer en

²²⁹⁰ Cfr. nochtans *supra*, Deel I, Hoofdstuk 1.

²²⁹¹ Gordon beweert dat “*the fiction of the property as wrongdoer, a fiction that has never been accepted in the United States. Despite the statements of some courts that seem to indicate the contrary (Dobbins Distillery), the doctrine of innate objects as wrongdoers, or deodands, has never been a part of American law*”. Hij verwijst naar de verklaring van het Hoogerechtshof in Austin, dat “*to the extent that property has been regarded as a wrongdoer, it has always been a proxy for the owner’s conduct.*” ((Austin v. United States, 113 S.Ct. 2801, 2809 (1993)). De meeste andere auteurs lezen in de rechtspraak nochtans een bevestiging, zij het een wat afgekookte, van de fictie dat het goed de illegaliteit begaan heeft.

²²⁹² « *Civil forfeiture is a farrago of injustices sanctified by tradition. Its historical justifications, such as they are, have been left behind but its alarming extension in recent years, and its adoption as a criminal punishment, when its validity has always depended on its status as a civil penalty, is unprincipled* » (FRIED, D., *op.cit.*, 331).

steeds vager zijn geformuleerd²²⁹³. Ook het feit dat de rechtshandhaving tezelfdertijd - rechtstreeks of onrechtstreeks - de begunstigde is van de opbrengsten van de vermogensaanpak en toch enorm veel discretionaire bevoegdheden krijgt, zien velen als een gevaarlijke evolutie²²⁹⁴. Weinigen betwisten dat de fiscalisering van de vermogenssanctie (*supra*, Hoofdstuk 1) in de V.S. opnieuw een feit is. Daarenboven heerst wijdverbreid scepticisme tegenover de stelling dat de aanpak echt ontradend werkt ten opzichte van criminelen. Daarom vragen critici zich of de gevraagde opofferingen van rechtsbescherming tegen de overheid en de door de overheid onder strafbedreiging opgelegde controles van burgers op elkaar, geen te hoge prijs zijn²²⁹⁵.

1.5.4. Verandering stuit op weerstand uit wereld rechtshandhaving

HERVORMING- Jarenlange campagnes voor een hervorming van de burgerlijke vervallenverklaringsmaatregel leidden pas in 2000 tot een hervorming van de wet²²⁹⁶. Het aanvankelijke voorstel dat door het Huis van Afgevaardigden was aanvaard, bood veel bijkomende rechtsbescherming. De politievakbonden en de vele andere diensten die budgettair zo goed als volledig op het geld van de vermogensaanpak steunen, lobbyden echter massaal bij de senatoren, die de hervorming dan ook aanzienlijk afzwakten. Ze wezen met succes op de nood aan een harde aanpak van criminaliteit en op de populaire gedachte "*laat de criminelen de kosten van handhaving betalen, en liefst nog andere lasten daarenboven*"²²⁹⁷. Wie voortvluchtig is, verliest bijvoorbeeld opnieuw de mogelijkheid op te treden in een burgerlijke verzetprocedure. Het uiteindelijke compromis²²⁹⁸ bevat niettemin een aantal verbeteringen van de rechtspositie van wie door een vervallenverklaringsmaatregel dreigt getroffen te worden. Het voorschieten van de kosten wordt afgeschaft en onvermogensden zullen toch bijstand van een advocaat kunnen krijgen (wegens het burgerlijk karakter hadden ze daar geen grondwettelijk recht op, cfr. *supra*). Wie financiële problemen (*hardship*) kan aantonen, kan goederen in afwachting van de einduitspraak terugkrijgen. Het belangrijkste is echter dat de bewijslast voor onschuldige eigenaars wordt verlicht.

²²⁹³ VERVAELE, J., *op.cit.*, 362.

²²⁹⁴ *Supra*, voetnoot 2190.

²²⁹⁵ WALTHER, S., *op.cit.*, 9.

²²⁹⁶ <http://www.fear.org/menuidx2.html>

²²⁹⁷ Cfr. FRIED, D., *op.cit.*, 363. Veroordeelden hebben in de V.S. meestal ook geen politieke rechten meer.

²²⁹⁸ Cfr. in het bijzonder de algemene regels in Section 983, chapter 46 Title 18 U.S.Code.

BESLUIT- Jules Verne schreef over de V.S.: "*Dans ce singulier pays, où les hommes ne sont certainement pas à la hauteur des institutions, tout se fait "carrément", les villes, les maisons et les sottises.*"²²⁹⁹ De Amerikanen zijn zeer ver gegaan in hun vermogensaanpak, vooral echter buiten het strafrecht om. Juridisch gaat het om een uitermate ingewikkeld en ondoorzichtig steekspel dat erg omstreden blijft. Na jaren van nauwelijks geremde uitbreiding van de mogelijkheden - waarbij de rechtspraak slechts occasioneel aan de rem trok - is uiteindelijk de wetgever tussengekomen om het individu meer rechtsbescherming te bieden tegen een justitie die zich - zoals de Inquisitie (*supra*, Hoofdstuk 1)- voor haar eigen inkomsten helemaal afhankelijk heeft gemaakt van de toepassing van draconische vermogenssancties.

§ 2. Andere Europese landen

2.1. Inleiding

IEDEREEN DOET HET- Zowat alle Europese landen hebben zich ingeschakeld in de vermogensaanpak van zware criminaliteit en hebben hun wetgeving aangepast. De hoeveelheid literatuur erover, ook de rechtsvergelijkende, is immens. Twee landen die bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit vaak het voortouw nemen, Italië en Nederland, hebben gekozen voor maatregelen, eerder dan voor traditionele straffen.

2.2. Italië : een maatschappijbeschermende maatregel voor veroordeling²³⁰⁰

SOCIAAL VERWEER- In Italië heeft het sociaal verweer stevige wortels in de strafrechtstheorie. De wet op de *Preventieve maatregelen ten aanzien van personen die gevaarlijk zijn voor de veiligheid en de openbare zeden* uit 1956 vormt daar een opmerkelijk voorbeeld van. Ze staat - in haar huidige versie - preventieve maatregelen toe tegen:

"- de personen van wie men moet aannemen, op basis van feitelijke elementen, dat ze zich gewoonlijk bezighouden met delictuele traffieken;

- personen van wie men, wegens gedrag en levensstijl moet aannemen, op basis van feitelijke elementen, dat zij gewoonlijk, zelfs gedeeltelijk, leven van de opbrengsten van delictuele activiteiten;

²²⁹⁹ VERNE, J., *Le Tour du Monde en 80 jours*, Paris, Herzel, (éd.1997), 182.

²³⁰⁰ Cfr. voor wie geen Italiaans kent: HEIN, S., "Vermögensbezogene Maßnahmen im Rahmen der Bekämpfung organisierter Kriminalität: ein Ausblick auf das gesetzliche Instrumentarium Italiens", in: ARNOLD, J. e.a.(eds.), *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60.Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg-im-Breisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995, 149-169.

- personen van wie men, wegens hun gedrag, moet aannemen, op basis van feitelijke elementen, dat zij zich toeleggen op het plegen van misdrijven die schade toebrengen op gevaar opleveren voor de fysieke of morele integriteit, de volksgezondheid, de openbare veiligheid of rust ."

Het gaat om een gemoderniseerde versie van de vroegere wetten tegen landlopers en vagebonden. Het belangrijkste verschil met de Belgische terbeschikkingstelling van de regering is dat niet *per se* een voorafgaande strafrechtelijke veroordeling nodig is. Concrete voorbeelden van dergelijke maatregelen zijn de toepassing van een bijzonder politietoezicht of de aanwijzing van een verplichte woonplaats, om zo het contact met het criminogeen milieu te beletten. Volgens het Europees Hof van Justitie komen de maatregelen niet noodzakelijk neer op een "vrijheidsberoving" in de zin van art.5 E.V.R.M.²³⁰¹ of een straf in de zin van art.6 E.V.R.M.²³⁰².

NOODWET- Bij de behandeling van het misdrijf van deelname aan een maffiose vereniging (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 3) stipten we al aan dat het belang van dat art. 416bis It.Sw. vooral ligt in de koppeling aan een wet uit 1965 die de rechtshandhaving toelaat verregaande "preventieve maatregelen" uit te vaardigen tegen verdachten en hun vermogen. Het gaat om de wet van 31 mei 1965, nr.575 "*Disposizioni contro la mafia*". Aanvankelijk had zij weinig impact, maar in de loop van de decennia breidde de wetgever haar toepassing gevoelig uit, meestal na ophefmakend maffiageweld: in 1982 na de moord op generaal Dalla Chiesa met de zogenaamde wet Rognoni-La Torre²³⁰³ en in 1992 na de moorden op de dubieuze politicus Lima en antimaffiarechters Falcone en Borsellino en hun escortes²³⁰⁴.

PROACTIEF VERMOGENSONDERZOEK²³⁰⁵- De wet van 1965 is luidens het eerste artikel gericht tegen alle personen "*tegen wie aanwijzingen bestaan van lidmaatschap van een associazione di tipo mafioso, van de camorra of van andere*

²³⁰¹ Hof Mensenrechten 6 november 1980 Guzzardi tegen Italië, § 92; Hof Mensenrechten, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.39; 22 februari 1994, Raimondo tegen Italië, § 39, *Jaarboek Mensenrechten* 1994, 189, noot B. DE RUYVER en T. VAN DER BEKEN, "De rechtsstaat en de strijd tegen de georganiseerde misdaad".

²³⁰² Guzzardi tegen Italië, §108; Raimondo tegen Italië, § 43.

²³⁰³ Wet 13 december 1982, nr.646. De Siciliaanse communistische voorman Pio La Torre die zijn naam gaf aan de wet, werd achteraf trouwens door de maffia vermoord. Doorgaans beschouwt men dit als het bewijs dat de maffia echt wel geraakt werd door de vermogensaanpak.

²³⁰⁴ Decreet-wet van 8 juni 1992, omgezet in de wet van 7 augustus 1992, nr.356. "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alle criminalità mafiosa."

²³⁰⁵ Voor het hele wettelijk kader:

<http://www.geocities.com/CapitolHill/8968/l-mispre.htm>

verenigingen - welke ook hun lokale benaming - die dezelfde doelstellingen nastreven of dezelfde methodes gebruiken (supra, Deel II, Hoofdstuk 3, 2.3. -fv-) als de associazioni di tipo mafioso". Op basis van loutere aanwijzingen kan de Procureur van de Republiek of de de Prefect die bevoegd is om "*preventieve maatregelen - in de zin van de wet van 1956, supra (fv) - te vragen*" een verregaand patrimoniumonderzoek te bevelen (art.2bis,1). De gewone politie of de gespecialiseerde paramilitaire douanepolitie (*guardia di finanza*) moet vervolgens nagaan welke vergunningen, concessies, licenties, subsidies en dergelijke de "verdachten" genieten. Ook de vermogens van hun echtgenoten, kinderen en van alle personen die in de vijf voorafgaande jaren met de verdachte hebben samengewoond evenals die van alle natuurlijke of rechtspersonen over wier vermogen de verdachte geheel of gedeeltelijk lijkt te kunnen beschikken, worden onderzocht (art.2bis,3). Bij gevaar voor wegmaking *kan* aan een rechter gevraagd worden de goederen in afwachting van de behandeling door de rechtbank in beslag te nemen. De onderzoekers kunnen van alle overheden, maar ook van alle financiële instellingen en private ondernemingen, alle informatie en documentatie opeisen die zij nodig menen te hebben voor hun vermogensonderzoek (art.2bis,6). De rechtbank kan een voorlopig bewindvoerder aanstellen over de goederen.

PREVENTIEVE ONTNEMING- Wanneer effectief tegen een verdachte een procedure tot oplegging van preventieve beveiligingsmaatregelen is begonnen, *moet* de rechter - zelfs ambtshalve - overgaan tot beslag op alle "verdachte" goederen waarover de verdachte rechtstreeks of onrechtstreeks kan beschikken. Goederen zijn verdacht als hun waarde onevenredig groot is ten opzichte van het aangegeven inkomen of de uitgevoerde economische activiteit of als "*op basis van voldoende aanwijzingen*" er redenen zijn om aan te nemen dat zij "*de vrucht zijn van illegale activiteiten of het hergebruik van dergelijke vruchten uitmaken.*" Indien de rechtbank uiteindelijk de gevraagde maatschappelijke beveiligingsmaatregel inderdaad uitspreekt, zit daar automatisch de "onteigening" (*confisca*) aan vast van alle goederen waarvan de legitieme oorsprong niet bewezen is.

OMKERING BEWIJSLAST- Aanwijzingen volstaan dus om de bewijslast om te keren ten voordele van de staat. In ingewikkelde gevallen zijn bijzondere termijnen voorzien die meer verregaande en langdurende vermogensonderzoeken mogelijk maken. Ook wanneer de persoon waartegen de "beveiligingsmaatregel" wordt gevraagd zich in het buitenland bevindt of hij al het voorwerp uitmaakt van een voordien uitgesproken vrijheidsbeperkende preventieve maatregel, is toch ontneming

van vermoedelijke misdrijfopbrengsten en vervangingsgoederen mogelijk. De maatschappelijke preventie beperkt zich dan tot die goederen.

REPRESSIEVE ONTNEMING- Dezelfde *confisca* kan ook worden uitgesproken in het kader van de klassieke straftoemeting, bij veroordeling op grond van een aantal uitdrukkelijk opgesomde misdrijven. Naast het misdrijf van 416bis It.Sw. en **drugsmisdrijven** gaat het om alle misdrijven waarbij de maffieuze methode (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 3) gehanteerd werd (art.12 *quinquies* C.Proc.P., zoals gewijzigd in 1992).

GEEN ONTNEMING- De rechtbank heft het beslag op wanneer ze weigert de gevraagde preventieve maatregel op te leggen aan de verdachte, wanneer blijkt dat de goederen van legitieme oorsprong zijn of dat de persoon tegen wie aanwijzingen bestonden er niet rechtstreeks of onrechtstreeks over kon beschikken. Als blijkt dat de inbeslaggenomen goederen aan derden toebehoren, moeten die worden opgeroepen en kunnen ze in een bijzondere procedure achter gesloten deuren hun rechten laten gelden. Het Grondwettelijk Hof verklaarde een systeem dat de onschuldige derde niet toeliet te bewijzen dat hij niets met het misdrijf te maken had - en dus neerkwam in het opleggen van beveiligingsmaatregelen op grond van objectieve aansprakelijkheid - strijdig met art.27 It. G.W.²³⁰⁶.

SUCCESS- De maffiabestrijders bejubelen de ontneming als een beslissend instrument in het offensief van de overheid tegen georganiseerde criminaliteit²³⁰⁷. Grootscheepse ontnemingen zouden belangrijke maffiaclans aanzienlijk hebben verzwakt. Op internationale fora vormt Italië dan ook een van de grotere pleitbezorgers van een vermogensaanpak. In de zaak Raimondo tegen Italië²³⁰⁸ toonde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich zeer begrijpend voor de noodtoestand waarin Italië zich bevindt, omdat maffia-achtige organisaties er zo verspreid zijn dat op bepaalde delen van het grondgebied de controle van de staat ernstig is verzwakt. Hun economische macht bedreigt zelfs de rechtsstaat, zodat verregaande preventieve maatregelen door de beugel kunnen.

²³⁰⁶ Corte Costituzionale 7 januari 1997, nr.1.

²³⁰⁷ HEIN, S., *op.cit.*, 165; AGI (Italian Journalist Agency), *Contro against drugtrafficking, secret arms dealing, money laundering, ..., op.cit.*, 24-25

²³⁰⁸ *Supra*, voetnoot 2301.

KRITIEK- Nochtans heeft de Italiaanse keuze scherpe kritiek uitgelokt. De "preventieve" aard van de "maatregel" bestempelen de critici als een etikettenruuk ter omzeiling van de waarborgen van de strafprocedure²³⁰⁹. Zij benadrukken dat de sanctie in wezen neerkomt op een bestraffing van het individu. Er zijn ook praktische problemen. De openbare verkoop van de villa van de maffiabaas levert, gezien de intimidatiekracht van zijn organisatie, vaak weinig bidders en lage prijzen op²³¹⁰. Er zijn zaken bekend waarin maffiosi via strolui hun eigendom terugkochten van de staat. Toch zijn het vooral de schier ongeremde mogelijkheden voor de staat en het overeenkomstig verlies van waarborgen voor het getroffen individu die de meeste critici (en dat zijn bijna alle strafrechtsdogmatici) storen.

BESLUIT- Italië heeft via een reeks uitdeinende noodwetten een uitermate verregaande vermogensaanpak uitgewerkt, deels binnen, maar vooral buiten het klassieke strafrecht. Beslag en verregaande vermogensonderzoeken van de verdachte en zijn relaties zijn mogelijk op basis van louter aanwijzingen. Het is dan aan de verdachte om toe de legitieme oorsprong van de goederen te bewijzen. Een soort maatregel van sociaal verweer laat verbeurdverklaring toe louter op basis van verdenkingen. De voorstanders wijzen erop dat de noodsituatie uitzonderlijke middelen rechtvaardigt en dat de gekozen methode, waarbij de vereisten van strafrechtelijk bewijs en schuld niet gelden, de enige "effectieve" is. Zowat heel de strafrechtsdogmatiek vindt dat de begrippen "preventie" en "maatregel" worden geperverteerd om te camoufleren dat wat in wezen verregaande straffen zijn, kunnen worden opgelegd zonder de waarborgen van de strafprocedure.

2.3.Nederland: een herstelmaatregel na veroordeling

2.3.1.Weloverwogen ?

NAGEDACHT- De meeste andere landen werkten intuïtief en improviserend via een soort dominoreeks van ingrepen een vermogensaanpak uit. Nederland is één van de landen waar vooraf het meest is nagedacht over de juridische uitwerking van wat (rechts)politiek al een gemaakte keuze was: de intensivering van de

²³⁰⁹ HEIN, S., *op.cit.*, 164.

²³¹⁰ LILLO, M., "Cose nostre? No, cose loro, I beni confiscati e lasciati in mano ai boss", *L'Espresso* 5 april 2001, geeft een overzicht van de problemen, waarbij het geweld van de maffia tegen al wie een actieve vermogensaanpak nastreeft, een centrale rol speelt.

vermogensaanpak²³¹¹. Vele waarnemers laten zich desondanks erg kritisch uit over het resultaat van de voorbereidende officiële werkgroepen²³¹². Die zouden zich teveel hebben laten leiden door de politieke druk om snel tot een « nieuwe aanpak » te komen en daardoor onvoldoende oog gehad hebben voor de bestaande mogelijkheden²³¹³. Bovendien zou men wel talloze knelpunten hebben vastgesteld, maar er – wegens vooroordelen en tijdsgebrek - niet echt bij hebben stilgestaan, zodat de vraag of de nieuwe keuzes echt wel verbeteringen waren, onbeantwoord bleef²³¹⁴. Cynische commentatoren vermoeden zelfs dat een eerste werkgroep bewust voorstellen op papier zette die zo verregaand waren dat ze politiek onhaalbaar waren. Een tweede werkgroep kon dan volstaan met het afvijlen van de scherpste kantjes. Dat tweede voorstel was op zich nog steeds revolutionair, doch omdat het aanzienlijk minder schokkend was dan het eerste, riep het nog nauwelijks politieke weerstand op²³¹⁵. Alleszins is de uiteindelijk in Nederland gekozen vermogensaanpak, zowel wat zijn oorsprong als wat zijn uitwerking en resultaten betreft, uitgebreid becommentarieerd²³¹⁶. Hoewel de meningen over de gemaakte keuzes erg uiteenlopen, is het in Nederland wel duidelijk dat iedereen weet waar de

²³¹¹ Over deze voorbereiding: NELEN, J. en SABEE, V., *Het vermogen te ontnemen, evaluatie van de ontnemingswetgeving - eindrapport*, Den Haag, WODC, Onderzoek en Beleid, nr. 170, 1998, 35-48.

²³¹² GROENHUIJSEN, M. en VAN KALMTHOUT, A. (eds.), *Voordeelsontneming in het strafrecht, een commentaar op het rapport van de werkgroep legislatieve projecten vermogenssancties*, Arnhem, Gouda Quint, 1989, 224 p.

²³¹³ GROENHUIJSEN, M. en VAN KALMTHOUT, A. (eds.), *op.cit.*, 59-90.

²³¹⁴ NELEN, J. en SABEE, V., *op.cit.*, 35-38; Voor een zeer genuanceerde kritiek op het eindresultaat: GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J., "Voordeelsontneming in het strafrecht: stand van zaken en vooruitzichten", in: GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J.(eds.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht, de nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 2-3: "De nieuwe voordeelsontnemingswetgeving berust niet op een nauwgezette reflectie op de voorafgaande rechtspraktijken en vormt geen stapsgewijze aanpassing van vigerende bepalingen. In plaats daarvan wordt in deze regelgeving op een radicale wijze gebroken met principes die tot dan toe het materiële en formele strafrecht beheersten."

²³¹⁵ GROENHUIJSEN, M. en VAN KALMTHOUT, A. (eds.), *op.cit.*, 57-59: ze noemen dit de tactiek van "overvragen en binnenhalen", cfr. NELEN, J. en SABEE, V., *op.cit.*, 42.

²³¹⁶ GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J.(eds.), *op.cit.*, 355 p.; NELEN, J. en SABEE, V., *op.cit.*, 271 p.; KEYSER-RINGNALDA, F., *Boef en buit. De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 630 p.; BLEICHRODT, F. en BALKEMA, J., "Het strafrechtelijk sanctiestelsel in het afgelopen decennium", in: BALKEMA, J. e.a. (eds.), *Dynamisch strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 47; VAN DUYN, P., REIJNTJES, J. en SCHAAP, C. (eds.), *Misdaadgeld*, *op.cit.*, 204 p.; CORSTENS, C., JOUBERT, E. en KORTMANN, S.(eds.), *Maatregelen tegen witwassen in het koninkrijk*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 234 p.; UDINK, E., *Criminele geldstromen: schijn en werkelijkheid, een onderzoek naar het witwassen van crimineel geld in Nederland*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 117 p.

knelpunten zitten²³¹⁷. Uiteindelijk kwam de « vernieuwde » Nederlandse vermogensaanpak pas uit de steigers in 1993, drie jaar later dan de Belgische, waarvoor hij dan ook niet echt als impuls gediend heeft. Er zijn sindsdien ook al herhaaldelijk vergelijkingen gemaakt²³¹⁸. Onze Noorderburen hebben voor vergelijkbare problemen opvallend andere oplossingen gekozen. Daarom verdient de vrij uitgebreide regeling van de straffen (Titel II) en maatregelen (Titel IIA) in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht enige aandacht.

2.3.2. Vermogensstraffen

STRAFFEN MOET NOOIT- Zoals gezegd (*supra*, Deel IV) beschikt de Nederlandse strafrechter met artikel 9a Sr. steeds over de mogelijkheid geen straf of maatregel op te leggen indien hij dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan. Hij is dus ook nooit verplicht om zware vermogensstraffen op te leggen.

GELDBOETE- De geldboete is de enige vermogensrechtelijke hoofdstraf. Er zijn zes boetecategorieën. Die komen overeen met de ernst van het misdrijf en het is dus de wetgever die door de koppeling van de boetecategorie aan een misdrijfschrijving die verhouding vastlegt. De geldboetes zijn behoorlijk wat zwaarder dan degene die bij ons gebruikelijk waren²³¹⁹. Dat rechtspersonen in Nederland al lang strafbaar zijn, heeft daar hoogstwaarschijnlijk veel mee te maken. Bij rechtspersonen kan de rechter, indien hij dat nodig acht, een geldboete opleggen van de boetecategorie die onmiddellijk hoger is dan die voorzien in de misdrijfschrijving (art.23, 7 Sr.). De rechter krijgt van de wetgever echter ook uitdrukkelijk de mogelijkheid de geldboete te matigen: art.24 Sr. verplicht hem bij de vaststelling van de geldboete rekening te houden met de draagkracht van de verdachte en verbiedt deze "*onevenredig te treffen in zijn inkomen of vermogen*". Daarenboven kan de rechter (net zoals het

²³¹⁷ Zie bijvoorbeeld het advies "Knelpunten in de ontnemingswetgeving", voorgestelde wetswijzigingen, van de adviescommissie wetgeving van het Openbaar Ministerie, van 23 mei 1997 (NELEN, J, en SABEE, V., *op.cit.*, 236-267.)

²³¹⁸ De afdeling strafrecht van de Vereniging voor de vergelijking van het recht van België en Nederland koos het als thema: cfr. de preadviezen voor België van DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming*, *op.cit.*, 70 p. en DOORENBOS, N., *Over witwassen en voordeelsontneming, een preadvies, Nederlandse sectie*, (niet gepubliceerd) 1996, 160 p.; cfr. ook FAURE, M. en DE ROOS, T., *op.cit.*, 291-325.

²³¹⁹ "*Er zijn zes categorieën: de eerste categorie, vijfhonderd gulden; de tweede categorie, vijfduizend gulden; de derde categorie, tienduizend gulden; de vierde categorie, vijftigduizend gulden; de vijfde categorie, honderdduizend gulden; de zesde categorie, één miljoen gulden*" (art.29, 4 Sr.).

Openbaar Ministerie) betalingstermijnen toekennen, waarbij het niet-nakomen wordt bestraft met verhogingen (art.24a en b Sr.)

VERBEURDVERKLARING- Hoewel zij over het algemeen relatief weinig aandacht krijgt, neemt ook de verbeurdverklaring een opmerkelijke plaats in tussen de straffen. De regeling ervan is iets gedetailleerder dan die in art.42 Belgisch Sw. Een opvallend verschil is dat zij weliswaar bij alle misdrijven kan, maar steeds facultatief is (art.33, 1 Sr.). Daarenboven moet de rechter ook hier rekening houden met de draagkracht van de verdachte, die niet onevenredig getroffen mag worden (art.33, 2 Sr.).

Volgens art 33a Sr. zijn voor verbeurdverklaring vatbaar: "*a. voorwerpen die aan de veroordeelde toebehoren of die hij geheel of ten dele ten eigen bate kan aanwenden en die geheel of grotendeels door middel van het strafbare feit zijn verkregen; b.voorwerpen met betrekking tot welke het feit is begaan; c. voorwerpen met behulp van welke het feit is begaan of voorbereid*". Het gaat dus om producten uit het misdrijf (dat wel ruimer is dan in de klassieke Belgische rechtspraak), voorwerp van het misdrijf en de middelen. Onder die middelen vallen ook "*voorwerpen die tot het begaan van het misdrijf zijn vervaardigd of bestemd*" in art.33a, e) Sr. Opvallend in de lijst van verbeurdverklaarbare goederen in art.33a Sr. zijn echter "*d. voorwerpen met behulp van welke de opsporing van het misdrijf is belemmerd*" en de "*f. zakelijke rechten op of persoonlijke rechten ten aanzien van de onder a tot en met e bedoelde voorwerpen*". Dat laatste geeft aan dat de verbeurdverklaring eigenlijk een *forfeiture* is, een verval van rechten ten voordele van de staat. Voorwerpen die uit de baten van het strafbaar feit zijn verkregen, zijn dus *niet* vatbaar voor verbeurdverklaring. Ze werden opzettelijk uit art.33a Sr. gelicht, om overlapping met de ontnemingsmaatregel van art.36e Sr. (*infra*) te vermijden²³²⁰. Ook opvallend is dat wanneer de goederen niet in beslag zijn genomen, de rechter hun waarde schat en een gelijkwaardig bedrag kan verbeurdverklaren. Wanneer de opbrengst van de verkoop van goederen door de staat het door de rechter vooraf begrote bedrag te boven gaat, kan hij de terugstorting van de meeropbrengst aan de veroordeelde bevelen (art.33b Sr.).

VERBEURDVERKLARING ZONDER EIGENDOM - Het cruciale art.33a, 2 Sr. moet beletten dat de goederen al te gemakkelijk aan verbeurdverklaring zouden ontsnappen doordat de eigenaar ze doorspeelt aan derden: "*Voorwerpen als bedoeld*

in het eerste lid onder a tot en met e die niet aan de veroordeelde toebehoren kunnen alleen verbeurd worden verklaard indien: a. degene aan wie zij toebehoren bekend was met hun verkrijging door middel van het strafbare feit of met het gebruik of de bestemming in verband daarmee, dan wel die verkrijging, dat gebruik of die bestemming redelijkerwijs had kunnen vermoeden". Het is dus niet nodig dat de personen in kwestie zelf strafrechtelijk zouden worden veroordeeld. Naar Amerikaans voorbeeld kan laksheid ten aanzien van het gebruik van zijn goed door anderen tot verlies leiden. Ook "*wanneer niet is kunnen worden vastgesteld aan wie zij toebehoren*" blijft verbeurdverklaring mogelijk.

2.3.3. Vermogensaanpak via maatregelen

MAATREGELEN- De idee dat de geldboete als straf in verhouding tot de schuld moet staan en bijgevolg ook tot de draagkracht van de dader, vormt het scharnier van de Nederlandse vermogensaanpak. Deze kerngedachte verzet zich tegen het gebruik van « afroomboetes », waarvan de rechter de grootte zou bepalen in functie van het wederrechtelijk genoten voordeel. *Mutatis mutandis* blijkt die bekommernis ook bij de andere straf, de verbeurdverklaring, te bestaan. Vandaar dat de speerpunt van de vermogensaanpak niet zozeer de vermogensstraf, maar een vermogensrechtelijke maatregel is²³²¹. In de aan maatregelen gewijde Titel IIA van het Wetboek van Strafrecht staan niet alleen op de persoon gerichte beschermingsmaatregelen, in het kader van sociaal verweer tegen niet-toerekeningsvatbare daders. Sinds 1995 staat hier ook de schadevergoedingsmaatregel (art.36f Sr.). Deze maatregel mag niet worden verward met de gewone burgerlijke vordering die het slachtoffer aan de publieke vordering kan hangen²³²².

ONTTREKKING AAN VERKEER- Een maatregel - althans dat werd zij door een ingreep van de wetgever in 1958²³²³ - waarvoor Belgische waarnemers volgens ons bijzondere aandacht zouden moeten hebben (*infra*, Hoofdstuk 5), is de "*onttrekking aan het verkeer van inbeslaggenomen voorwerpen*" (art.36b-d Sr.)²³²⁴. Dit is niet

²³²⁰ ANKER, W. en ANKER, H., "Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel", *Advocatenblad* 1996, 517.

²³²¹ Over het nooit gemakkelijke onderscheid tussen straf en maatregel: VAN DER LANDEN, D., *Straf en maatregel, een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 499 p.

²³²² BLEICHRODT, F. en BALKEMA, J., *op.cit.*, 43-44.

²³²³ BLEICHRODT, F. en BALKEMA, J., *op.cit.*, 42.

²³²⁴ "Art. 36b . - 1. *Onttrekking aan het verkeer van in beslag genomen voorwerpen kan worden uitgesproken:*

alleen een meer geschikte benaming van wat bij ons "verbeurdverklaring als beschermingsmaatregel" heet. Zij gaat aanzienlijk verder: onttrekking is ook mogelijk voor goederen die niet op zichzelf gevaarlijk zijn, maar een band vertonen met als misdrijf omschreven gedragingen ("strafbare feiten"). Eigenlijk gaat het om goederen die normalerwijze voor verbeurdverklaring in aanmerking zouden komen, wanneer er wel een misdrijf is, maar geen strafbare of gestrafte dader (meer). Met deze maatregel vangt de Nederlandse wet dus verschillende van de in Hoofdstuk 2 beschreven moeilijkheden bij daderloze misdrijven op.

ONTNEMINGSMAATREGEL- Toch is het de maatregel van art.36e Sr. die de hoofdrol speelt in de Nederlandse vermogensaanpak van (georganiseerde) criminaliteit. Het gaat om een door de strafrechter opgelegde verplichting tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel²³²⁵. De invoering in het gemeenrechtelijk strafrecht van deze eigenlijk uit

1° bij de rechterlijke uitspraak waarbij iemand wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld;
2° bij de rechterlijke uitspraak waarbij overeenkomstig artikel 9a wordt bepaald dat geen straf zal worden opgelegd;

3° bij de rechterlijke uitspraak waarbij, niettegenstaande vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning, wordt vastgesteld dat een strafbaar feit is begaan;

4° bij een afzonderlijke rechterlijke beschikking op vordering van het openbaar ministerie.

- 2. De artikelen 33b en 33c, tweede en derde lid, alsmede artikel 446 van het Wetboek van Strafvordering, zijn van overeenkomstige toepassing.

- 3. De maatregel kan tezamen met straffen en met andere maatregelen worden opgelegd.

Art. 36c. Vatbaar voor onttrekking aan het verkeer zijn alle voorwerpen:

1° die geheel of grotendeels door middel van of uit de baten van het feit zijn verkregen;

2° met betrekking tot welke het feit is begaan;

3° met behulp van welke het feit is begaan of voorbereid;

4° met behulp van welke de opsporing van het feit is belemmerd;

5° die tot het begaan van het feit zijn vervaardigd of bestemd; een en ander voor zover zij van zodanige aard zijn, dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet of met het algemeen belang.

Art. 36d. Vatbaar voor onttrekking aan het verkeer zijn bovendien de aan de dader of verdachte toebehorende voorwerpen van zodanige aard dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet of met het algemeen belang, welke bij gelegenheid van het onderzoek naar het door hem begane feit, dan wel het feit waarvan hij wordt verdacht, zijn aangetroffen, doch alleen indien de voorwerpen kunnen dienen tot het begaan of de voorbereiding van soortgelijke feiten, dan wel tot de belemmering van de opsporing daarvan."

²³²⁵ *Art. 36e. - 1. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een*

afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

- 2. De verplichting kan worden opgelegd aan de in het eerste lid bedoelde persoon die voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van het daar bedoelde strafbare feit of soortgelijke feiten of feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door hem zijn begaan.

- 3. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een misdrijf, waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd, en tegen wie als verdachte van dat misdrijf een strafrechtelijk financieel onderzoek is ingesteld, de verplichting worden opgelegd

het bijzonder strafrecht (art.8 van de Wet op de Economische Delicten) afkomstige maatregel in 1983, vormde het startschot van de vermogensaanpak²³²⁶. Eigenlijk ging het enigszins om een valse start, want tijdens de eerste jaren werd hij nauwelijks opgelegd²³²⁷. Inmiddels draaiden een aantal werkgroepen en denktanks echter al op volle toeren, om uit te maken hoe de politieke keuze om de zware criminelen in hun vermogen te treffen, in wetgevende instrumenten uitgewerkt moest worden. De wetgever volgde hun besluit dat de uitbouw van de ontnemingsmaatregel van art.36e Sr. de sleutel tot de vermogensaanpak vormde.

IJSBERG- Evenmin als de Italianen geloofden de Nederlanders dat persoonlijke straffen voor concrete misdrijven geschikt zijn om « effectief » het wederrechtelijk vermogen van georganiseerde criminelen af te romen. De kerngedachte was dat de misdrijven waarop de rechtshandhaving dat soort daders uiteindelijk strafrechtelijk kan pakken, slechts het topje van de ijsberg vormen (*supra*, Delen I en II). Als de politie bijvoorbeeld één concreet drugstransport kan onderscheppen en het Openbaar Ministerie de verantwoordelijken ervoor kan laten bestraffen, valt er weinig "opbrengst uit het misdrijf" te ontnemen. Door de overheidstussenkomst heeft de verdachte nu net géén opbrengst verkregen uit het concrete misdrijf waarvoor hij wordt veroordeeld. De enorme sommen die de veroordeelde heeft verdiend vóór de politie hem uiteindelijk kon betrappen, blijven buiten schot. Als ze goed geïnvesteerd

tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, indien gelet op dat onderzoek aannemelijk is dat ook andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.

- 4. *De rechter stelt het bedrag vast waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat. Onder voordeel is de besparing van kosten begrepen. De waarde van voorwerpen die door de rechter tot het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gerekend, kan worden geschat op de marktwaarde op het tijdstip van de beslissing of door verwijzing naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst, indien verhaal moet worden genomen. De rechter kan het te betalen bedrag lager vaststellen dan het geschatte voordeel.*

- 5. *Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.*

- 6. *Bij de bepaling van de omvang van het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat, worden aan benadeelde derden in rechte toegekende vorderingen in mindering gebracht.*

- 7. *Bij de oplegging van de maatregel wordt rekening gehouden met uit hoofde van eerdere beslissingen opgelegde verplichtingen tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel."*

²³²⁶ In welke mate de bekommernis om georganiseerde criminaliteit achter de vermogensaanpak zat, is betwist. Sommigen zeggen dat de invoering van art.36 e Sr. in 1983 erop wijst dat dit niet de eerste bekommernis was, daar georganiseerde criminaliteit slechts tegen het eind van de jaren tachtig een prioriteit is geworden. Anderen wijzen er integendeel op dat de invoering dateerde uit dezelfde periode als het Rapport Samenleving en criminaliteit (1985) dat voor het eerst de alarmbel luidde over georganiseerde criminaliteit. (NELEN, J, en SABEE, V., *op.cit.*, 35).

²³²⁷ VAN DER NEUT, J., "Het materiële ontnemingsrecht", in: GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J.(eds.), *op.cit.*, 37.

zijn, kunnen ze zelfs een belangrijk vast inkomen opleveren. De "vernieuwde" vermogensaanpak heeft het nu net gemunt op de enorme massa van de ijsberg die onder de waterlijn van het strafrechtelijk bewijs ligt.

SOCIAAL VERWEER- Om een botsing met de strafrechtelijke beginselen te vermijden hanteert men de logica van de maatschappijbescherming: de concrete (als misdrijf omschreven) feiten vormen slechts de uiting, het bewijs van een toestand van sociale gevaarlijkheid. Anders dan bij de gewone straftoemeting is niet dat concrete *misdrijf*, dat slechts aanleiding is voor het overheidsingrijpen, maar het *sociaal gevaar* de maatstaf voor het vastleggen van de gepaste sanctie. In dit geval gaat het gevaar uit van het wederrechtelijk vermogen : als dat in omloop blijft, kan het nieuwe misdrijven genereren (aankoop van steeds meer smokkelwaar, transportmiddelen, corruptie, wapens, ...) of de reguliere markt verstoren of zelfs kelderen²³²⁸.

HERSTELLEND ONTNEMING- De invoering van de maatregel van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel in 1983 betekende echter het einde van de "zuivere" maatschappijbeschermende maatregel. De bescherming van de maatschappij staat immers in de schaduw van de herstellende functie die de wetgever de maatregel toedicht. De rechter moet de sanctie immers opleggen met het oog op het herstel van de (vermogens)toestand zoals hij zou zijn geweest zonder het « winstgevend » misdrijf. Aangezien leedtoevoeging niet de functie is, gaat het niet om een straf maar om een (strafrechtelijke) maatregel. Dit onderscheid vormt de kern van de hele Nederlandse vernieuwing : de fundamenteel verschillende doelstelling achter de maatregel zou het mogelijk maken om de vereisten die aan straffen verbonden zijn, niet zomaar over te nemen. Daarom kan, na veroordeling voor het misdrijf dat tenlaste gelegd werd niet alleen het voordeel uit dat misdrijf, maar heel het vermogen waarvoor aanwijzingen bestaan dat het afkomstig is uit *soortgelijke feiten* of andere feiten waarop een zware straf staat, in het geschat wederrechtelijk verkregen voordeel worden opgenomen. Het past bij deze herstell logica dat enkel het netto-voordeel voor ontneming in aanmerking komt²³²⁹. De verdachte kan ter verwerving van het voordeel gemaakte kosten dus in mindering brengen. De rechter beschikt niettemin ook over de mogelijkheid om lagere bedragen vast te leggen.

²³²⁸ X, "Cleaning Up Dirty Money", *The Economist* 26 juli 1997, 13.

OPSPLITSING- Een grote nieuwigheid was dat de strafrechter weliswaar nog steeds de maatregel oplegde, maar hij dat niet langer tegelijkertijd met de straf moest doen. Na de uitspraak van de straf krijgen de onderzoekers tijd om door te gaan met het (tijdrovende) onderzoek naar het wederrechtelijke genoten voordeel²³³⁰. Hoewel de herstelgedachte ("*criminaliteit mag niet lonen*") de keuze voor een maatregel (en dus geen straf) verantwoordt, viel het waarnemers op dat tijdens het wetgevend proces gaandeweg een punitief aspect ("*raak criminelen waar het meest pijn doet, in hun vermogen*") binnensloop²³³¹. Dat uiteindelijk de al te krachtige benaming « plukze-maatregel" na felle kritiek geweerd werd, deed er weinig toe. Het wezenlijke verschil met de verbeurdverklaring en de onttrekking is dat het een strikt persoonlijke verplichting is (dus niet *in rem*) en dat ze geen eigendom afneemt, maar een betalingsverplichting voor de toekomst schept. Dat heeft ze gemeen met de geldboete. Doch anders dan de geldboete is ze een op rechtsherstel gerichte sanctie, zodat het volgens de wetgever niet juist zou zijn wanneer ze afhankelijk zou worden gemaakt van de draagkracht van de gesanctioneerde persoon²³³².

MATIGENDE RECHTSPRAAK- Dit laatste werd niettemin enigszins afgezwakt door de Hoge Raad. Die was vooraf al geconsulteerd over de ontwerpwetgeving en had zich ronduit negatief uitgelaten over de wetgevingstechnische kwaliteit. Eens de wetgeving in voege beklemtoonde ze in een aantal arresten ook de mogelijkheid die de rechter heeft om de ontneming te matigen. Dat kan bijvoorbeeld indien "*het aannemelijk is dat het wederrechtelijk verkregen voordeel inmiddels in zijn geheel is uitgegeven en er bij verweerder niet voldoende vermogensobjecten resteren en, naar mag worden aangenomen, deze ook niet in de toekomst zullen worden verworven om het geschatte bedrag aan voordeel op te verhalen*"²³³³. Even opmerkelijk was het arrest waarin het hoogste rechtscollege in de omstandigheid dat er géén sprake was van georganiseerde criminaliteit of crimineel ondernemerschap aanleiding zag om het te betalen bedrag te verlagen²³³⁴. Volgens de Hoge Raad moest voor de begroting van het wederrechtelijk verkregen voordeel ook de werkelijk in het

²³²⁹ Cfr. BOERSMA, J., "De juiste veren van Pluk-ze, de omvang van het voordeel in 36e Sr.", *Trema* 1996, 142-145.

²³³⁰ GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J., "Voordeelsontneming in het strafrecht:...", *op.cit.*, 6 schrijven "*Het staat zo simpel in de memorie van toelichting, maar ook deze verandering leidt tot een mer à boire' van problemen*".

²³³¹ NELEN, J. en SABEE, V., *op.cit.*, 6.

²³³² Memorie van Toelichting (21 504, nr.3, 8-9), aangehaald door ANKER, W. en ANKER, H., *op.cit.*, 517.

²³³³ Hoge Raad 12 september 1995, *NJB-katern* 1995, 538, nr.129.

crimineel circuit bedongen prijs en niet de normale prijs bij legale aankoop van het goed in aanmerking worden genomen²³³⁵.

ONSCULDVERMOEDEN- De Hoge Raad weigerde echter aan te nemen dat de procedure van art.36e Sr. strijdig zou zijn met het onschuldvermoeden²³³⁶. Doch daarover zal het Hof voor de Rechten van de Mens zich ongetwijfeld ook nog moeten uitspreken. Inmiddels werd in Straatsburg al een klacht tegen Nederland ontvankelijk verklaard, waarmee de veroordeelden in een beruchte milieustrafzaak (waarvan een luik bij ons als het Mellery-schandaal bekend is) hun veroordeling aanvochten op basis van art.6, §2 E.V.R.M.²³³⁷. Het ging onder meer over de man die de rechters aanweezen als de natuurlijke persoon die binnen een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk was voor de zware milieumisdrijven. Om zijn rol en zeggenschap binnen het geheel van die rechtspersoon aan te geven en om overeenkomstig de straftoemeting te motiveren hadden de strafrechters niet alleen verwezen naar de concrete misdrijven waarvoor zij hem veroordeelden. Zij hadden blijkbaar ook rekening gehouden met andere strafbare feiten in de werking van de rechtspersoon, waarvoor de man wegens procedurefouten niet kon worden veroordeeld, maar die tijdens de strafprocedure aan het licht waren gekomen. Het gaat wel om een procedure van vóór de nieuwe ontnemingswetgeving (1993) en over een "klassieke" geldboete. Volgens de veroordeelde was de straftoemeting strijdig met het onschuldvermoeden, nu hij (ook, mee) een straf opgelegd kreeg voor de feiten waarvoor hij werd vrijgesproken, waarvoor de dagvaarding nietig was of die hem niet ten laste werden gelegd²³³⁸. Omdat de zaak "*zowel in feite als in rechte complexe vragen oproept, die een onderzoek ten gronde nodig maken*", stelde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens vast dat het verzoek niet klaarblijkelijk ongegrond was. Hoewel men de draagwijdte ervan zeker niet zal mogen overschatten, kijken vele Nederlanders reikhalzend (en een beetje bang) uit naar het arrest ten gronde. De vraag in welke mate rekening mag worden gehouden met

²³³⁴ Hoge Raad 9 januari 1996, *NJB-katern* 1996, 184, nr.24.

²³³⁵ Hoge Raad 1 juli 1997, *Ars Aequi* 1998, 313-315, noot T.DE ROOS, "Het begrip 'voordeel' in de strafrechtelijke ontnemingsmaatregel".

²³³⁶ Hoge Raad 5 december 1995, *N.J.* 1996, nr.411, noot T. SCHALKEN, *D.D.* 1996, 129. Instemmend: STESSSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 75-76.

²³³⁷ E.C.R.M. 3 december 1997, verzoek nr.26493/95, Willem Zegwaard en Zegwaard B.V. t. Nederland (ontvankelijkheid). Cfr. Hof Mensenrechten 9 september 1998, *NCJM-Bulletin* 1999, 675, noot E.MEYER.

²³³⁸ Blijkbaar zijn de rechters een beetje het slachtoffer van hun (terechte) bekommernis om de straftoemeting zo goed mogelijk te motiveren, want de opgelegde straf lag binnen de grenzen van de wettelijke strafmaat voor het misdrijf waarvoor Zegwaard wél werd veroordeeld.

misdrijven waarvoor men niet strafrechtelijk werd veroordeeld, klinkt immers ook luid bij de ontnemingsmaatregel. Toch zal Nederland ook onmiddellijk ook verschillen tussen de zaak Zegwaard en door de Hoge Raad "gezegende" ontnemingsprocedures kunnen aantonen²³³⁹. Wat het Hof ook beslist, het lijdt weinig twijfel dat de Nederlandse vermogensaanpak in Straatsburg, vooral de mogelijkheid tot ontneming van de opbrengsten van "gelijkaardige feiten", nog regelmatig zal worden aangevochten.

2.3.4. Flankerende wetgeving en beleid

STRAFRECHTELIJK FINANCIËEL ONDERZOEK- De vernieuwingen in het materieel strafrecht kaderen in een globaal plan voor een "buitgerichte aanpak". Eén van de opvallendste vernieuwingen is de invoering van een bijzondere variant van opsporingsonderzoek, het "strafrechtelijk financieel onderzoek" (SFO, art.126 tot 126f NI. Sv.)²³⁴⁰. Dat laat niet alleen toe vooraf iemands vermogenspositie in kaart te brengen, maar kan zoals gezegd ook nog doorgaan na de strafrechtelijke veroordeling. Voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel is een SFO zelfs een noodzakelijke voorwaarde.

ORGANISATIE- Om de allesbehalve gemakkelijke vermogensaanpak mogelijk te maken, zijn ook allerlei veranderingen doorgevoerd binnen de politie en het Openbaar Ministerie. Speciale diensten van het parket (Bureaus Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie - BOOM) moeten de lokale acties steunen, coördineren en stimuleren²³⁴¹.

BESLAG EN PAULIANA- Tegelijkertijd met de aanpassing van straffen en maatregelen, verruimde de wetgever ook de beslagmogelijkheden en versoepelde hij de executie van vermogenssancties. Een aantal arresten van de Hoge Raad heeft nochtans roet in het eten gestrooid door de vennootschap-eigenaar tegen bewarend beslag te beschermen, al had de verdachte het er in die vennootschap voor het

²³³⁹ In Zegwaard ging het over een straf, bij ontneming om een maatregel. Zegwaard had geen tegenspraak met betrekking tot deze betwiste elementen in het dossier (hij dacht dat ze uitgesloten waren), de persoon tegen wie een Strafrechtelijk Onderzoek gevoerd wordt (*infra*, 2.3.4.), heeft dat wel en kan alle vermoedens weerleggen.

²³⁴⁰ Cfr. DEGROOT, F. en SIMMELINK, J., "Strafrechtelijk Financieel onderzoek", in: GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J.(eds.), *op.cit.*, 69-112.

²³⁴¹ PUNT, H., "Het OM-beleid" , in: GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J.(eds.), *op.cit.*, 285-299; cfr. voor de praktijk NELEN, J. en SABEE, V., *op.cit.*, 79-163.

zeggen²³⁴². De wetgever voerde ook een bijzonder "*actio pauliana*" in, wat betekent dat de staat zich rechtstreeks kan richten tot de schuldeisers van haar schuldenaar, de tot betaling veroordeelde.

VERVANGENDE GEVANGENISSTRAF- Samen met de verzwaring van de vermogensstraffen verlengde de Nederlandse wetgever ook de duur van de vervangende gevangenisstraffen die de veroordeelde moet ondergaan indien hij niet aan de betalingsverplichting voldoet. Van de vroegere vervangende gevangenisstraffen zou onvoldoende ontradend effect zijn uitgegaan.

WITWASSEN- Nederland voerde tenslotte ook een witwasmisdrijf in en wel door middel van een uitbreiding van de omschrijving van heling. Het Wetboek kent, anders dan bij ons, twee varianten van heling. Enerzijds is er de zwaardere opzetheling, met een extra strafverzwaring voor wie er een gewoonte van maakt. Daarnaast is ook schuldheling strafbaar, zij het met een lichtere straf²³⁴³. Heling is een begunstigingsmisdrijf en er is veel discussie over de band met het onderliggend misdrijf en het bewijs daarvan. Omdat die band teveel bewijsmoeilijkheden zou opleveren en omdat het misdaadgeld in toenemende mate als zelfstandig probleem

²³⁴² Hoge Raad 9 januari 1996, *D.D.* 1996, 164, STESENS, G., "Nogmaals...", *op.cit.*, 1073, voetnoot 8.

²³⁴³ "Art. 416 . - 1. Als schuldig aan opzetheling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie:
a. hij die een goed verwerft, voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk recht op of een zakelijk recht ten aanzien van een goed vestigt of overdraagt, terwijl hij ten tijde van de verwerving of het voorhanden krijgen van het goed dan wel het vestigen van het recht wist dat het een door misdrijf verkregen goed betrof;

b. hij die opzettelijk uit winstbejag een door misdrijf verkregen goed voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk recht op of zakelijk recht ten aanzien van een door misdrijf verkregen goed overdraagt.

- 2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die opzettelijk uit de opbrengst van enig door misdrijf verkregen goed voordeel trekt.

Art. 417 . Hij die van het plegen van opzetheling een gewoonte maakt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Art. 417bis . - 1. Als schuldig aan schuldheling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie:

a. hij die een goed verwerft, voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk recht op of zakelijk recht ten aanzien van een goed vestigt of overdraagt, terwijl hij ten tijde van de verwerving of het voorhanden krijgen van het goed dan wel het vestigen van het recht redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het een door misdrijf verkregen goed betrof;

b. hij die uit winstbejag een goed voorhanden heeft of overdraagt dan wel een persoonlijk recht op of zakelijk recht ten aanzien van een goed overdraagt, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het een door misdrijf verkregen goed betreft.

- 2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die uit de opbrengst van enig goed voordeel trekt, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het een door misdrijf verkregen goed betreft.

Art. 417ter . Bij veroordeling wegens een der in de artikelen 416-417bis omschreven misdrijven kan ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1^o; 2^o en 4^o; vermelde rechten

gepercipieerd wordt²³⁴⁴, overweegt de regering een "verzelfstandiging van het witwasmisdrijf".

RESULTAAT- Ofschoon in Nederland voor het offensief tegen de "criminele vermogens" alle registers werden opengetrokken, - of misschien net daarom - vallen de resultaten van de vermogensaanpak voorlopig nogal tegen²³⁴⁵.

2.3.5. Besluit

ALTERNATIEVE AANPAK, RELATIEF SUCCES- Nederland heeft "revolutionaire" ingrepen gepleegd in zijn sanctie-arsenaal, waarbij de straf aan gewicht verliest ten voordele van "strafrechtelijke sancties". Desondanks voldoen de resultaten voorlopig nog niet aan de - overspannen - verwachtingen die de wetgever had bij de invoering van de "buitgerichte aanpak".

2.4. Impuls?

GEEN VOORBEELD- Ook in typisch Europees-continentale rechtstelsels als Italië en Nederland is gekozen voor een verre gaande vermogensaanpak. Zij waren bereid daarvoor een aantal klassieke beginselen zoniet te breken, dan toch buitenspel te zetten. Net zoals de Amerikanen hebben zij de mogelijkheden van de vermogensstraffen in hun arsenaal uitgebreid; net zoals de Amerikanen achten zij dat onvoldoende. Vandaar dat bij ontneming niet straffen, maar "maatregelen" de hoofdrol spelen. Critici wijzen er daarbij steeds op dat het punitief karakter van deze sancties ten onrechte wordt ontkend of geminimaliseerd. Zo blijft de rechtsbescherming van zowel de aangepakte persoon als van onschuldige derden ondermaats. Het is ook nog niet duidelijk of de nieuwe aanpak zijn pretenties echt waar kan maken en of de daarvoor betaalde prijs hoe dan ook niet te hoog is. Dat de vermogensaanpak overal in de lift zit, vooral maar zeker niet uitsluitend bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, staat niettemin buiten kijf. De wetgeving van Italië of Nederland heeft voor de Belgische wetgever weliswaar niet als voorbeeld gediend, maar zij levert interessante stof voor vergelijking (*infra*, Hoofdstuk 5).

worden uitgesproken en kan de schuldige worden ontzet van de uitoefening van het beroep waarin hij het misdrijf begaan heeft."

²³⁴⁴ GROENHUIJSEN, M., "Over strategie en tegenstrategie: voordeelsontneming, witwassen en financiële recherche", in: GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J. (eds.), *op.cit.*, 29-30.

²³⁴⁵ Cfr. de uitstekende evaluatie van NELEN, J. en SABEE, V., *op.cit.*, 3-7; cfr. VAN DEN HEUVEL, J., "Boeven vangen steeds simpeler, maar ze kaalplukken lukt maar niet", *De Telegraaf* 11 juni 1998.

2.5. Besluit

OVERAL MOEILIJK- De vermogensaanpak zit overal in de lift en telkens gaat het om een aanval op alle fronten, zowel in het materieel als het formeel strafrecht, zowel met straffen als met andere sancties. Desondanks kampt men overal met talloze juridische moeilijkheden. Vooral de rechtsbescherming van verdachten en derden krijgt volgens critici onvoldoende aandacht.

§ 3. Stimulerende V.N., stimulerend Europa

IEDEREEN RAADT HET AAN- Op alle mogelijke internationale fora spoort men landen aan om werk te maken van de vermogensaanpak. De verschillende instrumenten zijn inmiddels in de literatuur al zo vaak aan bod gekomen dat we kunnen volstaan met een verwijzing ernaar²³⁴⁶. Eerst waren er de Verenigde Naties, die met het antidrugsverdrag van Wenen de aanzet gaven²³⁴⁷ en met het Verdrag tegen georganiseerde criminaliteit erop terugkwamen²³⁴⁸. Het Verdrag van Wenen was het eerste multilateraal instrument dat zoveel aandacht gaf aan de detectie, opsporing, blokkering en ontneming van met criminaliteit verdiend of ervoor gebruikt vermogen. Tezelfdertijd reageerden zowel de regeringen als de financiële werelden in een aantal westerse landen op het verwijt dat ze niets deden aan witwassen. Een Frans initiatief binnen de G-7 leidde tot de oprichting van een groep experts, de Financiële Actiegroep (GAFI). Die werkte allerlei gedetailleerde aanbevelingen uit,

²³⁴⁶ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 25-37.

²³⁴⁷ Art.5 Verdrag van Wenen (VN) van 20 december 1988 tegen de sluikehandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen bevat een uitermate uitgebreide regeling inzake confiscatie en beslag van de "opbrengsten" van drugshandel en inzake internationale samenwerking daartegen; Art.3 verplicht tot strafbaarstelling van "(...) (i) De omzetting of overdracht van eigendommen, wetende dat deze eigendommen zijn verworven uit één of meer van de (drugsmisdrijven), of uit deelneming aan één of meer van deze strafbare feiten met het doel de clandestiene herkomst van de eigendommen te verhelen of te verhullen of een persoon die bij het plegen van één of meer van deze strafbare feiten is betrokken, te helpen de wettelijke gevolgen van zijn daden te ontwijken; (ii) Het verhelen of verhullen van de werkelijke aard van eigendommen, hun oorsprong, de plaats waar zij zich bevinden, vervoer van eigendommen, verplaatsing ervan, rechten met betrekking tot de eigendommen, of het bezit ervan, wetende dat deze eigendommen zijn verworven uit één of meer van de (drugsmisdrijven) of uit deelneming aan één of meer van deze strafbare feiten; c) Met inachtneming van de grondbeginselen van haar grondwet en haar rechtsstelsel: (i) De verwerving, het bezit of het gebruik van eigendommen, wetende, op het tijdstip van ontvangst, dat deze eigendommen zijn verworven uit één of meer van de (drugsmisdrijven) of uit deelneming aan één of meer van deze strafbare feiten."

²³⁴⁸ Art.12, 13 en 14 van Verdrag van Palermo (VN) van 15 december 2000 tegen transnationale georganiseerde criminaliteit gaan over "confiscation, internationale samenwerking en wat er met het "geconfiscerde moet gebeuren, Art.6 en 7 over de strafbaarstelling van witwassen.

voor wetgevers, maar ook voor allerlei andere beleidsverantwoordelijken. Het vernieuwende aan de GAFI was dat ze ook de resultaten nauwlettend opvolgde en eventueel haar aanbevelingen bijstuurde. De GAFI is in feite de motor achter de internationale strijd tegen het witwassen.

VERDRAG STRAATSBURG- De Raad van Europa, die reeds belangrijke verdragen had gepatroneerd op het vlak van gerechtelijke samenwerking, zag dat die totaal niet geschikt waren voor een vermogensaanpak in het strafrecht. Vandaar dat zij dat met het Verdrag van Straatsburg uit 1990 goedmaakte²³⁴⁹. Dit verdrag geeft de verdragspartijen de kans de vermogensaanpak los te koppelen van de strijd tegen de drugshandel²³⁵⁰.

EUROPESE UNIE- De Europese Gemeenschap, die volop bezig was met het realiseren van de interne markt en de liberalisering van het kapitaalverkeer, kon evenmin achterblijven. Haar poging om bij richtlijn de lidstaten te verplichten tot het strafbaarstellen van witwassen strandden echter. De belofte dat te doen belandde evenwel in een begeleidende politieke verklaring. Wel verplichtte de richtlijn alle lidstaten de financiële wereld te onderwerpen aan een preventief detectie- en meldsysteem. Ook kreeg de evaluatie van het beleid van de lidstaten bijzondere aandacht. Later zou de Europese Unie steeds de vermogensaanpak met inbegrip van witwasbestrafing opnemen als bijna-vanzelfsprekend onderdeel van elk belangrijk initiatief op het vlak van strafrecht; de bestrijding van EG-fraude²³⁵¹, van internationale corruptie²³⁵² of het *Corpus Iuris*²³⁵³ zijn daar voorbeelden van.

BESLUIT- Kortom, iedereen die op internationaal vlak met strafrecht en criminaliteitsbestrijding bezig is, vraagt een bredere en vlottere vermogensaanpak van criminaliteit. Met de talloze instellingen, werkgroepen en officiële controle-

²³⁴⁹ Convention on the Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, *E.T.S.*, nr.141 (8 november 1990); *B.S.* 4 juni 1998.

²³⁵⁰ THOMAS, F., "Witwassen van geld: aanleiding tot nieuwe vormen van internationale rechtshulp in strafzaken", in: *Liber Amicorum J.D'Haenens, op.cit.*, 382

²³⁵¹ Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *Publ. C 1995/316*, 49- 57.

²³⁵² Overeenkomst opgesteld op basis van artikel K.3, lid 2, onder c), van het Verdrag betreffende de Europese Unie ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn, *Publ. C 1997/195*, 2 -11.

²³⁵³ Art.7 *Corpus Iuris* zegt dat het witwassen of helen van de opbrengsten of de voordelen uit de misdrijven van de art.1 t.e.m. 6 strafbaar is: DELMAS-MARTY, M., *op.cit.*, 20-22.

instanties is een permanente bureaucratie geschapen waarvoor de vermogensaanpak hun *raison d'être* is. Vandaar dat de pleidooien voor die aanpak eerder aanzwellen dan verstommen. De vergelijking met de V.S. is nu zeker nog voorbarig, doch op het vlak van lobbying moeten al deze instellingen zeker niet worden onderschat.

§ 4. Storend Europa

AUTONOOM BEGRIP STRAF- Nu ook E.V.R.M.-landen meer en gebruik maken van ontnemingsinstrumenten die naar eigen recht geen straf zijn, moeten zij niettemin rekening houden met het Europees Hof voor de Rechten van de Mens²³⁵⁴. Om te bepalen of wordt voldaan aan de extra procedurewaarborgen die art.6 E.V.R.M. biedt voor "strafzaken", hanteert het Hof een autonoom begrip "strafzaak". De kwalificatie naar intern recht is een element, doch daarnaast stelt het Hof ook de vraag of de sanctie zich richt tegen de overtreder van een norm van algemene aard en of zij een ontradend karakter heeft²³⁵⁵.

WELWILLEND HOF- In verschillende zaken kwam ook de "nieuwe vermogensaanpak" aan bod. Behalve op art.6 (onschuldvermoeden, rechten van verdediging) en art.7 E.V.R.M. (verbod retroactieve bestraffing) werd vooral art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol, dat eigendomsontneming zonder passende vergoeding verbiedt, ingeroepen. Over het algemeen staat ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vrij welwillend tegenover de overheid die tracht "criminele goederen" te ontnemen²³⁵⁶.

AFWACHTEN- Toch werden overijverige staten ook al teruggefloten²³⁵⁷. Een einduitspraak in de zaak Zegwaard tegen Nederland (*supra*, §2, 2.3.3.) zal ook enige aanwijzingen geven over de reikwijdte van het onschuldbeginsel bij *straftoemeting*, doch zal zoals gezegd niet zomaar toepasbaar zijn op ontneming door middel van *maatregelen*. Het lijkt waarschijnlijk dat nu de vermogensaanpak in vele verdragstaten op kruissnelheid komt, een karrevracht van verzoeken bij het

²³⁵⁴ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 68-74.

²³⁵⁵ Hof Mensenrechten 24 februari 1994 Bendenoun t. Frankrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.284, § 47.

²³⁵⁶ Hof Mensenrechten 5 mei 1995, Air Canada t. Verenigd Koninkrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol. 316-A

²³⁵⁷ Hof Mensenrechten 9 februari 1995, Welch v. Verenigd Koninkrijk, *Publ.E.C.H.R.*, Series A, vol.307-A., waar het volgens het Hof om verboden retroactieve bestraffing ging.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens zal volgen. Gelet op de moeilijkheden van het Amerikaanse Hooggerechtshof ziet het er naar uit dat in een uitermate genuanceerde en moeilijk te volgen rechtspraak zal uitmonden.

§ 5. Discrete aanloop in het interne recht

GEEN THEMA- Hoe weinig er zelfs nog op het einde van de jaren tachtig aan een vermogensaanpak werd gedacht, blijkt uit het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie naar de manier waarop de strijd tegen banditisme en terrorisme in België was georganiseerd (1988). In dat omvangrijk document zal men tevergeefs zoeken naar enige passage over een vermogensaanpak. Zoals in het buitenland heeft de vermogensaanpak in het bijzonder strafrecht en vooral dan in het douanerecht overleefd om dan aan een discrete *come-back* te beginnen, mede door het toenemend gebruik van de geldboete als alternatief voor de vrijheidsstraf (*supra*, Hoofdstuk 2). Niemand gewaagde echter van een vermogensaanpak als nieuwe aanpak van zware criminaliteit.

BIJZONDERE STRAFWETTEN- De *ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel* als sanctie sloop ook in ons land, zoals in Nederland, na de Tweede Wereldoorlog wel in de economische strafwetgeving. Het bekendst (en meest ingrijpend) zijn de "sanctionerende verhogingen" van allerlei belastingen in functie van het ontdoken bedrag²³⁵⁸. Spreutels stipt aan dat de besluitwet van 6 oktober 1944 op de wisselcontrole al "*la confiscation des bénéfices que le délinquant tiré de l'infraction*"²³⁵⁹ invoerde. Ook art 575 Faillissementswet bestrafte bij bepaalde wanpraktijken van schuldeisers of curatoren niet alleen met de straffen van bedrieglijke bankbreuk. Het laatste lid zei dat "*de schuldigen bovendien worden veroordeeld tot geldboete waarvan het bedrag gelijk is aan de waarde van de onwettig bedongen voordelen of van de teruggave en schadevergoeding die aan de gezamenlijke schuldeisers toekomen, de geldboete mag niet minder dan honderd frank bedragen*"²³⁶⁰. Nu schafte de wetgever ironisch genoeg in 1997 art.579 Kh. af,

²³⁵⁸ In 1999 velde Cassatie in een douanezaak nog een onverbiddelijk arrest: Cass. 21 september 1999, *Arr. Cass.* 1999, nr.474. Cfr. over de terughoudendheid van Cassatie om de punitieve dimensie te erkennen: VERSTRAETEN, R., "Actualia van fiscaal strafrecht", in TILLEMANN, B. (ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 233-237.

²³⁵⁹ SPREUTELS, J., "La poursuite des infractions en droit pénal des affaires", in: X, *Tendensen in het bedrijfsrecht, strafrecht in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 247.

²³⁶⁰ De begrippen geldboete, schadevergoeding en teruggave worden dus vermengd in een bepaling.

dat een vergelijkbare inhoud had, vanwege zijn burgerrechtelijke aard²³⁶¹. De markantste variant van voordeelsontneming in het strafwetboek kwam er met de invoering van het misdrijf "misbruik van voorkennis", beter bekend als *insider trading*. De wetgever voerde daarvoor in (oud) artikel 509 quater Sw. een voordeelsontneming in²³⁶². Volgens Geens²³⁶³ is die voordeelsontneming "*wellicht strafrechtelijk van aard*", al staat ze "*nauw in verband met burgerlijke schadeloosstellingsproblemen*". Hij onderstreept ook de moeilijkheden om dit bedrag te begroten. Huybrechts daarentegen houdt vol dat het om een burgerrechtelijke herstelmaatregel gaat, zodat bijvoorbeeld geen genade kan worden verleend²³⁶⁴. De techniciteit van de materie en de zeldzame vervolgingen voor dit misdrijf zorgden ervoor dat het bestaan van deze sanctie trouwens grotendeels aan de aandacht van niet-ingewijden is ontsnapt.

DRUGWET- Zelfs de Amerikaans geïnspireerde veranderingen in de Drugwet in 1975 zijn op dit punt weinig ingrijpend. Wel valt het op dat de geldboete (tot 100.000 BEF) hoog is in vergelijking met die voor de meeste andere misdrijven. Daaruit blijkt duidelijk dat de wetgever voor het vastleggen van de maximale geldboete rekening hield met de winsten die in de drugssector kunnen worden behaald. Het was ook in geval van drugsmisdrijven dat het Hof van Cassatie in een opgemerkt arrest uit 1986 bereid bleek de rechter het verkregen geld als "product van het misdrijf" verbeurd te laten verklaren²³⁶⁵. Dit alles paste echter in de gewone, "klassieke" aanpak. De regering zal *deze "subtiele uitlegging van de vigerende wetgeving"* uitdrukkelijk vermelden in haar toelichting bij de nieuwe keuzes (*infra*, Hoofdstuk 4)²³⁶⁶. De

²³⁶¹ TRAEST, P., "Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement", in: TILLEMANS, B.(ed.), *op.cit.*, 39.

²³⁶² Bij een latere hervorming in 1995 zou het toepassingsgebied ervan uitgebreid worden en nu kan de rechter een betalingsverplichting van tot driemaal het genoten partimaal voordeel opleggen.

²³⁶³ GEENS, K., "Misbruik van voorkennis na de wet van 6 april 1995: weinig nieuws onder de zon", in X, *Tendensen in het bedrijfsrecht...*, *op.cit.*, 135 met verwijzing naar de criteria van Dupont en Verstraeten en naar de wijze van inning, die dezelfde is als bij de geldboete.

²³⁶⁴ HUYBRECHTS, L., "Bedenkingen bij een nieuw misdrijf: misbruik van voorwetenschap", in *Financiële herregulering in België*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 502.

²³⁶⁵ Cass. 4 juli 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1494, nr.685; *Rev.dr.pén.* 1986, 910 noot E.LIEKENDAEL; BROSENS, W., "Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht", *R.W.*1988-89, 313-314, DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming...*, *op.cit.*, 56-57). De raadsheren weigeren nochtans de regel uit te breiden tot het geld dat andere misdrijven "opbrengen" en ook bij drugsmisdrijven beschouwen zij enkel het geld als "product", voortbrengsel van het misdrijf.

²³⁶⁶ *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 2.

mogelijkheid middelen verbeurd te verklaren (art.4, §6 Drugwet), zelfs al zijn ze geen eigendom van de veroordeelde²³⁶⁷, was daarentegen een belangrijke nieuwigheid die duidelijk de sporen van de Amerikaanse *in rem*-aanpak droeg²³⁶⁸. Meestal dient ze om wagens van derden verbeurd te verklaren. Dat moest verhinderen dat de verbeurdverklaring zou omzeild worden door gebruik van geleende, geleasede of gehuurde voertuigen²³⁶⁹. Volgens Cassatie is het niet relevant dat die wagen eerder toevallig werd gebruikt, zelfs om eenmaal drugs te vervoeren²³⁷⁰. Volgens sommige rechters beschermt zelfs het feit dat die derde volledig te goeder trouw is, hem niet noodzakelijk tegen de verbeurdverklaring²³⁷¹.

BESLUIT- De toenemende aandacht voor het aanpakken van "vermogens" in het strafrecht is een onmiskenbare internationale tendens. De impuls kwam vooral uit de V.S., waar echter de burgerrechtelijke sanctievariant veel belangrijker is dan de vermogensstraf. Ook Italië en Nederland hebben vooral gekozen voor een ontnemingsmaatregel, in het eerste geval vanuit een sociaal verweerargument, in het tweede met meer nadruk op de rechtsherstelfunctie van de sanctie. Allerlei internationale fora sturen ook impulsen uit voor een meer op "criminele vermogens" gerichte aanpak. Toch bleven de echte voorlopers in het eigen Belgisch strafrecht zeldzaam. De uitbreiding in 1975 van de mogelijkheid tot verbeurdverklaring van de middelen bij drugsmisdrijven, zelfs van voorwerpen die geen eigendom waren van de veroordeelde, springt nog het meest in het oog.

²³⁶⁷ VANDENPLAS, A., "Over de verbeurdverklaring op grond van art.4, §6 Drugwet, noot onder Antwerpen 2 februari 1999", *R.W.*1999-2000, 1238-1239.

²³⁶⁸ Cass.27 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 276 : "Overwegende, voor het overige, dat artikel 4, § 6, van de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van de giftstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica, dat vermeld wordt in het beroepen vonnis en dat het hof van beroep, door naar dat vonnis te verwijzen, toegepast heeft, bepaalt dat "onverminderd de toepassing van de artikelen 42 en 43 van het Strafwetboek, de rechter de verbeurdverklaring kan bevelen van de voertuigen, toestellen en instrumenten of zaken die hebben gediend of bestemd waren om de in de artikelen 2, 2°, 2bis en 3 omschreven misdrijven te plegen of die er het voorwerp van uitmaken, zelfs indien ze niet het eigendom zijn van de veroordeelde"; Overwegende dat het arrest de aan eiser ten laste gelegde overtredingen van de artikelen 2bis, § 1, en 3, tweede lid, bewezen verklaart; dat het vermeldt dat het voertuig Citroën Saxo met nummerplaat AFV 378, dat "toebehoorde aan de moeder van (eiser)", "gediend heeft om het misdrijf te plegen"; dat het de verbeurdverklaring van dat voertuig aldus naar recht verantwoordt."

²³⁶⁹ MAHIEU, W., "Drugs: de straffen", *Comm.Sr.Sv.*, nr.103.

²³⁷⁰ Cass. 8 september 1987, *Arr. Cass.*1978-88, nr.14, 27, *Pas.*1988, I, 25.

²³⁷¹ Corr. Aarlen 26 juni 1984, *Jur.Liège*1985, 68.

HOOFDSTUK 4. DE BELGISCHE KEUZE: vertaling van de vermogensaanpak in het strafrecht

"Money differs from an automobile or a mistress in being equally important to those who have it and those who do not."

(J.K. Galbraith)

§ 1. Ontstaansgeschiedenis en gronden van de wetgeving

1.1. Geen voorstudie

ANDEREN DOEN HET- In het licht van de vaststellingen in het vorige Hoofdstuk wekt het geen verbazing dat het initiatief voor de vermogensaanpak niet van parlementsleden is gekomen, maar van de regering. Die onderhandelde op het eind van de jaren tachtig namens België in Wenen en Straatsburg en op andere fora. Zij stond ook rechtstreeks in contact met de mensen uit de rechtshandhaving die van hun buitenlandse collega's de lofzang op de vermogensaanpak te horen (of te lezen) kregen. Zij voelde dan ook de behoefte om in lijn te blijven met internationale tendensen, die ze een beetje voorbarig internationale verplichtingen noemde²³⁷². Of zij zicht had op de bestaande toestand in andere landen, kwam nauwelijks ter sprake. Als ze in het buitenland doen²³⁷³, mag België vooral niet achterblijven.

GEORGANISEERDE CRIMINALITEIT- De vernieuwing in 1990 was niet specifiek gericht tegen de georganiseerde criminaliteit²³⁷⁴. Integendeel : de Minister « *beoogt*

²³⁷² Verslag namens de Commissie voor de justitie, uitgebracht door mevr. Merckx-Van Goey, *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 3 waarin de Minister naar het toen Verdrag van Wenen verwijst. België had dat verdrag op dat moment nochtans nog niet geratificeerd. Rapporteur Merckx zit er dus naast wanneer zij in het plenair debat zegt "om tegemoet te komen aan onze internationale verplichtingen wat de bestrijding van de drughandel betreft –althans wat het witwassen van druggelden betreft- aan te passen" (*Parl. Hand., Kamer* 1989-90, vergadering 15 februari 1990, 1616) De Minister verheugt zich over de snelle behandeling van het ontwerp, want "il s'agit d'une loi qui doit être votée au plus vite, en raison des nécessités du contexte international" (*Ibidem*, 1618).

²³⁷³ Dat blijkt uit de uitgebreide lijst van witwasbepalingen uit buitenlandse wetten, die het Belgisch wetsontwerp vergezellen. (*Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, bijlage, 12-25.) Het valt wel op dat zij, vooral qua "onderliggende misdrijven" vaak veel beperkter toepassingsgebied hebben.

²³⁷⁴ Bij de latere wetwijzigingen zal het begrip wel opduiken (*infra*) Senator Erdman zit wat dat betreft op een andere golflengte als de Minister. Hij neemt het begrip wel in de pen, zonder dat het eigenlijk duidelijk is waarover hij het heeft: "Het betreft in genen dele een regeling van het "witwassen" maar wel het bepalen van wettelijke middelen ter bestrijding van het "witwassen", dat als een witwas van de georganiseerde criminaliteit moet worden beschouwd." (Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer Erdman, *Parl.St., Senaat*, 1989-90, 890-2, 2. "Hoewel vooral de georganiseerde criminaliteit inzake drugtrafiek, wapenhandel en zware criminaliteit bedoeld wordt, heeft men toch

[...] *beteugeling van bepaalde vormen van terugkerende criminaliteit waarvan de omvang noch de ernst in onze maatschappij nog langer kunnen worden onderschat, te weten alle vormen van criminaliteit, al dan niet georganiseerd, die tot doel hebben winst op te leveren.* »²³⁷⁵ Dat was ook logisch, want georganiseerde criminaliteit groeide in België pas in de loop van de jaren negentig uit tot een heet hangijzer²³⁷⁶. In de late jaren tachtig vormden straatcriminaliteit aan de ene en witteboordencriminaliteit aan de andere kant prioriteiten. Dat maakte dat de regering zeker niet de indruk wilde geven dat zij één van beide over het hoofd zag of minimaliseerde.

GEEN INFORMATIE- In 1990 goot de Belgische wetgever de nieuwe vermogensaanpak in strafwetten. De verslagen en stukken van de parlementaire voorbereiding tonen aan dat hij zich daarvoor niet baseerde op een grondige voorstudie²³⁷⁷ of een algemeen debat over het strafbeleid²³⁷⁸. Bestond over de werking van de Belgische rechtspleging in het algemeen op het einde van de jaren tachtig weinig of geen informatie, over de vermogensrechtelijke aspecten van de rechtshandhaving was er zo mogelijk nog minder. De vernieuwing van de vermogensaanpak gebeurde door een wetgever die blijkbaar geen zicht had op de bestaande praktijk inzake vermogenssancties²³⁷⁹. Toen hij nieuwe rechtsfiguren

geopteerd voor een algemene strafwet^l. Vreemd genoeg leest Erdman daar eerder een bescherming in, namelijk de *“strikte regels van het strafrecht en van het strafprocesrecht”*: bewijsrecht, bewijslevering en strikte interpretatie van de gebruikte termen.

²³⁷⁵ M.v.T. wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 1.

²³⁷⁶ In zijn verdediging van de aanpassing in 1997 benadrukte de Minister dat een stevige en efficiënte strijd tegen criminaliteit, en tegen georganiseerde criminaliteit bijzondere aandacht kregen van de regering. (*Parl. St., Senaat* 1996-97, 1-393/3, p.7.). In 1990 had de toenmalige Minister het niet in het bijzonder over georganiseerde criminaliteit. De regering Dehaene II had natuurlijk onderscheiden actieplannen tegen Georganiseerde Criminaliteit (1996) en een tegen financiële, economische en fiscale criminaliteit (1997)(*supra*, Deel I).

²³⁷⁷ Zo begint de Memorie van Toelichting met: *“Op dit ogenblik bevat de Belgische wetgeving geen enkele bepaling die de verbeurdverklaring mogelijk maakt van wat uit een misdrijf voortkomt”*(onze onderstreping), met enkel de nuancering voor de rechtspraak over drugswinsten.

²³⁷⁸ *“Onverminderd de noodzaak om een wetenschappelijk verantwoord en geïntegreerd beleid voor misdaadbestrijding op wetgevend en uitvoerend vlak uit te bouwen (doch dit is stof voor een ander debat) is het de bedoelling...”* (*Parl.St., Senaat*, 1989-90, 890-2, 10, eigen onderstreping (fv)) Dat is een opvallend verschil met Nederland (*supra*, Hoofdstuk 3, 2.3.) en zelfs daar klonk scherpe kritiek op de gebrekkige feitenkennis waarop de veranderingen steunden.

²³⁷⁹ Hij weet slechts bij benadering (of helemaal niet?) hoeveel geldboetes of verbeurdverklaringen de Belgische strafrechters opleggen. In het debat komen geen studies aan bod waarin wordt getracht na te gaan waarom rechters kiezen voor geldboetes of waarom zij al of niet uitstel verlenen. De leden van de wetgevende macht tasten in het duister naar de mate waarin zij bij het vastleggen van het bedrag rekening houden met de opbrengst van het misdrijf. Hij heeft amper een idee van de mate waarin de rechter bij

invoerde met het argument dat de oude tekortschoten, ging het dus om puur nattevingerwerk, gebaseerd op signalen dat er iets schortte, op anekdotes soms. Of de nieuwe instrumenten de problemen zullen verhelpen, hangt dan ook af van de juistheid van de veronderstellingen. Grof geschetst droegen drie niet nader in vraag gestelde uitgangspunten het strafrechtelijk luik van de wetgeving.

1.2.Drie axioma's

SPIEGELSTRAF- Het eerste axioma waarop de nieuwe wetgeving berustte, was allesbehalve nieuw. De aloude idee van de spiegelstraf, dat de meest zinvolle bestraffing de veroordeelde treft (leed toevoegt) in het rechtsgoed dat hij zelf beschadigd heeft, was terug van nooit helemaal weggeweest. Het motto was dat « profijtgerichte » misdrijven het best aangepakt worden door de daders in hun vermogen te treffen, onder meer door het ontnemen van het voordeel dat het misdrijf hen heeft opgeleverd²³⁸⁰. De vermogensaanpak zorgt niet alleen voor de nodige vergelding, hij zal kandidaat-criminelen ook doen afzien van hun misdrijf²³⁸¹.

VERBEURDVERKLARING- Het tweede niet in vraag gestelde uitgangspunt van de wetgever was dat de verbeurdverklaring het meest geschikte middel is voor een dergelijke ontneming²³⁸². Mogelijke alternatieven kwamen niet aan bod.

HANDEN AF VAN KLASSIEKE BASIS- De regering wilde enkel « *belangrijke leemten op het stuk van de beteugeling van de criminaliteit [op te vullen]* »²³⁸³ De uitdrukkelijke weigering « *afbreuk [te doen] aan de algemene beginselen van ons*

straftoemeting rekening houdt met de persoonlijke vermogenssituatie van de veroordeelde. Hij heeft het raden naar hoeveel van de sancties werkelijk uitgevoerd worden, hoe de verantwoordelijken daarbij tewerkgaan of reageren op hindernissen (Over de gebrekkige statistieken in het algemeen: CHRISTIAENSEN, C. en VAN HEDDEGEM, I., "De statistische grondslag van het beleid van het Openbaar Ministerie in België en Nederland", in: FIJNAUT, C. en VAN DAELE, D.(eds.), *De hervorming van het Openbaar Ministerie*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 49-68.)

²³⁸⁰ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 1*; daarnaast moet het gebruik bemoeilijkt worden door de strafbaarstelling van witwassen (*infra*).

²³⁸¹ Zo verklaarde senator Erdman tijdens de plenaire bespreking: "De bedoeling is een weg trachten te vinden waarbij winsten die uit een bepaalde georganiseerde criminaliteit worden verwezenlijkt, te isoleren, zodat ze geen uitweg meer vinden, waardoor de reden van bestaan van de criminaliteit wordt weggenomen. Immers, het winstelement als drijfveer bestaat dan niet meer. Volkomen geïsoleerd zal de betrokkene waarschijnlijk tweemaal nadenken alvorens om het even welke stap te doen op de weg naar de misdaad; het oude gezegde: "Geen dieven zonder helers" vindt hier ten volle zijn toepassing". (*Parl.Hand., Senaat 1989-90, 2397-2398*).

²³⁸² *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 1*.

²³⁸³ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 2*.

strafrecht »²³⁸⁴ vormde het derde belangrijke axioma. De regering onderstreepte dat « *in sommige Europese Staten stelsels bestaan die in sommige aangelegenheden nog veel verder gaan, maar op bepaalde punten afwijken van traditioneel erkende algemene beginselen van het strafrecht.* » Het ging om de Italiaanse antimaffiawet en de Engelse en Franse drugs wetten. België « *acht(te) het niet nodig zo ver te gaan* »²³⁸⁵ en verwierp daarmee vormen van algemene verbeurdverklaring, verbeurdverklaring op verdenking (als maatregel, los van strafrechtelijke veroordeling) of omkering bewijslast. Ook in het parlement werd herhaaldelijk benadrukt dat « *niet geraakt wordt aan de basisprincipes van ons strafrecht* »²³⁸⁶ Vandaar dat de invoering van de strafbaarheid van rechtspersonen in 1990 niet eens werd overwogen .

1.3. Witwassen nodig om verbeurdverklaring mogelijk te maken

VERBEURDVERKLARING KERN- Om de strafwet van 1990 te begrijpen moet men de redenering kennen die haar ontstaansgeschiedenis heeft bepaald. Wie veronderstelt dat de wetgever « witwassen » strafbaar heeft gesteld en dan, nu hij toch bezig was, maar meteen de mogelijkheden tot verbeurdverklaring heeft uitgebreid, vergist zich. Eigenlijk gebeurde precies het tegenovergestelde. Het leidmotief van de hervorming was dat voor een aanval op de « wortels » van alle economisch gemotiveerde criminaliteit, de mogelijkheden tot verbeurdverklaring in Boek I, het algemeen deel van het Strafwetboek (dat wil zeggen als straf voor alle types van misdrijven), moest worden uitgebreid²³⁸⁷. Rechters moesten de verbeurdverklaring kunnen gebruiken buiten de grenzen die de rechtspraak van voor 1990 had getrokken. De strafbaarstelling van witwassen was een middel om dat mogelijk te maken, (nog) geen doel op zich.

1.4. Nieuwe wetgeving nodig ter correctie

ALLES KAN BETER- Toen hij in 1989 zijn ontwerp toelichtte, zei Minister van Justitie Wathélet dat « *uit de ervaring zal blijken welke verbeteringen later in die regeling kunnen worden aangebracht* »²³⁸⁸. Het resultaat was dat de wetgeving inzake

²³⁸⁴ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 8.*

²³⁸⁵ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 9.*

²³⁸⁶ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 3, en nog eens: ibidem 5 en 6.*

²³⁸⁷ De wetgever wou blijkbaar niet "soft" lijken voor "kleine criminaliteit; die kan natuurlijk deel uitmaken van de grotere onderneming van een criminele organisatie.

²³⁸⁸ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 9.*

witwassen en verbeurdverklaring in 1993²³⁸⁹, 1994, 1995²³⁹⁰, 1997²³⁹¹, 1998 en 1999 (twee maal) werd aangepast²³⁹². In 2001 kondigde de regering nieuwe wijzingen aan²³⁹³.

EVOLUTIE DENKKADER- In 1990 was het idee zelf van een meer vermogensgerichte aanpak van criminaliteit dus ongetwijfeld het gevolg van internationale invloeden. De formulering van de afzonderlijke Belgische strafwetten waarin die idee vorm kreeg daarentegen, gebeurde - blijkens de parlementaire voorbereiding - bijna helemaal in een louter nationale denkwereld, met een louter nationaal begrippenkader. Het begrip « vermogensvoordelen » vormde de – omstreden - uitzondering daarop (*infra*). In de bewoordingen van de wet van 1993, die de financiële instellingen allerlei verplichtingen oplegt met het oog op de strijd tegen het witwassen, was de invloed van de supranationale teksten (vooral dan van de EG-witwasrichtlijn natuurlijk) en vandaar de link met « (internationale) georganiseerde criminaliteit » meer rechtstreeks en uitgesproken. De in die wet beschreven handelingen vertonen ook meer gelijkenis met wat in de literatuur gewoonlijk typische witwasgedragingen worden genoemd, zoals het veelvuldig zonder economische reden overschrijven van geldbedragen, het omwisselen in andere munteenheden of het inbrengen in vennootschappen. In 1995 paste de wetgever beide wetten aan, in een poging om de kloof ertussen enigszins te verkleinen. Internationale samenwerking was bij de wetswijziging van 1997 zelfs uitgegroeid tot hoofdbekommernis.

1.5. Geldboete in de schaduw en in de lift

ONBEKEND MAAR BEMIND- De afwezigheid van de geldboete in het hele Belgische debat over de vermogensaanpak springt onmiddellijk in het oog²³⁹⁴. In de dagdagelijkse strafrechtspraktijk kon immers van geen teruggang sprake zijn,

²³⁸⁹ Wet 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *B.S.* 28 januari 1993, 1564; erratum *B.S.* 9 februari 1993, 2828.

²³⁹⁰ Wet van 7 april 1995 tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *B.S.* 10 mei 1995, errata *B.S.* 25 mei 1995. De wet past niet alleen de wet van 1993, maar ook art.505 Sw. aan.

²³⁹¹ Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen, *B.S.* 3 juli 1997.

²³⁹² Zo werd de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, gewijzigd door de Koninklijke Besluiten van 22 april 1994 en 24 maart 1995 en door de wetten van 11 juli 1994, 7 april 1995, beide wetten van 10 augustus 1998, de wetten van 22 april 1999 en van 4 mei 1999.

²³⁹³ Persbericht Ministerraad 16 februari 2001 (Strijd tegen criminaliteit), <http://www.just.fgov.be>.

²³⁹⁴ Men kan alleen maar gissen naar een verklaring daarvoor: *Infra* Hoofdstuk 5.

integendeel. Ze rukte vooral in het sociaal-economisch strafrecht op ten nadele van gevangenisstraffen. De rechtshandhaving zette trouwens de strijd ook voort op vele andere niet-strafrechtelijke fronten, met financiële sancties die om pragmatisch-politieke redenen niet straf mogen heten²³⁹⁵. Het systeem van vermeerdering met opdecimen, ontworpen om de geldboetes te beschermen tegen muntontwaarding, werd eveneens gebruikt voor een algemene verhoging van alle geldboetes²³⁹⁶. Het meest opvallend is de recente terugkeer van de oude discussie²³⁹⁷ over de verhouding tussen de geldboete²³⁹⁸ en de financiële draagkracht van de veroordeelde. Art.195 Sv. biedt sinds 1994 de rechter de mogelijkheid om rekening te houden met de sociale toestand van de beklaagde (*supra*, Hoofdstuk 2). De nieuwe voorstellen houden vast aan bestraffing in verhouding tot de schuld, waarna een van het vermogen afhankelijke vermenigvuldigingsfactor voor de draagkrachtcorrectie moet zorgen. Dat vermogen zou de rechter moeten beoordelen "op basis van de gegevens uit het dossier, alsook van alle andere door het openbaar ministerie of de betrokkene aangebrachte gegevens. Op ieder ogenblik kan het openbaar ministerie, hetzij op eigen initiatief, hetzij op vordering van de rechter, alle taken verrichten die het nuttig acht om zich een oordeel te vormen over de vermogensstaat van de betrokkene"²³⁹⁹. De terughoudendheid tegenover dit voorstel berust op de vrees dat de veroordeelden die formeel veel minder vermogen hebben dan in werkelijkheid, opnieuw ten onrechte worden beoordeeld.

ANDERE- Allerlei andere straffen en maatregelen, zoals ontzettingen, beroepsverboden, gedwongen bedrijfssluitingen en dergelijke, bleven volledig buiten

²³⁹⁵ Meestal wil men de zware procedures, de strikt vastgelegde bevoegdheden en de traagheid en rigiditeit van strafrecht en strafvordering vermijden. Soms vreest men ook op politieke tenen te trappen. Bij door de E.G. gehanteerde boetes bijvoorbeeld, die slechts sanctie en niet "straf" genoemd mogen worden, ligt een combinatie van beide motieven aan de basis. Het Openbaar Ministerie heeft, zoals eerder aangegeven, meer en meer armslag gekregen om kleinere zaken buiten de rechtbank af te handelen door van vervolging af te zien na betaling door de verdachte van een geldsom.

²³⁹⁶ In iets meer dan een jaar (1994) waarin de inflatie 2 tot 3 % bedroeg, verdubbelden de opdecimen (van 990 (x 100) naar 1990 (x200)) en dus alle geldboeten.(art.1 programmawet 24 december 1993, B.S. 31 december 1993.)

²³⁹⁷ Dit idee dateert al uit de jaren zestig (Wetsvoorstel A. Vranckx, *Parl.St., Kamer* 1967-68, 520/1). Ook de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek en Koninklijk commissaris Legros waren gewonnen voor deze idee. Na een tijd in de koelkast, hebben socialistische parlementsleden nieuwe voorstellen gelanceerd, waarbij ze gebruik willen maken van het systeem van vermeerdering van de wettelijke bedragen met opdecimen. Die opdecimen zouden dan variëren in functie van het inkomen.(Wetsvoorstellen R. Landuyt, *Parl.St., Kamer*, 1995-96, 541/1 en recentelijk op 24 augustus 2000, T.Giet, *Parl.St. Kamer* 1999-2000, 845/001).

²³⁹⁸ Een gelijkaardige regeling zou er komen voor de minnelijke schikkingen van 216bis Sv.(Wetsvoorstel Giet, *Parl.St. Kamer*, 845/001, 6, voorgesteld art.6)

²³⁹⁹ Wetsvoorstel Giet, *Parl.St. Kamer*, 845/001, 5-6, voorgesteld art.3,§2.

de discussie. Nochtans hebben ze een onmiskenbare weerslag op het vermogen van de veroordeelde of zijn naasten.

§ 2. Uitbreiding van de verbeurdverklaring tot vermogensvoordelen²⁴⁰⁰

2.1. Niet geraakt aan bestaande verbeurdverklaringen

BOVENOP- De in Deel II bestudeerde wet op de criminele organisaties liet uiteindelijk de bestaande bepalingen over bendevorming onaangeraakt en kwam er gewoon achter te staan. Zo veranderde ook de wet van 1990 niets aan de bestaande bepalingen inzake verbeurdverklaring van het voorwerp, de middelen en van wat uit het misdrijf is voortgekomen (producten) in art. 42 en 43 Sw.. Zij beperkte zich tot het toevoegen van een – op het eerste gezicht²⁴⁰¹ - facultatieve verbeurdverklaring van « vermogensvoordelen ». Een bijzonder aspect daarvan was de mogelijkheid voor de strafrechter om de burgerlijke partij aan te wijzen als de begunstigde van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen (43bis, derde lid Sw.).

APART- Buiten het strafwetboek, in de bijzondere (economische) strafwetgeving, heeft de wetgever al eerder de mogelijkheden tot *verbeurdverklaring* (zoals die van andere vermogenssancties overigens) uitgebreid. Deruyck²⁴⁰² wijst erop dat hij daar vreemd genoeg mee blijft doorgaan, ook na de aanneming van algemene regels over de verbeurdverklaring van « vermogensvoordelen »²⁴⁰³.

2.2. Toevoeging van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen

BEGRIP- Het begrip « vermogensvoordelen » (art.42,3^o Sw.) was een nieuwigheid in de Belgische strafrechtelijke woordenschat. De Minister heeft « *volontairement*

²⁴⁰⁰ DERUYCK, F., "Over de voordeelsontneming", in: TRAEST, P. en DE NAUW, A. (eds.), *Wie is er bang van het strafrecht?*, op.cit., 415-430.

²⁴⁰¹ Over de kettingreactie tussen 42 e.v. Sw. en 505 Sw.: *infra*.

²⁴⁰² DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming*, op.cit., 57.

²⁴⁰³ Zo maakt art.4 van de wet van 7 juni 1994 de bijzondere verbeurdverklaring van alle vermogensvoordelen verkregen uit (Europese) subsidiefraude verplicht, voorziet art.103, 1^o van de wet van 9 februari 1994 betreffende de consumentenbescherming een facultatieve verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en voorziet de wet op het auteursrecht van 30 juni 1994 in een eigen variant van de verbeurdverklaring ten voordele van de burgerlijke partij (cfr. *infra*). Nochtans was tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 1990 uitdrukkelijk door de Minister gezegd dat deze ook van toepassing zou zijn op "geld dat afkomstig is van een fiscaal misdrijf, bijvoorbeeld BTW-fraude of op misdrijven die hun oorsprong vinden in een Europese reglementering" (*Parl. St., Kamer 1989-90, 987/1, 6*)

renoncé à recourir au terme 'produits' ». Hij zei zelf dat er twee redenen waren, maar gaf er vervolgens drie. Ten eerste moest alle verwarring met « *les choses qui ont été produites par l'infraction* » in het onveranderde 42, 2° Sw. vermeden worden. Ten tweede is « *le terme 'produits' en lui-même susceptible de donner lieu à de nombreuses controverses quant à la nature du lien qu'il suggère entre le bien et l'infraction* »²⁴⁰⁴. Tenslotte – dat was de derde van zijn twee redenen (fv)- hadden experts deze term gekozen voor de – in de steigers staande - Conventie van Straatsburg (*supra*, Hoofdstuk 3).

PRIMAIR- In de eerste plaats ging het om « *vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen* », d.w.z. « *alle goederen en waarden die de dader van het misdrijf bij het plegen ervan bekomen heeft* ». Voorbeelden daarvan waren de prijs van de misdaad of van het contract, de tegenwaarde van de transactie, onrechtmatige winsten,... Zowel lichamelijke als onlichamelijke, zowel roerende als onroerende goederen, vallen eronder²⁴⁰⁵. Het begrip omvat zowel inkomsten uit het misdrijf als vermeden uitgaven of kosten. Sommige auteurs argumenteren dat « *vermijden van kosten* », zelfs wanneer dat het resultaat is van een misdrijf (frauduleuze rapportering bijvoorbeeld), niet kan worden beschouwd als een vermogensvoordeel waarvan inbezitneming een witwasmisdrijf zou opleveren²⁴⁰⁶. Deze interpretatie lijkt echter niet te rijmen met de wil van de wetgever van 1990, zoals die uitdrukkelijk tot uiting komt in de voorbereidende werken²⁴⁰⁷ en lijkt ook niet te worden gevolgd door de rechtspraak²⁴⁰⁸.

VERVANGINGSGOEDEREN EN BELEGGINGSINKOMSTEN- Zoals gezegd²⁴⁰⁹ houdt de dader van een misdrijf zelden de buit lang bij zich; hij maakt ze « *te goede* » door verkoop of ruil. Daarom schied de wet van 1990 de mogelijkheid om, wanneer de oorspronkelijke (primaire) vermogensvoordelen zijn omgezet, de goederen die in de plaats zijn gekomen, verbeurd te verklaren (42,3° Sw.). Wanneer vaststaat dat

²⁴⁰⁴ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 3*

²⁴⁰⁵ *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 3*.

²⁴⁰⁶ AFSCRIFT, T. en ROMBOUTS, A., 'La loi sur le blanchiment est-elle applicable aux infractions fiscales?', *J.T.* 1992, p.609-617.

²⁴⁰⁷ DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming...*, *op.cit.*, 15 en de auteurs vermeld in zijn voetnoot 73.

²⁴⁰⁸ Cass. 9 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr.586, heeft geen moeite met het arrest waarin de appelrechters "*in verband met de gevorderde verbeurdverklaring van criminele vermogensvoordelen*" overwegen "*dat de beklaagden bij het ontduiken van hun fiscale schuld zich hebben verrijkt door te vermijden dat hun patrimonium met een nieuw passief zou worden bezwaard; dat zij als vermogensvoordeel geen goederen hebben bekomen doch enkel de ontwijking van een schuld verwezenlijkten*".

²⁴⁰⁹ *Supra* Hoofdstuk 2.

vermogensvoordelen zijn verkregen door een misdrijf, maar noch de primaire vermogensvoordelen, noch de vervangingsgoederen kunnen worden teruggevonden tussen de goederen van de veroordeelde²⁴¹⁰, laat art.43bis, tweede lid Sw. toe dat de strafrechter een gelijkwaardig bedrag verbeurdverklaart²⁴¹¹. Auteurs zijn het er niet over eens of het nodig is dat de dader de originele vermogensvoordelen moet hebben opgesoupeerd²⁴¹². De meesten noemen dit een « waardeconfiscatie »²⁴¹³. Ook het inkomen dat goederen van « criminele oorsprong » genereren ("*inkomsten uit de belegde voordelen*", beschouwt de wet als « crimineel » vermogen. Zo wil men de door slim beleggende criminelen gerealiseerde meerwaarden mee kunnen ontnemen.

BEGROTING GELIJKWAARDIG BEDRAG- Hoe moet de rechter dat « gelijkwaardig bedrag » berekenen? De wet zelf zwijgt daarover in alle talen. In de voorbereidende werken staat ook niet veel, alleen dat de *feitenrechter* »*alle beschikbare gegevens [in acht moet nemen]* » en zich zo nodig moet laten bijstaan door een deskundige²⁴¹⁴. De Minister gaf wel een wezenlijke verduidelijking: « *de rechter neemt evenwel de brutowinst in aanmerkin, en moet geen rekening houden met de kosten die het misdrijf voor de dader heeft meegebracht* »²⁴¹⁵. Het Hof van Cassatie staat toe dat vonnisrechters de vermogensvoordelen schatten *ex aequo et bono* en die hebben daar gretig gebruik van gemaakt²⁴¹⁶. Niettegenstaande hun wettelijke plicht om de oplegging van facultatieve straffen te motiveren (195 Sv., *supra*) zijn de meesten heel beknopt daarin²⁴¹⁷. Het verlies dat een slecht beleggende crimineel zou leiden, mag de rechter -als we Minister Wathelet's redenering doortrekken- niet in acht nemen bij zijn raming.

²⁴¹⁰ Dat kan zijn omdat het weggesluisd of opgesoupeerd is, zo oneindig vaak omgezet dat de band met het misdrijf niet meer valt vast te stellen of omdat het zich nooit materieel in het vermogen heeft bevonden maar om een louter papieren, virtueel voordeel gaat.

²⁴¹¹ Daar de wetgever hierover zwijgt, is het blijkbaar niet nodig dat deze sommen aanwezig en aanwijsbaar zijn in het vermogen van de veroordeelde.

²⁴¹² ROZIE, M., "De bijzonder verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toegepast op fiscale delicten", in ROZIE, M.(ed.), *op.cit.*, 216. STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 50, vindt dat dit standpunt "te restrictief overkomt".

²⁴¹³ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 47-51; "Nogmaals...", *op.cit.*, 1075. Hij vindt dat trouwens de enige echt zinvolle vorm van confiscatie, hij heeft moeite met de *in rem*-aanpak, de "objectconfiscatie".

²⁴¹⁴ *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 5.

²⁴¹⁵ *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 5.

²⁴¹⁶ Cass.14 december 1994, *Rec.Cass.*1995, 99, noot VAN CAENEGHEM, P., "Art.43bis en de raming *ex aequo et bono*".

GOEDEREN IN BUITENLAND- Omdat het niet duidelijk was of de Belgische rechter ook zaken of geldsommen kon verbeurdverklaren die zich in het buitenland bevonden²⁴¹⁸, liet de wetgever dat in 1997 uitdrukkelijk toe (art.43ter Sw.)²⁴¹⁹.

2.2. Invoering « verruimde heling »

GEORGANISEERD ONVERMOGEN- De wetgever beseftte vanzelfsprekend dat een crimineel met een beetje sofisticatie de vermogensvoordelen verbergt bij derden, die als stroman dienstdoen en slechts op papier de eigenaars zijn²⁴²⁰. Dat vormt natuurlijk een behoorlijke struikelsteen voor de vermogensaanpak (*supra*, Hoofdstuk 2), doch ook in dit verband maakte de wetgever de fundamentele keuze om niet aan de beginselen van het strafrecht te tornen. De verbeurdverklaring bleef een (bijkomende) straf²⁴²¹ en straffen zijn persoonlijk, zodat geen verbeurdverklaring ten nadele van de stroman kon worden uitgesproken, wanneer alleen de dader werd veroordeeld. Het *geen-straf-zonder-misdrijf*-beginsel (*nulla poena sine crimine*) en het schuldbeginnsel impliceren dat de verbeurdverklaring van de goederen « van » de stroman enkel kan wanneer óók hij werd veroordeeld voor een misdrijf²⁴²².

BOVENOP HELING- Zoals gezegd viel het niet om mee de stroman te laten veroordelen als deelnemer aan het onderliggend misdrijf²⁴²³ of als heler, daar de meeste witwasactiviteiten die een verbeurdverklaring in de weg stonden buiten het toepassingsgebied van de heling vielen²⁴²⁴. De wetgever besloot daarom witwassen te smeden als een bijzondere vorm van heling. Hij liet het bestaande misdrijf opnieuw onaangeroerd, maar voegde er een nieuwe misdrijfomschrijving aan toe.

²⁴¹⁷ DE NAUW, A., "De voordeelsontneming, een eerste evaluatie van de wet en van de rechtspraak", in: *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 42, 44 en 45; FAURE, M. en DE ROOS, T., *op.cit.*, 321.

²⁴¹⁸ STESENS, G., "De wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen: een kritisch onderzoek", *R.W.* 1997-98, 1277, voetnoot 35.

²⁴¹⁹ VANDERMEERSCH, D., "La loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations- L'introduction en droit belge de la saisie immobilière pénale", *Rev.dr.pén.*1997, 691-704; VERMEULEN, G., "Een gemiste kans?, over de nieuwe wet betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen", *Panopticon* 395-400; STESENS, G., "De wet van 20 mei 1997...", *op.cit.*, 1273-1285.

²⁴²⁰ *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 6.

²⁴²¹ *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 6; *Parl.St., Senaat*, 1989-90, 890-2, 2.

²⁴²² Het staat uitdrukkelijk in de voorbereidende werken dat de "kwade trouw" van de derde niet volstaat, in het licht van het "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"-beginsel (*Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 6).

²⁴²³ *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 6. In Hoofdstuk 2 van Deel II hebben we al gewezen op de moeilijkheden (toerekening en bewijs) om helers strafrechtelijk aan te pakken.

²⁴²⁴ Deelneming aan het misdrijf bedrieglijk onvermogen werd blijkbaar niet bestudeerd.

Het nieuwe art 505, 2° Sw. stelt sindsdien strafbaar »zij die zaken, bedoeld in art. 42, 3^o²⁴²⁵, hebben gekocht, in ruil of om niet hebben ontvangen, in bezit, bewaring of beheer hebben genomen, ofschoon zij de oorsprong ervan kennen ». Dit nieuwe misdrijf werd door commentatoren niet alleen als « witwassen »²⁴²⁶ maar ook « verruimde heling » genoemd.

RESULTAAT- Daarmee leek het opnieuw mogelijk de « buit » te recupereren. De oorspronkelijke dader die zich onvermogen heeft gemaakt, krijgt zijn gewone straf. De stroman of overnemer krijgt zijn straf wegens verruimde heling, met als bijkomende straf de verbeurdverklaring, zodat de overheid het "onrechtmatig vermogensvoordeel" kan ontnemen. Het tweede lid van het nieuwe artikel verduidelijkte immers dat de goederen van 505, eerste lid 1° en 2° (dus de goederen en vermogensvoordelen die « geheel » worden) het voorwerp van dat misdrijf vormen in de zin van art.42,1° Sw.. Dat betekent dat de verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen van om het even welk misdrijf een *verplichte* straf wordt voor elke heler-witwasser, zelfs als die niets verdient aan zijn misdrijf²⁴²⁷. Ze is *facultatief* als straf tegen de dader van het onderliggende misdrijf. Aan de hoofdstraf wilde de Minister indertijd niets veranderen. Op aandringen van parlementsleden stemde hij er evenwel mee in de voorziene geldboete (van 500) fors te verhogen tot 100.000 BEF, te vermeerderen met de opdecimen²⁴²⁸. Daarmee steekt zij met kop en schouders boven alle andere geldboetes in het Sw. uit. Om de rechter toe te laten de straftoemeting zoveel mogelijk te individualiseren, krijgt hij wel de keuze : gevangenisstraf en geldboete of één van beide afzonderlijk²⁴²⁹.

²⁴²⁵ De suggestie van de Raad van State om de tekst van art.42, 3° over te nemen in plaats van naar het artikel te verwijzen, werd niet gevolgd.

²⁴²⁶ Die gebruikte men tijdens het hele wetgevingsproces, maar hij belandt uiteindelijk toch niet in 505 Sw.

²⁴²⁷ De Minister van Justitie acht dit "noodzakelijk om enige controverse te voorkomen omtrent de vraag of de in art.505 bedoelde zaken onder de toepassing vallen van artikel 42, 1° of 3°, dan wel onder geen van beide. Die zaken maken in alle geval het voorwerp van het misdrijf uit, ook al heeft de dader van het misdrijf daaruit geen vermogensvoordeel verkregen. Deze bepaling doet natuurlijk geen afbreuk aan de toepassing van artikel 42,3° ten opzichte van de vermogensvoordelen die voortkomen uit heling of uit het witwassen"

²⁴²⁸ Die bedroegen in 1990 790, in 1995 al 1990. I.p.v. 500 x 80= 40.000 BEF, kreeg men dus plots 20 miljoen BEF geldboete (bij herhaling zelfs 40 miljoen) met daar bovenop de verplichte verbeurdverklaring van alle vermogensvoordelen die men in bezit heeft genomen (zie voor de verantwoording: amendement Nr.2 van de regering, *Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 1.*)

²⁴²⁹ *Ibidem*, amendement Nr.3 van de regering. (*Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 8.*)

2.3.Verbeurdverklaring zonder eigendom

RECHTSPERSONEN- Nu de rechter de verbeurdverklaring kon en zelfs moest uitspreken tegen de personen die de vermogensvoordelen verborgen, stak onmiddellijk een andere verwikkeling de kop op. Zoals gezegd doen criminelen niet alleen een beroep op stromannen. Waar sprake is van geld, zijn in een moderne economie rechtspersonen eerder de regel dan de uitzondering (*supra*, Hoofdstuk 2). Ook criminelen brengen de vermogensvoordelen onder in allerlei rechtspersonen, die ze niet zelden speciaal daarvoor hebben geschapen of overgenomen. Het Belgisch strafrecht sloot - tot in 1999 - de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen uit, althans hun vervolging en veroordeling tot straffen (*supra* Deel II). In 1990 stelde absoluut niemand een dergelijke fundamentele hervorming voorop. Als rechtspersonen buiten schot bleven, zou dat van de nieuwe vermogensaanpak echter een papieren tijger maken. De wetgever wilde niet dat de rechtspersoonlijkheid de verbeurdverklaring in de weg zou staan. Daarom besliste hij dat voor de witwasmisdrijven van 505 Sw., waar uitdrukkelijk vermeld is dat de goederen het « voorwerp » zijn van het misdrijf in de zin van art.42,1° Sw., verbeurdverklaring mogelijk is zelfs als de goederen niet de eigendom van de veroordeelde zijn²⁴³⁰.

BESCHERMING DERDEN- Het laten vallen van de eigendomsvereiste betekende dat derden die een belang te goeder trouw hebben in de goederen, moesten worden beschermd. Daarom voegde de wetgever de clause toe « *zonder dat deze verbeurdverklaring nochtans de rechten van derden op de goederen die het voorwerp kunnen uitmaken van de verbeurdverklaring schaadt* ». Indien ze tijdig op de hoogte zijn, kunnen zij tussenkomen in de procedure om hun rechten te vrijwaren²⁴³¹. Volgens het Hof van Beroep van Antwerpen hebben zij ook het recht op verzet, dat wil zeggen het rechtsmiddel voor wie veroordeeld werd terwijl hij afwezig was²⁴³². Eenmaal de strafrechtelijke veroordeling definitief is, moeten zij gebruik maken van een bijzonder, parallel regime, vastgesteld bij K.B.²⁴³³. Dat

²⁴³⁰ "Aangezien rechtspersonen niet strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, was deze aanvulling noodzakelijk" (*Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 7, in fine*).

²⁴³¹ Cass.31 juli 1995, *R.W.* 1995-96, 1370-1371, noot DE NAUW, A., "De voordeelsontneming van zaken van derden", 1371-1373; VAN CAENEGHEM, P., "De tussenkomst van derden voor de strafrechter ter vrijwaring van hun rechten op een voor verbeurdverklaring vatbare zaak", *R.Cass.*1996, 138-141; FAURE, M. en DE ROOS, T., *op.cit.*, 299-301.

²⁴³² Antwerpen 10 maart 1994, *R.W.*1995-95, 160, noot A. VANDEPLAS.

²⁴³³ K.B. van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn en de wijze waarop een rechtsmiddel kan aangewend worden door derden die beweren recht te hebben op een

verplicht de griffier onder meer mogelijke rechthebbende derden aan te schrijven . De zaak komt dan voor de burgerlijke rechter. Volgens de Minister verliest de eigenaar zijn rechten indien hij die niet laat gelden binnen de bepaalde termijn²⁴³⁴.

INSPIRATIE- Eerst en vooral valt het op dat België uitdrukkelijk koos voor de verbeurdverklaring als *straf*, daarbij de verbeurdverklaring als *maatregel* verwerpend. De regering haalde Italië uitdrukkelijk aan als negatief voorbeeld (*supra*, 1.2.), omdat het voor een maatregel kiest, dus geen strafrechtelijk bewijs nodig is maar aanwijzingen kunnen volstaan. De invloed van het Verdrag van Wenen en (minder, want dat stond nog in de steigers) dat van Straatsburg is duidelijk. Ook de veertig GAFI-aanbevelingen zijn uitdrukkelijk als bijlage in de voorbereidende werken opgenomen. Invloed van het Amerikaanse systeem blijkt uit het benadrukken van het *in rem*-karakter van de sanctie enerzijds, om ze dan anderzijds toch ook toe te laten bij een ander goed waarin het oorspronkelijke is omgezet en uiteindelijk zelfs waardeconfiscatie mogelijk te maken.

2.4.Voordelen

OMZETTING ORIGINELE BUIT- De vroegere rechtspraak die « voortkomend uit het misdrijf » heel beperkt interpreteerde en waar er twijfel bestond in hoeverre strafbare heling verder ging dan de eerste ontvangst of omzetting, is van de baan. Daardoor kan de overheid veel langer op het vermogen blijven jagen en met veel meer kans op succes.

ALLERLEI VORMEN VERMOGEN- De nieuwe wet geeft een zeer ruime omschrijving van het vermogen dat voor verbeurdverklaring in aanmerking komt. Dat betekent dat allerlei titels, rechten, opties en – niet in het minst - onroerende goederen kunnen « afgepakt worden », zelfs wanneer ze zich in het buitenland bevinden.

OPBRENGST BUITENLANDSE MISDRIJVEN- De opbrengst van buitenlandse misdrijven, die vroeger voor het Belgisch strafrecht irrelevant waren, kan nu ook hier

verbeurdverklaarde zaak, B.S. 17 oktober 1991. Dit bondige K.B. is geïnspireerd op K.B. nr.260 van 24 maart 1936 op de bewaring, ter griffie, en de procedure tot teruggave van de in strafzaken in beslag genomen zaken (B.S. 26 maart 1936) waar het trouwens naar verwijst (art.2). Het fundamenteel verschil tussen teruggave na *beslag* en teruggave na *verbeurdverklaring* lijkt dus niet te hebben gespeeld.

²⁴³⁴ *Parl.St., Senaat* , 1989-90 , 890-2, 21. Hij voegt er wel aan toe dat "men evenwel het vertrekpunt van de termijn zal moeten bepalen".

aangepakt worden. Het in België ontvangen van fondsen uit een buitenlands misdrijf, is strafbaar op grond van 505 Sw., zo deze verbeurdverklaard worden²⁴³⁵.

STRAFTOEMETINGSMARGE- De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in art.42,3° en 43bis Sw. heeft een facultatief karakter en de wet geeft de vonnisrechter een enorme straftoemetingsmarge. Ook dat zou zijn voordelen hebben. De Minister van Justitie gebruikte als argument voor beide keuzes dat die vonnisrechter de schadevergoeding in acht moest nemen die de veroordeelde moest betalen, de geldboete, de gerechtskosten, evenals andere belangen die op het spel stonden (zoals die van mensen die tewerkgesteld worden door de veroordeelde²⁴³⁶).

BURGERLIJKE PARTIJ- Met de verbeurdverklaring ten voordele van de burgerlijke partij (normalerwijze het slachtoffer van het onderliggend misdrijf) (art.43bis Sw.) voerde de wet van 1990 nog een andere nieuwigheid in. In de rechtsleer wordt een dergelijke verbeurdverklaring niet als een straf beschouwd, maar bestempeld als een "amfibieë" sanctie : deels punitief, deels schadevergoedend²⁴³⁷. In elk geval gaat ze heel wat verder dan de klassieke burgerlijke sanctie van « teruggave » (44 Sw.). Die was enkel mogelijk wanneer de ware eigenaar de goederen die hij door het misdrijf kwijtgeraakt was, had teruggevonden tussen de goederen van de dader en zij "in de handen van de gerechtelijke overheden waren", dat wil zeggen in beslag genomen of verzegeld. Teruggave kon evenmin slaan op het inkomen dat voortkwam uit de investering van de "criminele goederen".

BIJKOMENDE STRAF- De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen is een bijkomende straf. De gevolgen van het strafkarakter hebben we eerder al onderstreept (*supra*, Hoofdstuk 1). Het "bijkomend" karakter betekent dat zij alleen kan opgelegd worden tesamen met een (niet noodzakelijk effectieve) gevangenisstraf en/of geldboete. Vreemd genoeg moet ook bij de opschorting van de uitspraak, dus bij afwezigheid van een veroordeling, toch nog de verbeurdverklaring worden uitgesproken²⁴³⁸. Ook de verbeurdverklaring van de goederen van derden

²⁴³⁵ Dat is zeker het geval sinds de invoering van 505, 3° en 4° (*infra*), tenminste als aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid (in abstracto) van het basismisdrijf voldaan is.

²⁴³⁶ *Parl.St., Kamer*, 1989-90, 987/1, 4.

²⁴³⁷ DIRIX, E., "De verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde", in: *Om deze Redenen, Liber Amicorum A. Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 18; DE SWAEF, M., "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit misdrijven", *R.W.* 1990-91, 493, nr.8.

²⁴³⁸ Art.6 wet 29 juni 1964 (Probatiewet).

lijkt een uitzondering te vormen op dit beginsel²⁴³⁹, vooral wanneer die derde een rechtspersoon was en - dat was het geval tot 1999 - niet tot een gevangenisstraf of geldboete veroordeeld kon worden.

SAMENLOOP- Als sanctie *in rem* ontsnapt de verbeurdverklaring echter aan de regels van samenloop, die de accumulatie van verschillende straffen plafonneren wanneer dezelfde persoon wordt veroordeeld voor verschillende misdrijven. De verbeurdverklaring zal (wanneer ze verplicht is) of kan (als ze facultatief is) opgelegd worden los van het systeem van samenloop.

2.5.Samenvatting

BIJGEBOUWD- De bestaande bepalingen inzake verbeurdverklaring bleven onaangeroerd, doch een nieuw soort verbeurdverklaring is eraan gekomen. Deze verbeurdverklaring slaat op alle vermogensvoordelen uit het misdrijf, de goederen die hen vervangen en alle inkomsten uit deze goederen. Volgens de Minister gaat het om de bruto-inkomsten uit het misdrijf. Indien hij het vermogensvoordeel niet aantreft, kan de rechter een gelijkwaardig bedrag verbeurdverklaren, dat hij zelfs *ex aequo et bono* mag begroten. Soms kan die verbeurdverklaring gebeuren ten gunste van de burgerlijke partij, waardoor ze geen zuivere straf meer is, maar deels straf, deels schadevergoeding. Om te voorkomen dat de buit zou ontsnappen wanneer de dader ze aan anderen overmaakt, heeft de wetgever naast de heling een "verruimde vorm van heling" ingevoerd. En om te vermijden dat de toenmalige straffeloosheid van rechtspersonen roet in het eten zou gooien, maakte hij de verbeurdverklaring ondanks de afwezigheid van eigendom mogelijk. De rechten van onschuldige derden moeten wel gevrijwaard blijven. De veroordeling van de witwasser brengt de verplichte verbeurdverklaring van het ontvangene als voorwerp van het witwasmisdrijf mee.

§3. Witwassen als abstract gevaarzettingsmisdrijf

3.1.Verruimde heling was niet genoeg (1990-1995²⁴⁴⁰)

ONDERLIGGENDE MISDRIJVEN- Het in 1990 ingevoerde nieuwe misdrijf belandde dus in Boek II van het Strafwetboek. Het ging net zoals bij de heling om een afgeleid

²⁴³⁹ *Infra*, Hoofdstuk 5.

²⁴⁴⁰ VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., *op.cit.*, 176-221; DERUYCK, F., "Witwassen", in: *Comm.Sr.Sv.*, (1998), 24 p.

misdrijf, een strafbare gedraging die haar strafbaarheid ontleende aan een ander misdrijf. De regering streefde verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen van alle soorten misdrijven na²⁴⁴¹. Bijgevolg bevat 505, 2° Sw. geen enkele begrenzing qua onderliggende misdrijven : elk misdrijf²⁴⁴² dat vermogensvoordelen opbrengt, kan ten grondslag liggen aan een witwasmisdrijf, ongeacht zijn aard of ernst. Het onderliggend misdrijf moet zelfs niet aan de Belgische strafrechtsmacht zijn onderworpen. Het volstaat dat de betrokken gedraging strafbaar zou zijn indien zij in België zou zijn gesteld en dat zij strafbaar is in het land waar zij is begaan (zelfs al wordt zij er door de autoriteiten getolereerd)²⁴⁴³.

OBJECTIEF MISDRIJFBESTANDDEEL- Art 505, 2° Sw. stelt personen strafbaar »die zaken bedoeld in art.42,3²⁴⁴⁴ hebben gekocht, in ruil of om niet hebben ontvangen, in bezit, bewaring of beheer hebben genomen." De Franse tekst laat ruimte voor twijfel, maar de uitdrukkelijke verandering die tijdens de parlementaire behandeling werd aangebracht in de Nederlandse tekst, van "beheerd hebben" in "in beheer hebben genomen", wijst op een aflopend misdrijf. Ook de rechtspraak lijkt in 505, 2° Sw. een aflopend misdrijf te lezen, al bleef de rechtsleer lange tijd verdeeld²⁴⁴⁵. De "gaten" in de vermogensaanpak die het gevolg waren van het aflopend karakter van de heling, bleven ook na de wet van 1990 immers open. Een buitenlander die in België gelden die hij in het buitenland in bezit had genomen, overdroeg (voor omwisseling of investering), was nog steeds niet strafbaar²⁴⁴⁶. De Belgische overheid moest Nederlanders die zich bij een Belgische bank aanmelden met "verdacht" geld of Russen die hele huizenblokken opkopen, dus ongestraft hun gang laten gaan. Wie na de inbezitname pas kennis kreeg van de criminele oorsprong, kon niet gestraft worden. Zijn passieve houding (het bijhouden of verborgen houden) mocht hem niet strafrechtelijk aangerekend worden.

²⁴⁴¹ Ze vreest dat het te moeilijk te bewijzen zal zijn welk het onderliggende misdrijf was (*Parl.St., Kamer 1989-90, 987/1, 6*).

²⁴⁴² Het is evenwel niet duidelijk of dit ook geldt voor overtredingen of onopzettelijke misdrijven.

²⁴⁴³ Dat was vooral van belang voor geld afkomstig uit de Nederlandse softdrugshandel. Corr. Antwerpen 14 april 1994, R.W. 1994-95, 509, noot G.STESSENS.

²⁴⁴⁴ Dus: *vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld of inkomsten uit de belegde voordelen*

²⁴⁴⁵ Over heel deze discussie en de oplossing van de rechtspraak: HELLEMANS, F., "Over het aflopend, dan wel voortdurend karakter van het witwasmisdrijf", *T.R.V.* 1996, 639-642. In de loop van de parlementaire voorbereiding wordt dit trouwens meermaals herhaald: *Parl.St., Senaat*, 1989-90, 890-2, 24; *Parl. Hand., Senaat* 1989-90, 2408.

²⁴⁴⁶ Cass.28 maart 1995, *Arr. Cass.* 1995, 357 zou dit nochtans verhelpen door "beheren" zo interpreteren dat elke "daad van beheer", dus ook omzetting, overschrijving e.d. als strafbaar gold in de zin van art.505,2° Sw. Inmiddels was de wetgever echter al tussengekomen (*infra*).

SCHULDVORM- Voor 505,2° Sw. moeten daders het vermo gensvoordeel gekocht, geruild, in bezit, bewaring of beheer genomen hebben "*ofschoon zij de oorsprong ervan kennen of moesten kennen*". Het gaat steeds om een opzettelijke gedraging. De invoeging van "moesten kennen" riep vragen op. Het leek te betekenen dat wie door zijn eigen onvoorzichtigheid of onzorgvuldigheid geen kennis had van de criminele oorsprong, ook strafbaar was. Dat was eigenlijk niet de bedoeling: de regering wilde de rechtspraak inzake heling overnemen²⁴⁴⁷. Die liet de rechter toe de (effectieve) kennis af te leiden worden uit de omstandigheden die de transactie omringden. Dat is de gewone regel van bewijsrecht. De uitdrukkelijke opname, alleen in 505, 2° Sw. zorgde dan ook voor verwarring²⁴⁴⁸.

KRITIEK- Een aantal van de beweerde tekortkomingen van het vroegere misdrijf heling, bleven ook bestaan bij de verruimde heling. Het aflopend en opzettelijk karakter en de regel dat de dader van het onderliggende misdrijf geen (verruimde) heler kon zijn, waren de belangrijkste.

3.2. »Echte » witwasmisdrijven (1995)²⁴⁴⁹

BIJGEBOUWD- Om de gaten op te vullen en omdat het strafrechtelijk concept « verruimde heling » en de criminologische omschrijving van « witwassen » niet echt samenvielen, dwarde de regering bij hoogdringendheid de wet van 7 april 1995 door het Parlement. Opnieuw bleven alle bestaande en dus tekortschietende bepalingen echter onveranderd en voegde de wetgever er gewoon nog enkele bepalingen aan toe, met name een 505, eerste lid, 3° en 4° Sw.. De inspiratie voor de bewoordingen kwam duidelijk uit de administratieve witwaswet van 1993 (art. 3, §1).

OMZETTERS- Art.505, 3° breidt de strafbaarheid uit tot personen die "*de zaken bedoeld in 42,3° omgezet of overgedragen hebben met de bedoeling de illegale herkomst ervan te verbergen of te verdoezelen of een persoon die betrokken is bij een misdrijf waaruit deze zaken voortkomen, te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden*». Het objectief misdrijfbestanddeel is hier het omzetten of overdragen van vermogensvoordelen. De schuldvorm is echter bekijkswaard in het licht van wat we over criminele organisaties verteld hebben.

²⁴⁴⁷ Het arrest werd zelfs in bijlage toegevoegd in de parlementaire voorbereiding: *Parl.St., Senaat* 1989-90, 890-2, 121-122.

²⁴⁴⁸ Cfr. heel uitgebreid hierover: VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., *op.cit.*, 193-205.

De "omzetter" of "overdrager" moet dat doen ofwel "om de illegale herkomst van de vermogensvoordelen te verbergen of te verdoezelen" of "om een persoon die betrokken is bij een misdrijf waaruit deze zaken voortkomen, te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden"²⁴⁵⁰. Dat is weliswaar een bijzonder opzet, doch in de praktijk zal daar vlug aan worden voldaan.

VERBERGERS-Tenslotte maken ook "zij die de aard, oorsprong, vindplaats, vervreemding, verplaatsing of eigendom van zaken bedoeld in art.42, 3° hebben verheeld of verhuld, ofschoon zij de oorsprong ervan kenden of moesten kennen,» zich schuldig aan dit wanbedrijf. Daarmee valt zowat iedereen iedereen die van dichtbij of van ver betrokken is bij de "verwerking" van de buit of de opbrengsten van criminele activiteiten onder de strafwet. Zowel hij die "zwart" geld ten onrechte aangeeft als legitieme inkomsten als wie de sleutel van een kluis met verdachte inhoud bewaart, valt eronder.

DADER ONDERLIGGEND MISDRIJF- Het was duidelijk dat de dader van het onderliggend misdrijf niet strafbaar was op grond van art.505, 1° Sw., maar er bestond twijfel over zijn strafbaarheid op grond van 505,2° Sw.. De wetgever van 1995 vermeldde daarom uitdrukkelijk dat de dader van het onderliggend misdrijf eveneens kon worden veroordeeld voor de misdrijven van 505, eerste lid 3° en 4°²⁴⁵¹. *A contrario* lijkt strafbaarheid op grond van de 505, 1° en 2° Sw. uitgesloten.

SAMENVATTING- De misdrijfschrijvingen passen in de in Deel II beschreven trend. Het rechtsgoed dat de wetgever erdoor wil beschermen, is erg abstract en werd vroeger ook aangetast zonder dat het als een dringend probleem werd erkend²⁴⁵². De bekommernis om vooral niemand te laten ontsnappen is groot: de misdrijfschrijving gebeurt aan de hand van een waslijst van niet altijd duidelijk te onderscheiden gedragingen. De vrees voor bewijsmoeilijkheden verantwoordt de ruime omschrijving van de strafbaarheid.

²⁴⁴⁹ VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., *op.cit.*, 689-702; DERUYCK, F., "Witwassen", in: *Comm.Sr.Sv.*

²⁴⁵⁰ Eerder, in Deel II, hebben we erop gewezen dat deze schuldvorm veel gelijkenissen vertoont met deelnemingsopzet, voor een soort deelneming na de feiten.

²⁴⁵¹ 505, tweede lid Sw.

²⁴⁵² Cfr. nochtans de preklassieke "witwaswetten": *supra* Deel I, Hoofdstuk 1,§1.

3.3."Onechte" witwasmisdrijven

FLANKERENDE WET- De al vernoemde administratieve of preventieve - al past ook het etiket "proactieve" - witwaswet van 1993 schiep een reeks verplichtingen, aanvankelijk voor financiële instellingen, later ook voor andere beroepsgroepen. Zij moeten allerlei gegevens registreren. Ze zijn wettelijk verplicht die informatie gedurende vijf jaar bij te houden, wat het speurders gemakkelijk maakt²⁴⁵³. Het proactief opsporen gebeurt, zoals in Deel III al vermeld, door de verplichte melding van "verdachte" transacties aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking²⁴⁵⁴. Dat is een speciaal opgerichte onafhankelijke administratieve eenheid, die functioneert als een interdisciplinaire buffer tussen de meldplichtige en het strafrechtsbestel.

ONDERLIGGENDE MISDRIJVEN- Anders dan art. 505 Sw. beperkt de wet van 1993 de meldplicht tot (trans)acties die een verband vertonen met een beperkte lijst van misdrijven (art.3, §2). Dat lijstje is vergelijkbaar met, maar verschilt toch enigszins van het - een jaar later ingevoerde - lijstje van art.90ter Sv., waarvoor het mogelijk inspiratie heeft geleverd. Om uit te maken of goederen afkomstig zouden kunnen zijn van de criminele activiteiten vermeld in de catalogoog, moeten de meldplichtigen afgaan op de betekenis in het dagdagelijkse taalgebruik van de begrippen op de lijst, niet de specifieke strafbaarstellingen in de strafwetten. De toenmalige Minister van Justitie Wathélet rechtvaardigde deze beperking door te benadrukken dat het koppelen van de meldplicht aan 505, 2° Sw. een buit en verhouding grote last op de

²⁴⁵³ De Amerikaanse grondrechtenrechtspraak zegt immers dat de gedwongen productie van gegevens die men wettelijk verplicht is bij te houden niet-zelfbeschuldigend is en dat ook niet verboden door het privilege tegen zelfbeschuldiging van het Vijfde amendement aan de federale grondwet. Stessens is een voorstander van dergelijke interpretatie van het recht niet gedwongen te worden zichzelf te beschuldigen. (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 302-304)

²⁴⁵⁴ Dit nieuw gecreëerde administratief orgaan centraliseert alle verdachte transacties die aan haar gemeld worden op grond van de witwaswet van 1993. Zij kan het bevel geven om transacties op te schorten (maximum 24 uur) of de transactie verbieden, en zij licht het toepassingsgebied toe aan de financiële wereld. De Cel moet alle binnenkomende gegevens analyseren. Ze vergelijkt die met degene die in haar eigen gegevensbestand zitten en met die van haar partners in het buitenland (Tracfin in Frankrijk, MOT in Nederland, FinCen in de VS enz.). Voor die instellingen vormt zij een bevoorrechte partner en zij heeft er overeenkomsten mee gesloten over de uitwisseling van gegevens. Op grond van art.12 van de wet van 1993 kan de Cel alle bijkomende informatie opeisen die zij meent nodig te hebben, zowel van de financiële instellingen als van de politie. Om dat proces te vergemakkelijken hebben de belangrijkste politiediensten een liaisonofficier gestuurd naar de Cel. Ondanks de uitgebreide bevoegdheden die de Cel op grond van art.15, §1 van de wet van 1993, valt het moeilijk in te schatten in welke mate en onder welke voorwaarden de politiediensten hun « zachte » informatie ter beschikking stellen.

Voor wetgeving, bevoegdheden, samenstelling, resultaten e.d.: cfr.: <http://www.ctif-cfi.be> .

schouder van de financiële instellingen zou leggen²⁴⁵⁵. Daarenboven zou het vanuit een strategisch oogpunt contraproductief zijn, want de Cel zou worden overspoeld met meldingen, wat de uitvoering van haar taak onmogelijk zou maken.

SANCTIE- Het niet-nakomen van de opgelegde verplichtingen kan leiden tot administratieve sancties: openbaarmaking, geldboetes van 10.000 tot 50 miljoen BEF en uiteindelijk zelfs de intrekking van de bankvergunning²⁴⁵⁶, naast een mogelijke strafvervolging natuurlijk. Wij kunnen de inbreuken op de bepalingen van de wet van 1993 dan ook bestempelen als "onechte" witwasmisdrijven.

VERSCHONINGSGROND?- Volgens art. 20 van de gecoördineerde Wet van 1993 beschermt een melding te goeder trouw van een verdachte transactie aan de Cel de financiële instelling en zijn werknemers tegen strafrechtelijke, burgerlijke, tuchtrechtelijke of beroepsaansprakelijkheid wegens de melding²⁴⁵⁷. Over de juiste juridische aard van de bepaling is weinig geschreven, doch de meeste auteurs²⁴⁵⁸ lezen er een verschoningsgrond voor het witwasmisdrijf in²⁴⁵⁹.

UITBREIDING- In 1999 heeft de wetgever de meldplicht voor verdachte transacties uitgebreid tot andere instellingen en beroepscategorieën die veel kans maken om in aanraking te komen met witwassen (notarissen, vastgoedmakelaars, casino's, accountants,...) (art.2bis wet 1993). Het voor financiële ondernemingen ontwikkelde systeem uit 1993 werd aangevuld en bijgeschaafd om tegemoet te komen aan

²⁴⁵⁵ Memorie van Toelichting, *Parl.St. Senaat 1991-92*, 468-1, 7-8; STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 181 (die ook het lobbywerk van de banken als verklaring geeft).

²⁴⁵⁶ De Antwerpse branche van de Marokkaanse Chaabi-bank werd na een grote witwaszaak gesloten. (X, 'Grootscheepse witwasoperatie via Marokkaanse bank in Antwerpen', *De Morgen* 21 mei 1996, 3; BROCKMANS, H., "Couscous-connectie?, witwassen in Antwerpen", *Trends* 10 oktober 1996, 52-54.) De meest verontrustende zaak was echter die van de Max Fischer Bank, die focuste op de niche-markt van de Antwerpse internationale diamanthandel en overkop ging, kort nadat zij in het vizier van de overheid gekomen was wegens verdenkingen van grootschalige witwasoperaties en een gevaarlijke debetpolitiek. (TIMMERMAN, G., "Fraude leidt tot faillissement Bank Max Fischer", *De Morgen* 10 januari 1997, 3) Het gerechtelijk onderzoek in die zaak loopt nog.

²⁴⁵⁷ Cfr. hierover STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 211. Hij is een van de weinigen die zich vragen stelt bij de juridische basis voor verschoning voor het witwasmisdrijf.

²⁴⁵⁸ DERUYCK, F., *Over witwassen...*, *op.cit.*, 44; VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., *op.cit.*, 212. STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 211 en door hem vermelde auteurs zien de basis voor verschoning daarentegen in art.13 van de wet van 1993 dat de melder toelaat door te gaan met de transactie tenzij de CFI ze verbiedt.

²⁴⁵⁹ HUYBRECHTS, L., "Het zaken-, bank- en beroepsgeheim in het strafproces", *op.cit.*, 179, heeft het over "immunitéit".

bijzondere behoeften van sommige beroepscategorieën, zoals notarissen die een beroepsgeheim hebben²⁴⁶⁰.

3.4. Voordelen

GEEN GATEN- De misdrijven zijn nu zo ruim geformuleerd dat nauwelijks gedragingen denkbaar zijn die er ten onrechte aan zouden ontsnappen. Wij verwijzen wat dit betreft naar Deel II, waar het besluit luidde dat dergelijke keuze van de wetgever de problemen verschoof naar de opsporing en het bewijs van de misdrijven (Delen II en IV). De beslissende verschoning of "immunititeit" bij melding moet brave burgers die onder de letterlijke omschrijving van het misdrijf vallen, vrijwaren van feitelijke bestraffing, maar staat natuurlijk enkel ter beschikking van wie wettelijk meldplichtig is.

3.5. Samenvatting

RUIM- De formulering van de verruimde heling van 505, 2° Sw. was ingegeven door de behoefte meer verbeurdverklaringen mogelijk te maken. Een flankerende wet moest de preventie -eigenlijk de proactieve opsporing- van witwasmisdrijven mogelijk maken. De omschrijving van witwassen was opzettelijk anders dan die in het Strafwetboek. Niettemin paste de wetgever het Strafwetboek vervolgens aan om de strafwet meer op de "preventieve" wet af te stemmen. Het gevolg was een bijkomende verruiming van het toepassingsgebied, zodat nog moeilijk witwashandelingen denkbaar zijn die straffeloos zouden blijven. De vele categorieën meldplichtigen kunnen hun goede trouw aantonen met melding, wat waarschijnlijk een beslissende verschoningsgrond is.

§4. Procedure

4.1. Inleiding

TERUGHOUDEND- De Belgische wetgever heeft steeds geweigerd om de ontneming volledig uit de strafprocedure te lichten. Die procedure werd (*supra*) helemaal niet met een vermogensaanpak in het achterhoofd geschreven. Bij "invoering" van de vermogensaanpak in 1990 liet de wetgever de procedure niettemin onveranderd en ook de bijstelling van de strafwet in 1995 veranderde daar niets aan. De klassieke beginselen bleven dus overeind : de straffen moeten door de vonnisrechter worden uitgesproken, nadat het Openbaar Ministerie de schuld van de

²⁴⁶⁰ Cfr. *Parl. St., Kamer* 1997-98, 1356/1, 5.

dader (natuurlijke persoon) bewezen heeft. Alle onderzoeksmaatregelen, bevoegdheden, termijnen, rechten van de verdediging zijn die van de gewone strafvordering. Alleen de vermogensvoordelen uit de misdrijven waarvoor het tot een veroordeling komt, kunnen worden verbeurdverklaard. De correctionele vonnisrechter kan zijn uitspraak over de schuld en een eventuele hoofdstraf niet afsplitsen van de eventuele bijkomende vermogensstraf²⁴⁶¹. In 1990 zei de regering uitdrukkelijk dat de omkering van de bewijslast onverenigbaar is met de fundamentele beginselen van de strafvordering en de rechten van de verdediging²⁴⁶². In 1994 heeft hij nochtans wel de bewijslast op de schouders van de beklaagde gelegd, wanneer deze wil dat de rechter de geldboete vermindert omwille van zijn sociale toestand (art.195 Sv., *supra*).

4.2.Opsporing²⁴⁶³

SOORTEN- Vermogensgericht strafrechtelijk onderzoek gebeurt op twee vergelijkbare, doch te onderscheiden wijzen. Enerzijds is er een witwasonderzoek, met het oog op een vervolging op grond van art.505 Sw. Hier verplicht de wet dus talloze risicosectoren bij te dragen tot de - proactieve - informatieverzameling en, via een bufferadministratie, tot de opsporing. Anderzijds zijn er de zogenaamde vermogensonderzoeken, waarbij de politie alle schulden en vorderingen van verdachten analyseert, evenals de bronnen van hun inkomsten. Het resultaat hiervan kan worden gebruikt voor het zoeken naar het bewijs van bepaalde misdrijven (drugshandel, uitbating van de prostitutie,...) en om het bedrag vast te stellen dat voor verbeurdverklaring vatbaar is. Dit laatste doet denken aan het Nederlandse strafrechtelijk-financieel onderzoek, doch de Belgische vermogensonderzoeken zijn doorgaans veel bescheidener, minder diepgaand en worden door minder gespecialiseerd personeel uitgevoerd²⁴⁶⁴. Tenslotte staat witwassen op het lijstje van art.90ter Sv. zodat afluisteren mogelijk wordt. De onderzoekers zullen bij het speuren naar witwassen ook de zogenaamde bijzondere

²⁴⁶¹ Cass. 8 mei 1979, *R.W.* 1979-80, 2161, noot; Antwerpen 15 juni 1977, *Limb. Rechtsl.* 1980, 35; Antwerpen 31 januari 1996, *Limb.Rechtsl.* 1996, 26, noot;

²⁴⁶² *Parl.St., Kamer* 1989-90, 987/1, 8-9.

²⁴⁶³ DE BIE, B. en MICHOT, A., "De buit ontnomen, de aanpak van de profijtgerichte criminaliteit: een symbolische strijd?", *Politeia* maart-april 1998, 18-22 en 15-21.

²⁴⁶⁴ Uiteindelijk zal het de vonnisrechter zijn die beslist over het al dan niet verbeurdverklaren van goederen, maar het is de Procureur of de onderzoeksrechter die - vaak na suggestie van de politie - bepaalt of vermogensonderzoeken plaatsvinden. Slechts recentelijk zijn de Minister van Justitie en de leiding van het Openbaar Ministerie begonnen met het stimuleren van specialisatie en reorganisatie, binnen het Openbaar Ministerie (met steun van experts, analyse en coördinatie) en bij de onderzoeksrechters. Ook kwam de belofte van meer

opsporingsmethoden (met uitzondering van de voorgevelonderneming -*supra*, Deel III-) mogen gebruiken.

UITBREIDING BESLAGMOGELIJKHEDEN- Tot 1997 bleven de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (art. 35-37, 87 en 89 Sv.) inzake bewarend beslag onaangeroerd²⁴⁶⁵. De bevoegde overheden konden toen goederen in beslag nemen met het oog op hun gebruik als bewijs (art.35 en 37 Sv.), met het oog op verbeurdverklaring (art.42 Sw.) of met het oog op teruggave (art.44 Sw.). Tussenkomen van de wetgever in 1997²⁴⁶⁶ en 1999 wijzigden art.35²⁴⁶⁷ en vulden het aan met art. 35 bis Sv²⁴⁶⁸. Deze veranderingen hebben het leggen van beslag op *vermogensvoordelen* met het oog hun verbeurdverklaring mogelijk gemaakt. Hoewel de wet spreekt over "*die in art.42 bedoelde zaken schijnen uit te maken*", betreurt Stessens dat er geen echte "waarschijnlijkheidseis" ten aanzien van de criminele oorsprong of het bestaan van de het vermogensvoordeel in staat²⁴⁶⁹. Cassatie benadrukt dat voor beslag aanwijzingen nodig zijn, geen bewijzen²⁴⁷⁰.

opgeleid personeel en beter logistieke ondersteuning. (DELTOUR,P., "Philippe Ullman wordt nationaal fraudemagistraat", *De Morgen* 31 juli 1997, 5.)

²⁴⁶⁵ DE PEUTER, J., "Beslag in strafzaken", in: *Comm. Sr.Sv.* (1995), 21p.

²⁴⁶⁶ Cfr. *supra*, voetnoot 2419.

²⁴⁶⁷ Art.35 Sv.:" *De procureur des Konings neemt alles in beslag wat een van de in artikel 42 van het Strafwetboek bedoelde zaken schijnt uit te maken en alles wat dienen kan om de waarheid aan de dag te brengen; hij vraagt de verdachte zich te verklaren omtrent de in beslag genomen voorwerpen, die hem vertoond zullen worden; van een en ander maakt hij een proces-verbaal op, dat ondertekend wordt door de verdachte, of ingeval deze weigert, wordt daarvan melding gemaakt.*"

²⁴⁶⁸ Art.35bis Sv."*Indien de zaken die het uit het misdrijf verkregen vermogensvoordeel schijnen te vormen, onroerende goederen zijn, wordt bewarend beslag op het onroerend goed gedaan, zulks bij deurwaardersexploot dat aan de eigenaar wordt betekend en op straffe van nietigheid een afschrift van de vordering van de procureur des Konings moet bevatten, alsmede de verschillende vermeldingen bedoeld in de artikelen 1432 en 1568 van het Gerechtelijk Wetboek, evenals de tekst van het derde lid van dit artikel. Het beslagexploot moet op de dag zelf van de betekening ter overschrijving worden aangeboden op het kantoor der hypotheeken van de plaats waar de goederen gelegen zijn. Als dagtekening van de overschrijving geldt de dag van afgifte van het exploot. Het bewarend beslag op onroerend goed geldt gedurende vijf jaren met ingang van de dagtekening der overschrijving, behoudens vernieuwing voor dezelfde termijn op vertoon aan de bewaarder, vóór het verstrijken van de geldigheidsduur van de overschrijving, van een door de bevoegde procureur of onderzoeksrechter in dubbel opgemaakte vordering. Het beslag wordt blijvend voor het verleden in stand gehouden door de beknopte melding op de kant van de overschrijving van het beslag, binnen haar geldigheidsduur, van de definitieve rechterlijke beslissing waarbij de verbeurdverklaring van het onroerend goed werd bevolen. Doorhaling van het bewarend onroerend beslag kan verleend worden door de voormelde procureur of onderzoeksrechter, of desgevallend door de beneficiant van de verbeurdverklaring, of kan ook bij rechterlijke beslissing bevolen worden.*"

²⁴⁶⁹ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 324-325. De rechtspraak lijkt hem daarin te volgen: K.I. Antwerpen, 14 januari 1999, *R.W.* 1998-99, 1421, noot A.VANDEPLAS. Cass.

²⁴⁷⁰ Cass.15 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 124 :"*Dat de artikelen 35 en 35bis Wetboek van Strafvordering niet vereisen dat het bewijs geleverd is dat de goederen en waarden die in*

Aangezien art.35 Sv. enkel spreekt over art.42 Sw. en niet naar 43bis Sw., staat het wel vast dat beslag op goederen die zeker *niet* uit het misdrijf of uit vermogensvoordelen van het misdrijf voortkomen, *niet* in beslag kunnen worden genomen als zekerheid voor een eventuele *verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag* in de zin van dat art.43bis Sw²⁴⁷¹. Art.35bis Sv. regelt uitdrukkelijk het beslag op onroerende goederen, waarover er in de periode 1990-97 verwarring bestond. Belgische rechters hebben sinds 1997 ook de mogelijkheid om bewarend beslag te laten leggen op extraterritoriale goederen die voor verbeurdverklaring en aanmerking komen.

VERHAAL- Als de onderzoeken lang aanslepen, kunnen ook gelegde beslagen lang duren, met zware gevolgen voor de beslagene, die niet noodzakelijk een verdachte is. Vandaar dat de wet Franchimont in 1998 een procedure invoerde "*tot opheffing of wijziging van onderzoeksmaatregelen met betrekking tot goederen*" (art.61quater Sv.), het zogenaamde "strafrechtelijk kortgeding"²⁴⁷².

SAMENVATTING- In de voorbije jaren heeft een aantal wetgevende tussenkomsten het bevroren van vermogens in afwachting van een beslissing ten gronde aanzienlijk uitgebreid. Toch kan nog geen beslag gelegd worden met het oog op een eventuele waardeconfiscatie.

4.3.Herverdeling van de bewijslast

NA VEROORDELING- De regering Dehaene II gaf aan professor Traest de opdracht te onderzoeken of het mogelijk was de bewijslast te herverdelen om zo de bewijsmoeilijkheden ten aanzien van de (criminele) oorsprong van vermogens te omzeilen. Traest besloot²⁴⁷³ dat de bewijslast van het misdrijf nooit mocht worden omgekeerd. Hij stelde voor bij ernstige misdrijven de verbeurdverklaring uit te stellen. Vanaf de uitspraak over de schuld zou de overheid voor goederen die eigendom zijn van de veroordeelde, aannemelijk moeten maken dat zij een nauw verband vertonen met dat misdrijf. Dat zou het weerlegbaar vermoeden scheppen

de plaats zijn gesteld van vermogensvoordelen en de inkomsten uit deze belegde voordelen, beantwoorden aan de in artikel 42, 3°, Strafwetboek bepaalde voorwaarden, om in beslag te worden genomen, maar enkel dat er dienaangaande aanwijzingen bestaan."

²⁴⁷¹ VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, op.cit.,344-345.

²⁴⁷² VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, op.cit., 314-326; voor een overzicht van de eerste toepassingen door de rechtbanken: KLEES, O. en VANDERMEERSCH, D., "Evolutions recentes de la jurisprudence en matière pénale: le référé pénal" in: BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR STRAFRECHT (ed.), *Recente...*, op.cit., 161-196.

²⁴⁷³ TRAEST, Ph. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport...*, op.cit., 325-328.

dat die goederen inderdaad uit het misdrijf afkomstig zijn. Opmerkelijk is dat Traest zegt dat de verbeurdverklaring steeds facultatief zou moeten zijn.

4.4. De tenuitvoerlegging van uitgesproken verbeurdverklaringen

VERANTWOORDELIJKHEID- De uitvoering van de uitgesproken vermogensstraffen heeft de wetgever nog niet bekeken; er wordt in heel het debat zelfs nauwelijks of niet over gerept. De uitvoering van straffen is de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie en de regering. De administratie van Registratie en Domeinen van het Ministerie van Financiën zal de goederen moeten «in bezit nemen» die staatseigendom zijn geworden door de rechterlijke uitspraak. Zij zal die trachten te verkopen, ofwel onderhands ofwel openbaar. Het geld komt terecht in de federale schatkist en wordt dus niet opnieuw geïnvesteerd in de rechtshandhaving

EIGENDOMSOVERDRACHT- De rechterlijke uitspraak die een verbeurdverklaring bevat, draagt - als zij kracht van gewijsde krijgt- *ipso facto* de eigendom over²⁴⁷⁴. Het doet er niet toe wie op dat moment het feitelijk bezit heeft. Eigenlijk is de straf dus al "uitgevoerd" en is de staat vanaf dat moment²⁴⁷⁵ eigenaar. Omdat de straf is uitgevoerd, zou logischerwijze, anders dan bij de geldboete, geen genade kunnen worden gegeven²⁴⁷⁶. Bijgevolg zou men ook geneigd zijn te denken dat de verjaring van straffen niet van toepassing zou zijn. Art.94 Sw. zegt echter dat verbeurdverklaringen verjaren na afloop van de respectievelijke termijnen van de hoofdstraf (de lengte ervan hangt dus af van de aard van het misdrijf: misdaad, wanbedrijf of overtreding).

TOEPASSING- Tot 1997 zag het er naar uit dat de verbeurdverklaring beperkt bleef tot geld op geblokkeerde bankrekeningen en sommige onroerende en luxegoederen en boten. Vooral tegen drugsdealers van het straat- of discotheekniveau en hun leveranciers, milieucriminelen en andere "doordeweekse" veroordeelden paste men het toe. De meeste pogingen om de vermogensvoordelen van de meer gesofisticeerde criminelen af te nemen lijken zich te hebben vastgereden in een proceduraal moeras. Het is te vroeg om de impact van de veranderingen van 1997 en 1999 in te schatten, maar de verwachtingen zijn hooggespannen.

²⁴⁷⁴ "Het ontwerp brengt geen wijziging aan de huidige situatie van eigendomsoverdracht, die door de uitspraak van de veroordeling gebeurt", (Parl.St., Senaat, 1989-90, 890-2, 22).

²⁴⁷⁵ De eigendomsoverdracht gaat niet zoals in de V.S. terug tot op het moment van het misdrijf.

RECHTEN DERDEN- Het grote probleem zijn de onvermijdelijke derden die beweren te goeder trouw te zijn en de door de wet voorziene verplichting hun rechten te vrijwaren. De rechtsleer is verdeeld en ook de rechtspraak heeft nog geen eenduidig standpunt ingenomen (*infra*)²⁴⁷⁷.

§5. Besluit

VERREGAAND BINNEN KLASSIEK STRAFRECHT- De Belgische wetgever wil een verregaande vermogensaanpak. Hij gelooft dat het de meest efficiënte manier is om georganiseerde criminaliteit aan te pakken, doch beperkt het toepassingsgebied niet tot georganiseerde criminaliteit. Volgens hem kan een vermogensaanpak perfect binnen de regels van het klassieke strafrecht. Van bij het begin beschouwt hij de verbeurdverklaring als het instrument bij uitstek voor ontneming. Daartoe breidt hij de mogelijkheid tot verbeurdverklaren gevoelig uit, namelijk tot de "vermogensvoordelen" uit het misdrijf. De verbeurdverklaring blijft wel een straf, zodat ze enkel kan worden uitgesproken tegen wie een strafbare gedraging heeft gesteld. Daartoe voegt hij aan het misdrijf heling een verruimde heling toe, voor al wie vermogensvoordelen uit criminaliteit in ontvangst neemt. Opdat de inbreng in of verkoop aan rechtspersonen de verbeurdverklaring niet in de weg zou staan, kan verbeurdverklaring ook zonder eigendom. De vonnisrechter is verplicht het voorwerp van het witwasmisdrijf verbeurd te verklaren. Later zal de wetgever de strafbepalingen flankeren met een administratieve wet die risicosectoren moet beschermen tegen het witwassen van geld. Vervolgens voert hij nog twee "zuivere" witwasmisdrijven in, zodat zowat iedereen die in contact komt met "crimineel vermogen" strafbaar is. Nog later zal hij ook de mogelijkheden tot inbeslagneming uitbreiden, om het wegmaken van het vermogen in de loop van de procedure te bemoeilijken.

HOOFDSTUK 5. PERSOONLIJKE BEOORDELING

"Hij wordt drie dagen blootgesteld aan Beethovenmuziek,

Hij wordt beroofd van zijn computerspellen,

Hij wordt gevoerd met tofu, spuitjes en mastiek

En vette dioxinefrikadellen!

²⁴⁷⁶ Cfr. nochtans *contra*: PICARD, E., *op.cit.*, 956, nrs.322-325.

*En dan moet hij als laatste allermaximumste straf
Voor zijn onbeschrijflijke zonden,
Voor eeuwig en drie dagen met de bedelstaf
Ronddolen door het dorp Dendermonde!"*

(Jan De Wilde - Moordenaar, Oude maan, 2000)

EVALUATIE- De wetgever verrijkte het Belgisch strafrecht dus met nieuwe instrumenten voor een vermogensaanpak. In de al tien jaar voortdurende uitbouw van deze aanpak kwam de nadruk steeds meer te liggen op het belang voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit. De wetgever heeft dus gekozen (Hoofdstuk 4), reagerend op de impulsen uit Hoofdstuk 3. Hij tracht de in Hoofdstuk 2 vastgestelde tekortkomingen aan de in Hoofdstuk 1 beschreven klassieke regels te verhelpen. In dit vijfde en laatste hoofdstuk is het zoals steeds tijd voor een balans, het blootleggen van de vooronderstellingen en eventuele redeneerfouten (interne tegenspraak, cirkelredeneringen, tautologieën) in het rechtsvormingsproces. Eerst bekijken we de gronden voor de nieuwe wetgeving kritisch (§1). In §2 gaat het om de "vernieuwde" vermogensaanpak, de ongerijmdheden en mogelijke gevolgen van de gemaakte keuzes. In §3 worden de gemaakte keuzes beschouwd als illustratie van de grote verschuivingen waar het in dit proefschrift om draait. In welke mate blijven de klassieke beginselen eigenlijk nog overeind en welke zijn de mogelijke gevolgen van die evolutie? Na het overlopen van enkele alternatieve pistes die de wetgever had kunnen kiezen (§4), komen we tot een besluit (§5).

§1. Grond voor de wetgeving

1.1. Inleiding: het blootleggen van de ondergrond

VLUGGERTJES- De nieuwe strafwetgeving kwam in 1990 in sneltreinvaart tot stand (*supra* Hoofdstuk 4, §1.), zonder veel feitenkennis of voorstudie. De regering dwong Raad van State en Parlement ook in 1995 de aanpassingen bij hoogdringendheid te behandelen²⁴⁷⁸. De nieuwe aanpak kon niet wachten op diepgaande reflectie of

²⁴⁷⁷ De discussie betreft zowel hun rechten als de procedure die zij moeten gebruiken ter handhaving ervan.

²⁴⁷⁸ Commentaren vragen zich af waarom het allemaal zo snel moest, vooral omdat de kwaliteit van de wetgeving er naar hun mening ernstig onder heeft geleden. (VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., *op.cit.*, 689 geven aan dat de wetgever zich beter "langzaam had gehaast".)

studie. Al bestempelen de literatuur²⁴⁷⁹ en de media de vermogensaanpak als een "nieuwe" benadering van (georganiseerde) criminaliteit, vanuit strikt strafrechtelijk oogpunt predikte de regering in 1989-90 helemaal geen revolutie. Ze stelde integendeel haar wetsontwerp voor als het opvullen van leemten in het bestaande (dus in beginsel niet zo slechte) systeem. Haar toelichting verschilt dus merkkelijk van die bij de wet op criminele organisaties. In het licht daarvan verbaast het niet dat de vernieuwing eigenlijk gebeurt zonder al te veel oog voor het oude, klassieke model (cfr. *supra*, Deel II). Dat blijft compleet onaangeroerd. De wetgever bouwt nieuwe verdiepingen en torentjes bovenop een constructie waarbij hij slechts vluchtig naar het bestaande bouwsel en helemaal niet naar de grondvesten ervan kijkt.

STEVIGHEID CONSTRUCTIE- Niet alleen de esthetische en logische coherentie, maar ook de stabiliteit van het geheel kan daaronder lijden. Dat aan de klassieke vrijheidsstraf vele tekortkomingen zitten, is onloochenbaar. Dat naast de gewone tekortkomingen er een aantal bijzondere zitten bij criminele organisaties is dat evenzeer. Dat de vermogensaanpak dat zou goedmaken, is minder vanzelfsprekend. In Hoofdstuk 4 schreven wij dat de nieuwe instrumenten van de vermogensaanpak de bestaande problemen slechts zullen verhelpen indien de gemaakte veronderstellingen juist zijn²⁴⁸⁰. Dogmatisch onderzoek moet trachten die vooroordelen bloot te leggen en in de mate van het mogelijke te toetsen.

HYPOSTASE- Van de drie in Hoofdstuk 4 (1.2.) vermelde axioma's zijn de makers van de wetgeving zich "bewust": vermogenssancties doen de daders van profijtcriminaliteit het meest pijn, zodat zoveel mogelijk "crimineel" vermogen "(af)gepakt" moet worden, de verbeurdverklaring is daarvoor de meest aangewezen sanctie en dit alles kan zonder fundamentele hervormingen van het klassieke strafrechtelijk systeem. Opnieuw gaat het om hypostase: wat eigenlijk een te bewijzen stelling is, stellen ze voor als een bewezen wet. Naast deze drie hoofdlijnen lezen wij tussen de regels door²⁴⁸¹ een aantal verwante of afgeleide veronderstellingen, die on(der)bewust lijken te blijven en waarbij wij toch ook even stilstaan.

²⁴⁷⁹ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 14.

²⁴⁸⁰ *Supra* Hoofdstuk 4, 1.1.

²⁴⁸¹ Of in de uitlatingen van afzonderlijke mensen, waarvan het niet duidelijk is of "de wetgever" ze zich eigen maakt en in buitenlandse argumenten..

1.2. Ontneming nodig omdat criminaliteit niet mag lonen

HERSTEL- Zo valt het bij voorbeeld op dat de "nieuwe" aanpak gekoppeld wordt aan een eeuwenoude spreuk: "(georganiseerde) criminaliteit mag niet lonen"²⁴⁸². Het nieuwe ligt in de strikt vermogensrechtelijke lezing van die spreuk. Vroeger betekende zij gewoon een verbod op straffeloosheid, in de klassieke betekenis van een negatieve kosten-batenbalans, gewaarborgd door de wettelijke straffen. Van een dief die een gevangenisstraf uitzat, zei men niet dat zijn misdrijf geloond had, zelfs al vond men de buit nooit terug. Nu leest men de regel als: noch een crimineel, noch iemand anders uit zijn omgeving, mag iets overhouden aan criminaliteit²⁴⁸³. Dat berust op een elementaire rechtvaardigheidsidee en in zijn eenvoud klinkt het overtuigend: met behulp van het strafrecht de door het misdrijf scheefgetrokken situatie rechttrekken. Kan iemand daar tegen zijn²⁴⁸⁴? Toch wel.

KRITIEK- Iedereen weet immers dat het onmogelijk is echt de klok terug te draaien. Zelfs in de uitzonderlijke gevallen waarin herstel van de vroegere situatie *in natura* kan, is de tussen misdrijf en "herstelling" verlopen tijd onverbiddelijk vervlogen. Het herstel kan dan ook nooit meer zijn dan een poging, een benadering. Hoe meer tijd er verloopt, hoe twijfelachtiger het "herstel". Wij bepleiten aandacht voor de eigenheid van de straf, de "zuivere" leedtoevoeging. Herstel en schadevergoeding verdienen ook aandacht, maar mogen niet vermengd of verward geraken met de straf. Het gaat om een historische verworvenheid, waarmee het klassieke strafrecht een einde maakte aan eeuwenoude dubbelzinnigheid. Het rechtzetten van de scheve situatie, of beter, de vergoeding voor het scheeftrekken, is typisch een zaak van het burgerlijk recht (onrechtmatige daad) of het bestuursrecht (*supra*, Hoofdstuk 1). Het eerste moet waken over herstel van individuele schade, het tweede over het herstel van "collectieve", maatschappelijke, schade. Zeker bij dit laatste past een sterk voorbehoud bij de verabsolutering van de herstelgedachte, omdat de prijs te hoog is. Om allerlei redenen moet ook worden vermeden dat administratieve sancties de functie van het strafrecht gaan "kapen"²⁴⁸⁵. Wij vrezen dat "*criminaliteit*

²⁴⁸² STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 20 noemt dit, met verwijzing naar RIGAUX, het "meritocratisch" perspectief op bestraffing.

²⁴⁸³ "Buitgerichte aanpak" heeft tot doel te verhinderen dat delinquenten zouden profiteren van de voordelen die zij hebben gehaald uit de misdrijven waarvoor zij werden veroordeeld. De bestaande bepalingen inzake confiscatie van het voorwerp, het instrument en het product van het misdrijf lieten immers geen confiscatie van vermogensvoordelen toe. (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht...*, *op.cit.*, 357.)

²⁴⁸⁴ Wij herkennen hier het hersteldenken van Hoofdstuk 2, 1.1.

²⁴⁸⁵ Voor een meesterlijke waarschuwing: CORSTENS, G., *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 39.

mag niet lonen" als leidmotief nauwelijks bruikbaar is dan "*criminaliteit mag niet*", *tout court*; een ideaal, dat het beleid evenwel niet te fanatiek mag nastreven en zeker geen toverspreuk die alles kan rechtvaardigen. Criminaliteit loont soms, meestal zelfs, en dat zal ook zo wel blijven: dat heeft (*supra*) trouwens meer met de opsporing en vervolging van strafbare gedragingen dan met de bestraffing zelf te maken. Het strafrecht moet excessen aanpakken, feiten of praktijken die het maatschappelijk leven zwaar verstoren.

1.3. Effectiviteit van de vermogensaanpak tegen (georganiseerde) vermogenscriminaliteit

DOET DADER MEEST PIJN- Bekijken we nu het eerste grote axioma, dat van de aloude spiegelstraf. Het vloeit rechtstreeks voort uit de zonet genoemde strikt vermogensrechtelijke interpretatie van de regel dat criminaliteit niet mag lonen. Doet de vermogensstraf nu werkelijk de op "profijt" gerichte crimineel "het meest pijn"? We betwijfelen het en staan daarin trouwens helemaal niet alleen²⁴⁸⁶. Het impact dat een straf zal hebben op een concreet persoon valt even moeilijk te voorspellen of te meten als het ontradend effect van een strafbaarstelling. Wie zegt dat criminelen een gevangenisstraf er "graag" bijnemen als zij daarna "ongestoord" van de buit kunnen genieten, maakt van een - ons inziens zeldzame - uitzondering de regel. Eerst en vooral ligt het niet voor de hand dat de buit na het uitzitten van de vrijheidsstraf nog aanwezig en beschikbaar zal zijn²⁴⁸⁷. Daarnaast doet een gevangenisstraf talloze witteboordencriminelen, dus mensen die wij bij criminele organisaties de "contacten in de bovenwereld" hebben genoemd, zeker meer pijn dan een vermogenssanctie²⁴⁸⁸. Zoals Beccaria de vrijheidsstraffen en dwangarbeid ongeschikt achtte voor het proletariaat, omdat zij nauwelijks zouden verschillen van hun dagelijks leven²⁴⁸⁹, zo moet men zich tegenwoordig vragen stellen bij de sociale

²⁴⁸⁶ GROENHUIJSEN, M., "Het juridisch tekort in het strafrecht", *op.cit.*, 1530.

²⁴⁸⁷ De controle over hun geweldarsenaal is hierbij cruciaal. Charismatisch leiderschap kan immers slechts korte fases van gevangenschap, die ondanks alles toch aanzienlijke beperkingen en een zekere isolatie meebrengt, overleven. Daarna krijgen de leidinggevende figuren het moeilijk om de controle over "luitenanten" (van lieu-tenant, plaats-vervanger), stromannen en "sicanos" (de geweldplegers) te behouden. Wanneer de stroman zijn papieren macht werkelijk voor eigen rekening gaat gebruiken, kan hij zijn "achterman" enorme schade bezorgen. Zolang de stroman evenwel weet dat zelfs vanuit de gevangenis de achterman hem of zijn familieleden kan laten opsporen en zelfs opruimen, zal hij twee keer nadenken vooraleer hem te "verraden".

²⁴⁸⁸ Het is eigenlijk omdat men de vrijheidsstraf té zwaar vindt, dat men voor hen naar alternatieven zoekt.

²⁴⁸⁹ BECCARIA, C., *op.cit.*, 149.

impact van vermogensstraffen²⁴⁹⁰. Beslissend is doorgaans de *omvang* van die schending en de *mogelijkheid* die de dader heeft om de gevolgen *af te wentelen* (*infra*). Ook voor leden van criminele organisaties verschilt de mate waarin zij de gevangenis "erbij" nemen erg van persoon tot persoon. Langdurige gevangenisstraffen doen "pijn" bij iedereen, zelfs al dempt de organisatie de schok. Dat criminelen zo ver gaan in het dwarsbomen van justitie, dat ze niet terugdeinzen voor het bedreigen of vermoorden van getuigen, politiemensen of magistraten of het organiseren van ontsnappingen illustreert hoezeer ook zij tegen de gevangenis opzien. De in Hoofdstuk 2 beschreven tekortkomingen van de gevangenisstraf bij georganiseerde criminaliteit gelden ons inziens slechts in de uitzonderlijke gevallen waarin een zeer stevige organisatie over genoeg geld²⁴⁹¹ en, volgens ons nog belangrijker, over het nodige geweldpotentieel beschikt²⁴⁹².

DOET ORGANISATIE MEEST PIJN- De verschillende bronnen zijn hier minder eensluidend, maar er zijn er alleszins die beweren dat vermogensstraffen vooral tegen georganiseerde criminaliteit dienstig zouden zijn²⁴⁹³. In de vorige alinea werd de leuze "pak ze waar het pijn doet" vanuit het standpunt van de gestrafte menselijke persoon bekeken. Daar gaat het eigenlijk niet echt om, suggereert Stessens: die dader moet men slechts zien als een stukje van de organisatie ("*de criminele*

²⁴⁹⁰ De uitoefening van eigendomsrechten is, in vergelijking met de vroege negentiende eeuw uitermate strikt geregeld, met belastingen en verplichte bijdragen als de meest gewone zaak ter wereld, wordt een "schending" van die rechten *als straf* niet noodzakelijk als zwaar ervaren. Nu in onze maatschappij in vergelijking met de tijd van het wetboek meer belang gehecht wordt aan mobiliteit, wisselende sociale contacten en zelfbeschikking, is de vrijheidsstraf in vergelijking met toen relatief "zwaarder" geworden.

²⁴⁹¹ In België, waar de O.C.M.W.'s en andere diensten zorgen voor een minimaal sociaal vangnet voor de achtergebleven families van gevangenen, is de afhankelijkheid van de organisatie op materieel vlak alleszins kleiner dan in andere landen. Buitenlandse daders, wiens familie in het land van oorsprong leeft, hebben daar natuurlijk niet veel aan.

²⁴⁹² De wetgever toont zelf zijn gemengde gevoelens over de spiegelstrafidee voor alle profijtcriminaliteit als "zwaarste, efficiëntste" straf. Hoewel hij enerzijds toch verregaande instrumenten voor een vermogensaanpak invoert voor alle misdrijven, verandert hij immers niets aan de regel van rechtspraak en rechtsleer die zegt dat bij het zelfde type misdrijf (bijvoorbeeld wanbedrijven) een vrijheidsstraf (hoe kort ook) steeds zwaarder is dan een geldboete (hoe zwaar ook). Hij maakt een geldboete bij vermogensmisdrijven ook niet verplicht. Integendeel: hij creëert zelfs voor het splinternieuwe witwasmisdrijf, waarvan de dader toch vaak profijt beoogt, de mogelijkheid om uitsluitend een vrijheidsstraf op te leggen. *Supra* Hoofdstuk 4. De verbeurdverklaring van het voorwerp van het witwasmisdrijf is dan wel verplicht, maar dat "beschadigt" niet noodzakelijk de witwassers, maar eerder de economische eigenaar van het goed of goed.

²⁴⁹³ Verslaggever **ERDMAN bijvoorbeeld**

STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 19 legt de oorsprong weliswaar in strijd tegen georganiseerde (drugs)criminaliteit, maar stelt vast dat ze nu niet meer specifiek erop gericht zijn en dus aangewend kunnen worden tegen een breed scala van criminele activiteiten.

structuren"), die het echte doelwit vormt²⁴⁹⁴. Wij herkennen daarin natuurlijk de logica van Deel II. Of de klassieke vrijheidsstraffen de organisatie "raken", hangt er natuurlijk ook van af wie de gevangenis ingaat: de vervangbaarheid verschilt naargelang van de positie, taak of deskundigheid van de persoon in kwestie. Misschien lopen drugkoeriers, chauffeurs of bewakers dik gezaaid. Dit geldt echter niet noodzakelijk voor piloten, scheepskapiteins, computerspecialisten, fiscalisten, documentenmakers of corrupte ambtenaren (*supra* Delen II, III en IV). Crisissen, zelfs kortstondige in het personeelsbeleid van de "criminele onderneming", belemmeren haar werking²⁴⁹⁵, al is het maar tijdelijk. De meeste informele "criminele ondernemingen" zijn *maatschappen* in de klassieke zin (*supra*, Deel II): soms vormt ideologie of winstbejag het cement, maar omwille van het voortdurende wantrouwen dat de werking beheerst, gaat het voor de meesten om verbintenissen *intuitus personae*. Het verdwijnen van personen brengt dan ook niet zelden betwistingen in de organisatie mee. Vanwege de primitieve manier waarop de meeste leden met conflicten en rivaliteiten omspringen, leidt dit vaak tot zelfvernietiging van de organisatie. Dat neemt niet weg dat ook wij erkennen dat, zoals iedereen, ook een crimineel met geldgebrek het moeilijker heeft en dat de clandestiniteit van organisaties dikwijls zorgt voor een belangrijke meerkost. Zoals de andere straffen zal dus ook de vermogensaanpak negatieve gevolgen hebben voor het functioneren van de "criminele onderneming". Wij geloven echter dat, net zoals bij vrijheidsstraffen, de organisatie en haar mentaliteit erop zijn gericht de straf om te buigen of de gevolgen ervan af te wentelen op anderen. Doordat de wetgever de aanpak niettemin veralgemeent²⁴⁹⁶, dreigen vooral de "minder gesofisticeerden" en de "pechvogels" extra, en waarschijnlijk onnodig hard, te worden aangepakt.

²⁴⁹⁴ Stessens nuanceert kritiek van de Amerikaan Fried op het weinig afschrikwekkend karakter van de vervallenverklaringen. Hij benadrukt de punitieve elementen van confiscatie van criminele vermogensvoordelen en zegt "*daarenboven houdt de nieuwe buitgerichte benadering in dat niet meer in termen van afschrikking wordt gedacht. De nieuwe benadering is niet gericht op personen maar op structuren; het gaat niet om de subjectieve consequenties t.a.v. de daders, maar om de objectieve consequenties t.a.v. misdadestructuren. Wat ook de juiste verklaring is voor het beperkt succes van de traditionele strafrechtelijke wapens in de strijd tegen de georganiseerde misdaad, het besef is gegroeid dat de criminele structuren zelf dienden ondergraven te worden. De nieuwe, buitgerichte benadering onderscheidt zich van de vroegere doordat zij tracht de belangrijkste functie van de misdaadonderneming aan te tasten, nl. het genereren van winst.*" Zo zouden ze "*in hun diepste vezels geraakt worden*" (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*,13-14)

²⁴⁹⁵ Zoals het onderscheppen van transporten en smokkelladingen weliswaar geen "doodsteek" betekent voor de meeste organisaties en weinig of geen weerslag zal hebben op de markt, maar specifieke organisaties toch flink kan "storen".(*supra*)

²⁴⁹⁶ *Infra*: §3.

DOELSTELLING- In Hoofdstuk 2 citeerden wij Stessens' bewering dat "om effectief te zijn, de bestrijding van (sommige profijtgerichte criminaliteitsfenomenen die met de traditionele middelen van het strafrecht en het strafprocesrecht niet succesvol te bestrijden vallen en een economisch en politiek gevaar creëren) gericht (moet) zijn op ontnemen van het profijt."²⁴⁹⁷ Effectief zijn²⁴⁹⁸, betekent de vooropgestelde doelstellingen bereiken. Die doelstellingen staan echter niet met zoveel woorden op papier. Waarschijnlijk valt men dan terug op de eerder genoemde maxime dat "criminaliteit niet mag lonen". Is drugsbestrijding slechts effectief als alle drugs de wereld uit zijn? Neen toch. Volgens ons volstaat de bescheidener doelstelling van het waarborgen van een zekere maatschappelijke orde die geen tegenmachten duldt die gebaseerd zijn op met geweld of corruptie afgedwongen gezag en absolute straffeloosheid. Het ongelukkige aan de uitdrukking van Stessens is dat zij van een *middel* van strafbeleid, de ontneming van door criminaliteit verworven profijt, een doel op zich lijkt te maken²⁴⁹⁹. De andere, meer traditionele doelstellingen van straf en strafbaarstelling verdwijnen daarmee uit beeld. Het hele betoog komt immers in een *functioneel* perspectief te staan: hoe kunnen wij zoveel mogelijk afpakken²⁵⁰⁰? Gelukkig hechten auteurs als Stessens ook een groot belang aan rechtsbescherming: zijn pleidooi terzake is voorbeeldig. Vreemd genoeg lijkt hij echter niet te twifelen aan de verenigbaarheid van het objectief en de door hem geëiste rechtsbescherming²⁵⁰¹.

1.4.Zaakgericht

SLECHT GELD- Vooral in het publieke discours duikt vaak de uitdrukking "crimineel geld" op. Daarachter gaat de belangrijke gedachte schuil dat het "crimineel" vermogen een eigenschap is van dat vermogen, los van de al dan niet erbij betrokken personen. De hele "buitgerichtheid" als alternatief voor "dadergerichtheid", van de *in rem*-aanpak als alternatief voor de *in personam*-aanpak komt daar op neer. Men wekt dus de indruk dat het "crimineel" karakter als een soort erfzonde, als een

²⁴⁹⁷ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., xxxi.

²⁴⁹⁸ De ondertitel van zijn proefschrift, "Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit", laat er geen twijfel over bestaan dat het hier om draait.

²⁴⁹⁹ Dat is nochtans geenszins zijn bedoeling, integendeel. Hij waarschuwt uitdrukkelijk dat dit niet mag gebeuren: STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 598.

²⁵⁰⁰ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 20 is zich hiervan goed hiervan bewust en maakt dus zelf voorbehoud ten opzichte van dit eendimensionale denken. Toch lijkt hij zich er in de verdere uitwerking van zijn ideeën nauwelijks tegen te verzetten, integendeel. Zijn rechtvaardiging komt in het slotwoord: *Ibidem*, 596.

²⁵⁰¹ Wij vrezen dat de absolute onverzoenbaarheid van de onderliggende premissen dat onmogelijk maakt. (*infra*)

eigenschap aan geld blijft “plakken”. Daarin herkennen wij een terugkeer naar primitieve ideeën (*supra*, Hoofdstuk 1) en hun “moderne” Amerikaanse versie met de juridische fictie van het schuldig goed (*supra*, Hoofdstuk 3). Volgens ons ligt hier het kalf gebonden: wij pleiten immers voor de volstreekte schuldombekwaamheid van goederen en dieren, dat wil zeggen dat zij geen strafbare daden kunnen stellen. Goederen komen maar in de strafrechtelijke sfeer terecht door de tussenkomst van personen, zodat zij slechts mogen worden aangepakt als deel van de aanpak van die persoon. Goederen kunnen wel gevaarlijk zijn: gifstoffen, radio-actief materiaal, bedorven of besmette voedingswaren, explosieven, sommige roesmiddelen²⁵⁰². Maar "gevaarlijkheid" kan pas door middel van een onverantwoord hoge vorm van abstractie worden doorgetrokken tot (echt) geld of luxegoederen. “Illegaliteit” mag niet worden vergeleken met een virus dat alles wat ermee in aanraking komt, aantast. Er zat een zekere logica achter de klassieke opvatting dat de afstand tot het onderliggend misdrijf het schuldbesef van wie een deel van de opbrengst ontvangt, doet verwateren (dat is alleszins een psychologisch effect bij de meeste natuurlijke personen). Overigens veronderstelt, nu de financiële wereld helemaal “gemonialiseerd” is, een doorgedreven vermogensaanpak ook nationale en internationale overeenstemming over wat “crimineel” en wat “legitiem” is. Aan het einde van Deel II stelden we al vast hoe moeilijk "toegelaten gedrag" van "strafbaar gedrag" te onderscheiden valt. Internationaal geldt dat des te meer, ondanks pogingen om tot afspraken te komen. Behalve wanneer die beperkt blijven tot een heel klein aantal misdrijven, lijkt die overeenstemming moeilijk haalbaar.

TASTBAAR- In de discussie over de vermogensaanpak denkt men nog altijd in de eerste plaats aan tastbare, waardevolle zaken. "Geld" is vandaag de dag echter in de eerste plaats iets virtueels, een rekeneenheid. De functie van geld is die van universeel ruilmiddel. "Goed" geld is geld dat aanvaard wordt als ruilmiddel, als betaalmiddel²⁵⁰³. Het heeft handel mogelijk gemaakt tussen partijen die mekaar niet kennen en die over geen middelen beschikken om elkaars betrouwbaarheid na te gaan²⁵⁰⁴. Papiergeld vormt slechts een fractie van het totale geld: meer en meer

²⁵⁰² Zelfs dat gevaar hangt vaak van context en personen af: wat gevaarlijk is voor minderjarigen, is dat niet noodzakelijk voor volwassenen.

²⁵⁰³ Wat bijvoorbeeld niet het geval is voor vals geld dat als dusdanig herkend wordt. De strijd tegen vals geld gebeurt vooral om de greep van de overheid op het geldvolume en dus op het monetair beleid te behouden en om de “geloofwaardigheid” van het geld te behouden.

²⁵⁰⁴ Papiergeld is ontstaan uit de wisselbrief, een betalingsbelofte die losgekoppeld is van onderliggende verbintenissen tussen eventuele partijen en daarom doorgegeven kan worden. De moderne staat is zich pas later het monopolie van de uitgave van papiergeld naar zich toe gaan trekken controleren. Zelfs dan kan ook “echt” geld “waardeloos” zijn, als het *de facto*

gaat het om giraal geld in de meest complexe varianten. Het vermogen, dat zijn niet langer alleen de bankbriefjes, goudstukken en juwelen, maar ook opties, toekomstige-aankoop-verbintenissen, aandelen in bedrijven of in levensverzekeringsfondsen, schuldvorderingen en schulden die geruild worden met andere die uitgedrukt zijn in een andere munteenheid. Wie oog heeft voor de complexiteit van sommige hedendaagse “vermogensrechtelijke posities”, beseft dat het wezenlijke van geld in zijn hedendaagse betekenis zijn vluchtigheid en vermengbaarheid is (*supra*, Hoofdstuk 2). Dat betekent dat men (moreel) “goed” en (moreel) “slecht” geld slechts zelden van elkaar kan onderscheiden.

VERBEURDVERKLARING MEEST GESCHIKT- De zaakgerichtheid van de vermogensaanpak mondde onvermijdelijk uit in het tweede axioma van de Belgische aanpak: dat de verbeurdverklaring het instrument bij uitstek is om “het profijt” uit de criminaliteit te halen. Deze enige “zaakgerichte” (*in rem*) straf is steeds een vreemde eend in de strafrechtelijke bijt geweest. Maar omdat zij eigenlijk weinig werd gebruikt, kon men de ingebakken ongerijmdheden met de mantel der liefde bedekken. Is ze inderdaad wel zo geschikt? Als voorkeursinstrument van de vermogensaanpak moet ze kritisch worden bekenen (*infra*, §2).

1.5. Volstrekt respect voor de klassieke regels van het strafrecht

GEEN REVOLUTIE- Met een vermogensgerichte wetgeving wilde de wetgever alle vormen van door winstperspectief gemotiveerde misdrijven bestrijden (en ontraden). De regering vatte de hele operatie echter op als een logische evolutie, helemaal niet als een Copernicaanse revolutie waarbij ze een dadergericht strafrechtsbestel zou inruilen voor een vermogensgericht strafrechtswezen. Voor haar was het louter een modernisering, een kleine aanpassing van bestaande strafrechtelijke begrippen zoals « verbeurdverklaring » en « heling ». Keer op keer benadrukte ze dat zij niets wilde veranderen aan de grondbeginselen van Belgisch strafrecht (*supra*, Hoofdstuk 4). België gelooft dat de nodige ontneming mogelijk is zonder de klassieke regels aan te tasten. Wij durven eraan twijfelen: sommige praktische moeilijkheden lijken onverbreekbaar verbonden met de keuze niet te raken aan het klassieke strafrecht en de onderliggende beginselen.

niet aanvaard wordt voor handelstransacties. Nationaal kan men met wetten trachten mensen te verplichten tot het aanvaarden van het eigen “staatsgeld”, doch buitenlandse partners kan men niet dwingen.

§2. De vernieuwde vermogensaanpak

2.1. De nieuwe bijkomende straf verbeurdverklaring van vermogensvoordelen

2.1.1. Inleiding

DRIE COMPONENTEN- De Belgische wetgever wil de vermogensaanpak via de straf van de verbeurdverklaring waarmaken. Hij liet alle bestaande bepalingen onaangeroerd en voerde een nieuwe, facultatieve straf in, de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen. Eerst vragen we ons af wat hem bewoog hardnekkig vast te houden aan de *straf* als "ontnemingsinstrument" (2.1.2.). Daarna stellen we vragen naar wat eigenlijk de *verbeurdverklaring* is, welke de eigenschappen zijn die haar doen verschillen van gelijkaardige vermogenstraffen (2.1.3.). We sluiten af met een kritische blik op de interpretatie van het begrip *vermogensvoordelen*, als doelwit van de "buitgerichte aanpak" (2.1.4.).

2.1.2. Straf

WAARBORG- Voor de Belgische wetgever staat één gegeven als een paal boven water: de vermogensaanpak door ontneming moet gebeuren via straffen. Bij de totstandkoming van de wet stelde niemand de vraag "waarom?", laat staan dat iemand ze beantwoordde. Nochtans denkt men er in het buitenland duidelijk anders over en wist de regering dat. Blijkbaar wilde onze wetgever echter vooral de rechtsbeschermende functie van strafrecht en strafprocedure niet opofferen. De wezenlijke vraag: waar ligt het verschil tussen straf en maatregel, kwam echter niet uitdrukkelijk aan bod. Eerder dan de *bedoeling* van de wetgever²⁵⁰⁵ te benadrukken (zoals in de V.S.)²⁵⁰⁶ keek de Belgische wetgever van 1990 blijkbaar naar het *effect*

²⁵⁰⁵ Sommigen geloven dat het vooruitzicht van de latere verbeurdverklaring kandidaat-criminelen zal doen terugdeinzen (*supra*, Hoofdstuk 4), iets waar wij, op zijn zachtst gezegd aan durven twijfelen. Stessens daarentegen wijst erop dat de ontneming niet zozeer ontradend (preventief) wil werken, maar eerder retributief. "*De nieuwe strafrechtelijke instrumenten (confiscatie, strafbaarstelling van witwassen) zijn eerder gericht op de incapacitatie dan op de afschrikking van georganiseerde misdaad.*" (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op. cit., 14.)

²⁵⁰⁶ En zoals het Hof van Cassatie doet met "herstelboetes" in het administratief-sanctierecht, bijvoorbeeld het douanerecht: "Overwegende dat artikel 221, § 1, AWDA bepaalt dat in de bij artikel 220 van de vermelde wet bepaalde gevallen onder meer de goederen worden in beslag genomen en verbeurd verklaard; Dat deze verbeurdverklaring een zakelijk karakter heeft, meer bepaald omdat de uitspraak ervan niet vereist dat de veroordeelde of de ontduiker eigenaar is van de verbeurd te verklaren goederen, en evenmin dat de ontduiker bekend is; Overwegende dat bij verbeurdverklaring van niet-aangehaalde goederen op de veroordeelde de verplichting rust deze voor te brengen; Dat de veroordeling tot de betaling van de tegenwaarde van de verbeurdverklaarde goederen bij niet-voortbrenging ervan geen

dat de vermogenssanctie heeft op de veroordeelde. Die ervaart het zonder compensatie afnemen van zaken die hem toebehoren natuurlijk als een « leedtoevoeging ». Dat is zelfs zo als hij objectief-boekhoudkundig gezien nog steeds « heeft verdiend » aan het misdrijf: het wegnemen (verbeurdverklaren) van het voorwerp, de middelen of producten van een misdrijf gebeurt immers zonder naar de « opbrengst » te kijken en wordt steeds als straf bestempeld. Het valt op dat de wetgever in 1990 er helemaal geen punt van maakte om het afpakken van vermogensvoordelen te onderscheiden van het afpakken van wapens of drugs. Nochtans vormde de verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel de centrale uitzondering op de traditionele regel dat de verbeurdverklaring een straf is. Blijkbaar was hij beducht voor een "etikettenzwendel", waarbij een punitieve sanctie "maatregel" zou worden genoemd om de waarborgen van strafrecht- en procedure te omzeilen.

2.1.3. Begrip verbeurdverklaring

ZAAKGERICHT- Als de ontnemingssanctie een straf moest zijn, dan moest het - gelet op het eerder genoemd zaakgericht denken - noodzakelijk de enige "in rem - straf" zijn die ons strafrecht kent: de verbeurdverklaring. De voorbereidende werken zeggen niet waarom niet voor "afroombgeldboeten" werd gekozen, zodat daar we enkel naar kunnen gissen. Vermoedelijk is de reden dezelfde die Nederland tot invoering van een ontnemings-maatregel heeft gedwongen: de mening dat het niet goed is de omvang van de schuld (die zich weerspiegelt in de omvang van de geldboete) aan de omvang van het profijt te koppelen²⁵⁰⁷. In het bijzonder strafrecht voelt dezelfde wetgever nochtans op dat vlak geen schroom.

GEEN OMSCHRIJVING- Het Strafwetboek definieert « verbeurdverklaring » niet. De klassieke definitie van verbeurdverklaring in de rechtsleer is: « *gedwongen eigendomsoverdracht van de veroordeelde op de staat*²⁵⁰⁸. Die gebeurt automatisch, *ipso facto*, door het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak, op datum van die uitspraak. Nergens geeft de wetgever enige hint dat hij dit wil veranderen. Alleen kan de eigendom sinds 1990 ook overgaan op de burgerlijke

straf is maar een civielrechtelijk gevolg van de strafrechtelijke veroordeling tot verbeurdverklaring" (Cass. 21 september 1999, Arr. Cass. 1999, 474.)

²⁵⁰⁷ Zie voor de kritiek op afroombgelden in Nederland: STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 6

²⁵⁰⁸ VAN MUYLEM, E., op.cit., 2.

partij²⁵⁰⁹.

2.1.4. Begrip vermogensvoordeel

WAARDE OF EFFECTIEVE PRIJS- Het nieuwe begrip "vermogensvoordelen uit een misdrijf" heeft een hoop kritiek uitgelokt²⁵¹⁰. Het is om te beginnen niet duidelijk of de rechter bij het verdwijnen van de buit de waarde (van een gestolen goed bijvoorbeeld), dan wel het werkelijk ervoor ontvangen bedrag (wanneer de "hete" goederen onder hun marktprijs waren verkocht) als vermogensvoordeel moet beschouwen. Terwijl men bij schadevergoeding voor het eerste zou opteren, lijkt ons voor "vermogensvoordelen" eerder het tweede aangewezen²⁵¹¹. Doch er bestaan nog veel grotere problemen met het begrip.

BRUTO- Volgens justitieminister Wathelet mochten rechters alleen bruto-inkomsten als "vermogensvoordelen uit een misdrijf" beschouwen (*supra*, Hoofdstuk 4). Als een dealer drugs verkoopt aan 1000 EURO, beschouwde de Minister die 1000 als vermogensvoordeel. Rechtspraak en rechtsleer volgen hem blijkbaar daarin²⁵¹². Als bewijs van een "harde aanpak van de criminaliteit" klinkt het natuurlijk ook goed. Vanuit moreel en politiek standpunt valt het ook moeilijk te verdedigen om drugshandel te behandelen als een gewone economische activiteit²⁵¹³. De bedoeling

²⁵⁰⁹ Stessens vermijdt trouwens het woord "verbeurdverklaring". Om de verschillende regimes in de verschillende landen te kunnen analyseren hanteert hij een soort overkoepelend begrip: "confiscatie". Hij verwijst naar de omschrijvingen in het Verdrag van Wenen en dat van Straatsburg. Volgens het eerste gaat het om "*het permanent ontnemen van eigendom op bevel van een rechter of van een andere bevoegde autoriteit*". De tweede heeft het over "*een straf of maatregel opgelegd door een rechter na een procedure in verband met één of meer strafbare feiten, welke straf of maatregel leidt tot het blijvend ontnemen van de beschikkingsmacht over voorwerpen*." Ook de Nederlandse versie van deze verdragen, die in het Staatsblad werd gepubliceerd, gebruikt het begrip "confiscatie". Stessens wijst op het verschil (de verplichte tussenkomst van een rechter volgens het Europees witwasverdrag), maar kiest niet duidelijk voor een omschrijving. Hij beperkt zich tot de vaststelling dat "*het resultaat van de rechtshandeling volgens beide definities het definitieve verlies van eigendom van goederen is*" (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 38-39) Daardoor draagt hij ongewild bij tot de verwarring die de Belgische discussie plaagt. Die is immers het gevolg van de onzuivere begrippen die de wetgever, rechtspraak en rechtsleer hanteren. Want feit dat de verbeurdverklaring nu net een straf is en géén maatregel, is wezenlijk voor ons systeem. Zo dadelijk zullen we zien dat ook het idee van "waardeconfiscatie" waarvan art.43bis Sw. de uitdrukking is, moeilijk met de letter van deze omschrijvingen te verzoenen valt.

²⁵¹⁰ VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 385-406

²⁵¹¹ Dat is het logische spiegelbeeld van het meerekenen van de opbrengsten van investeringen van de buit.

²⁵¹² Stessens wijst erop dat die brutobegroting net een uiting is van het punitief karakter van de sanctie, zodat die zeker als straf moet behandeld worden, maar nooit verplicht zou mogen zijn. Hij trekt de parallel met de Straatsburgse rechtspraak over de Engelse forfeitures in drugszaken. (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 62-63)

²⁵¹³ STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 62, die ook op bewijsproblemen bij in het buitenland gepleegde misdrijven wijst.

is immers niet alleen de opbrengst van het concrete feit, maar ook de baten van niet-bewezen eerdere feiten af te romen.

KRITIEK- Het gaat niettemin om een onaanvaardbare redenering²⁵¹⁴. In de wet staat duidelijk "*vermogensvoordelen*" en niet "*(bruto)inkomen*" uit het misdrijf. Intellectuele eerlijkheid verbiedt te spreken over voordelen als de criminele onderneming niet uit de rode cijfers is geraakt. Als de dealer zelf 600 Euro betaald heeft voor de drugs en voor 200 onkosten heeft gehad, bedraagt het vermogensvoordeel 200 Euro, niet 1000. Zelfs wie weigert de werkingskosten "aftrekbaar" te maken, moet toegeven dat minstens met de aankooprijks rekening moet worden gehouden²⁵¹⁵. Het vermogensvoordeel bedraagt dan hooguit 400 Euro, geen 1000. Stessens en Vandeplass noemen het daarenboven "*onaanvaardbaar dat - zoals in België de lege lata het geval is - de vermogensvoordelen uit een misdrijf nog geconfiscieerd kunnen worden nadat de dader van het misdrijf het slachtoffer reeds vergoed heeft*"²⁵¹⁶. Twee andere voorbeelden kunnen de absurde gevolgen van de huidige Belgische interpretatie illustreren.

VLIEGWIELEFFECT- Het eerste pervers gevolg is een onvermijdelijke inflatie van verbeurdverklaringen. Stel dat een drughandelaar een bank binnenstapt met zakken vol Amerikaanse dollars (met een tegenwaarde in BEF van 50 miljoen) die hij wil omwisselen in Belgische franken. Hij zegt tegen de loketbediende dat die 5% mag houden bovenop de gewone commissie van 5% die de bank aanreken, als hij de transactie niet meldt. De drughandelaar stapt buiten met 45 miljoen BEF, de Amerikaanse dollars belanden deels bij de bank (de tegenwaarde van 47,5 miljoen BEF) en deels bij de loketbediende (de tegenwaarde van 2,5 miljoen BEF). De bank

²⁵¹⁴ De intenties van de Minister mogen dan wel gezag hebben, de enige manier om ze te verzoenen met de tekst van de wet is exclusief in te zoemen op het misdrijf van "verkoop van drugs" en het hoofd in de grond te steken voor de voorafgaande "aankoop" of het "bezit". Dat is helemaal in strijd met de gretigheid van de overheid om de strafbare gedragingen voor het overige als een groot geheel te beschouwen en de organisatie als "onderneming".

²⁵¹⁵ Bij berekening van het vermogensvoordeel zouden de ontnemers eigenlijk een regime van al dan niet aftrekbare onkosten moeten uitwerken: een soort apart fiscaal regime voor illegale activiteiten. Dat dreigt surrealistische vormen aan te nemen, zodat het de vraag is waarom geen gebruik gemaakt wordt van de klassieke fiscale aanpak die geen onderscheid maakt naar oorsprong van de activiteiten, doch bij niet-aangifte (erg waarschijnlijk bij vele illegale activiteiten) de aanslag kan verhogen. In feite "romen" de registratierechten, notarissen en advocatenkosten ook het profijt af.

²⁵¹⁶ STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 93; VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", op.cit., 396-397. Nederland kampt trouwens met een vergelijkbaar probleem: VAN DER NEUT, J., "Het materiële ontnemingsrecht", in: GROENHUIJSEN, M.; VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J.(eds.), op.cit., 57.

ontdekt de transactie en er komt een vervolging. De combinatie van art. 42,3° en 505 Sw. met de lezing van vermogensvoordelen als bruto-inkomsten zou dan leiden tot de *verplichte* verbeurdverklaring als straf tegen de drughandelaar van de 45 miljoen BEF en de vijf miljoen "commissie". Samen vormen ze immers het voorwerp van zijn witwasmisdrijf. Doch ook tegen de loketbediende moet verplicht de verbeurdverklaring uitgesproken worden van de Amerikaanse dollars (met een tegenwaarde van 50 miljoen BEF). Die vormen immers het voorwerp van zijn witwasmisdrijf. Hoewel er maar 50 miljoen bestaat, is de verbeurdverklaring van 100 miljoen verplicht. Bij elke verdere omzetting, of elke keer dat de "buit" door de handen van een nieuwe persoon passeert, komt daar 50 miljoen bij²⁵¹⁷. Dit "vermenigvuldigings- of vliegwieleffect" op verbeurdverklaringen, zou de staat op korte termijn rijk kunnen maken.

INCASSOPROBLEEM- Helaas zullen de schulden niet kunnen worden gerealiseerd: het geld bestaat immers niet echt. Daarenboven verwijst - en dat is waarschijnlijk een vergissing geweest van de wetgever - art.43bis Sw. (verbeurdverklaring gelijkwaardig bedrag) enkel naar art.42, 3° Sw. (vermogensvoordelen uit een misdrijf) en niet naar art.42, 1° Sw. (voorwerp van het misdrijf). De vermogensvoordelen van misdrijf A (drughandel) worden nu uitdrukkelijk uitgeroepen tot voorwerp van witwasmisdrijf B. Bijgevolg is de verbeurdverklaring van de opbrengst *facultatief* voor misdrijf A, maar *wel* bij equivalent mogelijk en *verplicht* voor misdrijf B, maar *niet* bij equivalent mogelijk²⁵¹⁸. Dat zou betekenen dat het bedrag enkel van de bank "afgepakt" kan worden als het (origineel) nog bij de bank zit, wat enigszins logisch is. Helaas is het wezen van het begrip "vermogensvoordelen" in art.42, 3° Sw. dat het losgekoppeld is van het "goed", dus ook op de vervangingsgoederen slaat. Ook na de omzetting door de bank blijven het met andere woorden vermogensvoordelen (*infra*): de verwarring stijgt ten top....

²⁵¹⁷ Stessens voelt het probleem wel aan, doch vertaalt dat ongelukkigerwijze in een mogelijk "bis in idem"-probleem. (STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 90-94) Aangezien het nu niet gaat over dezelfde persoon die tweemaal vervolgd of gestraft wordt, verwacht zijn analyse eerder dan te verhelderen. Ze gaat immers over het tweemaal (*bis*) afpakken van hetzelfde geld of goed (*idem*) of de tegenwaarde ervan van verschillende personen. Hij komt niet tot het verwerpen van de gelijkstelling bruto-inkomsten met vermogensvoordelen. In 2000 gebruikt hij de betere formulering "*dubbele ontneming van hetzelfde voordeel*", maar behandelt hij het thema bewust niet in het tijdschriftartikel in kwestie. (STESSENS, G., "Nogmaals...", op.cit., 1073). DIRIX, E., op.cit., 198-199 signaleert "als toemaatje" het probleem van "*geometric multiplication of the plaintiff's property*" en meent (terecht) dat dit voorkomen wordt (lees: moet worden) door "voordeelstoerekening".

²⁵¹⁸ VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., op.cit., 208, komen na grondige analyse tot dit besluit, "*hoewel tijdens de verdere parlementaire besprekingen het tegendeel lijkt te zijn gesuggereerd.*"

BETER- Ontneming van het echte (netto)voordeel²⁵¹⁹ is wel logisch en economisch zinvol: de 45 miljoen BEF van de drughandelaar, de 2,5 miljoen van de loketbediende²⁵²⁰. Of de bank haar 2,5 miljoen normale commissie mag houden wanneer haar als dusdanig geen misdrijf verweten kan worden, is voor discussie vatbaar²⁵²¹. De verbeurdverklaring als vermogensvoordeel van de Amerikaanse dollars (met tegenwaarde van 45 miljoen) die als bruto-inkomst bij de bank terecht kwamen, moet echter worden uitgesloten.

LEGALE MARKT- Uit de moeilijke situatie van de bank blijkt hoe gek het is de onkostenzijde zomaar te negeren wanneer het niet gaat om puur illegale markten zoals die van drugs, maar met illegale praktijken in voor het overige legitieme markten²⁵²². Een tweede voorbeeld kan de perverse gevolgen van deze Belgische keuze illustreren. Stel dat een handelaar in strijd met de wet een product 2 % boven de wettelijk vastgelegde maximumprijs verkoopt. Het wederrechtelijk vermogensvoordeel zou dan logischerwijze die 2% zijn. Volgens de meerderheidsinterpretatie in België zou daarentegen de volledige verkoopprijs als vermogensvoordeel uit het misdrijf beschouwd moeten worden. Dan hoeven er niet eens veel inbreuken te zijn gepleegd om de handelaar failliet te laten gaan.

FACULTATIEF- Helpt het dan dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen een facultatieve straf is? Minister Wathelet verwees naar de andere belangen (schadevergoeding, werknemers e.d.) waar de rechter rekening mee kan houden om

²⁵¹⁹ Doch aangezien voor het "fysiek afwezige" vermogen in België teruggevallen wordt op verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag, bestaat in België geen enkele rem op deze praktijk. (Cfr. STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 93.) Stessens ziet daarin geen reden om de interpretatie van "vermogensvoordeel" te veranderen, hij stelt voor dat een soort "aftrek" moet gebeuren van al opgelegde verbeurdverklaringen.

²⁵²⁰ Indien hij door de bank om dringende redenen ontslagen is, zal hij het geleden financieel verlies waarschijnlijk niet in mindering mogen brengen, net zomin als de geldboetes die hij eventueel moet betalen. Cfr. VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en winsten", *R.W.* 1997-98, 301.

²⁵²¹ VERSTRAETEN, R. en CORNELIS, L., op.cit., 208 wijzen erop dat indien de witwasser bijvoorbeeld voor het witwassen van 45 miljoen een commissie betaald krijgt met "wit", legaal verdiend geld, de verbeurdverklaring ervan op grond van art.42, 1° Sw. niet mogelijk is. In ons voorbeeld, waar de commissie wel degelijk uit het misdrijf afkomstig was, ligt het antwoord in de vraag of de bank als dusdanig strafbaar is op grond van 505 Sw., met name of de vereiste schuldvorm aanwezig was.

²⁵²² STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, op.cit., 63: hij wijst ook op het probleem dat wanneer betaalde belastingen op het illegaal verkregen vermogen niet mogen afgetrokken worden, de veroordeelde die belasting heeft betaald slechter af is dan degene die dat niet deed. Het standpunt van de Belgische Administratie van Registratie en Domeinen is dat de staat de betaalde belastingen moet teruggeven.

het facultatief karakter te rechtvaardigen (*supra*, Hoofdstuk 4). Het alles-of-niets-karakter dat in het woord facultatief zit, is blijkbaar niet tot hem doorgedrongen. Weliswaar mag de rechter kiezen of hij al dan niet een verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uitspreekt. Maar als hij beslist dat inderdaad te doen, slaat de verbeurdverklaring wegens haar *in rem*-karakter wél op het hele bedrag. De dogmatische logica verbiedt dat hij een duidelijk bewezen vermogensvoordeel van 10 miljoen uit billijkheid mildert tot 5 miljoen, omdat anders het bedrijf van de veroordeelde overkop zou gaan. Anders dan de vrijheidsstraf of de geldboete is de verbeurdverklaring immers niet fractioneerbaar. "Op zijn Belgisch" hebben rechters daar een mouw aan gepast. Ze maken, doet De Nauw opmerken, volop gebruik maken van de dubieuze techniek van schattingen *ex aequo et bono*. Dat vloekt met de dogmatische logica achter de verbeurdverklaring. De Nauw en Van Caeneghem betreuren het gedoogbeleid van het Hof van Cassatie ten aanzien van deze praktijk²⁵²³.

2.1.5. Samenvatting

BEPERKT VERNIEUWEND?- De Belgische wetgever geeft de indruk dat hij slechts een *straf* als instrument voor de ontneming van "criminele winsten" wil toelaten, omdat er dan tijdens de voorafgaande procedures voldoende waarborgen zouden zijn voor de rechten van alle betrokkenen. De sanctie kan dus enkel na strafrechtelijke veroordeling en enkel tegen de veroordeelde persoonlijk. Volgens de wetgever volstond daartoe de invoering van een bijkomende verbeurdverklaring, met name die van vermogensvoordelen. De wet zegt helaas echter nog steeds niet wat een verbeurdverklaring is. Volgens de rechtsleer gaat het om een straf die bestaat uit de gedwongen overdracht van de eigendom van een concrete zaak van de veroordeelde aan de staat. Die gebeurt van rechtswege door de veroordeling. Sinds 1990 kan de eigendom evenwel ook overgaan op de burgerlijke partij. Het begrip "vermogensvoordelen" zou volgens de regering als bruto-inkomsten uit het misdrijf geïnterpreteerd worden. Een kritische analyse van dit standpunt legt de onhoudbaarheid ervan echter bloot. Enkel nettowinst genoten door de veroordeelde persoon zou ervoor in aanmerking mogen komen. De minister miskent trouwens ook de betekenis van een facultatieve straf. Ten onrechte leest hij hierin de mogelijkheid voor de rechter om de omvang van het verbeurd te verklaren voordeel te milderen.

²⁵²³ DE NAUW, A., "De voordeelsontneming, een eerste evaluatie...", *op.cit.*, 52, VAN CAENEGHEM, P., "Art.43bis...", *op.cit.*, 98-99.

2.2. De grote innerlijke tegenstrijdigheden

2.2.1. *Het sparen van kool en geit*

INCOHERENT- De Belgische wetgever beweert dat hij een efficiënte "vermogensaanpak" kan verzoenen met de klassieke strafrechtelijke ideeën en regels waaraan hij vasthoudt: zowel geit als kool blijven gespaard. Hij vergist zich: de klassieke beperkingen zijn een oorzaak van de beperkte efficiëntie en dus had hij moeten kiezen: of het één, of het ander. Hij deed dat helaas niet. Daardoor tast een reeks inherente tegenstrijdigheden de Belgische vermogensaanpak in de wortel aan²⁵²⁴. Eerst en vooral houdt de wetgever vast aan het *persoongebonden* karakter van straffen, wat echter botst met zijn gelijktijdige nadruk op het *in rem*-karakter, meer bepaald met het in sommige gevallen uitdrukkelijk overboord gooien van de eigendomsvereiste (2.2.2.). Dezelfde dubbelzinnigheid en hetzelfde gebrek aan coherentie plagen ook de redenering die de wetgever bouwt op het "*in rem*"-karakter van de verbeurdverklaring ("*objectconfiscatie*"), om dan plots de verbeurdverklaring van een *gelijkwaardig bedrag* toe te staan ("*waardeconfiscatie*") (2.2.3.)²⁵²⁵. Tenslotte valt ook een en ander aan te merken op de invoering van de verbeurdverklaring ten voordele van de burgerlijke partij. Voor die uitzondering op de wezenlijke keuze voor de verbeurdverklaring als straf draagt de wetgever weinig overtuigende argumenten aan (2.2.4).

2.2.2. *Persoonlijk en toch in rem*

PERSOONLIJK- Van in het begin hanteert de wetgever dus het respect voor de algemene beginselen als rechtvaardiging voor de gekozen aanpak: verbeurdverklaring blijft een bijkomende straf²⁵²⁶ en bestraffing blijft beperkt tot de veroordeelde persoon en zijn vermogen. Dat geeft hij zelf op als grond voor de invoering van de ruime strafbaarstelling van witwassen (*supra*)²⁵²⁷. In 1997 onderstreept hij zijn afkeer voor pure *in rem*-sancties (losgekoppeld van schuld en

²⁵²⁴ Hoofdstuk 3 heeft overigens geleerd dat de buitenlandse keuzes voor een alternatieve benadering deze problemen hooguit kunnen verschuiven, zonder dat ze echt verdwijnen.

²⁵²⁵ Het gaat om de door Stessens gebruikte begrippen.

²⁵²⁶ Het Hof van Cassatie bevestigde dat door aan derden die door een verbeurdverklaring "getroffen" worden het recht van verzet te geven tegen een beslissing van de strafrechtbank.

²⁵²⁷ In de voorbije jaren is het aantal (onpersoonlijke) sancties (verbeurdverklaring onafhankelijk van de eigendom, sluiting van bedrijven of vestigingen die geen eigendom van de veroordeelde persoon enz.) aanzienlijk toegenomen, waardoor het beginsel van de persoonlijke straf meer en meer in de verdrukking geraakt.

straf) nog eens door de uitvoering van buitenlandse vervallenverklaringsmaatregelen (*civil forfeiture*) in België uit te sluiten²⁵²⁸.

IN REM- De eigendomsvereiste waarborgde klassiek dat de *in rem*-sanctie binnen de grenzen van de beginselen van persoonlijke schuld en straf bleef²⁵²⁹. Stessens beweert dat verbeurdverklaring nog steeds onmogelijk is wanneer een derde de verbeurdverklaarde goederen in eigendom heeft. Hij redeneert *a contrario* vanuit de mogelijkheid tot verbeurdverklaring van een evenwaardig bedrag van de geschatte vermogensvoordelen (43bis, tweede lid Sw.) en verwijst naar de voorbereidende werken²⁵³⁰. De meeste andere auteurs zijn het niet met hem eens en geloven dat de wetgever wel degelijk verbeurdverklaring zonder eigendom voorstond²⁵³¹.

MOMENT EIGENDOM- Volgens ons ligt de oorzaak van de verwarring in de onduidelijkheid van het *moment* waarop men doelt. Stessens zegt: voor de "afpakbaarheid" moet de eigendomssituatie worden bekeken op het *moment* van het *misdrijf*. Stel dat de dader de goederen *in de periode tussen misdrijf en veroordeling* doorspeelt aan iemand die op de hoogte is van de criminele oorsprong, dan kan die transactie wegens strijdigheid met de strafwet en dus de openbare orde geen eigendomsoverdracht tot gevolg hebben. De "beweerde" derde is dus geen eigenaar, hij is het ook nooit geweest, hij is slechts een schijnbare eigenaar. Wanneer hij daarentegen te goeder trouw heeft gehandeld, is hij wel eigenaar en kan het goed niet worden verbeurdverklaard²⁵³². Deze redenering bekoort, maar vertoont een fundamentele zwakte: als strijdigheid met de strafwet eigendomsoverdracht absoluut en definitief onmogelijk maakt, heeft het ook ten aanzien van de dader geen zin om van zijn "eigendom" te spreken²⁵³³. De andere auteurs kijken vooral naar eigendom op het *moment* van de *verbeurdverklaring, dus de uitspraak*.

²⁵²⁸ Art.4 van de wet van 1997, zoals toegelicht door de Minister (*Parl. St., Kamer 1995-96, 427/1, 6.*)

²⁵²⁹ De uitzondering, die van de producten, paste in de context van de klassieke misdrijfsomschrijving. Slechts zelden waren die zo geformuleerd dat er producten uit voortkwamen. Wanneer dat toch het geval was, zoals bij het vervalste stuk of het nagemaakte geld, kon dat niemands eigendom zijn of worden. Het ging om een soort *res nullius*.

²⁵³⁰ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 42-43.

²⁵³¹ DE NAUW, A., "De voordeelsontneming, een eerste evaluatie van de rechtspraak en van de wet", *op.cit.*, 48-49; DERUYCK, F., "Over de voordeelsontneming", *op.cit.*, 422-423 en de door hun aangehaalde auteurs.

²⁵³² STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 43.

²⁵³³ Dan zit je een beetje op de Amerikaanse golfengte van goederen die definitief "buiten de handel" zou zijn door hun betrokkenheid in criminaliteit.

WET- Wij vrezen dat de wetgever niet zo diep heeft nagedacht als Stessens en minder consequent was. Verleid door het volgen (*in rem*) van de naar derden of rechtspersonen weggesluisde "buit" liet hij tijdens de voorbereiding van de wet van 1990 uitdrukkelijk blijken dat eigendom niet noodzakelijk in de weg mag staan van de verbeurdverklaring. Ook art.505 Sw. zegt het uitdrukkelijk. Wij hebben de indruk dat de wetgever het wel degelijk had over eigendom *op het moment van de veroordeling*. Stessens kan er natuurlijk ook niet aan doen dat de wetgever zichzelf eigenlijk tegensprekt. Hoe begrijpelijk ook de bekommernissen²⁵³⁴, deze bocht van 180° die de wetgever midden in zijn redenering heeft gemaakt, vloekt met alle logica. Hoe kan een rechter de gedwongen *eigendomsoverdracht* van de veroordeelde op de staat of de burgerlijke partij uitspreken, als die veroordeelde *geen eigenaar* is? Hoe "neemt" hij iemand iets "af", wat die niet heeft? Die vraag is des te prangender, omdat voorafgaand beslag - anders dan in vele andere landen - géén voorwaarde meer is voor verbeurdverklaring.

RECHTSPERSOON- De straffeloosheid van rechtspersonen diende als belangrijke verantwoording voor de "onorthodoxe" keuzes. De meerderheid van de rechtsleer, blijkbaar gevolgd door het Hof van Cassatie maar niet door alle lagere rechtbanken, vond dat verbeurdverklaring ook mogelijk moest zijn wanneer de derde-eigenaar een rechtspersoon was²⁵³⁵. Stessens²⁵³⁶ repliceert, ons inziens volledig terecht, dat in vele gevallen volstaat zich te beroepen op de autonomie van het strafrecht bij de interpretatie van het begrip "eigendom" (*infra*). Deruyck is daarentegen een voorstander van verbeurdverklaring zonder eigendom, maar noemt ze wel een slecht surrogaat voor de ontbrekende strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen²⁵³⁷. Hij werd dan ook een van de geestelijke vaders van de strafbaarheid van rechtspersonen, die in 1999 in het Strafwetboek belandde. Een fundamentele ommezwaai, die niettemin niet gepaard ging met het schrappen van vroegere noodgrepen²⁵³⁸. De verbeurdverklaring zonder eigendom prijkt dus nog

²⁵³⁴ Rechtspersonen dreigden te ontsnappen en het geld op een bankrekening is privaatrechtelijk niet de *eigendom* van de rekeninghouder, die slechts een persoonlijke schuldvordering heeft op de bank.

²⁵³⁵ DE NAUW, A., "De voordeelsontneming, een eerste evaluatie van de rechtspraak en van de wet", *op.cit.*, 48-49; "De voordeelsontneming van zaken van derden", *op.cit.*, 1371-1373; M.FAURE, "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten", *op.cit.*, 269-270; FAURE, M. en DE ROOS, T., *op.cit.*, 299-301.

²⁵³⁶ STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 45. Enkele bladzijden verder (*Ibidem*, 50) verwerpt hij het geven van een brede betekenis aan begrippen als "eigendom" of "vermogen" nochtans. We nemen aan dat hij voor rechtspersonen een uitzondering maakt.

²⁵³⁷ DERUYCK, F., *De rechtspersoon in het strafrecht*, *op.cit.*, nrs.74-77 en 130; STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 46.

²⁵³⁸ STESENS, G., "Nogmaals...", *op.cit.*, 1084.

steeds tussen de straffen. Wetgever noch rechtspraak heeft trouwens ooit de uitzondering op de eigendomsvereiste beperkt tot de gevallen waarin de derde een rechtspersoon was. Verbeurdverklaring van eigendommen van derden blijft dus een ongerijmdheid.

DERDE TE GOEDER TROUW- Art.505, derde lid verplicht rechters de (witgewassen) goederen verbeurd te verklaren, onafhankelijk van de eigendom erover, echter *zonder dat de rechten van derden te goeder trouw in het gedrang gebracht mogen worden*. Art.43bis, laatste lid Sw. zegt dat iedere andere derde²⁵³⁹ die beweert recht te hebben op de verbeurdverklaarde zaak, *dit recht zal kunnen laten gelden* binnen een termijn en volgens de modaliteiten door de Koning bepaald. Maakt deze bijkomende waarborg de vorige ongerijmdheid goed? Niet helemaal. Hier merken we dat de verbeurdverklaring voor de staat een heel praktisch instrument is en herkennen we een Amerikaanse "tactiek" in verkapte versie. Bij de bestraffing van de verdachte maakt de rechter de staat automatisch eigenaar van de goederen. Als het goed eigendom was van een derde die niet tussengekomen is²⁵⁴⁰, heeft hij die derde bij verstek een straf opgelegd en beschikt de "veroordeelde derde" over het rechtsmiddel "verzet". (*supra* Hoofdstuk 4) Het proces zal heropend worden, de oorspronkelijke uitspraak tenietgedaan en de rechter zal beslissen of hij inderdaad een onschuldige derde is²⁵⁴¹. Wanneer de rechter vaststelt dat hij dat niet is, bestaat er een serieus risico dat de verzetdoende partij vervolgd zal worden als "heler" of medeplichtige aan witwassen. De wetgever heeft de verbeurdverklaring toegelaten zonder de eigenaar te horen, omdat hij verwachtte dat "schuldige" derden het niet aan zullen durven verzet aan te tekenen.

VOORBEELD- Helaas legt deze keuze ook een zware last op "onschuldige" derden²⁵⁴². Daarenboven zegt de wet dat "*de rechten van derden te goeder trouw niet in het gedrang mogen worden gebracht*" en dat derden hun rechten "*kunnen laten gelden*", niet dat ze de verbeurdverklaring beletten. De verbeurdverklaring "verklaart" goederen op het moment van de uitspraak met terugwerkende kracht tot op het moment van het misdrijf "besmet". Vervolgens maakt zij dat voorwerp van

²⁵³⁹ Wat een "andere" derde mag zijn, is ons een raadsel, daar de voorafgaande bepaling het heeft over de burgerlijke *partij*, per definitie geen derde.

²⁵⁴⁰ Als hij wel is tussengekomen past de vraag hoe de rechter hem kan straffen indien hij geen beklagde is. Gaat men een burgerrechtelijke "voorzichtigheidsstoets" uitvoeren?

²⁵⁴¹ De burgerrechtelijke "voorzichtigheidsstoets" in de vorige noot lijkt onverzoenbaar met de stelling tijdens de parlementaire voorbereiding dat "*kwade trouw van de derde niet volstaat*".

rechtswege staatseigendom. Dat ondermijnt de rechtszekerheid. Stel dat Jan een huis koopt van Piet en vijf jaar later bij de veroordeling van Piet (waar Jan helemaal niet van op de hoogte is) de rechter vaststelt dat Piet het huis eigenlijk met de opbrengst van zijn drugshandel had gekocht. Dan is de rechter op grond van art. 505 in combinatie met 42, 1° Sw. *verplicht* dat huis verbeurd te verklaren als voorwerp van een witwasmisdrijf. Dat Piet geen eigenaar meer is, mag hem daar niet van weerhouden: hij heeft géén keuze. Daar de verbeurdverklaring de staat van rechtswege eigenaar heeft gemaakt, kan - zelfs wanneer Jan bijtijds de bij K.B. voorziene procedure instelt -, daar niets meer aan gedaan worden. Ook de overschrijving bij de hypotheekbewaarder is immers geen voorwaarde voor eigendomsoverdracht. De staat is dus overgegaan tot een gedwongen onteigening van Jan, zonder hem vooraf te horen²⁵⁴³. Art.505 Sw. verbiedt de rechter wel de rechten van derden te schaden, maar het is te laat.... De verbeurdverklaring is ook niet meer voor genade vatbaar. De enige oplossing zou erin zitten dat de staat het huis "terugschenkt" aan Jan....

WELKE RECHTEN DERDE? ²⁵⁴⁴- Het is bovendien niet volledig duidelijk welke rechten van derden de rechter kan beschermen en hoe hij dat moet doen. Alleen zakelijke rechten op het goed of ook contractuele aanspraken die ermee in verband staan? Leidt het gebruik van de goederen bij een misdrijf tot een retroactieve ontbinding van contracten die de veroordeelde met derden heeft gesloten? Aangezien de uitspraak in de strafzaak de staat (of burgerlijke partij) eigenaar heeft gemaakt van het goed, ligt de bewijslast in de praktijk op de derde die zijn aanspraak op de goederen hard zal moeten maken. De bijzondere procedure ingesteld bij K.B. is geen strafprocedure, zodat de regels van het strafrechtelijke bewijsrecht niet van toepassing lijken. Het K.B. beperkt zich tot het toekennen aan derden van het recht om de uitvoering van de verbeurdverklaring op te schorten en de mogelijkheid om de zaak bij een rechter (de burgerlijke blijkbaar) aanhangig te maken. Zonder dat al te veel mensen daarbij stilgestaan hebben, lijkt de wetgever al in 1990 de feitelijke bewijslast te hebben omgekeerd. Vreemd genoeg deed hij dat dus niet voor de

²⁵⁴² Derden kunnen ook hun rechten over de goederen afdwingen in een bijzondere procedure (*supra*, Hoofdstuk 4)

²⁵⁴³ Het kan toch niet dat Jan zich tot Piet zou moeten richten voor schadevergoeding? Als die zichzelf nog niet onvermogen heeft gemaakt, dan zal ook zijn vermogen nu waarschijnlijk staatseigendom zijn. Het zou dus neerkomen op onteigening zonder voorafgaande en billijke vergoeding, wat strijdig is met de Grondwet.

²⁵⁴⁴ Zie de niet helemaal gelijklopende standpunten van STESENS, G., "Nogmaals...", *op.cit.*, 1081-1085 en DE NAUW, A., "De voordeelsontneming van zaken van derden", *op.cit.*,

verdachte in de strafzaak, maar voor de "onschuldige derde". Noch wetgever, noch regering gaven enig argument waarom zij de (althans vanuit een juridisch standpunt) volledig onschuldige slechter behandelen dan de verdachte. Het is een onvermijdelijk uitvloeisel van hun zaakgerichtheid.

AUTONOMIE- Een strikte interpretatie van privaatrechtelijke begrippen zoals eigendom zou betekenen dat, wanneer de staat geld aantreft op de bankrekening van de veroordeelde en de bank niet schuldig bevonden wordt aan witwassen (omdat zij verdachte transacties gemeld heeft bijvoorbeeld), de rechter er verkeerd aan zou doen om de geldsommen op de rekening verbeurd te verklaren. Dat zou een inbreuk betekenen op de eigendomsrechten van de bank en als dusdanig een schending van art.505, derde lid Sw. De rechter zou een som moeten verbeurdverklaren gelijk aan de vermogensvoordelen uit het misdrijf en vervolgens zijn schuldvordering presenteren conform de gewone regels van het burgerlijk recht. Dat betekent dat de bank al haar rechten tegenover de veroordeelde behoudt: hypotheek, ontbindende voorwaarden in contracten, enz. De voordelen van het *in rem*-karakter van de verbeurdverklaring zouden met andere woorden verloren gaan: gesofisticeerde banken zouden vlug manieren vinden om zich in te dekken tegen mogelijke verbeurdverklaringen. Privaatrechtelijke bezwaren en de rechten van derden zouden elke verregaande verbeurdverklaring dwarsbomen. Door zijn onroerend goed in erfpacht te nemen van een onschuldige derde, die dan "naakte eigenaar" is, zou een verdachte de verbeurdverklaring onmogelijk kunnen maken. Op zich hebben wij daarom geen moeite met een beroep op de autonomie van het strafrecht en een extensieve interpretatie van het begrip "eigendom van de veroordeelde". Rechtspersonen of familieleden kunnen formeel eigenaar zijn, maar de veroordeelde de economische en voor het strafrecht dus de werkelijke eigenaar (cfr. Italië en Nederland *supra*, Hoofdstuk 3, 2.2. en 2.3.2.). Helaas lijkt dit bijna onvermijdelijk te leiden tot inbreuken op de rechten van derden die te goeder trouw afgingen op de formele eigendom. Hoe meer strafrechtelijke vermogensaanpak, hoe groter dit probleem wordt. Het strafrecht dreigt allerlei burgerrechtelijke zekerheden op onvoorspelbare wijze (want door een facultatieve straf) te ondermijnen.

SAMENVATTING- Ondanks pogingen van de rechtsleer om de bepalingen toch zin te geven, lijkt er ons een tegenstrijdigheid te bestaan tussen het persoonlijk karakter

1372-1373 en DERUYCK, F. en DE SWAEF, M., "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen t.a.v. derden: een onontwarbaar kluwen?", *R.W.*1999-2000, 155.

van de straf enerzijds en de verbeurdverklaring zonder eigendom die voortvloeit uit het *in rem*-karakter anderzijds. Het eerste verzet zich tegen het "ontnemen" van eigendommen van derden, het tweede niet. De Belgische wetgever kiest voor beide.

2.2.3. *In rem en toch waardeconfiscatie*

PRAKTIJK- De rechters durven hun hoofd blijkbaar niet in het privaatrechtelijk wespennest van de eigendom van de verdachte en de rechten van derden steken. De Nauw²⁵⁴⁵ wijst er immers op dat ze in de praktijk bijna routinematig de verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag uitspreken, hoewel de wetgever die beschouwde als een subsidiaire optie, een laatste toevlucht wanneer zowel de primaire vermogensvoordelen als de vervangingsgoederen, die een meer directe band met het misdrijf vertoonden, niet langer kunnen worden teruggevonden. Stessens heeft het daar als fervent voorstander van waardeconfiscatie veel minder moeilijk mee.

LOSKOPPELING VAN DE ZAAK- Waarschijnlijk zat de bekommernis om persoonlijke straffen achter de verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag. Echt kloppen doet het echter niet. De verbeurdverklaring was een *in rem*-sanctie. Dat onderscheidde haar van de geldboete, het zou haar sterkte zijn en daarom ook spreekt men van *bijzondere* verbeurdverklaring. Die beweerde sterkte bewoog de wetgever om het gebruik ervan uit te breiden (*supra* Hoofdstuk 4). De gelijktijdige loskoppeling van de sanctie van de oorspronkelijke "res" (zaak) door ook de verbeurdverklaring van vervangingsgoederen (en het ervan afgeleid inkomen etc.) toe te laten, heeft een zwakke logische basis. "Waarde"-confiscatie zonder dat de nodige goederen aanwezig zijn in het vermogen van de veroordeelde, is echter een *contradictio in terminis*. "Waarde" is een abstract begrip, losgekoppeld van de *res*, de zaak. Het wezen van de verbeurdverklaring is daarentegen dat ze *in rem* gebeurt. Het is vergelijkbaar met een bijzonder voorrecht op een goed in het privaatrecht, dat ervoor zorgt dat de houder van het recht zich buiten de samenloop van schuldeisers houdt. Verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag verschilt alleen van een geldboete wanneer de overheid de individuele zaken kan identificeren waarop zij aanspraak kan maken, een *lien* kan leggen. Anders is het gewoon het equivalent van een algemeen voorrecht in het burgerlijk recht, een goede startpositie bij de verdeling tussen alle schuldeisers. Vaak blijven die hoe dan ook met lege handen achter. De geldboete is daar (als laatste in de rangorde van art.38 Sw.) al de

strafrechtelijke tegenhanger van.

SAMENVATTING- Het zakelijk (*in rem*) karakter onderscheidt de verbeurdverklaring van andere straffen zoals de geldboete. De wetgever kan niet tegelijk daaraan vasthouden en haar loskoppelen van de zaak. Dat heeft hij met de verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag nochtans gedaan.

2.2.4. Straf en toch schadevergoeding

GEEN STRAF?- De invoering van de verbeurdverklaring ten voordele van de burgerlijke partij lag niet meteen voor de hand. We veronderstellen dat dit gebeurde met de beste bedoelingen (een vlugge en zekere compensatie van slachtoffers van misdrijven), doch vragen ons af of de gevolgen ervan ernstig werden ingeschat. Men kan ze lezen als een bekentenis dat het hele systeem van rechtshandhaving, vooral van schadevergoeding, niet behoorlijk functioneert²⁵⁴⁶. In de rechtsleer wordt het een "amfibië sanctie" genoemd, die past in de tendens naar "herstelrecht". Een grote burgerrechtelijke autoriteit vindt het een erg goed en modern idee²⁵⁴⁷. Wij niet. De vermenging van straf en schadevergoeding is een primitief gegeven waarvan de klassieke wetgever ons gelukkig verlost had, maar die nu weer opduikt. Het is niet de taak van het slachtoffer om te straffen. Daarenboven lijkt de wetgever te breken met een klassiek rechtsbeginsel inzake onrechtmatige daad: dat het slachtoffer recht heeft op volledige vergoeding van de werkelijk geleden schade, maar ook niet meer. Als wij de wetgever goed hebben begrepen - er zijn ons geen gevallen in de rechtspraak bekend - zou het slachtoffer mee kunnen genieten van de uitzonderlijke resultaten die de dader zou hebben geboekt bij de verhandeling of investering van de buit²⁵⁴⁸. Stel dat de dader de opbrengst van het gestolen schilderij investeert in een

²⁵⁴⁵ DE NAUW, A., "De voordeelsontneming, een eerste evaluatie van de rechtspraak en van de wet", *op.cit.*, 38.

²⁵⁴⁶ De keuze van België om de burgerlijke partij een prominentere rol te geven in onze strafprocedure dan in de meeste ons omringende landen, betekent een zware last voor het gerecht, maar was nodig uit pragmatisme en – recentelijk - vanwege een heel slachtoffervriendelijke publieke opinie. Slachtoffers naar de burgerlijke rechtbank verwijzen voor de gewone burgerrechtelijke schadevergoeding of om de gestolen goederen terug te eisen, werd als unfair beschouwd, gelet op de jarenlange gerechtelijke achterstand in de burgerlijke rechtbanken en de grote kans dat het slachtoffer met lege handen zou achterblijven omwille van georkestreerd of echt onvermogen van de veroordeelde of omwille van de waardevermindering van diens vermogensbestanddelen.

²⁵⁴⁷ DIRIX, E., *op.cit.*, 199.

²⁵⁴⁸ Ook in het handelsrecht duiken dergelijke "bestraffende schadevergoedingspraktijken" op.: cfr. bijvoorbeeld art.82 Auteurswet 30 juni 1994: "*Ingeval een uitvoering of een opvoering inbreuk maakt op het auteursrecht of op de naburige rechten, kunnen de ontvangsten in beslag genomen worden als zaken die uit het misdrijf voortkomen. Zij worden aan de eiser toegewezen naar evenredigheid van hetgeen zijn werk of zijn prestatie heeft bijgedragen tot de uitvoering of opvoering en worden bij de raming van de schadevergoeding in aanmerking*

erg winstgevende drugsdeal. Wij vinden dat het slachtoffer daar geen recht op heeft, net zomin als het zou moeten opdraaien voor de slechte investeringen van de dader met de buit. Of de dader de opbrengst investeert in een "op zichzelf legale activiteit", maakt geen verschil, want het gaat om strafbaar witwassen. Als teruggave onmogelijk is, heeft het slachtoffer recht op de waarde van het goed op het moment van het misdrijf, vermeerderd met de intresten. Eventuele "meerwaarden" moet de staat zelf maar "afromen".

NEVENEFFECTEN- De meest georganiseerde criminaliteit zal natuurlijk al vlug valse burgerlijke partijen organiseren. Daarenboven kan vanuit een burgerrechtelijk standpunt de positieve discriminatie van het slachtoffer van een misdrijf (oplichting bijvoorbeeld) ten opzichte van de andere schuldeisers leiden tot wantrouwen bij de kredietverleners. Sterke schuldeisers zoals banken, verzekeringsmaatschappijen of de verkopers van luxegoederen zullen van contractuele instrumenten gebruikmaken die hen buiten de samenloop houden (leasing, voorwaardelijke verkopen e.d.), maar zwakke schuldeisers blijven in de kou. De wetgever heeft ook geen enkel overtuigend argument gegeven om de discriminatie van de "gewone schuldeiser" ten voordele van het slachtoffer van misdrijven²⁵⁴⁹ te verantwoorden²⁵⁵⁰.

2.2.5. Besluit

OMELET- De wetgever tracht de spreekwoordelijke (in het Engels althans) omelet van een vermogensgericht strafrechtssysteem te bakken zonder de eierschaal van het door persoonlijke schuld gedomineerde dadergericht systeem te breken. Dat de Amerikanen zich laten inspireren door Columbus, kan men hen nauwelijks kwalijk nemen. Zoals de pragmatische Genuees besloten zij dat het ei dan maar een deuk moest oplopen. Hun vermogensaanpak berust grotendeels op zuivere *in rem*-procedures, maar die gaat gepaard met enorme problemen (*supra*, Deel III, 1.5.).

genomen." Of art.86 van dezelfde wet: "*De ontvangsten en de verbeurdverklaarde voorwerpen kunnen aan de burgerlijke partij worden toegewezen, in mindering of ten belope van het geleden nadeel.*"

²⁵⁴⁹ Die Minister Wathelet, als persoonlijk standpunt nochtans duidelijk voorstond: *Parl. St. Senaat* 1989-90, 890/2, 20: zo zou het slachtoffer moeten voorgaan op de fiscus. "*Op dat punt zou er overleg moeten zijn met de Minister van Financiën.*"

²⁵⁵⁰ De opmerkelijke versterking van de positie van het slachtoffer kan ook geïnterpreteerd worden als een aanwijzing dat de wetgeving niet echt bedoeld was voor de harde kern van de georganiseerde criminaliteit. Want slachtoffers spelen typisch slechts een secundaire rol in dergelijke processen en zullen zich slechts uitzonderlijk burgerlijke partij stellen. (*supra*, Hoofdstuk 2). Bij bedrieglijk bankbreuk van de veroordeelde was de rechter *verplicht* de terugkeer van een bedrag gelijkwaardig aan het verduisterde naar de boedel te bevelen (*supra*, Hoofdstuk 3, §5). Gaat die voor op de (facultatieve) verbeurdverklaring ten voordele van de (andere) burgerlijke partijen?

België ziet dat om principiële redenen niet zitten. Wij zijn veel meer gehecht aan de ongeschonden eierschaal. De Belgische wetgever kiest er evenwel voor tegelijkertijd het ei kapot te slaan en de schaal te sparen. Hij loopt zich vast in tegenstrijdigheden: tegelijkertijd zaakgericht en persoonlijk, tegelijk ontneming zonder eigendom en vrijwaring van de rechten van derden en tegelijkertijd concreet (*in rem*) en abstract (waarde).

SELECTIEF- De taak is, althans in theorie, nochtans niet helemaal onmogelijk. Men kan een ei uitblazen, indien men er boven- en onderaan een klein gaatje in maakt. Doch dat is een uitermate tijdrovende bezigheid, die geen enkele kok die goed bij zijn hoofd is, zou overwegen. Je krijgt er na een tijdje immers hoofdpijn van. Daarenboven begeeft de broze eierschaal het vaak toch nog. Nu zijn georganiseerde criminelen typisch gesofisticeerd, uitgekookt (*supra*, Deel I): - bijna - hardgekookte eieren, die je niet kan uitblazen. Zelfs wanneer men de schaal opgeeft, is het vaak te laat voor het bakken van een omelet. Bij de best georganiseerde criminaliteit zal dus zelfs zonder de rem van de klassieke beginselen het overgrote deel van het verdwenen vermogen niet kunnen worden gerecupereerd: al te veel onvermogene strolui en dichtklappende rechtspersonen zullen de weg versperren. Onmogelijk is de verzoening van de vermogensaanpak met persoonlijk strafrecht dus niet. Zij vormt echter een dermate moeilijke en arbeidsintensieve taak dat ze alleen in heel zeldzame, geselecteerde gevallen de moeite loont. Er een algemeen (laat staan een verplicht²⁵⁵¹) systeem van maken is geen goed idee.

2.4. Straf gericht tegen organisatie treft individu: nadelen van vermogensstraffen, ook bij georganiseerde criminaliteit

PERSOONLIJK- Formeel mogen vermogensstraffen op de zaak of de (straf)rechtspersoon mikken, in de praktijk blijkt dat ze uiteindelijk toch tegen natuurlijke personen zijn gericht. Zware vermogensstraffen kunnen wel "retributief" en "incapaciterend" zijn, maar zij vertonen ook nadelen. Bij te zware vermogensstraffen zijn vele effecten dezelfde als bij vrijheidstraffen: ze zorgen voor verbittering, ze hinderen of ontmoedigen sociale reclassering (werk zoeken), soms zetten ze de veroordeelde juist aan tot nieuwe criminaliteit om vlug aan het nodige

²⁵⁵¹ Cfr. GROENHUIJSEN, M., "Het juridisch tekort...", *op.cit.*, 1535: "Verplichte straffen leiden tot onrecht. De simpele reden hiervoor is dat zich vroeger of later altijd omstandigheden zullen voordoen waar de regelgever niet aan heeft gedacht en waarin het evident onredelijk is de sanctie onverkort op te leggen."

geld te komen, ze treffen ook de naasten van de veroordeelden, enz.²⁵⁵² Vandaar dat ons systeem allerlei mechanismen kent om geldboeten te milderen.

OF TOCH NIET- De vermogensaanpak steunt op de vaststelling dat geld de machtsbasis van georganiseerde criminaliteit vormt. Overeenkomstig onze "judoleer" (*supra*, Deel I) zal georganiseerde criminaliteit ook de vermogensaanpak van zijn doel afwentelen. Anders dan persoonlijke bewegingsvrijheid is geld niet echt zo "persoonsgebonden" als men vanuit strafrechtsdogmatisch standpunt zou willen. Schulden kunnen gemakkelijk worden doorgeschoven of doorgerekend. Wie kan rekenen op bijstand van anderen (werkgever, familie, vrienden,...) zal minder onder vermogensstraffen lijden. Dat betekent dat de organisatie trouwe (zwijgzame) leden zal belonen met financiële hulp, terwijl wie het eigenbelang laat primeren zelf moet opdraaien voor de enorme vermogensstraffen²⁵⁵³. De overheid moet nu net het individu aanmoedigen zijn zelfstandigheid te herwinnen en het eigenbelang te laten voorgaan op het belang van de organisatie (*supra*, Delen II en IV). De verbeurdverklaring, die van rechtswege gebeurt en strikt gesproken niet voor strafvermindering of genade in aanmerking komt, is daarvoor dan ook geen geschikt juridisch instrument.

2.5. Witwassen van functioneel tot zelfstandig misdrijf

2.5.1. Inleiding

KORT- Ook de misdrijfschrijving(en) van 505 Sw. vinden we niet meteen een staaltje van wetgevend genie. Omdat het in dit Deel V echter eerder om straffen dan om misdrijfschrijvingen gaat, houden we het kort²⁵⁵⁴. We gaan vlug over de gebrekkige formulering (2.5.2.) om dan te wijzen op twee dogmatische hoofdbrekers: de kettingreactie tussen de verbeurdverklaring en het witwasmisdrijf (2.5.3.) en het feit dat het witwasmisdrijf een bodemloos vat is, zowel in de persoonlijke toepassing als in de tijd (2.5.4).

²⁵⁵² Deze waarschuwing dook al in de achttiende-eeuwse literatuur op. Ze geldt des te meer voor wie nog "schuldeisers" heeft binnen het milieu, die vaak erg onvriendelijke incassopraktijken hanteren.

²⁵⁵³ De alomgekende Agusta-zaak illustreert dit dilemma. De natuurlijke personen die veroordeeld waren voor misdrijven die zij gepleegd hadden ter financiering van hun partij kregen zware vermogensstraffen opgelegd. De Vlaamse Socialistische Partij verklaarde publiekelijk en zonder complexen (als niet-strafbare feitelijke begunstigde) dat zij die vermogensstraffen zou voldoen voor de veroordeelden die in het belang van de partij hadden gehandeld, maar niet voor de veroordeelde die volgens haar zijn eigenbelang had laten primeren.

²⁵⁵⁴ VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., *op.cit.*, 689-702.

2.5.2. Formulering

OVERLAPPING- De waslijst van opgesomde verboden gedragingen bevat een overvloed aan synoniemen of gelijkaardige woorden en talrijke overvloedige of dubbelzinnige uitdrukkingen²⁵⁵⁵. Doch op een aantal cruciale punten zwijgt de wetgever. De controverses die de bepalingen uit 1990 hadden veroorzaakt, ruimde hij in 1995 niet op. Zij betroffen vooral het aflopend dan wel voortdurend karakter van het misdrijf en de verwante vraag naar de schuldvorm en in het bijzonder de kenniscomponent daarvan. De wetgever heeft gewoon twee bijkomende misdrijfomschrijvingen achter de bestaande geplaatst. Dat heeft voortdurende twijfel omtrent het toepassingsgebied van de wet tot gevolg en schept het risico van een willekeurige toepassing. Alleszins lijkt het geheel zoveel gedragingen te bevatten dat mensen voortdurend in een *catch-22* terecht komen: wat ze ook doen, het is altijd strafbaar. De enige uitweg lijkt zichzelf en/of anderen aan te geven aan de overheid. Eerlijke bestuurders, die op de "zwarte kas" van hun voorgangers stoten, kunnen die niet houden (strafbaar: 505,4° Sw.) noch weggooien of weggeven (strafbaar: 505,3° Sw.). Wil de wetgever echt een maatschappij waarin iedereen strafbaar is behalve wie anderen (inbegrepen vrienden, familieleden of collega's) verklikt?

2.5.3. Kettingreactie in bodemloos vat?

KETTINGREACTIE- Een uitermate ongelukkige keuze van de wetgever is de verwijzing in de misdrijfomschrijving naar art.42, 3° Sw. in Boek I Sw., niet als straf maar als deel van de omschrijving van de strafbare gedraging. Door vast te houden aan het verplicht karakter van de verbeurdverklaring van het voorwerp van misdrijven ontstaat er een soort kettingreactie. De goederen die in aanmerking komen voor *facultatieve* verbeurdverklaring moeten, zodra ze zijn ontvangen, overgedragen, verborgen enz. *verplicht* worden verbeurdverklaard. De bonus die de ontvanger, overdrager, verberger, enz. eventueel heeft verkregen, komt dan weer in aanmerking voor facultatieve verbeurdverklaring. Tenzij hij op zijn beurt wordt overgedragen, want dan is de verbeurdverklaring weer verplicht... De wet van 1990 heeft een strafrechtelijke draaikolk geschapen.

BODEMLOOS- België maakte anders dan vele andere landen geen enkele beperking qua onderliggende misdrijven van het witwasmisdrijf. Daarenboven zit er in de formulering niets dat de strafbaarheid begrenst. Vroeger stopte de

²⁵⁵⁵ De Nederlandse en Franse versies verschillen zelfs in de keuze en het aantal van deze overlappende begrippen.

strafbaarheid bij de eerste omzetting, of minstens op het moment dat er een tussenpersoon opdaagde die te goeder trouw was. Nu mag men het uit een misdrijf afkomstige vermogensvoordeel doorgeven zo vaak men wil, telkens deint de strafbaarheid mee uit. Een soort strafrechtelijke erfzonde blijft aan het goed kleven. Dat geldt zelfs voor in het buitenland gepleegde misdrijven en, sterkst van al, zonder enige beperking in de tijd. Dus als iemand ontdekt dat het schilderij dat hij jaren geleden erfde van zijn vader die het gekocht had in een winkel, ooit eens gestolen is geweest, dan dreigt hij onder 505, 4° Sw. te vallen. Verschillende auteurs hebben scherpe kritiek geleverd op deze "onverjaarbaarheid"²⁵⁵⁶.

2.5.4. Veronderstellingen

ZELFSTANDIG- We hebben in Hoofdstuk 4 aangegeven dat terwijl in 1990 de eerste omschrijving (505, 2° Sw.) eigenlijk in functie van de behoeften inzake verbeurdverklaring gebeurde, in 1995 (505, 3° en 4° Sw.) het witwassen als dusdanig, los van de afpakkans en de verbeurdverklaring strafbaar werd gesteld²⁵⁵⁷. Stessens heeft de diepere beweegredenen daarachter geanalyseerd. Wij willen enkel wijzen op twee veronderstellingen waarop die wereldwijde ruk naar de strafbaarheid van witwassen berust en waar wij in Deel II al vraagtekens bij hebben geplaatst. Enerzijds de idee dat (georganiseerde) criminaliteit onderscheidbaar en scheidbaar is van legitieme handels- en zakenactiviteiten. Anderzijds het dogma dat (georganiseerde) criminelen altijd criminelen blijven en dat hun legitieme handelingen slechts schijn zijn en in functie van hun criminele plannen staan.

2.5.5. Besluit

TE RUIJ- Het is hier niet nodig de witwasmisdrijven zelf grondig te analyseren. Een vluchtige blik volstaat voor de vaststelling dat het om ongelukkig geformuleerde en onvoldoende begrensde misdrijfomschrijvingen gaat. Daarenboven past de vraag of de veronderstellingen waarop de strategie van het strafbaar stellen van witwassen berust, eigenlijk wel juist zijn.

²⁵⁵⁶ VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", *op.cit.*, 153, VERSTRAETEN, R., "Opsporing en vervolging van criminele vermogens", *Politeia* 1993, nr.4, 18-19; VERSPEELT, F., "Opsporing en vervolging van criminele vermogens", *Politeia* 1994, nr.2, 10-13; DE NAUW, A., "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", *op.cit.*, 236-237; STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 152-153 vindt dat eigenlijk niet zo erg, onrechtvaardige veroordelingen zijn uitgesloten omdat de schuld nog bewezen zou moeten worden. Wij vrezen dat aan de schuldvorm, zeker bij 505, 4° Sw. al heel vlug voldaan zal zijn.

²⁵⁵⁷ Hoofdstuk 4, 2.2. en 3.2.

§3. Bestrafing van de toekomst? De nieuwe vermogensaanpak als illustratie van de grote tendenzen

3.1. Lessen over het wetgevend proces in België

OVERHAAST EN ONDOORDACHT- Chronologisch vormt de vermogensaanpak de eerste fase van de in dit proefschrift behandelde hervormingen. De resulterende strafwetgeving illustreert de eerder gedane vaststellingen. Raadpleging van de voorbereidende werken leert hoe impulsief en instinctief de wetgever te werk gaat bij het redigeren van belangrijke wetgeving. Geen enkele voorstudie die naam waardig ging vooraf aan wat eigenlijk een fundamentele verschuiving in het strafrecht is. Het is allesbehalve duidelijk tegen wie het initiatief is gericht. Het past ook niet in een globale visie op het strafrecht. Zonder analyse waaruit de precieze aard van de problemen bleek, kon elke verandering als verbetering worden voorgesteld. Het parlement schoot wetgevingstechnisch tekort en zag voor de hand liggende discussiepunten over het hoofd. De regering joeg de tekst door het parlement met een misleidende verwijzing naar internationale verplichtingen. De wetgever negeerde zonder argumenten de uitdrukkelijke waarschuwingen van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Als gevolg hiervan vertoonde de wet van 1990 op een aantal punten grote onduidelijkheid, aangekaart door rechtsleer zowel als door rechtspraak. Niettemin hervormde de wetgever, zonder enig oor voor de kritiek en via een procedure van hoogdringendheid die een diepgaand debat onmogelijk maakte, de wet in 1995 zonder te raken aan de gebrekkige bepalingen. De nieuwe wet voegde gewoon nog twee misdrijfomschrijvingen aan de bestaande toe, die op hun beurt ook weer tal van vragen oproepen.

LOSBLADIG WETBOEK- De klassieke wetboeken werden geschreven om de eeuwen te trotseren en slaagden daar voor een deel ook in. Strafwetten veranderen was een gevaarlijke activiteit, omwille van de rechtszekerheid (de waarschuwing) die van de tekst moest uitgaan. Dat in een maatschappij als de onze dergelijke wetboeken niet meer haalbaar zijn, zien we wel in. De laatste jaren schoof de wetgever echter op naar het andere extreem van voortdurende, nauwelijks bij te houden aanpassingen van de wetgeving. Ook bij invoering van de witwaswet dacht men niet voldoende na over wat de weerslag in de praktijk zou zijn. De Minister zei uitdrukkelijk dat men wel zou zien hoe het in de praktijk zou lopen om dan zo nodig bij te sturen. Het gevolg is dat het wettelijk kader zowat om de twee jaar werd aangevuld of bijgestuurd, wat bij nader toezien eigenlijk steeds neerkwam op een

uitbreiding van het toepassingsgebied. De invoering van de ruime strafbaarstellingen betreffende criminele organisaties en van de strafbaarheid van rechtspersonen, nemen de argumenten weg die de witwasbepalingen van 1990 noodzakelijk zouden hebben gemaakt. Desondanks heeft niemand eraan gedacht die terug te draaien of af te schaffen. Integendeel, in allerlei bijzondere wetten van na 1990 verklaart de wetgever tegelijkertijd art.42 Sw. van toepassing en voert hij specifieke bepalingen betreffende verbeurdverklaring in²⁵⁵⁸. De "waarschuwingsfunctie" die inherent is aan het legaliteitsbeginsel, is heel ver weg. Van een bron van maatschappelijke zekerheid is het (straf)recht een bron van permanente onzekerheid geworden. Voor de vermogensaanpak geldt dat des te meer, omdat die ook burgerrechtelijke zekerheden ondermijnt.

3.2. Brede aanpak

TE RUIM- Het resultaat herkennen wij uit Deel II: de bekommernis om toch maar geen achterpoortjes open te laten, doet de wetgever schieten op alles wat beweegt. De overvloed aan woorden leidt helemaal niet tot een duidelijk afgelijnde omschrijving. Behalve het officiële doelwit bedreigt de strafwet zodoende ook talloze "omstaanders". Hij schiet daarenboven met een veel te groot kaliber. De witwasmisdrijven, geformuleerd als een waslijst van verwante gedragingen, zijn net zoals die betreffende criminele organisaties veel ruimer dan nodig of wenselijk is. Opnieuw gaat het om een containermisdrijf, waar de vervolgende instantie zowat elk ander onderliggend misdrijf in kan stoppen. Deze container is wel een schier bodemloos vat: de misdrijfomschrijvingen bevatten geen beperkingen naar aard van de onderliggende misdrijven, noch naar persoon, naar plaats of naar tijd. Nochtans lijken dergelijke beperkingen wezenlijke vereisten van het legaliteitsbeginsel. Bovendien is het toepassingsgebied van de gekozen straf, een uitgebreide - soms verplichte - verbeurdverklaring, veel te ruim: zij treft zowel schuldigen als onschuldigen. Zij is zo geformuleerd dat de uitvoering ervan vaak onmogelijk is of een *onevenredige* bestraffing oplevert²⁵⁵⁹.

²⁵⁵⁸ Bijvoorbeeld de Wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers, B.S. 30 december 1999 waar "Art.69: *Alle bepalingen van boek I van het Strafwetboek, daaronder begrepen hoofdstuk VII en artikel 85, zijn van toepassing op de misdrijven omschreven in deze wet*" niet belet dat er art.67 is: "*Bij elke vorm van overtreding worden het bij het spel ingezette geld, de daarmee gelijkgestelde papieren, de meubelen, de instrumenten, het gereedschap en de toestellen gebruikt bij of bestemd voor de spelen verbeurdverklaard.*"

²⁵⁵⁹ Cfr. *supra*, voetnoot 2551.

SAMENLOOP- Ook de test van het *subsidiariteitsbeginsel* zal de wet dan ook moeilijk doorstaan. Bij zowat elk misdrijf dat een "buit" oplevert bestaat er immers eendaadse samenloop met één van de misdrijven van 505 Sw. Opnieuw heeft de wetgever de basisregels van het systeem, zoals art.65 Sw. over de samenloop volledig uit het oog verloren. Nochtans is dat van groot belang, omdat het feit dat iemand dader is van het onderliggend misdrijf (dat het vermogensvoordeel schept), volgens de uitdrukkelijke bepaling in 505 Sw. niet uitsluit dat hij tegelijkertijd ook dader is van de "echte witwasmisdrijven" van 505, 3° en 4° Sw. De daders van bijna elk winstgevend misdrijf willen de buit overdragen of omzetten om aan de rechtsgevolgen van het eigen misdrijf te ontkomen. Alleszins zullen ze trachten de (criminele) oorsprong ervan te verhullen. Bijgevolg bestaat er hetzij eendaadse samenloop, hetzij een voortgezet misdrijf tussen het onderliggende misdrijf en dat van 505 Sw. Op grond van art.65 Sw. zal in beide gevallen slechts de straf van het zwaardere misdrijf kunnen worden opgelegd. Wegens de enorme boete zal bij samenloop met wanbedrijven en gecorrectionaliseerde misdaden, waarvoor in de wettekst voorziene straf vijf tot tien jaar opsluiting is, het witwasmisdrijf van art. 505 Sw. steeds het zwaarste misdrijf zijn. Het witwasmisdrijf is dus zo ruim dat het zowat alle andere misdrijven waar geld mee is verdiend in feite opsloopt. Vanuit de klassieke beginselen van legaliteit, evenredigheid en subsidiariteit kan op dit "allesmaaiers-misdrijf" dezelfde kritiek uitgeoefend worden als op de misdrijven betreffende de criminele organisaties (*supra*, Deel II, Hoofdstuk 5).

3.3. Proactief en bijzonder

PROACTIEF- De rechtshandhaving schakelt ook allerlei burgers in en dwingt ze formeel gegevens in te zamelen die van nut kunnen zijn bij een eventueel strafonderzoek. Het personeel toepassingsgebied van deze plicht en van de begeleidende aangifteplicht van verdachte transacties breidt steeds verder uit. Niettemin lijkt geen enkele waarnemer dit te beschouwen als proactieve opsporing: het "initiatief" ligt immers bij de melders. Die zijn daar wel wettelijk en onder dreiging van zware sancties toe verplicht. In welke mate de onderzoeken naar de achtergronden van de cliënt door de private meldplichtige, die daarna wettelijk verplicht is de gegevens door te spelen aan de overheid, vanuit grondrechtelijk perspectief als activiteiten van de overheid mogen beschouwd worden (*supra*, Deel III), is niet duidelijk.

BIJZONDERE OPSPORING- Witwassen staat op alle lijstjes van misdrijven waarvoor (in de toekomst?) bijzondere opsporingsmethoden toegelaten zijn. Over de

coherentie tussen materieel strafrecht en rechtshandhaving is, ondanks de veelbesproken flankerende administratieve witwaswet, onvoldoende nagedacht. De misdrijven zijn zo immers zo ruim dat ze infiltratie uitsluiten. De infiltrant zal, volgens de huidige uitlokkingsleer, bijna altijd één van de misdrijven van 505 Sw. uitlokken en/of het zelf plegen. Dat geldt trouwens niet alleen voor onderzoeken naar vermeende witwassers. De pseudokoper van drugs is meteen een uitlokker van een witwasmisdrijf van de drugshandelaar.

3.4. Beloonde medewerking

IMMUNITEIT- Mensen uit risicosectoren zijn wettelijk verplicht mee te werken en verkrijgen bovendien "immunitet" bij melding te goeder trouw. De juridische aard van deze immunitet is niet duidelijk, evenmin als de toepassing naar de persoon. Binnen eenzelfde rechtspersoon kan de ene werknemer medeplichtig zijn aan het misdrijf, de andere volop meewerken aan het onderzoek. De talloze andere mensen die in het sleepnet van de grenzenloze strafbaarstelling van het witwassen verstrikt dreigen te raken, zonder onder een melderegime te vallen, moeten echter niet wanhopen. Seponering en minnelijke schikking zijn mogelijk. Vooral dit laatste illustreert ons besluit in Deel IV dat wie beweert dat wetgevend ingrijpen dringend nodig is om het belonen van spijtoptanten mogelijk te maken, gewoon het bestaande recht niet kent. Het Openbaar Ministerie kan gelet op de in art.505 Sw. voorziene straffen (geen verplichte vrijheidsstraf) hier en nu met een witwasser die haar helpt perfect een minnelijke schikking sluiten en daarmee de strafvervolgning (en het risico op miljoenenboetes en verbeurdverklaringen) onherroepelijk doen vervallen (art. 216bis Sv.).

DEALS- In het licht van de vermogensaanpak zal de wetgever twee vragen moeten beantwoorden bij de wettelijke regeling voor spijtoptanten. Kan hulp bij het opsporen van "criminele vermogens" volstaan voor een "deal"? Het "afkopen van de straf" zou dan wel heel letterlijk kunnen worden. Mag de spijtoptant enige vermogensvoordelen voor zich houden als onderdeel van een akkoord met het Openbaar Ministerie? Het wetsontwerp op de spijtoptanten van de regering Dehaene II antwoordt negatief op beide vragen²⁵⁶⁰.

²⁵⁶⁰ We hebben er in Deel IV al op gewezen dat een volledige teruggave van de vermogensvoordelen in de praktijk talloze kandidaat-spijtoptanten zou uitsluiten.

3.5 Besluit

ILLUSTRATIE- De betreuenswaardige vaststellingen aan het eind van de vorige Delen keren hier weer. De wetgever doet drastische ingrepen zonder voorafgaand inzicht in het probleem en de tekortkomingen van de bestaande regels. Het parlement biedt geen juridische meerwaarde aan de teksten die de regering indient. De kritische rechtsleer predikt in de woestijn. Dit resulteert in wetgeving waarbij alle precisie, verhouding en subsidiariteit zoek is. De misdrijven, in dit geval die van 505 Sw., moeten bovendien "proactief" opgespoord worden door meldplichtige privépersonen, doch opnieuw blijkt voor de "opsporing" het juridisch kader te ontbreken. De ruime misdrijfomschrijvingen bemoeilijken de opsporingspraktijk nog verder, omdat ze bijna onvermijdelijk leiden tot misdrijven van de onderzoekers of verboden uitlokking. Wie verdachte transacties meldt, krijgt "immunitet", maar hoever die strekt, is niet echt duidelijk. Het wetsontwerp inzake spijtoptanten sluit uit dat zij vermogensvoordelen zouden mogen houden. Getuigen die enkel bijdragen tot het terugvinden van de buit en niet tot de opsporing of vervolging van de daders, zouden niet beloond kunnen worden. Onder het bestaande recht kan het Openbaar Ministerie nochtans probleemloos met hen een minnelijke schikking sluiten.

§ 4. Alternatieven

4.1. Doel bestraffing bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit

WINSTOOGMERK- Dat personen in de georganiseerde criminaliteit vooral op geld uit zijn, zullen we zeker niet tegenspreken. Evenmin dat men ze zwaarder straft wanneer men hen bovenop hun vrijheidsstraf nog eens financieel aanpakt. De vraag is echter wat de wetgever, het Openbaar Ministerie en de rechter met de aan een individu opgelegde straf willen bereiken. In zijn ijver de verbeurdverklaring te ontwikkelen als het "instrument" om de "criminele organisatie" te raken, lijkt de wetgever daar aan voorbij te zijn gegaan. De kerngedachte dat criminele organisaties "ondernemingen" zijn, dat ze "op het geld uit zijn" en men ze daarom best financieel (aan)pakt, rechtvaardigt verregaande maatregelen. Daarbij zegt men helaas te weinig dat natuurlijk heel ons kapitalistisch systeem berust op het nastreven van gewin. De aanpak van georganiseerde criminaliteit richt zich dus niet op wat georganiseerde criminaliteit onderscheidt van "de rest van de maatschappij", doch integendeel op iets wat zij ermee gemeen heeft (*supra*, Deel I). Dat verkleint de kans dat de sanctie alleen het doelwit treft. Om te vermijden dat de vermogensaanpak afglijdt van middel van bestraffing tot doel op zich, doet de

wetgever er goed aan over zich even te beraden over de functie van de (vermogens)straf in gevallen van georganiseerde criminaliteit.

INDIVIDUALISERING- Wij geloven dat de functie van de straf bij georganiseerde criminaliteit dezelfde is en moet zijn als bij andere vormen van criminaliteit. De automatische benadering van de betrokken personen met sociale verweermaatregelen in de plaats van straffen, omdat zij nooit recupereerbaar zouden zijn voor de "normale" maatschappij, lijkt ons niet verantwoord. De in Hoofdstuk 2 opgesomde problemen maken weliswaar bijzondere aandacht en waakzaamheid bij de uitvoering van de straf nodig. De inspanningen moeten erop gericht zijn om de samenhang, de greep van de organisatie op het individu, te breken. In Deel II besloten we al dat wanneer het individu een aanlokkelijk aanbod krijgt van de maatschappij, terwijl trouw aan de organisatie hem lange gevangenisstraffen zou opleveren, er meer door de knieën gaan dan de maffiamythes suggereren²⁵⁶¹, met voorbehoud voor wie "gevangen" zit in een etnische groep of een onbeschermd familie achterlaat. Vandaar dat de keuze tussen een zo groot mogelijke verwijdering uit het milieu en de beperking van detentieschade een scherp dilemma wordt. Alleszins moet het systeem zelfbeschikking van individuele leden aanmoedigen, opdat de harde kern de twijfelaars niet zou kunnen weerhouden. De verbeurdverklaring, die zich zogezegd niet tegen natuurlijke personen, maar tegen de (straf)rechtspersonen richt, is daartoe niet geschikt. Als "buitgericht instrument" leent zij zich niet voor "fractionering" en dus niet voor aanpassing aan de individuele situatie²⁵⁶². Omdat zij van rechtswege eigendomsoverdracht teweeg brengt, kan zij ook niet meer teniet worden gedaan.

4.2. Strafrecht terug *ultima ratio* : straffen, niet herstellen

ZUIVERE STRAF- Wij zijn zowel sterk voorstander van schadeherstel door een dader die zijn verantwoordelijkheid opneemt als van een goede begeleiding van slachtoffers. Toch mag dit niet leiden tot begrips- en rolverwarring. Het is een goede zaak geweest dat strafrecht zuiver publiekrecht werd en alleen de maatschappij het

²⁵⁶¹ *Supra*, Deel II, Hoofdstuk 5, 4.5. en Deel IV.

²⁵⁶² STESENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 48 wijst erop dat de "confiscatie van het equivalent" in Zwitserland wel kan verminderd worden op grond van dadergebonden criteria om de reïntegratie niet in gevaar te brengen. (art.59, §2 Zwit.Sw.). Gelet op de omvang van sommige verbeurdverklaringen kunnen we geen troost vinden in Stessens stelling dat "er moeilijk (kan) gesproken worden van een "de-individualisering" van de straf in deze context, temeer daar de confiscatie bijna altijd het karakter heeft van een bijkomende straf die gepaard gaat met een andere, wel geïndividualiseerde straffen" (*Ibidem*, 48, voetnoot 232)

recht heeft om te straffen. Schadevergoeding kan gebeuren via de strafprocedure, doch er mag geen vermenging bestaan met de straf. De scheiding was de gelukkige uitkomst van een eeuwenlange evolutie. We kunnen daarom enkel betreuren dat de wetgever met de verbeurdverklaring ten gunste van de burgerlijke partij een voorhistorische amfibie die overwinterd heeft in het bijzonder strafrecht, heeft gereanimeerd. Bovendien mag ook de beveiliging van de maatschappij tegen "organisaties" niet de eerste onder de verschillende doelstellingen van de straf (*supra*, Hoofdstuk 1) zijn. We denken dat de functie van "gehumaniseerde maatschappelijk vergelding" onvermijdelijk in de straf zit, maar dat bovenal de individuele ontrading centraal moet staan. Het kan zijn dat na herstel van de schade daartoe geen straf meer nodig is. Noch het herstel van de - economische - toestand van voor het misdrijf, noch de vergoeding van de schade behoren echter tot de wezenlijke functie van de straf. De wet van 1990 vermengt niet alleen straf en herstel onnodig, zij laat zelfs bij volledig schadeherstel bovenop de gewone straffen nog eens de verbeurdverklaring van (de tegenwaarde van) het vermogensvoordeel toe. De straf moet opnieuw het laatste, hardste middel worden, dat de rechtstaat pas gebruikt als alle alternatieven uitgesloten zijn. En dan nog moet de overheid haar gericht en met mate aanwenden. Het omturnen van de straf tot instrument van schadevergoeding is een onwenselijke devaluatie.

4.3. Hercodificeren en standaardiseren : in geld vertaalbare tijdstraffen

4.3.1. *Beperkt aantal beschadigbare rechtsgoederen*

RECHTSGOEDERENBESCHADIGING- De straf komt dus neer op opzettelijke beschadiging door de *staat* van een rechtsgoed. Ze gebeurt vooral met het oog op maatschappelijke vergelding, individuele en algemene ontrading. De huidige wildgroei in de straffen is zowel vanuit het legaliteitsbeginsel als vanuit het evenredigheidsbeginsel problematisch. Bijkomende straffen (zoals verbeurdverklaringen of beroepsverboden) die in feite zwaarder zijn dan de hoofdstraffen waar de wetgever aan dacht toen hij in de misdrijfomschrijvingen grenzen vastlegde, trekken de verhoudingen scheef. We vinden dat de wetgever straffen moet omschrijven in functie van de ontzegde rechten en van de intensiteit van het verlies van die rechten. De rechtsgoederen waarin de straffende staat de veroordeelde raakt, zijn volgens ons: tijd, bewegingsvrijheid, zelfstandigheid en sociale contacten. Het "afpakken" ervan doet pijn. Geld of vermogen, waar het in dit Deel over bestraffing om draait, rekenen we daar niet bij. Wij geloven immers dat de waarde van geld ligt in de tijd, mobiliteit, zelfstandigheid of sociale contacten die men

ermee kan "kopen". Als dat niet lukt, verliest het geld veel van zijn waarde²⁵⁶³. Hoe zwaar een concreet individu geraakt wordt in deze vier rechtsgoederen, hangt dus van zijn persoonlijke situatie. De regel "*als ze het voor het geld doen, doet het meest pijn als we ze raken in hun portemonnee*", is dan ook geen evangelie. Wie op anderen kan rekenen om de geldboete te betalen, zal er minder door geraakt worden dan wie er gedurende maanden een kwart van zijn inkomen voor moet inleveren. Vandaar dat *onpersoonlijke* bestraffing niet functioneert. En bestraffing gericht op een fictieve persoon, op een (straf)rechtspersoon, is per definitie onpersoonlijk.

4.3.2. Straffen zijn tijdsstraffen

AFGENOMEN TIJD- Het komt ons voor dat alle belangrijke publiekrechtelijke straffen²⁵⁶⁴ eigenlijk door de overheid afgenomen tijd zijn: voor de gestrafte gaat het om "verloren" tijd. Bij vrijheidsstraffen is dat duidelijk, maar ook ontzettingen ontnemen iemand een bepaalde vrijheid voor een bepaalde tijd. De tijd die men in de straf steekt, kan men niet aan iets anders besteden: de tijd dat men opgesloten zit, de tijd die men moet werken of gewerkt heeft om de vermogensstraf te voldoen. Voor de wetgever zou het daarom ook niet zo moeilijk moeten zijn om van alle straffen tijdsstraffen te maken, waarbij hij dan specificeert welk rechtsgoed de staat gedurende die tijd in welke mate zal aantasten. De door de wetgever voorziene duur geeft de maatschappelijke ernst van de rechtsgoederenschending weer. Daarbinnen legt de rechter de duur vast overeenkomstig de schuld van de dader. De "intensiteit" van de straf moet vervolgens gekoppeld worden aan de persoonlijke situatie van de veroordeelde.

VRIJHEIDSSTRAF- Omdat de verwijdering uit de maatschappij vaak nog als onvermijdelijk wordt ervaren (*supra*), zullen vrijheidsstraffen blijven bestaan. Het wezen ervan is dat de gestrafte bewegingsvrijheid verliest, maar in feite brengt dit onvermijdelijk het verlies van zijn tijd, zelfstandigheid en zijn sociale contacten mee. Daarom blijven we erbij dat dit voor de overgrote meerderheid van gevallen de zwaarste straf is. We sluiten ons volledig aan bij de moderne invulling ervan, die vindt dat de mobiliteitsbeperking volstaat als leedoplegging en daarom alle bijkomende detentieschade tracht te beperken. In zoverre de detentie nodeloos

²⁵⁶³ De "gevallen" minister die met de groten der aarde aan tafel zat mag dan nog steeds veel verdienen, het verlies aan de sociale contacten vormt een zware "straf". Wie terminaal ziek is en dus uiterst weinig tijd, mobiliteit of zelfstandigheid heeft, valt dus nauwelijks te straffen: hij heeft niets te verliezen. Maar aan geld heeft hij ook weinig...

²⁵⁶⁴ De afzetting van adellijke en eretitels lijkt ons even voorbijgestreefd als die titels zelf en kan wat ons betreft onmiddellijk geschrapt worden.

“beschadigend” werkt, wordt bestraffing immers een vorm van mishandeling²⁵⁶⁵. Bij georganiseerde criminaliteit komt het erop aan de stevige greep van de groep op het individu te breken, altijd een erg moeilijke opdracht is, een bijna onmogelijke in een internationale context. Waar praktisch mogelijk moeten ook minder verregaande vormen van vrijheidsbeperking of -beroving (huisarrest, elektronische bewaking, weekendarrest, taakstraffen, e.d.) worden aangemoedigd. Dat de overheid daarbij personen ten aanzien van wie er aanwijzingen bestaan dat zij van de geboden ruimte misbruik maken om door te gaan met criminele activiteiten, binnen of buiten de gevangenissen bijzonder aanpakt, lijkt ons vanzelfsprekend.

DAGBOETE- Voor geldstraffen komt de tijdstraf neer op een dagboetesysteem, waarbij het aantal dagen de ernst van het misdrijf weergeeft. De omvang van het dagelijks bedrag staat in verhouding tot de draagkracht van de veroordeelde. De alom gekende problemen om de werkelijke vermogenssituatie - of zal men het *inkomen* als criterium nemen? - van de Belg in te schatten, rechtvaardigen hoe dan ook een diep scepticisme over het uiteindelijk resultaat van dergelijke "inkomenscorrectie" op de boetes. Aangezien dit systeem al in verscheidene Europese landen functioneert, verzet hoe dan ook niets zich ertegen (integendeel) dat het ook in België zou worden ingevoerd. De bestaande voorstellen om geldboetes via de opdecimen te koppelen aan de draagkracht van de veroordeelde lijken daarom geen goed idee. De wet waarbij onze wetgever de geldboeten in Belgische frank aanpaste aan de Euro, is al evenzeer een gemiste kans²⁵⁶⁶. De wetgever had veel beter van de gelegenheid gebruik gemaakt om de straffen in het Strafwetboek aan de werkelijkheid aan te passen. Het onderscheid tussen politiestraffen en correctionele straffen kan hij gewoon afschaffen²⁵⁶⁷. De politierechter kan zich dan exclusief toeleggen op het verkeers(straf)recht, de correctionele rechtbank (die men best gewoon strafrechtbank zou noemen) op de rest van het strafrecht. Als het Hof van Assisen behouden moet blijven, is het

²⁵⁶⁵ Men probeert het "tijdverlies" te milderen door de tijd zo nuttig mogelijk in te vullen, met opleidingen, werk e.d. Ook het verlies van sociale contacten, een belangrijk gevolg van strafrechtelijk ingrijpen, is voor een deel onvermijdelijk. Toch zal men dat trachten te compenseren, af te zwakken en trachten de deur open te zetten naar her-socialisering. De mate van leed dat het gestrafte individu zal ervaren, is afhankelijk van de persoon en persoonlijkheid van de gestrafte. Aan die persoonlijkheid moet een individueel detentieplan gekoppeld worden.

²⁵⁶⁶ Wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden zoals bedoeld in artikel 78 van de Grondwet, *B.S.* 29 juli 2000. Cfr. ROZIE, J., "De Euro en de geldboete: nieuwe wiskundige regels vanaf 1 januari 2002", *T.Strafr.* 2000, 201-204.

alleszins aangewezen de straffen voor een hele reeks misdaden te verminderen tot correctionele straffen. De correctionele straffen kunnen ook worden opgetrokken tot 10 jaar gevangenis, ter vervanging van de opsluiting van 5 tot 10 jaar. Valsheid in geschrifte hoort nu eenmaal niet thuis in het Hof van Assisen. De schijnheiligheid van de "correctionalisering op grond van verzachtende omstandigheden" heeft al veel te lang geduurd²⁵⁶⁸.

4.3.3. *Afromen niet verboden*

AFROMEN?- Is het afromen, het wegnemen van profijt dan zinloos? Neen, op zich zit er ongetwijfeld een zekeringe rechtvaardigheid in het ontnemen van het profijt dat iemand gehaald heeft uit zijn misdrijven. Doch dat mag slechts een onderdeel van bestraffing zijn, geen doel op zich. Bij echt berekenende gelegenheidscriminelen, zoals belastingontduikers, huisjesmelkers of de daders van bepaalde milieumisdrijven kan het een belangrijk onderdeel van de bestraffing uitmaken. Soms is de prijs voor het "herstel" van de vroegere toestand echter te hoog. Als de veroordeelde de opbrengst door zijn keelgat, aders of zijn neus heeft gejaagd, verdient dat geen applaus, maar toch mag een terugbetaling zijn kansen op reclassering niet nodeloos hypothekeren. Volgens ons bestaat er in het bestaande recht geen enkel probleem om bij het begroten van de geldboete binnen de wettelijke grenzen ook rekening te houden met het genoten voordeel. Door de geldboete in 505 Sw. - weliswaar in strijd met de hele logica achter zijn redenering pro verbeurdverklaring - op te krikken tot in het Strafwetboek ongekende hoogten, geeft de wetgever trouwens toe dat het "afromen" een belangrijke functie van de geldboete is. Ook in het bijzonder strafrecht is de koppeling van de boete aan het genoten voordeel mogelijk. Dat betekent natuurlijk ook dat de rechter rekening moet houden met de schadevergoeding of met de teruggave die al gebeurd zou zijn. Meer in het algemeen zou de wetgever er goed aan doen een eengemaakt boetestelsel uit te werken voor het bijzonder strafrecht: in de huidige over talloze wetten versnipperde vermogenssancties vindt een kat haar jongen niet terug²⁵⁶⁹.

SPLITSING- Wij geloven eveneens dat het op zich ook niet rampzalig zou zijn wanneer de uitspraak zou worden uitgesplitst in één over de schuld en één over de

²⁵⁶⁷ Liefst door tegelijkertijd behoorlijk te wieden in de overtredingen die nog in het Strafwetboek staan.

²⁵⁶⁸ Mischien wil de wetgever eigenlijk vooral vermijden dat rechtstreekse dagvaarding door de burgerlijke partij (die kan bij wanbedrijven, maar niet bij misdaden) mogelijk zou worden, waardoor talloze handelsgeschillen de strafrechtbanken zou (over)belasten.

²⁵⁶⁹ Cfr. CORSTENS, G., *Een stille revolutie...*, op.cit., 29.

straf. Tussen de eerste en de tweede zou met het oog op de toemeting van de vermogensstraf, eventueel bijkomend onderzoek naar de werkelijke vermogenssituatie van de veroordeelde kunnen worden verricht. Die periode, die er toch één is van angstige spanning voor de schuldig bevonden verdachte, mag echter niet al te lang duren. Of het "eerlijk" is om de veroordeelde heel de afkomst van zijn vermogen te laten bewijzen, moet worden betwijfeld. Gelet op de "weinig gesofisticeerde" manier waarop justitie vandaag de dag vermogensvoordelen begroot, valt te vrezen dat het omkeren van de bewijslast niet veel verschil zal maken. Nu al bestaat er in feite een omkering van de bewijslast²⁵⁷⁰, zeker bij iemand die voor bendevoering of een ander ruim omschreven misdrijf in verdenking is gesteld. De voorstellen van prof. Traest zijn dus helemaal niet revolutionair: ze kunnen niet veel kwaad, maar zullen ook niet veel opleveren.

4.3.4. Schaf de verbeurdverklaring af

VERSCHIL- Het verschil tussen de geldboete en de verbeurdverklaring is dat het eerste een persoonlijke schuld (betalingsverplichting voor de toekomst) betreft, het tweede de ontneming van een (eigendoms)recht uit het verleden. De geldboete kan men dan ook uitvoeren op heel het vermogen van de veroordeelde, de verbeurdverklaring (als men logisch is) enkel op concrete goederen. De verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag verschilt dus slechts van de geldboete doordat zij van rechtswege de eigendom overdraagt op het moment van de uitspraak. Effectieve betaling (vrijwillig noch gedwongen) is nodig.

GEBRUIK GELDBOETE- Met op de toekomst slaande geldboetes vermijdt men de talloze verwickelingen die spelen bij de op het verleden gerichte verbeurdverklaring, vooral dan inzake de rechten van derden. Desnoods kan ook het fiscaal doopceel van de veroordeelde worden gelicht. Wij geloven dat zeker voor "recupereerbare leden van de maatschappij" de gewone geldboete een even goed of zelfs beter instrument is dan de verbeurdverklaring. Hetzelfde geldt voor organisatiecriminaliteit, strafbare feiten van voor het overige *bona fide* rechtspersonen. Zij kunnen het zich

²⁵⁷⁰ Aldus een gespecialiseerd parketmagistraat, die op een conferentie ons systeem aan zijn Nederlandse collega's uitlegt: "*Wettelijk gezien is er in België bij witwassen geen omkering van de bewijslast, maar feitelijk wordt deze last wel naar de verdachte doorgeschoven als er elementaire aanwijzingen voor dit delict voorhanden zijn. Merckx: "De ervaring toont aan dat onze rechtbanken daarbij vrij soepel zijn. Indien de verdachte geen ernstige en geloofwaardige uitleg kan geven over de herkomst van het geld, riskeert hij vrij snel om veroordeeld te worden". Opnieuw meende een aantal Nederlandse collega's muziek te horen.*" (VAN HEKKEN, F. "Aan knelpunten geen gebrek, de (on)mogelijkheden van grensoverschrijdend financieel rechercheren", *Algemeen Politieblad* 17 januari 1998, 10)

maatschappelijk niet permitteren zich bewust onvermogen te maken met het oog op het ontlopen van de straf. Dat eventueel een consensuele afhandeling mogelijk moet zijn om de economische last van de straf draaglijk te maken, lijkt ons in het licht van Deel IV en de huidige wetgeving over geldboetes ook geen probleem. Zij kan geheel of gedeeltelijk aan (probatie)voorwaarden worden gekoppeld en is vatbaar voor genade bij een zware economische tegenslag van de veroordeelde. Om te vermijden dat een onbemiddelde gevangene zijn reclasseringskansen kwijt zou spelen door de onbetaalde geldboetes, kan ze "verrekend worden" in de effectief uitgezeten vrijheidsstraf door uitvoering van de vervangende gevangenisstraf. Omgekeerd kan ook een "inlevering" van werkelijk genoten vermogensvoordelen eventueel worden gekoppeld aan de gevangenisstraf, bij voorbeeld als een mogelijk gebaar dat gunstig effect kan hebben in een procedure voor V.I. Al deze voorbeelden maken nog maar eens duidelijk hoe groot het gevaar van de fiscalisering van het vermogensstrafrecht is. Vandaar dat we hopen dat de huidige situatie, dat het geld van de bestraffing in de algemene begroting terecht komt, vooral niet gewijzigd wordt. Het grote probleem zou het gebrek aan zekerheden zijn. Hierom zien wij niet in waarom het nemen van zekerheden, beslag, borgsom e.d. niet zou kunnen in het licht van een mogelijke geldboete, maar wel met het oog op een verbeurdverklaring?

AFSCHAFFEN- De verbeurdverklaring als "zaakgerichte" straf is een voorhistorisch fossiel dat de wetgever niet had mogen reanimeren. Wij stellen voor de tekst van art.17 van de gecoördineerde Belgische grondwet te respecteren: "*De straf van verbeurdverklaring der goederen kan niet worden ingevoerd.*" Op basis van de tekst zelf is onderscheid tussen verboden algemene en toegelaten bijzondere verbeurdverklaring niet vanzelfsprekend. Bovendien kan de verbeurdverklaring, nu zij ook kan slaan op vervangingsgoederen en vooral ook op een gelijkwaardig bedrag, niet meer als "bijzonder" worden beschouwd. De mogelijkheden van verbeurdverklaring zijn trouwens zo ruim, dat haar toepassing soms eigenlijk neerkomt op een algemene verbeurdverklaring. De verplichte verbeurdverklaringen van voorwerp en middelen (42, 1° en 2° Sw.) zijn do or de in Deel II vastgestelde veranderingen in de manier waarop de wetgever misdrijven omschrijft, helemaal niet meer van deze tijd. Sinds de rechtspersonen ook strafbaar zijn, geldt dat des te meer. De verplichte verbeurdverklaring van middelen zou bijvoorbeeld bij milieumisdrijven absurde gevolgen hebben, zoals de verbeurdverklaring van fabrieksschoorstenen, lozingspijpen of vrachtwagens. Het de Minister nooit

uitgelegde verschil tussen "*producten*" en "*vermogensvoordelen*" uit een misdrijf valt in de praktijk ook niet te maken²⁵⁷¹.

TENZIJ ALS BEVEILIGINGSMAATREGEL- Kunnen dan nooit nog verbeurdverklaringen worden uitgesproken? Toch wel, maar dan alleen als *beveiligingsmaatregel*. De Nederlandse "onttrekking aan het verkeer" kan daarvoor als inspiratiebron dienen (*supra*, Hoofdstuk 3, 2.3.3.). De maatschappij kan verboden drugs, wapens of bijzondere inbrekerstoestellen wel "ontnemen", los van het vinden van daders of strafrechtelijke schuld. Goederen die op zich legaal zijn of ongevaarlijk mag de rechter echter niet verbeurdverklaren, al kunnen zij desnoods wel dienen ter betaling van de geldboete.

ONTNEMINGSMAATREGEL- Indien de wetgever toch kost wat kost achter het geld aan wil gaan, kan hij dat ons inziens enkel door middel van een (persoonlijke) ontnemingsmaatregel. Die moet noodzakelijkerwijze beperkt worden toegepast en mag nooit het werkelijk genoten voordeel te boven gaan. Het lijkt aangewezen deze "herstelmaatregel", zoals in Nederland, minstens aan de strafprocedure te koppelen. Zijn toepassing kan slechts slaan op de vermogensvoordelen uit het misdrijf waarvoor de dader wordt veroordeeld²⁵⁷². Door de onverantwoord brede formulering van misdrijven als die betreffende criminele organisaties of witwassen levert die waarborg trouwens weinig op. Matiging moet dan ook mogelijk zijn.

4.3.5. Besluit

GELDBOETES DOGMATISCH BETER- Als de wetgever twee keer zou nadenken, zou hij inzien dat in een wereld van "vluchtig" roerend vermogen, hij de verbeurdverklaring best zou afschaffen. De geldboete is de vermogensstraf bij uitstek en levert minder toepassingsmoeilijkheden op. Indien de wetgever, in een plotse dogmatische gewetenscrisis, zou vinden dat geldboetes nooit in verhouding mogen staan tot het genoten voordeel en enkel tot de concrete schuld, kiest hij best voor een soort ontnemingsmaatregel (waardeconfiscatie). Die mag nooit verplicht zijn en moet strikt beperkt blijven tot het reële vermogensvoordeel uit het misdrijf. Bij de praktische toepassing zal hoe dan ook door een moeras van burgerrechtelijke problemen gewaad moet worden.

²⁵⁷¹ STESSSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding...*, *op.cit.*, 59 e.v. behandelt het vermogensvoordeel trouwens de hele tijd als "*productum sceleris*"

4.4.Scherper witwasmisdrijf

VERWOORDING- Indien wij als klein westers land dan toch niet kunnen ontsnappen aan de strafbaarheid van witwassen, zouden wij 505 Sw. hoe dan ook anders verwoorden. Het nieuwe 505,1° Sw. zou een uitbreiding van heling tot bepaalde vermogensvoordelen zijn. *Het wetens en willens* (algemeen opzet) *verwerven* (een aflopende handeling) *van goederen en waarden* (waarmee we het voorwerp van 505,1° zouden loskoppelen van 42,3° Sw. ²⁵⁷³) *waarvan men weet* (positieve kennis die afgeleid kan worden uit de omstandigheden)²⁵⁷⁴ *dat zij van criminele oorsprong zijn*. Het nieuwe art. 505, 2° zou een echt witwasmisdrijf zijn : « *Wetens en willens overdragen of omzetten* (een aflopende gedraging, maar opeenvolgende omzettingen kunnen samen een voortgezet misdrijf uitmaken) *met de bedoeling (bijzonder opzet) hun criminele oorsprong te verbergen*»²⁵⁷⁵. Louter bijhouden zou dus niet strafbaar zijn en de verjaring kan haar werk doen.

RECHTSZEKERHEID- Daarnaast zouden er zeker ook specifieke bepalingen moeten komen die uitmaken wanneer iets kan worden beschouwd als « *voortkomend uit een misdrijf* ». Tot nu toe is nauwelijks iemand ingegaan op het oorzakelijk verband tussen misdrijf en vermogensvoordeel. Nochtans veralgemeent men de al zo bekritiseerde *sine qua non*-leer uit de door hun gevolg gekwalificeerde misdrijven. Het al dan niet bestaan van dat oorzakelijk verband vormt immers een constitutief bestanddeel van het witwasmisdrijf, een afgeleid misdrijf van alle misdrijven die profijt opbrengen. Er zou ook een soort verjaringsfunctie in moeten worden geïntegreerd, die maakt dat de rechtszekerheid verschaffende functie die de verjaring (en het vroeger misdrijf van heling) had(den), niet wordt omzeild door de onverjaarbaarheid van het afgeleid product. Eerder dan van « *vermogensvoordelen* » te spreken zou de wetgever er misschien beter aan doen te spreken van « *goederen en waarden* » of « *producten* ». « *Producten* » zouden dan wel ruimer geïnterpreteerd worden

²⁵⁷² Of *werd* veroordeeld als de ontnemingsprocedure langer mag duren (*supra*). We zijn het dus roerend eens met Traest en De Meester (*supra*, Hoofdstuk 4), op hun vasthouden aan de term "verbeurdverklaring" na.

²⁵⁷³ Dat artikel over de verbeurdverklaring zou natuurlijk best gewoonweg verdwijnen (*supra*, 4.3.).

²⁵⁷⁴ Het spreekt vanzelf dat de banken die een enorme lening toestaan meer nauwgezetheid aan de dag moeten leggen dan de marktkramer die cash ontvangt. We zouden ook kunnen leven met een aparte variant waarvoor nalatigheid zou volstaan voor de kenniscomponent, niet inzoverre t.a.v. de objectieve gedraging (de overdracht of omzetting), maar wel t.a.v. het rechtsfeit in de misdrijfomschrijving (dat het goed uit een misdrijf voortkomt). Het evenredigheidsbeginsel eist niettemin dat daarop een lagere straf zou staan.

moeten dan tot vandaag de dag het geval is geweest. Hoe dan ook zullen alle goederen die in de plaats komen van de « primaire vermogensvoordelen » altijd ofwel het « voorwerp », ofwel het « product » zijn van het misdrijf van 505 Sw.

4.5. Samenvatting

KAN ANDERS- Het winst oogmerk is niet typisch voor georganiseerde criminaliteit, zodat het gevaar voor collaterale schade bij een veralgemeende "aanval op criminele vermogens" groot is. De ontneming is tot doel op zich gepromoveerd. Dat is een foute strategie: de aandacht moet gaan naar de functie van de straf die de maatschappij aan het concrete individu oplegt. Die functie verschilt bij georganiseerde criminaliteit niet echt van die bij andere vormen van criminaliteit, al zal meer moeten worden geïnvesteerd in mogelijkheden om het individu te helpen ontsnappen aan de greep van de organisatie. Straffen zouden best allemaal in termen van tijd worden geformuleerd. De geldboete zou onder de vorm van een dagboete kunnen, al moet men ook daar niet te veel van verwachten. Voor een vermogensaanpak als component van bestraffing is de geldboete op allerlei punten geschikter dan de verbeurdverklaring, die de wetgever best voorgoed uit het straffenarsenaal zou bannen. Enkel als beveiligingsmaatregel voor gevaarlijke goederen moet zij kunnen. Indien de geldboete niets te maken mag hebben met de opbrengsten uit het misdrijf, kiest men best voor een strikt tot het werkelijk genoten voordeel beperkte ontnemingsmaatregel naar Nederlands model. Het witwasmisdrijf moet scherper worden afgelijnd, zowel qua objectief misdrijfbestanddeel als qua schuldvorm. Louter bezit bij een achteraf ontdekte criminele oorsprong mag niet strafbaar zijn en de rechtszekerheid eist de inbouw van een zeker verjaringsstelsel.

§5. Besluit

OVERROEPEN, SLECHT GEFORMULEERD- "*Verwar me niet met de feiten*", lijkt de centrale lijn in de veranderingen van de wetgever in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit. Op het vlak van de straf uit die zich in de uitbouw van een "vermogensaanpak". Die wordt wereldwijd gepromoot als de alternatieve aanpak, de enige manier om echt succesvol zal zijn. Hij steunt echter eerder op hoop dan op feitenkennis.

²⁵⁷⁵ De vrees dat door ontbreken van het bijzonder opzet vele omzetters vrijuit zo gaan, moet gerelativeerd worden: ook deelneming aan het misdrijf van de persoon die het geld aanvoert, is immers strafbaar en daarvoor volstaat deelnemingsopzet (*supra*, Deel II).

NIET ZO NIEUW- In Hoofdstuk 1 bleek dat bestraffing gericht op het vermogen allesbehalve nieuw is, maar eigenlijk een terugkeer betekent naar een preklassieke praktijk. De wantoestanden en het misbruik van vermogensstraffen door een geldhongerige of wraakzuchtige overheid zorgde voor een terughoudende klassieke wetgever. De vrijheidsstraf, waarin de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging het gemakkelijkst vertaalbaar leken, genoot de voorkeur. Bovendien verwachtte die wetgever een gunstige uitwerking van de vrijheidsstraf op de gestrafte. De geldboete en de bijzondere verbeurdverklaring bleven bestaan, maar hadden een bijkomend of bijkomstig karakter, zodat de dogmatici er weinig over nadachten. Een aantal ingebouwde remmen moest vermijden dat een nieuwe vermogensaanpak uitmondde in de vroegere fiscalisering van het strafrecht.

CRISIS- Hoofdstuk 2 toonde dat het klassieke vrijheidsstraf totaal niet voldeed aan de verwachtingen en zeker niet in het geval van bij georganiseerde criminaliteit betrokken individuen. Enkel door het vermogen van organisaties aan te pakken kon men die raken. De bestaande vermogensstraffen voldeden daartoe niet, zelfs niet in combinatie met het helingsmisdrijf, waarmee het afschermen van profijt uit misdrijven klassiek werd aangepakt.

INSPIRATIE- Wereldwijd werden nochtans impulsen uitgestuurd om criminelen en criminele organisaties nu net vooral in hun vermogens te raken. De V.S., Italië en Nederland zijn drie landen die zich bereid hebben getoond zeer ver te gaan in het opgeven van klassieke regels om een "buitgerichte" aanpak mogelijk te maken. Doch zowel de "burgerlijke vervallenverklaringsmaatregel" in de V.S. als de preventieve ontneming in Italië en de ontnemingsmaatregel in Nederland waren het voorwerp van zware kritiek. Over het succes ervan bestaat onenigheid, maar dat zij niet de gedroomde oplossingen zijn, staat vast.

KEUZE- Niettemin zagen we dat België erg ver wilde gaan om de vermogens van criminelen te ontnemen. Volgens de wetgever kon dat binnen het klassieke strafrecht en de nieuwe straf die het mogelijk zou maken was de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen. Ter ondersteuning werd het misdrijf heling aanzienlijk uitgebreid. Latere procedurele aanpassingen zouden er ook toe bijdragen.

EVALUATIE- De evaluatie van de verschuiving in bestraffing, van vrijheidsstraf naar vermogensaanpak, viel eerder negatief uit. Niet alleen dacht de wetgever

onvoldoende na over de werkelijke behoeften aan zo'n aanpak en de implicaties van de gemaakte keuzes. De concrete uitwerking van de wetgevende teksten was bovendien slordig en schiep zeker zoveel problemen als ze er oploste. De wetgever liet na een aantal fundamentele keuzes te maken: zaakgericht of persoonlijk, effectief of met respect voor de rechten van derden, straf of maatregel,.... Wie de nieuwe wetgeving bekijkt vanuit de klassieke beginselen, kan slechts ontgoocheld zijn: de nieuwe regels zijn te ruim en te verward om aan het legaliteitsbeginsel te voldoen, de nieuwe straffen zijn te zwaar om evenredig te zijn en staan (zeker in de mate dat ze derden treffen) op gespannen voet met het beginsel van persoonlijke straf en schuld, de nieuwe misdrijven zijn te ruim om subsidair te zijn,.... Indien de wetgever die klassieke beginselen heeft ingeruild voor andere, dan is het niet duidelijk welke dit zijn. Daarmee illustreerde hij de vaststellingen die eerder in dit proefschrift werden gedaan.

ALTERNATIEVEN- Nochtans beschikte hij over alternatieven, die zonder veel minder "effectief" te zijn, dogmatisch coherenter zijn en daardoor makkelijker zijn te hanteren. Zo schaft hij de verbeurdverklaring best af en ruilt hij haar in voor hetzij een aangepaste geldboete, hetzij een specifieke ontnemingsmaatregel. Toch mag hij zich niet laten meeslepen in de zogezegde aanval op de buit of de organisatie: in feite zijn het nog steeds vooral individuele personen die worden gestraft. Meer dan "uitschakeling" moet voor hen "wederinschakeling" in de normale maatschappij het eerste doel van de straf zijn. Bij georganiseerde criminaliteit is dat extra moeilijk, soms zelfs onmogelijk. Basiskennis van het fiscaal recht en het faillissementsrecht volstaat echter om te beseffen hoe gemakkelijk het is voor iemand zonder scrupules om te vermijden dat de staat of andere schuldeisers in staat zijn hem zijn vermogen te ontnemen. Vandaar dat een vermogensaanpak slechts een onderdeel kan zijn van een bredere strategie tegen concrete groepen: slechts wie voldoende lokale banden heeft en dus iets te verliezen, zal hier ook kwetsbaar zijn. Zij kan zeker belangrijk zijn bij het bewijzen van verbanden tussen criminelen, het herkennen van mechanismen, het begrijpen van trajecten en hun verstoring. Dat echt veel "teruggepak" kan worden van de allerswaarste - en dus gevaarlijkste - groepen, durven wij betwijfelen. Misschien is het daarom aangewezen gewoon het fiscaal recht te hanteren, zonder het echter te perverteren tot vermomd strafrecht. Tegen de anderen kunnen dogmatisch minder geforceerde persoonlijke straffen net zo goed het gewenste resultaat opleveren.

DEEL VI. ALGEMEEN BESLUIT

"It's not that I'm so smart, it's just that I stay with problems longer"

(A. Einstein)

ONTNUCHTERING- Georganiseerde criminaliteit is helemaal niet nieuw, alleen het begrip is dat, evenals de politieke en juridische aandacht ervoor (Deel I). Met de zogenaamd op "organisaties" en niet op "individuen" gerichte misdrijfschrijvingen werd eigenlijk de aloude bendevorming opnieuw ingevoerd, maar dan met nog bijkomende elementen van verwarring en vaagheid in de omschrijving (Deel II). Misdrijven zullen in de toekomst dan wel pro-actief worden opgespoord met bijzondere methoden, doch bij gebreke aan een uitgewerkt verdenkingsbegrip is pro-actief eigenlijk gewoon een modieus woord voor *inquisiteur* en zijn de zogenaamde bijzondere opsporingsmethoden niet bijzonder, of beter, niet allemaal even bijzonder en ook niet om dezelfde reden bijzonder (Deel III). Het bestaande strafrecht verzet zich helemaal niet tegen onderhandelde afhandeling met zware toegevingen door de overheid: spijtoptanten kunnen met het bestaande recht perfect met aanzienlijke strafvermindering worden beloond voor hun hulp aan de opsporing (Deel IV). En tenslotte mag van een vermogensaanpak van criminaliteit als alternatief of complement van de bestraffing met vrijheidsstraffen niet te veel worden verwacht, zeker niet bij georganiseerde criminaliteit (Deel V). Met de wezenlijke bevindingen van de vijf grote Delen telkens in één enkele zin samengebald, blijkt de lange en zware dogmatische tocht langs de grote verschuivingen in het strafrecht onder de vlag van de aanpak van georganiseerde criminaliteit één grotere ontzuivering.

ONTMASKERING- Is dan al het zware wroetwerk naar beweegredenen achter, de rechtvaardigingen voor en concrete verwoording van allerlei nieuwe "wettelijke instrumenten" en de voorzichtige prognose over hun slaagkansen dan allemaal vergeefse moeite geweest? Neen. Op zich loont het al de moeite om luid van de daken te schreeuwen dat de keizer met zijn nieuwe kleren niet veel om het lijf heeft. Tot nu toe hadden rechtsgeleerden dit wel voor afzonderlijke kledingsstukken vastgesteld, doch ze fluisterden of mompelden het eerder. Daardoor hoorde de keizer het niet of kon hij doen alsof hij het niet hoorde. Bovendien zijn de eigenlijke in dit proefschrift gedane vaststellingen genuanceerder dan de "krantenkoppen" in voorgaande alinea, zowel wat de vastgestelde problemen als wat de door België gekozen respons erop betreft.

SCHADUW- In Deel I bleek georganiseerde criminaliteit helemaal niet nieuw. Wij hebben gewoon een piek in de politieke en juridische aandacht voor het probleem bereikt. Daar de oplossing voor het probleem vaak ligt in de juiste formulering ervan, gingen we aandachtig na hoe het probleem bij ons wordt omschreven. Dat bleek een bevreedend proces: de omschrijvingen varieerden in functie van de gevoeligheden van wie de omschrijving deed. Sommige definities van georganiseerde criminaliteit zijn zo ruim of bevatten zoveel variabelen dat de meest uiteenlopende vormen van criminaliteit eronder vallen. Deze gebrekkige afbakening van het discussiethema dreigt debatten over georganiseerde criminaliteit te verzieken: men spreekt over verschillende verschijnselen. Doordat "georganiseerde criminaliteit" van een criminologisch naar een juridisch begrip is geëvolueerd, gaat het niet langer om een "academische" discussie. Onze eigen analyse startte met de vraag: wat maakt georganiseerde criminaliteit zo bijzonder dat wij en zij wordt beweerd dat de regels van het klassiek strafrecht niet langer opgaan en aan de kant moeten worden geschoven voor een andere aanpak? Ons antwoord kwam erop neer dat georganiseerde criminaliteit eigenlijk een soort schaduw was van de normale, rechtmatige overheid. Sterk vereenvoudigd berust de overheid op twee steunpijlers: geld en geweld. Het geld komt uit de belastingen die de overheid eenzijdig kan opeisen en vervolgens kan aanwenden in het algemeen belang, ter bescherming van collectieve rechtsgoederen en met het oog om een rechtvaardige herverdeling van de rijkdom. Het geweldmonopolie vormt een andere wezenlijke pijler van de staatsmacht, omdat het de ultieme waarborg vormt voor het naleven van alle regels, alle rechten en plichten die het intermenselijk maatschappelijk verkeer beheersen. Terwijl de rechtmatige overheid zorgt voor een "rechtmatig" gebruik van geld en geweld, "misbruikt" georganiseerde criminaliteit deze twee "machtsinstrumenten" om de overheidsinspanningen die haar bedreigen te neutraliseren. Terwijl de overheid de verdachten toegang verleent tot het strafdossier om hen toe te laten zich te verdedigen, gebruiken mensen uit de sfeer van georganiseerde criminaliteit die toegang vooral om de bron van het lek op te sporen en uit te schakelen. Als de overheid mensen uitstuurt om heimelijk informatie in te zamelen, "voedt" georganiseerde criminaliteit deze agenten opzettelijk met foutieve informatie – zoals geruchten in verband met corruptie – die het speurwerk van de overheidsdiensten ernstig bemoeilijken (Deel III). Terwijl de overheid bijvoorbeeld rekent op getuigen die de waarheid spreken, doet georganiseerde criminaliteit de getuige zwijgen of liegen door hem bang te maken of om te kopen (Deel IV). Als de overheid gevangenen sociale contacten toestaat om hun

reclassering in de maatschappij mogelijk te maken, worden die contacten bij georganiseerde criminaliteit gebruikt om de band binnen een organisatie te verstevigen of de activiteiten uit te breiden (Deel V). De overheid vecht dus met haar eigen schaduw, elke beweging die zij maakt, wordt onverbiddeijk gevolgd door een beweging van de schaduw. Doch als puntje bij paaltje komt, zal de “tegenaanval” van de “criminelen” slechts slagen als zij bereid en in staat zijn om zelf geld en geweld strategisch te gebruiken tegen de overheid. Wij hebben vervolgens in Delen II tot V nagegaan of de aanpak van dergelijke georganiseerde criminaliteit inderdaad voor een revolutie in het strafrecht zorgt.

DOORSNEDE- In elk van de Delen werd reeds een besluit geformuleerd, vaak met terugkoppeling naar voorafgaande Delen. Vandaar dat wij voor dit Algemeen Besluit een grove doorsnede dwars doorheen alle vijf Delen maken. Wij hebben immers in alle vijf Delen vergelijkbare pijnpunten vastgesteld in elk van de vijf fases van onze analyse: klassieke situatie, crisis, impulsen voor verandering, Belgische keuze en persoonlijke beoordeling.

KLASSIEKE SITUATIE- Niet toevallig zijn wij, in tegenstelling tot de meeste pleitbezorgers van veranderingen, steeds begonnen met de preklassieke situatie. Dat liet ons immers toe aan te geven hoe die klassieke keuzes mede ingegeven waren door een reactie op die preklassieke (wan)toestanden. In Deel II zagen wij hoe daarom de misdrijfomschrijvingen bewust werden vereenvoudigd en aangescherpt, waarbij de strafbaarheid beperkt bleef tot bestraffing van het individu dat door een verwijtbare gedraging schade had veroorzaakt aan een concreet rechtsgoed van een ander individu. Bij nader inzien bleek echter dat de klassieke wetgever belangrijke uitzonderingen voorzag. Hij had ook oog voor de collectieve dimensie bij criminaliteit en maakte het in belangrijke gevallen mogelijk om preventief bestraffend op te treden. In de strafbaarstelling van het abstracte gevaarzettingsmisdrijf bendevorming kwamen beide bekommernissen samen. Dat besef drong echter onvoldoende door tot de wetgever die in 1999 de nieuwe wet betreffende criminele organisaties heeft aangenomen. Ook het beeld dat de dag van vandaag opgehangen wordt van “klassieke opsporing” (Deel III), namelijk dat deze reactief, openlijk, oprecht en onpartijdig gebeurde, bleek erg geflatteerd. Er vonden, weliswaar grotendeels naast de formele wetten, allerlei onderzoeksactiviteiten plaats zonder dat al een misdrijf vaststond, waarbij de politie en haar pionnen verdekt en/ of met listen optraden en bovendien zelfs een rol gingen spelen in strafbare transacties. In Deel IV stelden wij ook vast dat de overheid in uitzonderlijke gevallen bereid was

om een prijs te betalen voor de opsporing of het bewijs van allerlei misdrijven. Vooral, maar niet alleen, het opportuniteitsbeginsel en de “open categorie” van verzachtende omstandigheden maakten allerlei “onderhandelde afspraken” met verdachte getuigen mogelijk. Tenslotte leerde Deel V dat in de klassieke situatie de vermogensstraffen, ondanks hun belang in de dagdagelijkse praktijk, nauwelijks ernstig werden bestudeerd. Zij bleven immers volledig in de schaduw van de gevangenisstraf. Hun “eigen” verdiensten en zwakten kregen dan ook onvoldoende aandacht. Algemeen kunnen wij dan ook besluiten dat de klassieke situatie in de praktijk veel genuanceerder en pragmatischer was dan de meeste vernieuwers denken. Deze vernieuwers staren zich blind op de rechtsbeschermende functie van de beginselen van behoorlijke rechtsbedeling en vrezen dat die de “efficiëntie van de aanpak” zullen ondermijnen. Zij onderschatten helaas systematisch de mogelijkheden om binnen het bestaande systeem de door hen geïmagineerde oplossingen te bekomen.

TEKORTKOMINGEN- Vandaar dat al te vlug besloten werd dat het klassieke systeem tekortschoot. In verschillende Delen stelden wij de redeneerfout – of de retorische truuk – van de hypostase vast: terwijl het tekortschieten van het bestaande recht eigenlijk moest worden bewezen, presenteerden de vernieuwers de tekortkomingen als een feit. Dat grepen zij dan aan als onwrikbaar bewijs dat de voorgestelde of doorgevoerde veranderingen nodig waren. Deel II bevatte de duidelijkste illustratie hiervan. De architecten van de nieuwe misdrijfomschrijvingen betreffende criminele organisaties waren immers vertrokken vanuit verkeerde informatie over het bestaande misdrijf bendevoering. Waarom de nieuwe wet er toch kwam nadat het oorspronkelijke misverstand was weggewerkt, kan een politicoloog beter verklaren dan een strafrechtelijk dogmaticus. Alleszins slaagde de regering die het ontwerp had geschreven er niet in op overtuigende wijze aan te geven wat de tekortkomingen van deelneming, poging of bendevoering waren. Een analyse op basis van concrete onderzoeken of rechtszaken bijvoorbeeld had erg leerrijk kunnen zijn. Ook de beweerde onmogelijkheid om met het bestaande recht spijtoptanten te belonen (Deel IV) en het tekortschieten van de klassieke strafwetgeving om criminelen “in hun vermogen te raken” (Deel V) werden voorgesteld als axioma's. Van het punt per punt aanwijzen van de tekortkomingen van de bestaande “instrumenten” was nooit sprake. Eén factor heeft echter wel ontegensprekelijk de aanpassing van de klassieke regels nodig gemaakt: de opkomst van afdwingbare grondrechten die supranationaal worden geïnterpreteerd. Die grondrechten maakten bijvoorbeeld dat er meer en betere regels moesten komen

voor de opsporing. Vooral het recht op een eerlijk proces en dat op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer verzetten zich tegen een wetgevend *laisser-faire* (Deel III). Wetgevende tussenkomst is bijvoorbeeld ook nodig om een evenwicht te vinden tussen de grondrechten (eerlijk proces, veiligheid, privé-leven) die met mekaar botsen wanneer de politie of het gerecht in een strafprocedure bepaalde bronnen afschermen. Het geval van de getuige aan wie zij volledige anonimiteit toezeggen als prijs voor het bekomen van zijn getuigenis, is daarvan het markantste voorbeeld (Deel IV). In Deel V merkten wij dat de tekortkomingen van het klassieke systeem voortvloeiden uit een aantal nieuwe axioma's (criminaliteit mag financieel niet lonen, vermogensstraffen doen georganiseerde criminaliteit het meest pijn, ...). De nieuwe aanpak staat of valt dan ook met het geloof in het nieuwe credo. Wij kunnen dan ook besluiten dat de stelling dat het klassieke systeem faalde, al te vlug als vanzelfsprekendheid wordt aanvaard. Toch betekent dit geenszins dat wij ons nostalgisch zouden moeten vastklampen aan de aloude regels. Integendeel, wij hebben er telkens op gewezen dat met de klassieke regels het systeem soms inderdaad in de problemen geraakt. Meestal bleek dat het gevolg van de evolutie van de maatschappij en het strafrecht in het algemeen: dat gold voor de trend naar strafbaarheid van abstracte gevaarstelling (Deel II), voor de gevoeligheid over het privé-leven die toenam door de technologische mogelijkheden van informatieverzameling en -verwerking (Deel III), voor de trend naar een minder "conflictief" en meer "onderhandelend" en "verzoenende" afhandeling van strafzaken (Deel IV) of de teleurstelling over de vrijheidstraffen (Deel V). Telkenmale hebben wij echter ook gewezen op de specifieke complicaties die ontstonden doordat georganiseerde criminaliteit zich met offensieve contrastrategieën wapent tegen de klassieke aanpak.

IMPULSEN- Buitenlandse voorbeelden hebben er zeker toe bijgedragen dat de Belgische wetgever besloot bepaalde ingrepen te doen. Vaak wordt tijdens de voorbereiding van een bepaalde wetgevend initiatief een vergelijkbare keuze in een ander land vermeld. Toch noemden wij in de proefschrift de buitenlandse "voorbeelden" slechts impulsen, niet "modellen" of "inspiratiebronnen". Keer op keer constateerden wij immers dat de rol van grondige rechtsvergelijking bij de redactie van (ontwerp)wetgeving in België eigenlijk uitermate bescheiden was. Met uitzondering van Deel IV, waar professor Traest en zijn medewerker De Meester wel een kleine rechtsvergelijkende voorstudie deden, beschikte de Belgische normgever bij het maken van zijn keuzes zelden over een degelijke voorstudie van de context, de voor- en de nadelen van buitenlandse rechtsfiguren en de mogelijke gevolgen bij

hun "overplanting" naar de Belgische context. Daardoor wordt in het Belgisch debat ietwat lukraak en selectief met elementen uit buitenlandse systemen "gegooid". Zo vermeldt men bijvoorbeeld de mogelijkheden voor "akkoorden met spijtoptanten" in de V.S., doch men vertelt er niet bij dat daar alle "bewijs van horen zeggen" uitgesloten is of dat de spijtoptant steeds oog in oog komt te staan met de beklagde, die recht heeft op een kruisverhoor (Deel IV). Italiaanse wetten worden aangehaald zonder erbij te vertellen dat het om omstreden noodwetten gaat, die soms in Italië zelf het voorwerp waren van zware kritiek van rechtsgeleerden (Delen II, IV en V). Wij hebben in onze analyses soms erg veel, soms relatief weinig aandacht besteed aan buitenlandse regelingen. De uitgebreide behandeling behielden wij voor aan de regimes die men hier denkt te kennen, doch blijkbaar toch niet zo goed kent (zoals de V.S. of Italië), omdat daar vaak waarschuwingen uit te halen vallen. Andere landen, zoals Nederland, kregen doorgaans een iets minder diepgaande behandeling omdat zij beter gekend zijn en ook in Vlaanderen uitgebreid zijn beschreven en becommentarieerd. Hetzelfde geldt voor de internationale en supranationale impulsen en dan vooral de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daar beperkten wij ons tot het aanstippen van ons inziens in de Belgische discussie onderschatte elementen. Hoe dan ook lijken de buitenlandse, supranationale of binnenlandse impulsen niet steeds te leiden tot de "algemeen aanvaarde regels" die de verhoopte "afstemming" tussen verschillende landen zouden waarmaken. Soms bestaat er wel enige afstemming, zoals bij het gebruik van "gestandaardiseerde containermisdrijven" waar allerlei andere feiten kunnen worden in gestopt (deelneming aan een criminele organisatie, witwassen). De prijs is dan echter een onverantwoord grote abstractie en een vervlakking van schuld en strafmaat ondanks relevante verschillen in de situaties van de rechtsonderhorigen. Tenslotte mag de invloed van het buitenland niet doen vergeten dat de wetgever grote verschuivingen meestal laat voorafgaan door kleine "vingeroefeningen" in specifieke wetten, zoals de drugwet of de hormonenwet. In het bijzonder strafrecht blijkt de weerstand tegen een breuk met de klassieke dogmatische beginselen meestal minder groot. Meestal nestelen de "nieuwigheden" zich in het bijzonder strafrecht om uiteindelijk "uit te zaaien". Deel II over de misdrijfschrijving maakte dat duidelijk: het was typisch iets voor het bijzonder strafrecht om het scheppen van een risico op schade aan steeds abstractere rechtsgoederen al strafbaar te stellen. Hetzelfde geldt voor misdrijfschrijvingen die steeds meer op waslijsten gelijken, uit vrees om enig ongewenst gedrag onbestraft te laten. Ook typisch voor het bijzonder strafrecht was het gebruik van obstructiemisdrijven, die verraden dat de moeilijkheid niet zozeer ligt in het misdrijf zelf, maar in de problemen om het effectief op te sporen

en te bestraffen. Elk van deze "wetgevende opties" is vanuit het bijzonder strafrecht "overgestoken" naar het gemeenrechtelijk strafrecht.

BELGISCHE KEUZES- In elk van de grote Delen werden de in België gemaakte keuzes beschreven, in de mate dat er al duidelijke keuzes bestonden. Voor de misdrijfomschrijvingen was er weliswaar een keuze (de wet betreffende criminele organisaties), maar die was niet echt duidelijk (Deel II). Het gaat om een ruime omschrijving, met moeilijk te bepalen grenzen maar met zware straffen. Een andere bewuste wetgevende keuze was die voor ongebreidelde toepassing van de verbeurdverklaring als "instrument" voor de vermogensaanpak. Verbeurdverklaring werd mogelijk voor alle "vermogensvoordelen uit een misdrijf" en werd gekoppeld aan de uitbouw van de misdrijfomschrijving "heling" tot een witwasmisdrijf (Deel V). Er moet daarentegen nog gekozen worden bij de regulering van de opsporing (Deel III). Ook de onderhandelingsmogelijkheden van het Openbaar Ministerie met het oog op het bekomen van "waardevol" bewijs liggen nog niet definitief vast (Deel IV). De (voor)ontwerpen die op tafel liggen, hebben immers nog een lange weg af te leggen vooraleer wet te worden. Wel staat al vast dat de wetgever pro-actieve recherche uitdrukkelijk tot "opsporing" heeft uitgeroepen en dat de informantenwerking, de observatie en de infiltratie aan strenge regels zal koppelen (Deel III). Akkoorden met spijtoptanten of anonieme getuigen zullen ook in de toekomst mogelijk blijven, maar een aantal verplichtingen voor partijen moet dit proces doorzichtiger maken en de kandidaat-getuigen meer rechtszekerheid geven (Deel IV). Over het algemeen lijkt de wetgever zich nogal dubbelzinnig op te stellen. Enerzijds lijkt hij er rotsvast van overtuigd dat hij heel ver mag afwijken van de "klassieke regels", omdat er bij wijze van spreken een soort noodtoestand bestaat. Doch soms grijpt hij dan toch terug naar een rechtsbescherming die dan een enorme praktische rem zet op de nieuwe aanpak. Zo stelt de wetgever abstracte gevaarstelling al strafbaar (Deel II), maar legt zij aan de speurders die daarvan het bewijs moeten leveren dermate strenge regels op dat hun slaagkansen enorm slinken (Deel III). Dat zou bijvoorbeeld gebeuren als het verbod voor de infiltrant om een misdrijf te plegen dat even zwaar is als het opgespoorde misdrijf (voorzien in het voorontwerp Bosly) wet zou worden. Zo maakt de wetgever ook verregaande ontneming mogelijk, zelfs wanneer het goed geen eigendom is van de veroordeelde, maar zegt hij tezelfdertijd dat alle klassieke regels en beginselen onaangetast blijven en met name de rechten van derden op het goed gevrijwaard moeten blijven (Deel V). Een opvallend gemeenschappelijk kenmerk is dat geen enkel van de vernieuwingen echt beperkt blijft tot georganiseerde criminaliteit. Zowel de "moderne, ruime" misdrijfomschrijvingen als

de "nieuwe" opsporingsmethoden, de onderhandelde oplossing of de vermogensaanpak krijgen veel groter toepassingsgebied dan enkel de aanpak van georganiseerde criminaliteit.

PERSOONLIJKE BEOORDELING- Bij onze dogmatische beoordeling waren wij dan ook vrij streng. Zonder de moeilijkheid van de problemen te onderschatten achtten wij het toch onze plicht te wijzen op het gebrek aan feitenkennis, op de verkeerde vooronderstellingen en op de redeneerfouten en de tegenstrijdigheden in de wetten of voorstellen. Zo doorprikte de analyse in Deel II de beweerde vernieuwing aan de hand van de "aanpak van de organisatie als dusdanig" als een even overbodige als verwarrende blunder. Woordenkramerij verborg een inhoudelijke zwakte. De criminele organisaties verschilden niet wezenlijk van aloude bendes. De wetgever druist met de uiteindelijke formulering van de misdrijfsomschrijven in tegen zowat alle beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, vooral tegen het aan het legaliteitsbeginsel inherente precisiegebod (*lex certa*). Bovendien illustreert het onnauwkeurig verwoord abstract gevaarzettingsmisdrijf ook de praktische en dogmatische problemen die dergelijke "moderne" misdrijven opleveren in vergelijking met de klassieke krenkingsmisdrijven. Minder verregaande aanpassingen hadden veel kunnen oplossen. De gepreekte revolutie was niet nodig, zij zal er waarschijnlijk ook niet komen. Wij hebben aangegeven dat het een fundamentele vergissing is de leden van organisaties collectief te bestraffen. Integendeel zou de rechtsstaat door een hernieuwde individualisering van schuld en straf een duidelijk alternatief moeten bieden voor de primitieve regels van onvoorwaardelijke solidariteit en collectieve aansprakelijkheid die in de criminele organisaties nog gelden. Zoniet zal de bestraffing eerder de samenhang binnen de criminele organisatie versterken dan verzwakken. De overheid moet oog hebben voor de organisatie en haar feitelijke greep op het individu, maar mag haar niet erkennen. De strafrechtelijke normen mogen zich enkel tot het individu richten. In de andere Delen hebben wij andere denkfouten blootgelegd en er ook op gewezen dat niet altijd de juiste vragen worden gesteld. In Deel III vroegen wij ons af wat "pro-actieve opsporing" is en wat er bijzonder is aan de bijzondere opsporingsmethoden. Wij kregen geen eenduidig antwoord. Op zoek naar algemene regels zijn wij op twee kernvragen gestoten. De eerste was die naar de omschrijving van uitlokking en naar de reden waarom zij altijd verboden moet zijn. De andere vraag is of en hoe speurders in de strijd tegen criminaliteit zelf strafbare gedragingen kunnen stellen. Wij stelden een alternatief systeem voor (herenigingsmodel), dat een antwoord op beide vragen biedt en tevens beter afgestemd is op de opsporingsnoden bij consensuele en

gevaarzettingsmisdrijven dan de huidige normen. Met de regeringsvoorstellen in Deel IV hadden wij geen grote moeilijkheden, al achtten wij de behoefte aan wetgeving niet echt groot en zijn wij bezorgd om de machtsoverdracht van de vonnisrechter naar het Openbaar Ministerie. Voor de vermogensaanpak (Deel V) hebben wij erop gewezen dat de cruciale vraag is met welke bedoeling de (vermogens)straf wordt opgelegd aan een individu. Deze wezenlijke vraag is op de achtergrond geraakt. Vandaar ons besluit dat wij bij vermogensstraffen op vergelijkbare problemen zullen stoten als bij de vrijheidsstraffen, misschien zelfs op grotere omdat de band tussen straf en bestrafte nog lossler, minder persoonlijk is. Het is dus nog gemakkelijker de straf af te wentelen op anderen. Ons bescheiden alternatief wilde daarom slechts de grootste tegenstrijdigheden wegwerken, die volgens ons het gevolg zijn van het gebruik van de verbeurdverklaring als favoriete "ontnemingsstraf".

BESLUIT- De juridische instrumenten waarmee België de georganiseerde criminaliteit wil aanpakken, zijn dogmatisch onvoldoende onderbouwd. De veranderingen zijn teveel ingegeven door specifieke, pragmatische keuzes steunend op de inspiratie van het moment. De logische samenhang lijdt daaronder en het mangelt aan een gemeenschappelijke achterliggende visie. De overheid (schaduw)bokst bij wijze van spreken in het donker: de keuzes gebeuren in het wilde weg, onvoldoende doordacht, zonder de nodige informatie. Een dergelijk blind om zich heen slaan is meestal een nutteloze bezigheid, waarmee de bokser vooral zichzelf vermoeit of vaak zelfs de verkeerde personen treft. Toch zijn wij de laatsten om te beweren dat er niets moet worden gedaan. Wij geloven immers dat er inderdaad georganiseerde criminaliteit bestaat die het strafrechtsbestel voor een uitdaging plaatst. Vandaar dat wij pleiten voor Verlichting: een overheidsbeleid dat steunt op meer en betere informatie, over het strafrecht zowel als over georganiseerde criminaliteit. Daarvoor is het wezenlijk dat eerst de juiste vragen worden gesteld. Het beleid zou bovendien moeten passen in een samenhangende visie. De rode draad in dit proefschrift was een pleidooi voor een "gesofisticeerde" maatschappelijke reactie, die in contrast staat met de "primitieve" regels die in criminele organisaties gebruikelijk zijn. Zo stelden wij bijvoorbeeld een "individualiserende" aanpak voorop als antwoord op de onvoorwaardelijke solidariteit die criminele organisaties eisen (Deel II). Zowel onze suggesties inzake opsporing (een geïndividualiseerd uitlokkingsbegrip en individuele rechtvaardigingsgronden, Deel III) als die inzake onderhandelde afhandeling of bestraffing (geen onvoorwaardelijke maatschappelijke vendetta, Deel IV) pasten in die visie. Ook het

steeds terugkerend pleidooi voor een herwaardering van het Algemeen Deel van het Strafwetboek als alternatief voor de niet bij te houden deelregelingen in bijzondere wetten, weerspiegelt onze behoefte aan coherentie en vereenvoudiging. Dit alles betekent natuurlijk niet dat ook met de huidige keuzes (haar slagen in het donker) de overheid af en toe eens flink raak treft. Het is niet omdat je paranoïde bent, dat je niet achtervolgd wordt....

BIBLIOGRAFIE

"Reading, after a certain age, diverts the mind too much from its creative pursuits. Any man who reads too much and uses his own brain too little falls into lazy habits of thinking" (A. Einstein)

Boeken en rapporten

- ABADINSKY, H., *Organized Crime*, Chicago, Nelson-Hall, 1994, 579 p.
- AGI (Italian Giornalist Agency), *Contro against drugstrafficking, secret arms dealing, money relaudering , gambling-dens, illegal immigration...*, U.N. World Ministerial Conference on Organised Transnational Crime, Naples 21-23 November 1994, 82 p.
- ALBANESE, J., *Organized Crime in America*, Second Edition., Anderson publishing, 1989, 193 p.
- AMAR, A.R., *The Constitution and Criminal Procedure, First Principles*, New Haven en Londen, Yale University Press, 1997, 272 p.
- ANECHIARICO, F. en JACOBS J., *The Pursuit of Absolute Integrity, How Corruption Control Makes Government Ineffective*, Chicago en Londen, The University of Chicago Press, 1996, 269 p.
- ARLACCHI, P., *Mafia Business: the mafia ethics and the spirit of Capitalism*, Londen, verso, 1986, 239 p.
- ARLACCHI, P., *Mafia, peasants and great estates, society in traditional Calabria*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 222 p.
- ARLACCHI, P., *Men of Dishonour, Inside the Sicilian Mafia, An Account of Antonio Calderone*, New York, Morrow, 1993, 285 p.
- ARONOWITZ, A., LAAGLAND, D., en PAULIDES, G. , *Value-Added Tax Fraud in the European Union* , Amsterdam/New York, WODC-Ministry of Justice/ Kugler Publications, 1996, 150 p.
- BALKEMA, J. P. e. a. (eds.), *Dynamisch strafrecht, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof.mr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Arnhem: Gouda Quint, 1995, 386 p.
- BARREZ, D., *Het land van de duizend schandalen: encyclopedie van een kwarteeuw Belgische affaires*, Groot Bijgaarden, Globe, 1997, 384 p.
- BECCARIA, C. , MICHIELS, J., VAN BEMMELEN, J., *Over misdaden en straffen*, Antwerpen, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1971 (oorspr. uitgave 1764), 528 p., ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J. M. Michiels, voorwoord door J. M. Van Bemmelen.
- BEIER, A., *Bedreigde getuigen in het strafproces*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 396 p.
- BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR STRAFRECHT (ed.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 196 p.
- BERENTS, D., *Misdaad in de Middeleeuwen, een onderzoek naar de criminaliteit in het laat-middeleeuwse Utrecht*, Bloemendaal, Stichtse Historische Reeks, 1976, 176 p.
- BERKMOES, H., VANDAELE, R., en DE BIE , B., *Misdaad loont niet (meer)?, de bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en de bestrijding van het witwassen in België*, Brussel, Politea, 1994, 173 p.
- BERKVENS, J., *Criminele organisaties, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland,(niet gepubliceerd) 1991, 18 p.
- BLOK, A., *De bokkerijders: roversbendes en geheime genootschappen in de landen van Overmaas (1730-1774)*, Amsterdam, Prometheus, 1991, 457 p.
- BOTTAMEDI, C., *La mafia en Belgique, lutter contre le crime organisé*, Ottignies (LLN), Quorum, 1997, 254 p.

- BOVENKERK, F. en YESILGÖZ Y., *De maffia van Turkije*. Amsterdam: Meulenhoff/Kritak, 1998, 352 p.
- BOVENKERK, F., (ed.), *De georganiseerde criminaliteit in Nederland, het criminologisch onderzoek voor de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden in discussie*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 196 p.
- BOVENKERK, F., *La Bella Bettien*, Amsterdam, Meulenhoff, 1995, 232 p.
- BOYD, A., *The Informers - A Chilling Account of the Supergrasses in Northern Ireland*, Dublin, Mercier Press, 1984, 103 p.
- BYNUM, T., *Organized Crime in America: concepts and controversies*, New York: Willow, 1987, 149 p.
- CALVI, F., *Het Europa van de Peetvaders, de maffia verovert een continent*, Leuven, Kritak, 1993, 343 p.
- CATTANEO, M., *Aufklärung und Strafrecht, Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 225 p.
- CENTRALE DIENST VOOR DE BESTRIJDING VAN DE GEORGANISEERDE ECONOMISCHE EN FINANCIËLE DELINKWENTIE, *Activiteitenverslag 1994*, Brussel, APSD, 1995.
- CHAUVEAU, A. en HELIE, F., *Théorie du code pénal*, Paris, Legrand, 1843, 6 vol.
- CHAVANNE, *Dalloz criminel, V° Complicité*, nos. 38-39.
- CLAY, J., *Hoffa! Ten angels swearing*, Beaverdam (VI), 1965, 182 p.
- COECK, P., *Reyniers, superflik*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 376 p.
- COMMISSIE VOOR DE POLITIEKLACHTEN AMSTERDAM-AMSTELLAND., *Onderzoek naar politieoptreden Eurotop Amsterdam juni 1997*, Amsterdam, CPK, 1997 207 p.
- CONCERNED COMMUNITY ORGANISATIONS, *In the Government's Arsenal, The 'Supergrass'*, Belfast: Concerned Community Organisations, 1984, 50 p.
- DE SMET, B., *De hervorming van het vooronderzoek in strafzaken, moet het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm gehandhaafd blijven ?*, Antwerpen, Intersentia, 1996, 450 p.
- CONSTANT, J., *Manual de droit pénal*, Liège, Imprimerie des Invalides, 1949, 317 p.
- CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, 1975.
- CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries nationales, 1965, T. II, 722
- COOGAN, T., *The IRA, a history*, Niwot, Roberts Rhinehart, 1993, 510 p.
- CORSTENS, C., JOUBERT, E. en KORTMANN, S. (eds.), *Maatregelen tegen witwassen in het koninkrijk*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 234 p.
- CORSTENS, G. J. M., *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 39 p.
- CRESSEY, D., *Theft of the Nation, the Structure and Operations of Organized Crime in America*. New York: Harper, 1967, 367 p.
- CUERDA-ARNAU, M.-L., *Atenuación de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995, 726 p.
- CULLEN, P. en GILMORE, W., *Crime sans frontières: International and European Legal Approaches*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1998, 249 p..
- CUSTODES, *De proactieve recherche-La recherche proactive*, Politeia, 1/1999.
- DAVIS, J., *Mafia Kingfish, Carlos Marcello and the assassination of John F. Kennedy*, New York, McGraw-Hill, 1988, 580 p.
- DE CLERCK, S., *Het bos en de bomen, Justitie hervormen*, Tiel, Lannoo, 1997, 184 p.
- DE FEYTER, S., *De bende van Jan de Lichte*, s.n. Leuven, Diss.Lic.Geschiedenis, s.d. 1979, 148 p.
- DE HERT, P., *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht, de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 367p.
- DE LIGUORI, L., *La Banda Armata, fattispecie penale e realtà terroristica*, Napoli, Giovane, 1986, 177 p.
- DE NAUW, A., *De strafbaarheid van voorbereidingshandelingen, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van België en Nederland, 1982, 90 p.
- DE NAUW, A., *Drugs*, Antwerpen, E.Story Scientia, 1998, 117 p.

- DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 284 p.
- DE PAUW, F., *De firma mafia*, Leuven, Davidsfonds, 1993, 123 p.
- DE STOOP, C., *Ze zijn zo lief, meneer: over vrouwenhandel, meisjesballetten en de bende van de miljardair*, Leuven, Kritak, 1992, 284 p.
- DE VRIES-LEEMANS, M., *Artikel 140 Wetboek van Strafrecht/Een onderzoek naar de strafbaarstelling van de deelneming aan misdaadorganisaties*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 367 p.
- DECLERCQ, R., *Beginnelsen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 1160 p.
- DECORTE, T. en VAN LAETHEM, W., *Grijze politie, verklaring voor problematische publiek-private interacties in de zaak Reyniers*, Politeia, 1997, 225 p.
- DEFOORT, J., *Wet en geweld, over recht en gerechtigheid*, Kapellen, Pelckmans, 1994, 182 p.
- DELMAS-MARTY, M. e.a. (eds), *Corpus Iuris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 189 p.
- DEROISY, A., *La répression du vagabondage, de la mendicité et de la prostitution dans les Pays-Bas Autrichiens durant la seconde moitié du XVIIIème siècle*, Brussel, 1966 (niet gepubliceerd)
- DERUYCK, F., *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 308 p.
- DERUYCK, F., *Over witwassen en voordeelsontneming*, preavies voor de Vereniging voor de Vergelijkendestudie van het recht van België en Nederland, 1996, 71 p.
- D'HAENENS, J., *Heling*, Brussel, Larcier, 1955, 54 p.
- D'HAENENS, J., *Strafbare deelneming*, Brussel, Larcier, 1959, 132 p.
- Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré*, Hachette, 1998
- DIEDERIKS, H. en ROODENBURG, W. (eds.), *Misdaad, zoen en straf. Aspecten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum, Verloren, 1991, 137 p.
- DOORENBOS, N., *Over witwassen en voordeelsontneming, een preadvies, Nederlandse sectie*, (niet gepubliceerd) 1996, 160 p.
- DUGGAN, C., *Fascism and the Mafia*, New Haven, Yale University Press, 1989, 322 p.
- DUKE, S. en GROSS, A., *America's Longest War, Rethinking Our Tragic Crusade Against Drugs*, New York, Putnam, 1994, 348 p.
- DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Belgisch strafrecht*, Leuven: Acco, 1990, 913 p.
- DUPONT, L., *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het misdrijf in het Belgisch strafrecht, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1993, 77 p.
- DUPONT, L., *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtsbedeling, bijdrage tot het grondslagenonderzoek van de Belgische strafrechtsbedeling*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, Faculteit der rechtsgeleerdheid, Afdeling strafrecht, strafvordering en criminologie, 1977, 344 p.
- DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, Leuven, Acco, 1997, 286 p.
- EGMOND, F., *Banditisme in de Franse Tijd: profiel van de Grote Nederlandse Bende 1790-1799*, Zutphen, De Bataafsche Leeuw, 1986, 196 p.
- EGMOND, F., *Op het verkeerde pad: georganiseerde misdaad in de Noordelijke Nederlanden*, Amsterdam, Bert Bakker, 1994, 317 p.
- EGMOND, F., *Underworlds, Organized Crime in the Netherlands 1650-1800*, Cambridge, Polity Press, 1993, 256 p.
- ERGEC, R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Brussel, Bruylant, 1987, 427 p.
- ESCAMILLA-COLLIN, M., *Crimes et châtements dans l'Espagne inquisitoriale*, Paris, Berg International, 1992, 2 v.
- FEUERBACH, P., *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, Giessen, 1804, 102 e.v.
- FIJNAUT, C. en VERSTRAETEN, R., *Het strafrechtelijke onderzoek inzake de "bende van Nijvel"*, Leuven, Universitaire Pers, 1997, 1201 p.
- FIJNAUT, C., BOVENKERK, F., BRUINSMA, G. en VAN DE BUNT, H., *Organized Crime in the Netherlands*, Den Haag/Londen/Boston, 1998, Kluwer Law International, 1998, 248 p.
- FIJNAUT, C., *De normering van het informatieve onderzoek in constitutioneel perspectief*, Deventer-

- Nijmegen, Kluwer, 1995 (heruitgave), 85 p.
- FIJNAUT, C., DE RUYVER, B. en GOOSSENS, F.(eds.), *De reorganisatie van het politiewezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 277 p.
- FIJNAUT, C., *De zaak François: beschouwingen naar aanleiding van een vonnis*. Antwerpen, Kluwer, 1983, 192 p.
- FIJNAUT, C., *Een historische inleiding tot de algemene criminologie*, Leuven, Instituut voor Strafrecht, 1998, 76-77.
- FIJNAUT, C., *Gestalten uit het verleden*, Antwerpen/Leuven, Kluwer/Universitaire Pers, 1993, 347 p.
- FIJNAUT, C., GOETHALS, J., PETERS, T., and WALGRAVE, L. (eds.), *Changes in society, crime and criminal justice in Europe, a challenge for criminological education and research, Volume II: International organised and corporate crime*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 278 p.
- FIJNAUT, C., VAN DAELE, D.(eds.), *De hervorming van het Openbaar Ministerie*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 454 p.
- FINN, P. en MURPHY HEALEY, K., *Preventing Gang- and Drug-Related Witness Intimidation*, Rockville (MD), U.S.Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1996, 152 p.
- FREEMANTLE, B., *The Octopus, Europe in the grip of organised crime*, Londen, Orion, 1995, 436 p.
- GALISSAI PILO, M., *Le associazioni segrete, profili penali*,. Padova, CEDAM, 1990, 96 p.
- GAMBETTA, D., *The Sicilian Mafia, the business of private protection*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 1993, 335 p.
- GEARTY, C., *Terror*, Londen, Faber and Faber, 1991, 170 p.
- GIOSTRA, G. and INSOLERA, G., (eds.), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi, atti della giornata di studio Macerata*, Milano, Giuffré, 1995, 163 p.
- GOODE, E. en BEN-YEHUDA, N., *Moral Panics, the social construction of deviance*, Oxford (UK) en Cambridge (USA), 1994, 265 p.
- GOOSSENS, F., *Het onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: begrip en gevolgen*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 85 p.
- GRANDE, E., *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Milano, CEDAM, 1993, 332 p.
- GROENHUIJSEN, M. S. en VAN KALMTHOUT, A. M. (eds.), *Voordeelsontneming in het strafrecht, een commentaar op het rapport van de werkgroep legislatieve projecten vermogenssancties*, Arnhem, Gouda Quint, 1989, 224 p.
- GROENHUIJSEN, M., *Straf en wet, beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 76 p.
- GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J., en SIMMELINK, J., *Ontneming van voordeel in het strafrecht, de nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 370 p.
- GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband, proefschrift*, Brussel, s.n., 1986, 322 p.
- HAUS, J. en NYPELS, J., *Législ.crim.*, t.II, p.768.
- HAUS, J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Hoste Gand, 1879, 2 vol.
- HELMOLZ, R. e.a. *The Privilege against Self-Incrimination, it's Origins and Development*, Chicago & London, The Chicago University Press, 1997, 310 p.
- HÜNERFELD, P. (ed.), *Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen, ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*, Freiburg im Breisgau, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1992.
- HUSTIN-DENIES, N. en SPIELMAN, D., *L'infraction inachevée en droit pénal comparé*, Brussel, Bruylant, 1997, 163 p.
- IANNELLI, F. en ROCCHIGIANI, F., *La Divisione Investigativa Antimafia*, Milaan, Giuffré, 1995, 628 p.
- ILEGEMS, D. en SAUVILLIER, R., *Bloedsporen, een reis naar de mafia*, Antwerpen, Atlas, 1995, 367 p.

- INGROIA, A., *L'associazione di tipo mafioso*. Milano, Giuffrè, 1993, 154 p.
- ITALIAN MINISTRY OF THE INTERIOR. *Organized Crime in Italy, Evolution and Law Enforcement Action*, U.N. World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime, Naples, 21-23 November 1994, 109 p.
- JAMIESON, A., *The Heart attacked: terrorism and conflict in the Italian state*, London, Boyars, 1989, 306 p.
- JAYAWARDENA, K., *Feminism, Nationalism in the Third World*, Londen, Zed, 1986, 43-56, 73-108 en 137-154.
- JESCHEK, H.-H., GREBING, G., en ALBRECHT, H.-J., *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1978, 1358 p.
- JOSEPHSON, M., *The Robber Barons: the great American capitalists*, Londen, Eyre, 1962, 474 p.
- KELK, C., *De menselijke verantwoordelijkheid en het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 270 p.
- KENNEDY, R., *The Enemy Within, The McClellan's Committee Crusade Against Jimmy Hoffa and Corrupt Labor Unions*, New York, Da Capo Press, 1960, 338 p.
- KEYSER-RINGNALDA, F., *Boef en buit. De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 433 p.
- KIRBY MARTIN, J. e.a., *America and its People*, Harpers Collins, 1989, 1014 p.
- KLEEMANS, E.; VAN DEN BERG, E. en VAN DE BUNT, H., *Georganiseerde criminaliteit in Nederland*, Rapportage op basis van de WODC-monitor, Den Haag, Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum, 1998, 177 p.
- KOBLER, J., *Ardent Spirits, The Rise and Fall of Prohibition*, New York, Da Capo Press, 1993, 368 p.
- KÜTLER, C., *Räuber und Gauner in Deutschland, das organisierte Bandenwesen im 18. und frühen 19. Jahrhundert*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1987, 197 p.
- LALLEMAND, A., *De Organizatsya*, Berchem, EPO, 1996, 308 p.
- LAROY, P., *De Roversbendes van Vlaanderen*, Eeklo, Taptoe, 1997, 220 p.
- LEA, C., *Historia de la Inquisición española*, Madrid, 1983, Vol. II, 477 e.v.
- LECLERC, M. (ed.), *La criminalité organisée*, Paris, La Documentation française, 1996, 279 p.
- LONGRIGG, C., *Maffiavrouwen*, Amsterdam/Leuven, Meulenhoff/Kritak, 1997, 287 p.
- LUYTEN, D. en BOUTMANS, E., *Drugs*, Antwerpen, Van Lochem Slaterus, 1981, 167 p.
- MAAS, P., *The Valachi Papers*, New York, Putnam's, 1968, 290 p.
- MAAS, P., *Underboss, de getuigenis van maffiabaas Sammy "The Bull" Gravano*, Utrecht, Het Spectrum, 335 p.
- MACDONALD, E., *Schiet de vrouwen eerst neer*, Weert, M&P, 1992, 252 p.
- MADDALENA, M., *Le circostanze attenuanti per i terroristi "pentiti"*, Milano, Giuffrè, 1984, 372 p.
- MAHAN S. (ed), *Beyond the Mafia, Organized Crime in the America's*, Thousand Oaks, Sage, 1998, 257 p.
- MAIER-WEGT, B., *Der materiale Rechts- und Verbrechensbegriff von der französischen Aufklärung bis zur Restauration, Eine Untersuchung anhand der Lehrbücher des Kriminalrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1987, 118p.
- MARCHAL, A. en JASPAR, J., *Droit criminel, Traité théorique et pratique, I*, Brussel, Larcier, 1952, 841 p.
- MARCHAL, A. en JASPAR, J., *Traité de droit criminel, III*, Brussel, Larcier, 1952-1982, 3 vol.
- MAYERHOFER, C. en JEHLE, J.-M., *Organisierte Kriminalität, Lagebilder und Erscheinungsvormen, Bekämpfung und rechtliche Bewältigung*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1996, 306 p.
- MERLE-VITU, *Traité de droit criminel, Téd.*, 1997, 1068 p.
- MICKOLUS, C., *Transnational terrorism, a chronicle of events, 1968-1979*, London, Aldwyel Press, 1980, 906 p.
- MINNAERT, M., *Disfuncties en belangen van de burger, politie en justitie, integratie en reorganisatie, opsporing en onderzoeksrechter: acht (Octopus)-armen rondom het gerechtelijk strafonderzoek*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 180 p.

- MINNAERT, M., *De wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het af luisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en telefooncommunicatie. X. Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeëigendom, immuniteit bij beslag, politierechtbank, telefoontap, vergoeding verkeersslachtoffers, een eerste commentaar*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 153-201.
- MOLDEA, D., *The Hoffa Wars, Teamsters, Rebels, Politicians and the Mob*, New York/Londen, Paddington Press, 1978, 450 p.
- MOLS, G en SPONG, G. (eds), *De kroongetuige in het Octopus-proces*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 312 p.
- MOMMAERTS, P., *De Bokkerijders, berugte bende van nagtdieven en knevelaers (1730-1799)*, Leuven, 1986, onuitgegeven licentiaatsverhandeling
- MONTANARA, G., *Aspetti problematici dei reati associativi*, Latina, Bucalo, 1985. 190 p.
- NADELMAN, E., *Cops Across Borders, The Internationalization of US Criminal Law Enforcement*, University Park (Pa), The Pennsylvania State University Press, 1993, 524 p.
- NANULA, G., *La lotta alla Mafia, strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, Giuffrè, 1996 (3de uitgave), 621 p.
- NANULA, G., *La lotta alla mafia, strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, Milano, Giuffrè, 1994, 521 p.
- NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS., *Organized Crime, report of the Task Force on Organised Crime*, Washington, D.C., US DOJ, Law Enforcement Assistance Administration, 1976, 288 p.
- NELEN, J.en SABEE, V., *Het vermogen te ontnemen, evaluatie van de ontnemingswetgeving-eindrapport*, Den Haag, WODC, Onderzoek en Beleid, nr. 170, 1998.
- NUNZI, A., *The Elaboration of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Paper presented at the XVIth International Congress of Penal Law, , The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Boedapest, 5-11 september 1999, Siracusa, International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, 1999, 20 p.
- NYPELS, J. en SERVAIS, J., *Le Code pénal belge interprété, I. droit pénal général (art.1er à 100bis)*, Brussel, Emile Bruylant, 1938 (3de ed.).
- NYPELS, J., *Législation criminelle*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1867-1870, 3 vol.
- PANARELLA, C. en WORTHINGTON, J., *Busting the Mob: United States v. Cosa Nostra*, New York, N.Y.U. Press, 1994, 276 p.
- PARTI DU TRAVAIL DE BELGIQUE, *Halte à la loi fasciste "relative aux organisations criminelles"*, S.I., juni 1997, 19 p.
- PERRY, M. e.a., *Western civilization, Ideas, Politics & Society*, Boston, Houghton Mifflin, 1989, 862 p.
- PETERS, A., *Schuld en opzet in het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 1966, 347 p.
- PIMLOTT, J. e.a. , *Guerilla Warfare*, Londen, Bison Books, 1985, 192 p.
- POC-GC, *Eerste tussentijds verslag, Parl.St., Senaat 1997-98*, 3 december 1997, 64 p.
POC-GC: , *Eindverslag , Parl.St. Senaat 1998-1999*, 8 december 1998, 1-326/9, 584 p.
- POTTER, G. , *Criminal Organizations. Vice, Racketeering and Politics in an American city*, Waveland press, 1994, 213 p.
- QUINTANAR DIEZ, M., *La justicia penal y los denominados 'arrepentidos'*, Madrid, Edersa, 1996, 446 p.
- Rapport de la commission d'enquête sur les moyens de lutter contre les tentatives de pénétration de la mafia en France*, 27 januari 1993, Assemblée Nationale, n°3251,128 p.
- REMMELINK, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 971 p.
- RENCKENS, K., *De Russische maffia*, Licentiaatsthesis criminologie K.U.Leuven, 1998-99, niet gepublic., 142 p.
- RIGAUX, M. en TROUSSE, P., *Les crimes et délits du Code Pénal, I* , 1968, 564 p.
- RIJKSRECHERCHE FORT-TEAM, *Rapport onderzoek naar het functioneren van de RCID Kennemerland*, Den Haag, Sdu , 1996, 349 p.

- ROBINSON, J., *De witwassers, achter de schermen van 's werelds op twee na grootste industrie*, Rijswijk, Elmar, 1994, 352 p.
- ROLDAN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal; un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Madrid, 1982, 106 p
- ROTH, J. en FREY, M. met nawoord FIJNAUT C. , *Het verenigd Europa van de Mafia*, Amsterdam/Leuven, Van Gennep/Kritak, 1994, 414 p.
- ROXIN, C. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin- New York, Walter De Gruyter, 1973, 50 p.
- ROZIE, M.(ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 258 p.
- RUBBRECHT, J., *Inleiding tot het Belgisch strafrecht*, Leuven, Wouters, 1958, 306 p.
- RUTGERS, M., *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, een onderzoek naar de grenzen van het strafrecht*. Arnhem, Gouda Quint, 1992, 373 p.
- SAID, E., *Cultuur en imperialisme*, Antwerpen, Atlas, 1994, 439 p.
- SCHMITZ, M., *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, 166 p.
- SCHULZE, H., *States, Nations and Nationalism from the Middle Ages to the Present*, Oxford, Blackwell, 1998, 376 p.
- SHORT, M., *Crime Inc., the story of organized crime, updated*, Londen, Thames Mandarin, 1996, 390 p.
- SLOANE, A., *Hoffa*, Cambridge (MA)/Londen, The MIT Press, 1991, 430 p.
- SMAERS, G., *Gedetineerden en mensenrechten: de toepassing van het EVRM in penitentiaire detentiesituaties door de Europese jurisdicties en haar gevolgen voor de rechtspositie van veroordeelde gedetineerden in België*, Antwerpen, Maklu, 1994, 348 p.
- SPAGNOLO, G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, CEDAM, 1993 (4de ed.), 194 p.
- STAPENHORST, H., *Die Entwicklung des Verhältnisses von Geldstrafe zur Freiheitsstrafe seit 1882: eine rechtshistorische Untersuchung anhand von Kriminalstatistiken*, Berlijn, Duncker en Humblot, 1993, 135 p.
- STERLING, C., *Thieves' world, the treath of the new global network of organized crime*. New York, Simon and Schuster, 1994, 304 p.
- STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen, onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*. Antwerpen, Intersentia, 1997, 688 p.
- STILLE, A., *Excellente kadavers, kroniek van de Italiaanse mafia*. New York, Pantheon, 1995, 480 p.
- STORME, M., WYMEERSCH, E., en BRAECKMANS, H., *Handelsrecht, Economisch en Financieel recht, post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-95*. Gent, Mys & Breesch, 1995, 737 p.
- STRIJARDS, G. , *Strafbare voorbereidingshandelingen*. Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 209 p.
- SUTHERLAND, D., *Revolutie en contrarevolutie, Frankrijk, 1789-1815*, Amsterdam, Bakker, 1989, 478 p.
- TAK, P. (ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese unie, de normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese unie*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 838 p.
- TAK, P. J. P., *De kroongetuige en de georganiseerde misdaad*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 151 p.
- TERESI, R., *Direzione nazionale e direzioni distrettuali antimafia*, Milano, Giuffré, 1993.
- TERNEST, S., *Jan de Lichte en zijne bende*, Gent, 1873.
- THE AUSTRIAN PRESIDENCY OF THE EU AND EUROPOL, *1997 EU Situation Report on organised Crime, Report to the European Parliament*, File Nr 2530-34r1, 67 p.
- THE EUROPEAN FORUM FOR VICTIM-OFFENDER MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE (ed.), *Victim-offender mediation in Europe: making restorative justice work*, Leuven, Univeritaire Pers, 2000, 382 p.
- THE PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE, *Task Force Report: Organized Crime*, Washington D.C., Government Printing Office, 1967.
- TOP, S., *De bende van Baekelandt in de geschiedenis, de literatuur, het volkslied en het volksverhaal*, Handzame, Familia et patria, 1983, 307 p.

- TRAEST, P. en DE MEESTER, T., *Onderzoeksrapport met betrekking tot spijtoptanten, aanmoediging en vergemakkelijking van de getuigenis in het kader van de strafrechtspleging en omkering van de bewijslast aangaande de herkomst van goederen waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit een met de georganiseerde criminaliteit verbonden activiteit*, Gent, Universiteit Gent (niet gepubliceerd), 1998, 330 p. + bijlagen.
- TRAEST, Ph., DE NAUW A. (eds.), *Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 443 p.
- TRAEST, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 476 p.
- TRIOEN, D., *Boter op het hoofd*, Antwerpen, Hadewijch, 1994, 168 p.
- TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, Nouvelles, Droit pénal.
- UDINK, E., *Criminele geldstromen: schijn en werkelijkheid, een onderzoek naar het witwassen van crimineel geld in Nederland*. Arnhem, Gouda Quint, 1993, 117 p.
- UNIVERSITAT POMPEU FABRA, *Jornades Present I futur de la dogmatica penal Europea, l'aportació alemanya*, Congres Barcelona 28 en 29 mei 1998.
- VALIANTE, M., *Il reato associativo*. Milano, Giuffrè, 1990, 330 p.
- VALIANTE, M., *La criminalità collettiva. Il concorso di persone e il reato plurisoggettivo*. Milano, Giuffrè, 1988, 240 p.
- VAN DEN BUNT, H., *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 48 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., *De uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven: de delicate balans van de bescherming van de rechten van het individu tegenover de internationale openbare orde*, Brussel, VUB, 1979, 483 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 1037 p.
- VAN DER LANDEN, D., *Straf en maatregel. Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht*. Arnhem, Gouda Quint, 1992, 499 p.
- VAN DUYN, P. C., KOUWENBERG, R. F., en ROMEIJN, G. *Misdaadondernemingen. Ondernemende misdadigers in Nederland*, WODC, Den Haag/Arnhem, Gouda Quint 1990, 159 p.
- VAN DUYN, P., *Het spook en de dreiging van de georganiseerde misdaad*, Den Haag, SDU, 1995, 216 p.
- VAN DUYN, P., REIJNTJES, J., en SCHAAP, C. (eds.), *Misdaadgeld*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 204 p.
- VAN DUYN, P.; KOUWENBERG, R. en ROMEIJN, G., *Misdaadondernemingen: Ondernemende misdadigers in Nederland*, WODC, Den Haag/Arnhem, Ministerie van Justitie-Gouda Quint, 1990, 159 p.
- VAN ESBROECK, L., *Popolino, mémoires van een ex-gangster*, Leuven, Van Halewijck, 1998, 227 p.
- VAN MECHELEN, W. en DE BACKER, C., *Topspeurder achter de tralies*, Antwerpen, 1997, 154 p.
- VAN PARYS, T. en LAURENT, "Parlementair onderzoek naar de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en het terrorisme georganiseerd wordt, verslag namens de onderzoekscommissie", *Parl. St. Kamer* 1989, (59/8-1988), 237.
- VAN ROOSBROECK, A., *Witwassen, voorkoming en bestraffing van witwassen van geld en illegale vermogensvoordelen*, Antwerpen, ETL, 1995, 299 p.
- VANDEMEULEBROUCKE, J., *De Hormonenmaffia*, Antwerpen, Hadewych, 1993, 173 p.
- VANDEMEULEBROUCKE, J. en STAES, B., *Het vlees is zwak*, Antwerpen, Hadewijch, 1996, 247 p.
- VANDER BEKEN, T., *Forumkeuze in het internationaal strafrecht, verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten*, Antwerpen, Maklu, 1999, 486 p.
- VANEMPTEN, J. en VERDUYN, L., *Witwassen in België, crimineel geld in de wereld van de haute finance*, Leuven, Kritak, 1993, 400 p.
- VANHEMELRYCK, F., *De criminaliteit in de ammanie van Brussel, van de late middeleeuwen tot het einde van het Ancien Régime (1404-1789)*, s.n., s.l., 1968 (1981), 2 v.
- VANHOUDT, C. en CALLEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, 1976, 3 vol.
- VANHOUDT, C. en CALLEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, Gent, Story Scientia, 1968, 1246 p.
- VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 845 p.

- VERMEERSCH, P., *Stroman van de vleesmaffia*, Leuven, Van Halewyck, 1996, 96 p.
- VERMEULEN, G., *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulp ruimte voor de Lid-Staten?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 632 p.
- VERNE, J., *Le Tour du Monde en 80 jours*, Paris, Herzel, (ed. 1997), 257 p.
- VERVAELE, J. (ed.), *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie, ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en het Corpus Juris*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, 252 p.
- VERVAELE, J., *Rechtsstaat en recht tot straffen: van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken: een strafrechtsvergelijkend grondlagenonderzoek*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 583 p.
- VRANCKEN, P. (ed.), *Privilegium Tabellionatus*, Genk, 1997, 510 p.
- WAGNER, J., *Politischer Terrorismus und Strafrecht im deutschen Kaiserreich von 1871*, Heidelberg-Hamburg, R.v. Decker's Verlag, 1981, 448 p.
- WEIGEND, T., *Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozessrecht besser vor Nachteilen zu bewahren?, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag*, München, Beck, 1998, 131 p.
- WEISBURD, D.; WHEELER, S., WARING, E. en BODE, N., *Crime of the Middle Classes, White-Collar Offenders in the Federal Courts*, New Haven, Yale University Press, 1991, 211 p.
- WHITE, S., *The protection of the Financial Interests of the European Communities: the Fight against Fraud*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 244 p.
- WIJFFELS, A., *Inkomensderving als geldstraf*, Antwerpen/Arnhem, Kluwer/Gouda Quint, 1983, 203 p.
- WILLEMS, J., *De Luikse rattenkoning: de moord op André Cools en andere stichtende verhalen*, Antwerpen, 1996, 184 p.
- WILSON, J., *Thinking about crime*, New York, Basic Books, 1975, 231 p.
- WINCKELMANS DE CLETY (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, strafrecht in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 312 p.
- WOLF, D., *The Rebels: A Brotherhood of Outlaw Bikers*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, 372 p.
- WOLOCH, I., *Revolution and the Meanings of Freedom in the Nineteenth Century*, Stanford, Stanford University Press, 1996, 447 p.
- X, *Historie van Cartouche, opperhoofd van eene bende moordenaars en gauwdieven, 's Hertogenbosch*, Van Gulpen, 1841, 18 p.
- X, *Jaarrapport 1997-Georganiseerde Criminaliteit in België in 1996*, (niet gepubliceerd) 105 p.
- X, *De bestuurlijke aanpak van de (georganiseerde) criminaliteit in Amsterdam, de ontwikkeling van een effectief instrumentarium, werkplan zoals vastgesteld op 8 april 1998*, Amsterdam, Sander Pinkse, 1998, 22 p.
- X, *Jaarverslag 1998, Georganiseerde criminaliteit 1997*, niet gepubliceerd, 181+ 8 p.
- X, *Jaarverslag 1999, Georganiseerde criminaliteit 1998*, niet gepubliceerd, 160 p.
- X, *Rapport de la commission d'enquête sur les moyens de lutter contre les tentatives de pénétration de la mafia en France*, 27 januari 1993, Assemblée nationale, n°3251, 12 8 p.
- X, *Wonderbaar leven van Cartouche, hoofdkapitein van eene groote bende beurzensnijders, gauwdieven en moordenaars*, Gent, s.d., Snoeck-Ducaju, 96 p.
- ZACHARIAS, K., *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, Berlijn, Duncker & Humblot, 408 p.

Tijdschrift- en krantenartikelen, bijdragen in boeken

- 't HART, A., "Poging en voorbereidingshandelingen, noot bij HR 8 september 1987", *N.J.* 1988, 612.
- A.R., "I pentiti sono senza futuro", *La Stampa* 1 oktober 1997, 12.
- AFSCHRIFT, T. en ROMBOOTS, A., "La loi sur le blanchiment est-elle applicable aux infractions fiscales ?" *Journal Des Tribunaux* 1992, 609-617.
- ALBANESE, J., "What Lockheed and La Cosa Nostra Have in Common, the Effect of Ideology on Criminal Justice Policy", *Crime & Delinquency* 1982, 225-230.

- AMAR, A. R., "The Future of Constitutional Criminal Procedure", *American Criminal Law Review*, 1996.
- ANCEL, M., "Le problème de la peine de prison", *Rev.dr.pén.* 1976-77, 821-829 .
- ANKER, W. en A., "Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel", *Advocatenblad* 1996, 517-518.
- ARNOU, L. "Provocatie in strafzaken: De schemerzone.", *T.W.V.R.*1997, 129-137.
- ARNOU, L., "Het respecteren van het telefoongeheim in België na de af luisterwet van 30 juni 1994", *Computerrecht* 1995, 156-164 en 202-211.
- BEARE, M., "Corruption and Organized crime: Lessons from History", *Crime, Law & Social Change* 1997, 155-172.
- BEERNAERT, M.-A., "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et ses implications en droit social belge", *Ors* 1997, 217.
- BEERNAERT, M.-A., "Témoignage anonyme: un vent nouveau venu de Strasbourg", *Rev.dr.pén.* 1997, 1229-1235.
- BEIER, A., "Bescherming van kroongetuigen, het Witness Protection Program in de Verenigde Staten". *Delikt en Delinkwent* 1995, 122-134.
- BEKAERT, H., "La provocation diffuse", in: *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 339-358.
- BERENTS, D., "Galg en rad", in DIEDERIKS, H. en ROODENBURG, W. (eds.), *Misdaad, zoen en straf. Aspecten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum, Verloren, 1991, 37-47.
- BERKMOES, H., "Het eindverslag van de (enquête)commissie Van Traa: 'Cut and Paste' of 'Read Only'", *Vigiles-Tijdschrift Voor Politie recht* 1996, 36-43.
- BERKMOES, H., "De georganiseerde misdaad", in: *Jaarboek Mensenrechten 1993*, Antwerpen, Maklu, 1994, 23-38.
- BERKMOES, H., "De wettelijke regeling van bijzondere opsporingsmethoden en hun toepassing binnen het nieuwe politiewezen", in: FIJNAUT, C., DE RUYVER, B. en GOOSSENS, F.(eds.), *De reorganisatie van het politiewezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 241-246.
- BERKMOES, H., BOLLAERTS, R., en FRANS, B., "Criminele organisaties in België: no science, no fiction", *Politeia* 1995, nr.4, 24-26.
- BIGO, D., "La recherche proactive et la gestion de risque", *Déviance et société* 1997, 423-429.
- BLACHER, R., "Clearing the Smoke from the Battlefield: Understanding congressional intent regarding the innocent owner provision of 21 U.S.C. § 881 (a) (7)", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1994, 502-531.
- BLAKEY, R., "Debunking RICO's Myriad Myths", *Saint John's Law Review* 1990, 701-724.
- BLAKEY, R., "Symposium: Law and the Continuing Enterprise: Perspectives on RICO". *Notre Dame Law Review* 1990, 873-884.
- BLEICHRODT, F. W. en BALKEMA, J. P., "Het strafrechtelijk sanctiestelsel in het afgelopen decennium." in: BALKEMA, J. P. e. a. (eds.), *Dynamisch strafrecht, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof.dr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen*. Arnhem: Gouda Quint, 1995, 25-47.
- BLOCK, A. en CHAMBLISS, W., "Miners, Tailors and Teamsters: Business Racketeering and Trade Unionism", *Crime and Social Justice* 1979, 14-27.
- BONNER, D., "Combating Terrorism: Supergrass Trials in Northern Ireland", *The Modern Law Review* 1988, 23-53.
- BOSLY, H. en VANDERMEERSCH, D., "La loi belge du 30 juin 1994 relative a la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées", *Rev.dr.pén.*1995, 301-343.
- BOSLY, H., "La régularité de la preuve en matière pénale", *J.T.* 1992, 121-128.
- BOSLY, H. en DE RUE, M., "Les méthodes spéciales d'investigation", in: COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCEDURE PENALE (ed.), *Colloque réforme droit pénal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 113-124.
- BOTTAMEDI, C., "Mannen van eer, de mafia in België: inplanting en mogelijkheden tot aanpak", *Politeia*, Jg 8, nr.6, 1998, 19-20.

- BOUCHAT-DUPONT, M., "Ducpétiaux ou le rêve cellulaire", *Déviance et Société* 1988, 1-27.
- BOURDOUX, G., "Quelques considérations sur le renseignement et la recherche proactive par les services de police en Belgique", *Déviance et Société* 1997, 431-441.
- BOURGEOIS, P., "Racket, het fenomeen en de achtergronden", *Politeia* 1998, nr.9, 9-12.
- BOVENKERK, F., "De etnische achtergronden van de georganiseerde misdaad in Chicago", in: *Hedendaags Kwaad, criminologische opstellen*, Amsterdam, Meulenhof, 1992, 32-45.
- BOVENKERK, F., "De ontdekking van de georganiseerde misdaad in Nederland", in: *Hedendaags Kwaad, criminologische opstellen*, Amsterdam, Meulenhof, 1992, 11-31.
- BOVENKERK, F., BRUINSMA, G., VAN DE BUNT, H. en FIJNAUT, C., "Georganiseerde criminaliteit in Nederland: een reactie op de commentaren", *Tijdschrift voor Criminologie* 1997, 56-66.
- BRAMMERTZ, S. "Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen", *Rev.dr.pén.* 1996, 1063-1081.
- BRAMMERTZ, S. en RAMBACH, P., "Evolution récente en droit pénal et en procédure pénale en République Fédérale d'Allemagne", *Rev.dr.pén.* 1998, 282-292
- BRAMMERTZ, S. en RAMBACH, P., "La loi allemande sur la lutte contre la traffic illégal de stupéfiants et d'autres formes de criminalité organisée (OrgKG)", *Rev.dr.pén.* 1993, 707-726.
- BRENNER, S., "RICO, CCE, and other Complex Crimes: the Transformation of American Criminal Law?", *William and Mary Bill of Rights Journal* 1993, 239-304.
- BROCKMANS, H., "Couscous-connectie ?, Witwassen in Antwerpen", *Trends 10 oktober* 1996, 52-54.
- BROCKMANS, H., "De maffia, een ministaat, witwassen van misdaadgeld", *Trends* 8 april 1999, 33.
- BRODEUR, J.-P., "Le crime organisé hors de lui-même: tendances récentes de la recherche", *Revue Internationale De Criminologie Et De Police Technique Et Scientifique* 1998, 188-223.
- BRODEY, J., "The Supreme Court Rejects Fifth and Fourteenth Amendment Protection against the Forfeiture of an Innocent Owner's Property, Bennis v. Michigan, 116 S.Ct.994 (1996)". *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1997, 692-718.
- BROWNING, F. en GERASSI, J., "Pirates and Profiteers" in: MAHAN, S.(ed.), *Beyond the Mafia, organized crime in the Americas*, Thousand Oaks, Sage, 1998, 217-236.
- BRUGGEMAN, W., "Van Traa, Crisis in de opsporing of een nieuwe start?", *Politeia* 1996, nr.3 , 14-16.
- BUCK, W., "Deur op een kier voor Hell's Angels", *Het Nieuwsblad* 10 november 1999, 5.
- BURUMA, Y., "Nederland", in TAK, P. (ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese unie, de normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese unie*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 547-662.
- BYRNE, B., "Foreword", in: NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS, *Organized Crime, report of the Task Force on Organized Crime*, Washington D.C., 1976, 288 p.
- CARROZO, S., DEGAYE, M.-P. en ROGGE, G., *L'affaire Cools*, Brussel, Pire, 1996, 192 p.
- CARTUYVELS, Y. en KAMINSKI, D., "Bouges et flous du droit pénal.", in: CARTUYVELS, Y., DIGNEFFE, F., PIRES, A., en ROBERT, P. (eds.) *Politique, police et justice au bord du futur, mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, Parijs, L'Harmattan, 1998, 119-129.
- CARTUYVELS, Y., "Socio-politieke bedenkingen over het strafwetboek", *Panopticon* 1998, 403-407.
- CASSESE, A., "The International Community's "Legal" Response to Terrorism", *International and Comparative Law Quarterly* 1998, 589-608.
- CESONI, M., "L'économie mafieuse en Italie: à la recherche d'un paradigme...", *Déviance Et Société* 1995, 51-83.
- CHAIKIN, D., "Money Laundering as a Supranational Crime: An Investigatory Perspective", in: ESER, Albin en LAGODNY, Otto (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Documentation of an International Workshop*. Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1992, 457-478.
- CHRISTIAENSEN, C. en VAN HEDDEGEM, I., "De statistische grondslag van het beleid van het Openbaar Ministerie in België en Nederland", in: FIJNAUT, C., VAN DAELE, D.(eds.), *De hervorming van het Openbaar Ministerie*, Leuven, Universitaire Pers, 1999, 49-68.
- CHRISTIAENSEN, S., "Adolphe Prins 1845-1919", in: FIJNAUT, C. (ed.), *Gestalten uit het verleden*

- ,Antwerpen/Leuven, Kluwer/Universitaire Pers, 1993, 109-123.
- COLBRIDGE, T., "Thermal Imaging, Much Heat but Little Light", *FBI Law Enforcement Bulletin* 1997, 18-24.
- CONNEROTTE, M., "Brief aan Zijne Majesteit Albert II, Koning der Belgen". in: ROGGE, A. *Het riool van België, de waarheid achter de affaires*, Antwerpen/Amsterdam, Kritak/Arena, 1996, 250.
- COOPER, J. en BENNETT, E. en SUKEL H., "Complex Scientific Testimony: How Do Jurors Make Decisions", *Law and Human Behaviour* 1996, 379.
- COOPMAN, B. en DAUGNIET, V., "Beroepsgeheim en onrechtmatige bewijsverkrijging", *Tijdschrift Voor Procesrecht En Bewijsrecht* 1997, 127-136.
- CORMANEY, M., "RICO in Russia: Effective Control of Organized Crime or Another Empty Promise?", *Transnational Law and Contemporary Problems* 1997, 261-311.
- CORNELIS, L. en VERSTRAETEN, R., "Mag er nog witgewassen worden?", *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1992, 176-221.
- CORNELIS, L., "Voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld", *Bank- En Financierwezen* 1994, 90-108.
- CORNIL, P., "Adolphe Prins et la défense sociale", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1951, 177-189.
- CORONAS, (Ministro dell'interno), "Relazione sui programmi di protezione, sulla loro efficacia e sulle modalità generali di applicazione per coloro che collaborano con la giustizia (Primo semestre 1995)", *Senato della Repubblica, XII legislatura, Doc.XCI, n.2., 1995 Mar 871 p.*
- CORSTENS, G., "Vroegsporing", *Delikt En Delinkwent* 1995, 1-4.
- CORTHOUT, S., "Verenigde Naties Commissie Misdaadpreventie en strafrecht, vijfde zitting, Wenen, 21-31 mei 1996", *Panopticon* 1997, 90-93.
- CRAWFORD, A., "Pleas, Plain Language and Precedent: Applicability of Rules 11 (F) and 31(E) to Criminal Forfeiture Provisions, United States v. Libretti, 116 S.Ct. 356 (1995)", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1997, 812-841.
- COSTIGAN, M., "Go directly to Jail, Do not Pass Go, Do not Keep House, United States v. Ursery, 116 S.Ct. 2135 (1996)", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1997, 719-750.
- CRAWFORD, K. "A Constitutional Guide to the Use of Cellmate Informants", *FBI Law Enforcement Bulletin* 1995 Dec, 18-23.
- CRAWFORD, K., "Pretext Seizures, the Constitutional Question", *FBI Law Enforcement Bulletin* July 1995, 28-32.
- CRESSEY, D., "Criminal organization: its elementary forms", London, Heineman, 118 p.
- CRESSEY, D., "Methodological Problems in the Study of Organized Crime as a Social Problem", *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1967, 101-112.
- CRETIN, T., "Qu'est-ce qu'une mafia? Essai de définition des mafias", *Revue De Science Criminelle Et De Droit Pénal Comparé* 1995, 281-299.
- CSONKA, P., "Organized and Economic Crime (an Overview of the Relevant Council of Europe activities)", in 93-99.
- DAHS, H., "Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.94- ein Produkt des Superwahljahres", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 557.
- DALLA CHIESA, N., "L'efficacia dei pentiti". *L'Unità* 28 december 1996.
- DAMAŠKA, M., "Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure, a comparative study", *University of Pennsylvania Law Review* 1973, 380.
- DAUTRICOURT, J., "La participation dans la formation et l'activité des bandes criminelles, étude d'un cas", *Rev. dr. pén.* 1954-55, 355-356.
- DE BIE, B. and MICHOT, A., "De buit ontnomen, de aanpak van de profijtgerichte criminaliteit: een symbolische strijd?", *Politeia* 1998, nr.3 en 4, 18-22 en 15-21.
- DE BOER, J. in: "Verslag van de op 8 juni te Utrecht gehouden algemene vergadering over art. 8 E.V.R.M.", *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging*, 1990, II, 45.
- DE BY, H., "De eedbreuk van een hoofdrolspeler", *De Morgen* 26 juli 1997.
- DE CARRERAS, F., "El indulto en nuestro Estado de Derecho", *El País* 12 december 2000.

- DE FOER, S., "Nederlandse bordelen worden 'bedrijven' ", *De Standard* 29 januari 1999
- DE HERT, P., "De Europese Commissie doet aan supranationale politie", *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht* 1995, nr. 2, 20-28.
- DE MOOR, F., "Onrust in het vossehol". *Knack Magazine Cahier* 1 september 1993, 14-17.
- DE MOOR, F., "Er is geen tijd voor kwaliteit", *Knack Magazine* 21 oktober 1998, 32-33.
- DE MOOR, F., "Het werk van de speurder", *Knack Magazine* 1 februari 1995, 28-29.
- DE MOOR, F., "De veearts wist teveel", *Knack Magazine* 5 juni 1996, 12-16.
- DE NAUW, A. en DERUYCK, F., "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", *R.W.* 1999-2000, 897-914.
- DE NAUW, A. en DERUYCK, F., "Le droit pénal special belge à l'épreuve du crime organisé", in: FIJNAUT, C., VANDAELE, D. en VERBRUGGEN, F. (eds.), *De uitdaging van de georganiseerde criminaliteit in België*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 97-161.
- DE NAUW, A., "De toelaatbaarheid van de politie-infiltratie in België", in: *Liber Amicorum R Emmelink*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 443-454.
- DE NAUW, A., "Definitie en bewijs van provocatie door overheidsagenten". *R.W.* 1987, 640-642.
- DE NAUW, A., "Het materieel strafrecht in enkele recente wetten in het markt- en consumentenrecht", in: *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 53-67.
- DE NAUW, A., "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", *Rev.dr.pén.* 1980, 321-326.
- DE NAUW, A., "Overzicht van rechtspraak- Tien jaar vernieuwde drugwet", *R.W.* 1986, 834-851.
- DE NAUW, A., "Tien jaar drugwet (1985-1995)". *R.W.* 1996-97, 449-460.
- DE NAUW, A., "Welgekomen verfijningen van de regels betreffende de adiëring van de onderzoeksrechter, Cassatie, 4 februari 1997". *Rec.Cass.* 1997, 383-393.
- DE NAUW, A., "De anonieme getuige", *R.W.* 1985, 1873-1892.
- DE NAUW, A., "De hantering van de begrippen 'belang' en 'normdoel' bij de toepassing van de nietigheidssanctie wegens niet-naleving van de regels uit het strafprocesrecht", in: X, *De norm achter de regel, wet, doel en algemene rechtsbeginselen, Hommage aan Marcel Storme*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 101-119.
- DE NAUW, A., "De verschillende luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en tot voorkoming van het witwassen van gelden en de fiscale fraude", in: ROZIE, M. (ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 219-246.
- DE NAUW, A., "De voordeelsontneming, een eerste evaluatie van de wet en van de rechtspraak". in: *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 37-54.
- DE NAUW, A., "Het 'ritueel bad dat van strafzonden zuivert en voor straffen behoedt' - Nog enkele overwegingen naar aanleiding van het Transnuklear-arrest", *R.W.* 1993-94, 397-399.
- DE PAUW, F., *De maffia in België*, Leuven, Davidsfonds, 1998, 122 p.
- DE PAUW, F., "Russen in België", *De Standaard*, 21 augustus 1997, 5
- DE PAUW, F., *De Russische mafija*, Leuven, Davidsfonds, 1996, 112 p.
- DE PEUTER, J. en VERSTRAETEN, R., "Beslag in strafzaken", in: *Comm.Sr.Sv.* (1995), 21 p.
- DE PEUTER, J., "Het leed als hoofdcomponent van de straf", in: *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 69-89.
- DE ROOS, T., "Het begrip 'voordeel' in de strafrechtelijke ontnemingsmaatregel, noot onder Hoge Raad 1 juli 1997, nr.104.908", *Ars Aequi* 1998, 315-319.
- DE RUYVER, B. and VANDER BEKEN, T., "De rechtstaat en de strijd tegen de georganiseerde misdaad", *Jaarboek Mensenrechten 1994*, 190-192.
- DE SCHUTTER, B. en DE HERT, P., "Is België klaar met zijn politie-privacywetgeving?" *Vigiles-Tijdschrift Voor Politierecht* 1995,1-12.
- DE SCHUTTER, O., "La vidéosurveillance et le droit au respect de la vie privé", *Journal du Procès* 1 december 1996,10-14.
- DE SMET, B., "Het recht op een eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren", *R.W.* 1997, 241-253.

- DE SMET, B., "De handhaving en relativering van strafvorderlijke voorschriften", in: TRAEST, P. en DE NAUW, A., *Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 91-149.
- DE SMET, B., "De tendens tot overaccentuering van het slachtoffer in het strafproces", *Panopticon* 1998, 387-396.
- DE STOOP, Ch., "Het kaliber is te groot". *Knack Magazine* 27 augustus 1997, 17-19.
- DE SWAEF, M. en DERUYCK, F., "De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen t.a.v. derden: een onontwarbaar kluwen?", noot onder Gent 20 juni 1996. *R.W.* 1999-2000, 154-157.
- DE SWAEF, M., "Bendevorming", in: *Comm..Strafr.*, 4
- DE SWAEF, M., "De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven". *R.W.* 1990-91, 491-493.
- DE SWAEF, M., "Tapverbod en tapvergunning. Enkele kanttekeningen bij de "afluisterwet" van 30 juni 1994". *R.W.* 1995-96, 449-453.
- DE VALKENEER, C., "L'exécution des opérations undercover, noot onder Bergen 5 mei 1992". *Rev.dr.pén.* 1992, 894-901.
- DE VALKENEER, C., "Overzicht van de Belgische en de Europese rechtspraak inzake undercover-praktijken". in: FIJNAUT, C. en HUTSEBAUT, F., *De nieuwe politiewetgeving in België*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, 125-146.
- DE VALKENEER, C., "Voorwaarden om een proactief onderzoek te openen en uit te voeren", *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht* 2000, 19-23.
- DE VROEDE, N., "La médiation pénale", *J.T.* 1999, 258-264.
- DECLERCQ, R., "Tentative, participation, désistement", *Rapports belges au XIIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé de Sidney*, Brussel, s.n., 1986, 455-484.
- DECORTE, T., VAN LAETHEM, W., en VAN OTRIVE, L., "La police grise en Belgique: résultats d'une recherche". *Déviance Et Société* 1997, 365-382.
- DEGROOT, F. en SIMMELINK, J., "Strafrechtelijk Financieel onderzoek", in: GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J. (eds.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht, de nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 69-112.
- DELBROUCK, L., "De proactieve recherche, een nieuw middel in de strijd tegen georganiseerd criminaliteit?", *Jura Falconis* 1999-2000, 121-158.
- DELLA PORTA, D., "Institutional Responses to Terrorism: The Italian Case", *Terrorism and Political Violence* 1992, 151-170.
- DELTOUR, P., "Wetsontwerp op criminele organisaties zet deur open voor misbruiken". *De Morgen* 26 september 1997, 1.
- DELTOUR, P., "Justitie moet populistische neigingen onderdrukken", *De Morgen* 2 augustus 1997, 5.
- DELTOUR, P., "Philippe Ullman wordt nationale fraudemagistraat", *De Morgen* 31 juli 1997, 5.
- DELTOUR, P., "Actiegroepen beducht voor wet op criminele organisaties", *De Morgen* 27 juni 1997, 5
- DEN BOER, M., *Undercover Policing and accountability from an international perspective*, Maastricht, EIPA, 1997, 218 p.
- DENECKERE, G., "De Boerenkrijg in een internationaal perspectief, een verkenning van collectieve actie op het platteland in de Franse Tijd", in: FRANCOIS, L.(ed), *De Boerenkrijg, twee eeuwen feit en fictie*, Leuven, Davidsfonds, 1998, 13-35.
- DENNIS, E., "Current RICO Policies of the Department of Justice", *Vanderbilt Law Review* 1990, 651-672.
- DENNY, M., "Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 1991, 269-305.
- DERIDDER, H., "Wathelet vraagt speciale wapens tegen mafiyclans, wereldtop over Grensoverschrijdende Georganiseerde Misdada van start in Napels", *De Standaard* 22 november 1994, 9.
- DERUYCK, F., "De fiscaal-administratieve sancties in het licht van artikel 6 EVRM", in, ROZIE, M., *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 23-41.
- DERUYCK, F., "De Wet van 11 februari 1991 tot invoeging van een artikel 88bis in het Wetboek van Strafvordering betreffende het opsporen van telefonische mededelingen". *R.W.* 1991-1992, 10-15.

- DERUYCK, F., "Over de voordeelsontneming". in: TRAEST, Ph. en DE NAUW A., *Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent: Mys & Breesch, 1998, 416-430.
- DERUYVER, B. en VAN IMPE, K., "De minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken", *R.W.* 2000-2001, 445-463.
- DERUYVER, B., "De actualiteit van het verleden", *Politeia* 1994, nr. 4, CASA5 BIANCONI, G., "La droga riporta in cella il pentito Contorno, Gli autogol del vice-Buscetta". *La Stampa* 30 januari 1997.
- DESCHOUWER, K., "Onderzoekscommissies en de politiek", in FIJNAUT, C., HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R.(eds.), *Parlementaire onderzoekscommissies, mogelijkheden, grenzen en risico's*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 11-35.
- D'HONT, F., "Is er samenhang in de "samenhang"?", in : TRAEST, P., en DE NAUW, A., *Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 36-62.
- DIAS FERREIRA, V., "Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans le domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants". *Rev.dr.pén.* 1996, 557-588.
- DIRIX, E., "De verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde". in: *Om deze redenen, Liber Amicorum Armand Vandeplass*. Gent: Mys & Breesch, 1994,185-199.
- DRIESEN, R., "Landloopers, bedelaars en ander onnut volck... Rondtrekkende lieden en de justitie in de 18de eeuw". VRANCKEN, P. (ed.) *op.cit.*, 413-425.
- DUMORTIER, J., "Une histoire belge: het wetsvoorstel van de dames Bribosia-Picard en Maximus 'betreffende de decryptie van berichten'. *Computerrecht* 1997, 88-89.
- DUMORTIER, J., "Cryptografie is nièt verboden". *Campuskrant* 8 februari 1996.
- DUMORTIER, J., "Stille invoering van de cryptografiecontrole in België", *Computerrecht* 1995, 79.
- DUPONT, L., "De constitutieve elementen van het misdrijf", in: *Om deze Redenen, Liber Amicorum Armand Vandeplass*, Gent:, Mys & Breesch, 1994, 201-228.
- DUPONT, L., "De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf", *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 127-145.
- DUPONT, L., "Een aktueel probleem van penale aansprakelijkheid: de draagwijdte van het begrip overmacht", *Jura Falconis* 1968-69, 199 e.v.
- DUPONT, L., "Hoe minnelijk is de minnelijke schikking?", *Panopticon* 1984, 469-476.
- DUPONT, L., "Proeve van voorontwerp van Beginselenwet Gevangeniswezen en Tenuitvoerlegging van Vrijheidsstraffen", in DUPONT, L. (ed.), *Op weg naar een beginselenwet gevangeniswezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 15-229.
- DUPONT, L., "Wettelijke regelen inzake straftoemeting en hun onderlinge combinatie", in *Strafrecht voor rechtspractici*, nr. 1, Leuven, s.d. (1985), nrs. 115-118. ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, I,zake Opsporing, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1995-1996, 24072; den Haag, SdU, 1996.
- E.L., "Chronique Union belge et luxembourgeoise de Droit pénal", *Rev. dr. pénal* 1954-55, 531-541.
- EGMOND, F., "De boeven van Coornhert". in: FIJNAUT, C. en SPIERENBURG, P., (eds.), *Scherp toezicht: van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 99-112.
- ENDEAN, C. en COMAN, J., "Chat-up line leads to a dance of death", *The European* 24-30 juli1997, 14-15.
- FABER, E., "Pino Arlacchi onder vuur: van Mafia Business naar Addio Cosa Nostra", *Tijdschrift voor Criminologie* 1995,193-198.
- FABER, E., "Shipping and scuttling: Crimogenesis in marine insurance", *Crime, Law & Social Change* 1997, 111-135.
- FALCONE, G. en PADOVANI, M., *Cosa Nostra, de strijd van rechter Falcone tegen de mafia*, Baarn, De Kern, 1992, 140 p.
- FARINA, R., "Pentiti, il fine giustifica l'immoralità?", *Il Giornale* 9 januari 1997, 1+7.
- FAURE, M. en DE ROOS, T., "De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel in Nederlandse en Belgische milieustrafzaken", in: FAURE, M. en DEKETELAERE, K., (eds.) *Ius Commune en Milieurecht, actualia in het Milieurecht in België en Nederland*. Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1997, 291-325.
- FAURE, M., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten, noot onder Corr. Gent,

- 10 mei 1994", *Tijdschrift Voor Milieurecht* 1994, 267-271.
- FAURE, M., "Delictsomschrijvingen en mechanismen in het milieustrafrecht: een introductie", in: ELIAERTS, E. en SENDEN, R. (eds.), *De vervuiler aan banden gelegd?*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 21-22.
- FAURE, M., "Heling", in: GORLE, F. en DE NAUW, A. (eds.), *Strafrechtelijke kwalificaties en jurisprudentie, s.d.* (1986), 1-11,
- FEICHTINGER, G., "RICO's Enterprise Element: Redefining or Paraphrasing to Death?", *William Mitchell Law Review* 1996, 1027-1064.
- FIELD, S. en PELSER, C.(eds.), *Invading the Private, State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Dartmouth, Aldershot, 1998, 388 p.
- FIJNAUT, C. en MARX, G. (eds.), *Undercover, Police Surveillance in Comparative Perspective*, Den Haag-Londen-boston, Kluwer, 1995, 337 p.
- FIJNAUT, C. en SPIERENBURG, P., (eds.), *Scherp toezicht: van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 300 p.
- FIJNAUT, C. en VERBRUGGEN, F., "Proactive Investigation, a Belgian Perspective", in FIELD, S. en PELSER, C.(eds.), *Invading the Private, State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Dartmouth, Aldershot, 1998, 111-141.
- FIJNAUT, C., "De Italiaanse Mafia in België: een analyse van de zaak Bongiorno-Steinier", in: *Liber Amicorum Jules D'Haenens*. Gent, Mys & Breesch, 1993, 147-163.
- FIJNAUT, C., "Organisierte Kriminalität: eine wirkliche Bedrohung für die Europäische Union?", in: ALBRECHT, H.-J. en DÜNKEL, F. KERNER H. J. e. a. (eds.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70.Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1998, 509-526.
- FIJNAUT, C., "Organized Crime and Anti-Organized Crime Efforts in western Europe: An Overview". in: FIJNAUT, C. en JACOBS J. *Organized Crime and its Containment: a Transatlantic Initiative*. Deventer-Boston, Kluwer, 1991, 572-589.
- FIJNAUT, C., "Van enquetecommissies, klassieke auteurs en mogelijke bomaanslagen", *Delikt en Delinkwent* 1996, 409-412.
- FIJNAUT, C., "Back to Basics", *Delikt en Delinkwent* 1995, 528-532.
- FIJNAUT, C., "Beelden van de homo criminalis in de criminologie", in: FLEERACKERS, F. (ed.), *Mens en Recht, essays tussen rechtstheorie en rechtspraak*, L.A. Jan M. Broekman, Leuven, Peeters, 1997, 133-146.
- FIJNAUT, C., "De internationalisering van de (georganiseerde) misdaad in West-Europa: een toenemend probleem ?", *Delikt en Delinkwent* 1991, 956-972.
- FIJNAUT, C., "Georganiseerde misdaad in West-Europa", *Onze Alma Mater, Leuvense Perspectieven* 1995, 305-388.
- FIJNAUT, C., "Parlementair Onderzoek, de vrouwenhandel", *Campuskrant* juni 1993.
- FIJNAUT, C., BOVENKERK, F., BRUINSMA, G., en VAN DEN BUNT, H. G. "De definitie van georganiseerde criminaliteit" in: ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN (Commissie Van Traa), *Inzake opsporing, Bijlage VII, Eindrapport onderzoeksgroep Fijnaut*, 's Gravenhage, Sdu, 1996,12-29.
- FIJNAUT, C., en MARX, G., "The Normalization of Undercover Policing in the West: Historical and Contemporary Perspectives". in: FIJNAUT, Cyrille en MARX Gary T. (eds.) *Undercover, Police Surveillance in Comparative Perspective*. The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1995,1-27.
- FIJNAUT, C., HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R., "Epiloog: en de toekomst", in: *Parlementaire onderzoekscommissies, mogelijkheden, grenzen en risico's*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 173-187.
- FIJNAUT, C., HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R., *Parlementaire onderzoekscommissies, mogelijkheden, grenzen en risico's*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 191 p.
- FIJNAUT, C., *Prostitutie, vrouwenhandel en vermeende politiecorruptie in Antwerpen*, Leuven, Acco, 1994, 132 p.
- FINKELSTEIN, "The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty", *Temple University Law Quarterly* 1973, 169
- FLETCHER, G., "Is Conspiracy Unique to the Common Law ?", *The American Journal of Comparative Law* 1995, 171-174.

- FLORY, D., "Crime organisé transnational: le trafic illicite de matières nucléaires", in: LECLERC, M. (ed.), *La criminalité organisée*, Paris, La Documentation Française, 1996, 83-102.
- FRANKE, H., "Opkomst en neergang van eenzame opsluiting, historisch-sociologische verklaringen en lange-termijn ontwikkelingen binnen het gevangeniswezen in de westerse wereld". in: FIJNAUT, C. en SPIERENBURG P. (eds.), *Scherp toezicht, van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'* Arnhem, Gouda Quint, 1990, 167-189.
- FRIED, D., "Rationalizing Criminal Forfeiture", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 328-436.
- FRIELINK, P. M., en WORTEL, J., "Ongebruikelijke opsporingsmethoden". in: BALKEMA, J. P. e. a. (ed.) *Dynamisch strafrecht, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof.mr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 121-142.
- GAYLORD, M., "City of Secrets, Drugs, money and the law in Hong Kong", *Crime, Law & Social Change* 1997, 91-110.
- GEENS, K., "Een "nieuw" strafbaar misbruik: dat van vennootschapsgoederen", *Cahier Van De Jurist* 1998,1-4.
- GEENS, K., "Misbruik van voorkennis na de wet van 6 april 1995: weinig nieuws onder de zon", in X, *Tendensen in het bedrijfsrecht, strafrecht in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 85-136.
- GELDERS, M., "Onthulling inzake hormonenmisdriven, noot onder Corr.Turnhout 15 december 1995". *R.W.* 1996, 444.
- GENEGO, W., "Forfeiture, Legitimation and a Due Process Right to Counsel", *Brooklyn Law Review* 1993, 337-370.
- GEORGES, P., "Misdaadanalyse, op zoek naar de logica achter de criminaliteit", *Politeia* 1996, nr.1, 18-24.
- GILMORE, W., *The G-7 and Transnational Drug Trafficking: the Task Force Experience*, in CULLEN, P. en GILMORE, W.(eds), *Crime sans frontières, International and European Legal Approaches*, Edinburgh University Press, 1998, 30-38.
- GIUSTOLISI, F., "Licenza di uccidere o ritratto, la vera storia di Balduccio Di Maggio". *L'Espresso* 30 oktober1997, 60-63.
- GOEDSEELS, J., *Commentaire du Code pénal belge*, T1, Brussel, Bruylant, 1948 (seconde édition), 2 vol.175, V
- GOETHALS, J., "De sektencommissie, het verhaal van een expert", in: FIJNAUT, C.; HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R.(eds.), *Parlementaire onderzoekscommissies, mogelijkheden, grenzen en risico's*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 141-157.
- GORDON, J., "Prosecutors who seize too much and the theories they love: money laundering, facilitation and forfeiture", *Duke Law Journal* 1995, 744-776.
- GORLE, F., "Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk?", in: *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 457-473.
- GOTOVITCH, J., "La peur rouge dans les dossiers de la justice belge: la signification du procès de 1923", in: DELWIT, P. en GOTOVITCH, J. (eds.), *La Peur du Rouge*, Brussel, ULB, 1996, 87-97.
- GREER, S. "The Rise and Fall of the Northern Ireland Supergrass System", *Criminal Law Review* 1987, 663-670.
- GROENHUIJSEN, M., "Het juridisch tekort in het strafrecht". *Nederlands Juristenblad* 1996, 1527-1537.
- GROENHUIJSEN, M., "Over strategie en tegenstrategie: voordeelsontneming, witwassen en financiële recherche", in: GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J. (eds.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht, de nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 15-35.
- GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J., "Voordeelsontneming in het strafrecht: stand van zaken en vooruitzichten", GROENHUIJSEN, M. en VAN KALMTHOUT, A. (eds.), *Voordeelsontneming in het strafrecht, een commentaar op het rapport van de werkgroep legislatieve projecten vermogenssancties*. Arnhem, Gouda Quint, 1989, 1-13.
- GROPP, W., "Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1993, 20-36.
- GROPP, W., "Initiativen des deutschen Strafgesetzbüchers zur rechtlichen Bewältigung von Erscheinungsvormen organisierter Kriminalität", in: MAYERHOFER, C., , 241-257.

- GROPP, W., *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*. Freiburg, Max Planck Institut, 1993, 898 p.
- GUILLEMIN, M. en LUYCKX, A., "De strijd tegen de mensenhandel, de reclame voor diensten van seksuele aard en de bescherming van de minderjarigen in het domein van de seksualiteit", *Vigiles-Tijdschrift Voor Politierecht* 1995, 19-27.
- HALLER, M., "Illegal enterprise: a Theoretical and Historical Interpretation", *Criminology* 1990, 207- 253.
- HASSEMER, W., "Die Kronzeugenregelung", *Strafverteitiger* 1989, 79 e.v..
- HÄUSLER, B., "Der Kronzeuge in der Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege und im internationalen Vergleich- Szenen nicht nur aus dem "Schmücker-Verfahren". in: STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNG (ed.), *Europa und Strafverteidigung*. Köln, Strafverteidigersverein, 1991, 45-77.
- HEIN, S., "Vermögensbezogene Maßnahmen im Rahmen der Bekämpfung organisierter Kriminalität: ein Ausblick auf das gesetzliche Instrumentarium Italiens", in: ARNOLD, J. e.a.(eds.), *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60.Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg-im-Breisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1996, 149-169.
- HELLEMANS, F., "Het witwassen van geld en de beroepsbeoefenaar". in: STORME, M., WYMEERSCH, E., en BRAECKMANS, H., *Handelsrecht, Economisch en Financieel recht, post-universitaire cyclus Willy Delva 1994-95*. Gent, Mys & Breesch, 1995, 483-518.
- HELLEMANS, F., "Over het aflopend, dan wel voortdurend karakter van het witwasmisdrijf", *T.R.V.* 1996, 639-642.
- HELMHOLZ, R., "The Privilege and the *ius Commune*: The Middel Ages to the Seventeenth Century", in: HENNEAU, Chr. en VERHAEGEN, J. , "Jacques-Joseph Haus, "1796-1881"" , in: FIJNAUT, C., (ed.), *Gestalten uit het verleden*, Antwerpen/Leuven, Kluwer/Universitaire Pers, 1993, 73-81.
- HENNEAU-HUMBLET, C., "La participation punissable: vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité", *Rev.dr.pén.* 1990, 591-603.
- HENNEAU-HUMBLET, C., "L'emprunt materiel de criminalité entre participants, réflexion à partir de Cassation 9 décembre 1986 (arrêt Volders), synthèse de la réunion du 26 avril 1990". *Rev.dr.pén.* 1990, 1057-1072.
- KLIP, A., "Uniestrafrecht is op hol geslagen". *Nederlands Juristenblad* 1997, 663-671.
- HENRION, T., "Les écoutes téléphoniques", *J.T.* 1995, 205-213.
- HERNANDEZ, B., "RIP to IRP-Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy". *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 235-304.
- HIRSCH, M., "La traite des êtres humains. Une législation modèle pour l'Europe?", *J.T.* 1995, 556-557.
- HOOGENBOOM, B., "Over de betrekkelijkheid van het debat over opsporingsmethoden, pro-activering in relatie tot bijzonder opsporingsdiensten en particuliere recherche", *Delikt en Delinkwent* 1995, 570-593.
- HOOGENBOOM, B., "Sun Tzu goes electronics: The changing nature of proactive methods in (criminal) intelligence", in: FIELD, S. en PELSER, C.(eds.), *Invading the Private, State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Dartmouth, Aldershot, 1998, 163-179..
- HUBER, B. en KLUMPE, B., "England/Wales und Nordirland", in: HÜNERFELD, Peter (ed.) in: *Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen, ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*, Freiburg im Breisgau, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1992, 32-57.
- HÜNERFELD, P., "Rechtsvergleichende Querschnitt", in: HÜNERFELD, Peter (ed.) *Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen, ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*. Freiburg im Breisgau, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1992, 268-294.
- HUSKINS, M., "Marijuana Hot Spots: Infrared Imaging and the Fourth Amendment", *Chicago Law Review* 1996, 655.
- HUTSEBAUT, F., "De nieuwe wetgeving op de verkrachting", *Panopticon*, 1990, 32-54.
- HUYBRECHTS, L., "Bedenkingen bij een nieuw misdrijf: misbruik van voorwetenschap", in: X, *Financiële herregulering in België*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 491-504.

- HUYBRECHTS, L., "Het fiscaal strafrecht en de jurisprudentie van het Hof van Cassatie", in: *Recht zonder omwegen, fiscale opstellen aangeboden aan prof.dr. J.J. Couturier ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Brussel, Larcier, 1999, 331-375.
- HUYBRECHTS, L., "Het zaken-, bank- en beroepsgeheim in het strafproces", in TILLEMANN (ed.), *op.cit.*, 133-185.
- HUYNEN, S., "Observations sous Cass. 8 janvier 1945", *J.T.* 1945, 232.
- HUYSE, L., "Inleiding", in FIJNAUT, C., HUYSE, L. en VERSTRAETEN, R. (eds.), *Parlementaire onderzoekscommissies, mogelijkheden, grenzen en risico's*, Leuven, Van Halewyck, 1998, 7-35.
- IJZERMAN, P., "Verschillende methoden, pro-actief en re-actief: de reguliere politie", *Delikt en Delinkwent* 1995, 556-569.
- INCERTI, C., "Pentiti, ripentiti e pentiti per finta", *Panorama* 12 september 1996, 34-36. JACOBS, J.,
- ITA, T., "RICO-Criminal Forfeiture of Proceeds of Racketeering Activity under RICO". *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1984, 893-939.
- JENSEN, R., "The anti-anarchist conference of 1998 and the origin of Interpol", *Journal of contemporary history* 1981, 323-347
- JEROUSCHEK, G., "Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1992, 328 e.v.
- JÖRG, N., "De afbouw van het accusatoire karakter van het Amerikaanse strafrecht onder invloed van de RICO-wet (racketeer influenced and corrupt organizations) van 1970 (I) en (II)", *Delikt En Delinkwent* 1984, 852-866 en 934-945.
- JUNG, H., "Zeugenschutz", *Goltdammer Archiv für Strafrecht*, 1998, 313-328.
- KASH, D., " 'You Can Run But You Can't Hide', Using RICO to Fight Terrorism". *The Police Journal* 1996, 249-254.
- KELLY, R., CHIN, K-L en FAGAN, J., "The dragon breathes fire, Chinese organized crime in New York City", *Crime, Law and Social Change* 1993, 245-269.
- KEMPENEER, F., "Commissaris Reyniers vrijgesproken van corruptie." *De Standaard* 14 juni 1996, 2.
- KEUNINGS, L., "Geheime en politieke politie in België van 1830 to 1914", *Panopticon*, 1988, 128-158.
- KLEES, O. en VANDERMEERSCH, D., "Evolutions recentes de la jurisprudence en matière pénale: le référé pénal", in: BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR STRAFRECHT (ed.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 161-196.
- KOHL, A., "Implications de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme en procédure pénale", *J.T.* 1989, 485-496 en 505-511.
- KRAHL, M., "Der Anwendungsberich der polizeilichen Beobachtung nach §163e StPo als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme", *NSZ* 1998, 339-342.
- KUBE, E., "Situationsbericht für Deutschland", in FIJNAUT, C. en SPIERENBURG, P., (eds.), *Scherp toezicht: van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 17-32.
- KUTY, F., "Doit-on admettre avec la Cour de cassation que 'la circonstance que le dénonciateur d'une infraction en a eu connaissance en raison d'une illégalité n'affecte pas la régularité de la preuve qui a été obtenue ultérieurement sans aucune illégalité'?", *J.L.M.B.* 1998, 489-501.
- KUTY, F., "Regard sur la provocation policière et ses conséquences", *J.T.* 1999, 10-11.
- LABA, J., "If You Can't Stand the Heat, Get Out of the Drug Business: Thermal Imager, Emerging Technologies, and the Fourth Amendment", *Californian Law Review* 1996, 1437.
- LACOVARA, P. en NICOLI, D., "Vicarious Criminal Liability of Organizations, RICO as an Example of a Flawed Principle in Practice", *Saint John's Law Review* 1990, 725-777.
- LEE, R., "Colombia's cocaine syndicates", *Crime, Law and Social Change* 1991, 3-39.
- LEIJTEN, J., "Boekbespreking A. Beijer, Bedreigde getuigen in het strafproces", *Delikt en Delinkwent* 1998, 158-165.
- LEIJTEN, J., "Boekbespreking Bedreigde getuigen in het strafproces", *Delikt en Delinkwent* 1998, 158-165.
- LEMMENS, P., "Het afluisteren van telefoongesprekken en het registreren van uitgaande en binnenkomende oproepen", *R.W* 1984, 1736-1739.

LEMMENS, P., "De verwerking van persoonsgegevens door politiediensten en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer", in: *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 205-218.

LENSING, J., *Amerikaans strafrecht, een vergelijkende inleiding*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 391 p.

LIEBER, D., "Eighth Amendment- The Excessive Fines Clause, *Austin v. United States* (113 S.Ct.2801 (1993))", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1994, 805-826.

LILLO, M., "Cose nostre? No, cose loro: i beni confiscati e lasciati in mano ai boss", *L'Espresso* 5 april 2001.

LO MONACO, C., "A proposito della etimologia di Mafia e Mafioso", *Lingua Nostra* 1990, 1-8.

LOPEZ AGUILAR, J. en LOPEZ GARRIDO, D., "El indulto prodigioso", *El País* 13 december 2000.

LUCASSEN, L., "Police professionalization and gypsies in Germany, 1700-1945.", *Crime, History & Societies* 1997, 29-50.

LUPSHA, R., "Individual choice, material culture and organized crime", *Criminology* 1981, 3-24.

LUSKIN, R., "Behold, the Day of Judgement: is the RICO Pattern Requirement Void for Vagueness?", *Saint John's Law Review* 1990, 779-796.

LYBAERT, D., "De anonimiteit van undercover-agenten tijdens het strafproces, noot onder Antwerpen, 15 januari 1998", *Vigiles-Tijdschrift Voor Politierecht* 1998, 37-40.

LYBAERT, D., "De politionele uitlokking: wie is begonnen?", *Vigiles-Tijdschrift Voor Politierecht* 1999, 34-35

LYBAERT, D., "Tapt de wetgever uit een ander vaatje?", *Vigiles-Tijdschrift Voor Politierecht* 1998, 1-4.

MADEO, A., "Riscossione organizzata di tangenti da parte di pubblici ufficiali, intimidazione dei concussi e configurabilità dell'associazione di tipo mafioso, noot onder It. Cass. 10 juni 1989 (Teardi e.a.)", *Rivista italiana di procedura penale* 1990, 1196-1209.

MADLENER, K. en GAMMELIN, M., "Spanien", in: HÜNERFELD, P. (ed.), *Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen, ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*. Freiburg im Breisgau, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, 1992. 205-222.

MAHIEU, W., "De onthulling in de Drugwet, noot onder Brussel 16 april 1997", *R.W.* 1997, 1507-1508.

MAHIEU, W., "Drugs: de straffen", *Comm. Sr.Sv.*, 28 p.

MAHIEU, W., "Drugs: de onthulling als grond van verschoning", *Comm.Sr.Sv.*, 21 p.

MALTZ, M., «On defining 'Organized Crime' « the Development of a Definition and a Typology », *Crime & Delinquency* 1976, 338-346.

MANUNZA, E. en KNOOPS B., "Garanties voor de betrouwbaarheid van kroongetuigen", *Delikt en Delinkwent* 1998, 768-785.

MANUNZA, E. en TAK, P., "Tegen welke kroongetuigen zet Van Traa zich af ?", *Delikt en Delinkwent* 1996, 552-560.

MARCHAL, A., "Mise en péril par pluralité d'auteurs", *J.T.* 1969, 293-295.

MARTENS, F., "Exporting RICO to Eastern Europe: Prudent or Irresponsible?", *Journal of Contemporary Criminal Justice* 1994, 267-289.

MARY, P., "Adolphe Prins ou la légitime défense sociale", *Rev.dr.pén.*1990, 15-37.

MASS, S., "The Dilemma of the Intimidated Witness in Federal Organized Crime Prosecutions, Choosing among the Fear of Reprisals, the Contempt Powers of the Court, and the Witness Protection Program", *Fordham Law Review* 1982, 582-610.

MATTHIJS, J., "Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons strafwetboek", *R.W.* 1976-77, 577-600 en 641-666.

MAXEINER, J., "Bane of American Forfeiture Law-Banished At Last?", *Cornell Law Review*, 770, 779.

MBO, "Helers Anthony-Iosgeld gaan vrijuit", *De Standaard* 20 november 1999

MEESE, J., "Een eerste commentaar bij de wet van 22 maart 199 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken", *R.W.* 1999-2000, 1041-1052.

MERCKX, D., "Over het aanzetten tot het plegen van misdrijven", *R.W.* 1991, 90-93.

- MESSINE, J., "Développements récents de la jurisprudence en matière de preuve pénal", in: *Liber Amicorum José Vanderveeren*. Brussel, Bruylant, 1997, 75-101.
- MESSINE, J., "La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code", *J.T.*1991, 489-493.
- MILELLA, L., "Pentiti sí ma solo col brevetto", *Panorama* 14 november 1996, 77-78.
- MINISTER VAN JUSTITIE (VERWILGHEN), *Persbericht wetsontwerp betreffende anonieme getuigen*, Brussel 10 april 1999, niet gepubliceerd.
- MOCCIA, S., "Aspects regressifs du système pénal italien", *Déviance et société* 1997, Vol. 21, nr. 2, 140 e.v.
- MONBALLYU, J., "Het onderscheid tussen de civile en de criminele en de ordinaire en extraordinare strafrechtspleging in het Vlaams recht in de 16e eeuw", in: DIEDERIKS, H. en RODENBURG, W. (eds.), *Misdaad, zoen en straf. Aspecten van de Middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum, Verloren, 1991, 102-132.
- MULDER, A., "Beschouwingen over de geldboete", in: *Liber Amicorum Th.W. Van Veen*. Arnhem, Gouda Quint, 1985, 203.
- MYERS, W., "The emerging threat of transnational organized crime from the East". *Crime, Law and Social Change*. 1996, 181-222.
- N[AUBER], C. en V[AN] S[CHAREN], H., "Marc Verwilghen voert strijd tegen georganiseerde misdaad op", *De Morgen* 30 oktober 1999, 1.
- NEYMARK, E., "La peine d'amende. L'amende et sa place dans la politique criminelle contemporaine", *Rev.dr.pén.* 1928, 938.
- NOUWYNCK, L., "La politique du législateur belge en matière de criminalité organisée". *J.T.* 1998, 721-725.
- NOWICKI, M., "Strasbourg and the Position of Defence Counsel", *Eur. J.Cr.L..Cr. Just.* 1996, 335-347.
- ONSEA, I., "De wet betreffende de criminele organisaties: een eerste effectieve stap in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit", *Panopticon* 1999, 278-286.
- PALMIERI, L., "Organized crime in Italy", *ICPR* maart-april 1992, 30-35
- PAOLI, L., "An Underestimated Criminal Phenomenon: The Calabrian 'Ndrangheta", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, 212-238.
- PAOLI, L., "The Banco Ambrosiano case, An investigation into the underestimation of the relations between organized and economic crime", *Crime, Law and Social Change* 1995, 345-365.
- PARKER, A., "Stretching RICO to the Limit and Beyond", *Duke Law Journal* 1996, 819-848.
- PATTON, W., "Preventing Terrorist Fundraising in the United States", *George Washington of International Law and Economics* 1996, 127-158.
- PEETERS, E., "Het ontstaan van de probatie in België; een poging tot historische reconstructie", *Panopticon* 1982, 99-122.
- PETERS, T., "Edouard Ducpétiaux", in: FIJNAUT, C. (ed.) *Gestalten uit het verleden*. Antwerpen/Leuven, Kluwer/Universitaire Pers, 1993, 33-48.
- PETERS, T., "Het beleid rond strafuitvoering en slachtofferhulp", lezing in het kader van de facultaire colloquia Justitie ter discussie, rechtsfaculteit K.U.Leuven, 17 november 1998
- PIANIN, I., "Criminal Forfeiture: Attacking the Economic Dimension of Organized Narcotics Trafficking", *The American University Law Review* 1982, 227-255.
- PICARD, E., "Confiscation", in: PICARD, E. en d'HOFFSCHMIDT, N., *Pandectes Belges, Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belge*, Brussel, Larcier, 1887, tome 23, 903-982.
- PILON, R., "The Civil Asset Forfeiture Reform Act 1997", Statement before the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, 11 juni 1997, <http://www.cato.org/testimony/ct-rp061197.html>
- POUPART, J., "Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique", n°6288 in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III
- PREUMONT, M., "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéreuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques", in: *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussel, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, 499-516.

- PRITCHARD BAILEY, L.; SASSER, R.; SIKES, M. en YANG, J., "Racketeer Influenced and Corrupt Organizations", *American Criminal Law Review* 1999, 1035-1094.
- RANDOLPH, J., "RICO-The Rejection of an Economic Motive Requirement", *NOW v. Scheidler*, 114 S.Ct. 798 (1994), *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1995, 1189-1222.
- RAPHAELSON, I. en BERNARD, M., "RICO and the "Operation of Management" Test, the Potential Chilling Effect on Criminal Prosecutions", *University of Richmond Law Review* 1994, 669-699.
- REIJNTJES, J., "Winst uit misdaad, een inleiding", in: VAN DUYNE, P., REIJNTJES, J. en SCHAAP, C. (ed.), *Misdaadgeld*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 7-88.
- RINGWALD, C., "Under New Management, Using Federal Forfeiture Statutes to Attack the Drug Trade", *FBI Law Enforcement Bulletin* 1996 Jun, 22-26.
- ROZIE M., "Het gebruik van de resultaten van een fiscaal controle-onderzoek in een fiscaalstrafrechtelijk onderzoek", in: ROZIE, M.(ed.), *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 1-8.
- ROZIE, J., "De Euro en de geldboete: nieuwe wiskundige regels vanaf 1 januari 2002", *T. Straf.* 2000, 201-204.
- RUGGIERO, V., "Criminals and service providers: Cross-national dirty economies", *Crime, Law & Social Change* 1997, 27-38.
- RUGGIERO, V., "War Markets: Corporate and Organized Criminals in Europe", *Social & Legal Studies* 1996, 5-20.
- RÜTER, C., "Opsporingsmethoden: regulering en controle in Duitsland", *Delikt en Delinkwent* 1995, 595-604.
- SADZOT, A., "Le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure", *J.M.L.B.* 1997, 465-472.
- SARUCCO, M., "De bestuurlijke aanpak van de (georganiseerde) criminaliteit in Amsterdam", in: FIJNAUT, C.; VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F.,), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België, het antwoord van de overheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 355-371.
- SAVERDA, "Accomplices in Federal Court: A Case for Increased Evidentiary Standards", *The Yale Law Journal* 1990, 789.
- SCHEERS, J., "Infiltratie, provocatie en undercoveragenten", in: *Jaarboek Mensenrechten* 1993, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 69-70.
- SCHOLL, L., "La provocation policière en droit américain", *Rev.dr.pén.* 1989, 809-825.
- SCHÜNEMANN, B., "Der Deutsche Strafprozess im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit", *Strafverteitiger* 1998, 391-401.
- SCHUYT, C., "Proactieve rechtspleging", *Delikt en Delinkwent* 1998, 738.
- SEIDMAN, L., "Akhil Amar and the (Premature?) Demise of Criminal Procedure Liberalism", *The Yale Law Journal* 1998, 2281-2326.
- SEOANE SPIEGELBERG, J., "Aspectos procesales del delito de trafico de drogas", *Actualidad Penal* 1996, 341-370.
- SIASCIA, L., "Préface" van CALVI, F., *La vie quotidienne de la mafia, de 1950 à nos jours*, Parijs, Hachette, 9 p.
- SIEBER, U., "Logistikstrukturen und neue Bekämpfungsansätze im Bereich der Organisierten Kriminalität", in: MAYERHOFER, C. en JEHL, J-M., *Organisierte Kriminalität, Lagebilder und Erscheinungsvormen, Bekämpfung und rechtliche Bewältigung*, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1996, 191-219
- SMITH, D., "Some things that be more important to understand about organized crime than Cosa Nostra", *University of Florida Law Review* 1971, 1-30.
- SOENEN, J., "Deelneming door onthouding", *R.W.* 1992-93, 648-649, noot onder Corr. Brugge 28 augustus 1991.
- SPAULDING, K., "'Hit Them Where It Hurts', RICO Criminal Forfeitures and White Collar Crime". *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1989, 197-292.
- SPREUTELS, J., "La poursuite des infractions en droit pénal des affaires", in: WINCKELMANS DE CLETY (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, strafrecht in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 239-259.

- SPREUTELS, J., "L'élément moral du recel", noot onder Cass. 2 mei 1977, *J.T.* 1978, 29-31.
- SPRIET, B., "De constitutieve bestanddelen van heling", noot onder Antwerpen 17 mei 1984, *R.W.* 1984-85, 1791-1793.
- STAHL, M., "Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1992, 274-337.
- STEIKER, C., "Counter-Revolution in constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers", *Michigan Law Review*, 1996, 2466.
- STEIKER, C., "Supreme Court Review, Foreword: The Limits of the Preventive State", *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1998, 773.
- STESSENS, G., "De wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen: een kritisch onderzoek", *R.W.* 1997, 1273-1285.
- STESSENS, G., "Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals de strafbaarstelling van witwassen", *R.W.* 1999-2000, 1073-1086.
- STESSENS, G., "The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far ?" , *E.L.Rev.Checklist* 1997, 45-62.
- STEVENS, L. en DEWANDELEER, D., "De zedenwetten van 27 maart en 13 april 1995, wijzigingen van Boek II van het Strafwetboek", *A.J.T. dossier*, 1997-98, 36 p.
- STUART, R., "Penalties and Taxes May Break my Bones, but Forfeitures will never Punish me, a Critical examination of the Double Jeopardy Clause after United States v. Ursery". *Saint Louis University Law Journal* 1997, 1367-1398.
- SWART, A., "Verboden organisaties en verboden rechtspersonen". in: *Liber Amicorum Remmelink*. Arnhem, Gouda Quint, 1987, 607-624.
- SWART, B., "Recent case-law of the European Court of Human Rights", *Eur.J.Cr.Cr.L.Cr.J.* 1993, 150-201.
- TESCAROLI, L., "Rito abbreviato e reati di ergastolo", <http://www.cittadinolex.kataweb.it>
- THOMAS, F., "De wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen: een verdere doorbraak van de primaire rechtshulp in strafzaken", *Panopticon* 1997, 559-573.
- THOMAS, F., "Witwassen van geld: aanleiding tot nieuwe vormen van internationale rechtshulp in strafzaken", *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 287-295.
- TILLEMANN, B.(ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 266 p.
- TIMMERMAN, G. "Russische maffioso voelen zich thuis in Antwerpen", *De Morgen* 9 november 1996, 75.
- TIMMERMAN, G., "Fraude leidt tot faillissement Bank Max Fischer". *De Morgen* 10 januari 1997, 3.
- TIMPERMAN, M., "Over de bestrijding van hormonencriminaliteit: een stand van zaken (of hoe Assepoester het glazen muiltje paste maar toch blootvoets liep (Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 1 september 1998), *R.W.* 1998-99, 897-916.
- TRAEST, P., "De rol van politiediensten bij de opsporing en de bewijslevering in strafzaken: vandaag en morgen". *Vigiles-Tijdschrift Voor Politierecht* 1997, 6-11.
- TRAEST, P., "Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel", *R.W.* 1994, 1190-1208.
- TRAEST, P., "De internationalisering van het bewijsrecht: over telefoontap en de eisen die aan in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden", *Rec.Cass.* 1996, 142-150.
- TRAEST, P., "Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement", in: TILLEMANN, B.(ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 7-40.
- TRAEST, Ph. en MEESE, J., "België", in TAK, P. (ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese unie, de normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese unie*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, 9-65.
- TRÄSKMAN, P., "Rules of the Corpus Iuris for sanctions. Analysis of the specifications", lezing op Colloquium " *The Corpus Iuris as the Foundation of a European Criminal Law*", Europese Rechtsacademie Trier 5 maart 1999.

- TRECHSEL, S., "The Right To Liberty and Security of the Person – Article 5 of the European Convention of Human Rights in the Strasbourg Case-law", *Human Rights Law Journal* 1980, 88-135.
- TROLAND, M., MARRERO, J. en SAMUEL, L. "Co-operation on International Forfeiture: An Introduction", *ICPR* May-June 1992, 10.
- VAN CAENEGHEM, R., *De geschiedenis van Engeland*, Leuven, Davidsfonds, 1997, 495 p.
- VAN CAMP, R., "Georganiseerde criminaliteit, te veel rechtsstaat of te veel Fouché ?" *R.W.* 1996, 665-675 en 697-708.
- VAN CAMP, R., "Hoe bijzonder is het strafrecht inzake douane en accijnzen?", *R.W.* 1995, 834-868.
- VAN DAELE, D., "Het Openbaar Ministerie en de aanpak van georganiseerde criminaliteit", in FIJNAUT, C., VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F. (eds.), *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België, het antwoord van de overheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 269-299.
- VAN DE KERCHOVE, M., "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Reflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques", *J.T.* 1985, 329-334.
- VAN DE REYT, I. en RAMBACH, P., "De wet ter bestrijding van illegale drugshandel en andere verschijningsvormen van georganiseerde criminaliteit in de BRD", *Panopticon* 1993, 324-337.
- VAN DEN AUWEELE, D., "De renaissance van de 12e eeuw en de Verlichting: ideologie, canonistiek en strafrechtsbedeling", *Panopticon*, 1993, 465-484.
- VAN DEN BUNT, H. G., "De definitie van georganiseerde criminaliteit." in: BOVENKERK, F. (ed.), *De georganiseerde criminaliteit in Nederland, het criminologisch onderzoek voor de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden in discussie*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 27-36.
- VAN DEN HEUVEL, J., "Boeven vangen steeds simpeler, maar ze kaalplukken lukt maar niet", *De Telegraaf* 11 juni 1998.
- VAN DEN WYNGAERT, C., "The Transformation of International Criminal Law in Response to the Challenge of Organized Crime", *International Review of Penal Law* vol, 1999, 133-221.
- VAN DEN WYNGAERT, C., "Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée", *Revue Internationale de droit pénal* 1999, 35-132.
- VAN DER HEYDEN, A., "Analyse van de georganiseerde misdaad". in: VAN DER HEYDEN, A. (ed.) *Criminele Inlichtingen. De rol van de Criminele Inlichtingendiensten bij de aanpak van de georganiseerde misdaad*, 's-Gravenhage, VUGA, 1993, 105-117.
- VAN DER NEUT, J., "Het materiële ontnemingsrecht", in: GROENHUIJSEN, M., VAN DER NEUT, J. en SIMMELINK, J. (eds.), *Ontneming van voordeel in het strafrecht, de nieuwe wetgeving in theorie en praktijk*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 37-67.
- VAN DUYN, P. C., "Organized crime and business crime-enterprises in the Netherlands", *Crime, Law and Social Change* 1993, 103-142.
- VAN DUYN, P., "Definitie en kompaswerking". in: BOVENKERK, F. (ed.), *De georganiseerde criminaliteit in Nederland. Het criminologisch onderzoek voor de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden in discussie*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 47-60.
- VAN DUYN, P., "Strategiën ter bestrijding van georganiseerde misdaad", *Tijdschrift Voor De Politie* 1992, 451-458.
- VAN EECKE, P. en DUMORTIER, J., "Bescherming van privécommunicatie op het Internet", in: X, *De rechten van de mens op het Internet*, Antwerpen, Maklu, 2000, 77-92.
- VAN EYLEN, L. en LEFELON, P., "Ongelijke strijd tegen btw-carroussels, BBI-topman voorstander van politiebevoegdheid voor zijn belastingtroepen", *De Standaard* 23 en 24 januari 1999, 34.
- VAN EYLEN, L. en VERHOEST, F., "Misdaad is kanker die alles kan aantasten", *De Standaard* 15 december 1998, 2.
- VAN HALEWIJN, J., "Bijdrage tot de studie van de strafbare deelneming", *R.W.* 1962, 1521-1562.
- VAN HEKKEN, F., "Aan knelpunten geen gebrek, de (on)mogelijkheden van grensoverschrijdend financieel redden", *Algemeen Politieblad* 1998, 8-10.
- VAN LAETHEM, W., "Ik ben geen racist, maar... de toepassing van de racismewet", *Vigiles-Tijdschrift voor Politierecht*, 1998, 4-12.
- VAN OUYTRIVE, L. en CAPPELLE, J., "Twenty Years of Undercover Policing in Belgium, The Regulation of a risky Police Practice", in: FIJNAUT, C. en MARX, G. (eds.), *Undercover, Police Surveillance in Comparative Perspective*, Den Haag-Londen-Boston, Kluwer, 1995, 141-153.

- VAN OVERBEKE, S., "Deelneming door onthouding", in: *Comm.Sr.Sv.* , 29 p.
- VAN OVERBEKE, S., "Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding", *R.W.* 1992-93 , 648-649, noot onder Corr. Brugge 28 augustus 1991.
- VAN TRAA, M., "The findings of the Parliamentary Inquiry Viewed from an International Perspective", in DEN BOER, M., *Undercover Policing and Accountability from an International Perspective*, Maastricht, EIPA, 1997, 15-24.
- VAN VEEN, T., "De geldboete en het doel van de straf", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1972, 159-169.
- VANDELANOTTE, J. en DE CLERCK, S. "Actieplan van de regering tegen de georganiseerde criminaliteit", *Parl. St., Senaat, 1-326/5, 1995-96, 21-40*.
- VANDENPLAS, A., "Heling" in: X, *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acoc, 1990, 75-94.
- VANDENPLAS, A., "Over de verbeurdverklaring op grond van art. 4 §6 Drugwet, noot onder Antwerpen 2 februari 1999", *R.W.* 1999-2000, 1238-1239.
- VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en winsten", *R.W.* 1997-98, 301.
- VANDEPLAS, A., "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", in: *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 383-406..
- VANDEPLAS, A., "Heling", in: *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Instituut voor strafrecht, 1990, 75-94.
- VANDEPLAS, A., "Teruggave", *Comm.Strafr.Sv.*, 21 p.
- VANDERMEERSCH, D., "La loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations - L'introduction en droit belge de la saisie immobilière pénale", *Rev.dr.pén.* 1997, 691-704.
- VANDOREN, A., "De bestrijding van de georganiseerde misdaad, een uitdaging voor het einde van deze eeuw", *Revue van de Rijkswacht* december 1995, 30-34.
- VANHALEWIJN, J., "Bijdrage tot de studie van de strafbare deelneming in Belgisch Strafrecht". *R.W.* 1961, 1522-1562.
- VANHEMELRYCK, F., "Het banditisme in het Ancien Régime", in: VRANCKEN, P. (ed.) *Privilegium Tabellionatus*, Genk, 1997, 393-411.
- VANPETEGHEM, B., "Verkiezingen zullen weinig veranderen", *De Standaard* 9 januari 1999, 2.
- VEGTER, D., "De Mafia, geheime organisatie of geestesgesteldheid?", *Tijdschrift voor de Politie* 1995, nrs. 6-7/8, 3-6 en 13-17.
- VERBRUGGEN, F. en FIJNAUT, C., "Politiële informatie bij acute terreurbestrijding: een kwestie van leven en dood, bedenkingen bij E.H.R.M. 27 september 1995, McCann e.a. tegen Verenigd Koninkrijk", *Jaarboek Mensenrechten* 1996, 248-260.
- VERBRUGGEN, F. en GOOSSENS, F., "Virtueel buitenland?, Brusselse arresten schieten aanpak van mensenhandel in de transitzone lek", *A.J.T.* 1998-99, 711-716
- VERBRUGGEN, F., "De anonieme getuige: de invloed van de Europese rechtspraak op de verhouding tussen recht op angst en recht op eerlijk proces", in: BELGISH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR HET STRAFRECHT (ed.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 78-100.
- VERBRUGGEN, F., "Eurocops, just say may be, European lessons from the 1993 reshuffle of US drug enforcement", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, 150-201.
- VERBRUGGEN, F., "Proceeds-oriented Criminal Justice in Belgium, Backbone or Wishbone of a Modern Approach of Organised Crime ?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1997.
- VERBRUGGEN, F., "The General Part of Criminal Law and Organised Crime: Potential and Limitations", in FIJNAUT, C., VAN DAELE, D. en VERBRUGGEN, F.(eds.), *op. cit.*, 43-95.
- VERBRUGGEN, F., "Un fer de lance trop emousse, Réflexions au sujet de projet de loi relatif aux organisations criminelles", *Vigiles-Revue du Droit de Police* 1997, 7-25.
- VERBRUGGEN, F., "Van verenigde criminelen en criminele verenigingen, is een criminele organisatie meer dan zo maar een moderne bende?", in: VRANCKEN, P. (ed.) *Privilegium Tabellionatus*, Genk, s.n., 1997, 461-477.
- VERBRUGGEN, F., "Gebrek aan toestemming als constitutief bestanddeel bij verkrachting van een mentaal gehandicapte minderjarige", *A.J.T.* 1995-96, 472-476.

- VERBRUGGEN, F., "Ook zonder Madrid en Dublin kunnen Garcia en Moreno uitgeleverd worden, als Spanje een degelijk dossier heeft...", *Panopticon* 1997, 162-168.
- VERDUYN, L., " 'Gewapend bestuursrecht' ", *De Morgen* 12 december 1998, 2.
- VERHAEGEN, J., "Le vol avec meurtre: un "concours idéal" érigé par la loi en circonstance aggravante subjective". *Rev.dr.pén.* 1997, 185-195.
- VERHAEGEN, J., "L'élément fautif en matière de contravention aux règlements", *Rev. dr. pénal*, 1988, 289-297.
- VERHEGGE, G., "Naar aanleiding van het verslag van juni 1979 van de commissie voor de herziening van het Strafwetboek", *R.W.* 1980-81, 351-352.
- VERHEYDEN, R., "De probatie tussen toekomst en verleden", *R.W.* 1975-76, 513-560.
- VERMEULEN, G., "Een gemiste kans?, over de nieuwe wet betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen". *Panopticon* 1997, 395-400.
- VERREST, P., "Frankrijk", in: TAK, P. (ed.), *Heimelijke opsporing in de Europese unie, de normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese unie*, Antwerpen-Grningen, Intersentia, 2000, 339-383.
- VERSPEELT, F., "Bewaking van telecommunicatie (art. 88bis SV.)", *Vigiles-Tijdschrift voor Politie recht* 1999, nr. 5, 31-32.
- VERSPEELT, F., "Opsporing en vervolging van criminele vermogens". *Politeia* 1994, nr.2, 10-13.
- VERSTRAETEN, R. en DEWANDELEER, D., "Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?", *R.W.* 1995-96, 689-702.
- VERSTRAETEN, R., "Over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen", noot onder Antwerpen, 15 oktober 1992, *R.W.* 1994, 952-953.
- VERSTRAETEN, R., "Actualia van fiscaal strafrecht", in: TILLEMANN, B.(ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 229-266.
- VERSTRAETEN, R., "De teruggave en het derdenverzet in strafzaken", noot onder Cass. 9 februari 1988, *R.W.* 1988,157-159.
- VERSTRAETEN, R., "Het recht op informatie van de verdachte of beklaagde in het strafproces", in: *Om deze redenen. Liber Amicorum Armand Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 455.
- VERSTRAETEN, R., "Opsporing en vervolging van criminele vermogens", *Politeia* 1993, nr.4, 18-19.
- VERVAELE, J., " Inbeslagneming en confiscatie naar aanleiding van strafbare rechtsschendingen, Deel I: juridische vormgeving in de V.S.", *Delikt En Delinkwent* 1997, 356-368.
- VERVAELE, J., " Pouvoir de saisie et de confiscation de l'inspection douanière, accusation criminelle et droits de la défense", *Agon* 1996, (13),12-15.
- VIEUJEAN, E., FRANCHIMONT, M. en DERENNES, C., "*Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*", Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la conférence Libre Du Jeune Barreau de Liège, 1991, 617 p.
- VITIELLO, M., "Has the Supreme Court Really Turned RICO Upside Down?: an Examination of NOW v. Scheidler", *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1995,1223-1257.
- VOGEL, J., "Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law", *Goldtdammer Archiv für Strafrecht* 1998, 127.
- WALTHER, S., "Forfeiture and money laundering laws in the United States, Basic features and some critical comments from a European perspective", *Crime, Law and Social Change* 1994, 1-13.
- WIEËRS, A., "Bendevorming door heksen, het waanbeeld van bendevorming door hesen, hun vervolging en berechting, enkele algemeenheden in West-Europa", in: VRANCKEN, P.(ed.), *Privilegium Tabellionatus*, Genk, s.n., 1997, 435-452.
- WRENCH, P., "The G8 and Transnational Organised Crime", in CULLEN, P. en GILMORE, W.(eds), *Crime sans frontières, International and European Legal Approaches*, Edinburgh University Press, 1998, 39-49.
- X, " A Taste of Adventure, the history of spices is the history of trade", *The Economist*, 19 december 1998, 81-83.
- X, "Cleaning up dirty money", *The Economist* 26 juli 1997, 13-14+19-21.

- X, "Competition: proposal on cartel whistle-blowers takes shape", *European Report* nr. 2085, 18 november 1995, III-1.
- X, "El caso Roldán, el escándalo por corrupción más sonado de la democracia", *El Mundo* 27 februari 1998.
- X, "Interpol Tries to Curb Spread of Russian Mafia in Europe", *Criminal Justice Europe*, Vol.6, Nr.3, 1996, 5.
- X, "Pentiti, si cambia, 'Entro un mese norme più severe". *La Repubblica* 1997 Sep 1, 18.
- X, "Sam Bond? Sounds funny", *The Economist* 4 juli 1998, 52.
- X, "The last ideology", *The Economist, A Survey of the New Geopolitics, The Road to 2050*, 31 juli 1999, 13.
- X, "Locker verbunden", *Der Spiegel* 1998/21, 56.
- X, "Problèmes internationaux posés par l'incrimination d'association de malfaiteurs, chronique de jurisprudence", *Rev.dr.pén.* 1982, 609-612.
- X, "Rome Statute of the International Criminal Court", *International Review of Penal Law*, 2000, 1-221.
- YANEL, A., "El Supremo decide hoy cómo ejecutará el indulto a Liaño", *El Mundo* 15 december 2000.
- ZAFFARONI, E., "Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana", *International Review of Penal Law/ Revue Internationale De Droit Pénal* 1996, 725-738.
- ZALMAN, M., "Judges in Their Own Case: a Lockean Critique of Law Enforcement Asset Sharing in Drug Forfeiture Law and Practice", *Criminal Justice Review* 1996, 197-229.