

STEF DE DECKER*

Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: privaat domein?¹

ABSTRACT

In strafzaken wordt onrechtmatig verkregen bewijs nog zelden uitgesloten. Dit hele leerstuk wordt gedomineerd door de rechtspraak van het Hof van Cassatie, waardoor het Hof in grote mate aan politiek doet. In deze bijdrage ligt de nadruk op de manier waarop deze rechtspraak tot stand kwam. Ik probeer aan te tonen dat het Hof van Cassatie zich hiermee inschrijft in een schizofreen crimineel beleid, zoals beschreven door D. Garland. Om de processen die zich daarbij op de achtergrond afspelen, bloot te leggen, maak ik gebruik van concepten van N. Lacey. Door een aantal privé-belangen te laten doorwegen, stelt het Hof van Cassatie zich uiterst kwetsbaar op. Het is dan ook positief dat de strafwetgever bijna drie jaar na datum het laken naar zich toe trekt. Op die manier keert een kernvraagstuk van het strafprocesrecht terug naar het publieke forum, waar het thuishoort.

KERNWOORDEN

strafprocesrecht – onrechtmatig bewijs – sanctionering – verhouding tussen wetgeving en rechtspraak – private en publieke sfeer

“That’s not a regular rule: you invented it just now.”

“It’s the oldest rule in the book”, said the King.

“Then it ought to be Number One”, said Alice.

[L. Carroll, *Alice in Wonderland*, 1865, hfdst. xii]

1. De bewijsregeling loopt als een rode draad doorheen het hele strafproces. Ze bepaalt de bevoegdheden van de speurders, of er voldoende bezwarende elementen aanwezig zijn om over te gaan naar een volgend stadium van de procedure, en welke bewijselementen op de terechtzitting aan bod mogen komen. De sanctionering van de niet-naleving van bewijsregels vormt dan ook het sluitstuk van het hele straf(proces)recht. Een overtreding van de bewijsregels kan verschillende vormen aannemen. Zo kunnen bewijselementen onrechtmatig zijn wanneer ze verkregen zijn ingevolge een misdrijf, met miskenning van een regel van het strafprocesrecht, ingevolge een schending van het recht op privacy, met miskenning van het recht van verdediging, of met miskenning van het recht op menselijke waardigheid.²

* Assistent straf- en strafprocesrecht, K.U.Leuven (Stef.DeDecker@law.kuleuven.be).

¹ Deze bijdrage is een herwerkte versie van een discussiepaper die ik schreef in het kader van het vak Geïntegreerde strafrechtswetenschap aan de K.U.Leuven.

² Cass. 23 maart 2004, AR nr. P.04.0012.N, www.cass.be, R.A.B.G. 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.* 2005 (verkort), 661, noot C. DE VALKENEEER. Zie hierover uitgebreid R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, 849-864.

Wanneer de gerechtelijke overheden hun boekje te buiten gaan, zijn er verschillende sancties denkbaar. Het is mogelijk de betrokken speurders louter tuchtrechtelijk te sanctioneren. Indien de strafrechter de verdachte deels op grond van onrechtmatig verkregen bewijs veroordeelt, zou hij ook strafvermindering kunnen toestaan. Verder kunnen onrechtmatig verkregen bewijselementen uit de debatten geweerd worden. Het is zelfs mogelijk dat de hele strafvordering onontvankelijk wordt. Vooralsnog blijft het type sanctie in België de bewijsuitsluiting, d.i. het bewijselement weren uit de debatten.³

Vroeger werd deze bewijsuitsluiting strikt en stelselmatig toegepast.⁴ Sinds een wijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie is deze sanctie echter de uitzondering geworden. Dit beruchte cassatiearrest van 14 oktober 2003⁵ werd in dit tijdschrift reeds vermeld. P. De Hert zette toen in de verf dat deze rechtspraak de tempering van de statelijke soevereiniteit door mensenrechten grotendeels ongedaan maakt.⁶

In deze bijdrage ligt de nadruk op de manier waarop deze rechtspraak tot stand is gekomen. Ik zal proberen aan te tonen dat het Hof van Cassatie zich hiermee inschrijft in een schizofreen crimineel beleid, zoals dat treffend beschreven werd door D. Garland. Om de processen die zich daarbij op de achtergrond afspelen, bloot te leggen, maak ik gebruik van concepten van N. Lacey. Ten slotte geef ik aan hoe het Hof van Cassatie het leerstuk van onrechtmatig bewijs volledig naar zich toe heeft getrokken. Vooraleer op dit alles dieper in te gaan, situeer ik eerst het cassatiearrest in zijn context.

ANTIGOON OF ANTIGONE?

2. In de rechtsleer die verscheen naar aanleiding van het cassatiearrest van 14 oktober 2003 is sprake van een “mijlpaalarrest”⁷ en van een regelrechte “omwenteling”⁸. Vaak gebruiken auteurs dergelijke ronkende termen om de nodige aandacht te vestigen op een nieuwe publicatie of om deelnemers naar een studiedag te lokken. In dit geval is het woordgebruik echter volledig gerechtvaardigd. Er heeft immers wel degelijk een revolutie – in de zin van omwenteling – plaatsgevonden.

3. De rechtspraak die voortvloeide uit dit arrest, wordt gemeenzaam de Antigoonrechtspraak genoemd. Het eerste arrest had namelijk betrekking op bewijselementen die verkregen waren tijdens een grootscheepse Antwerpse politieoperatie met de code-naam *Antigoon*.⁹ De feitelijke achtergrond kan als volgt samengevat worden. Tijdens

³ Enkel in geval van politionele provocatie wordt de strafvordering onontvankelijk (art. 30 V.T.Sv.).

⁴ Vaste cassatierechtspraak sinds Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233. Cf. *infra* nr. 5.

⁵ Cass. 14 oktober 2003, *NjW* 2003, 1367, noot E. BREWAEYS, *R.A.B.G.* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.* 2004, 617, *R.W.* 2003-04, 814, *T. Strafr.* 2004, 129, noot P. TRAEST, *Vigiles* 2004, 15, noot F. SCHUERMANS.

⁶ P. DE HERT, “De soevereiniteit van de mensenrechten: aantasting door de uitlevering en het bewijsrecht”, *Panopticon* 2004, (229) 232 en 236.

⁷ C. VAN DEN WYNGAERT in haar voorwoord bij C. DE ROY en S. VANDROMME, *Bijzondere opsporingsmethoden en aanverwante onderzoeksmethoden*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 122 p.

⁸ F. KUTY, “La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement”, (noot onder Cass. 14 oktober 2003), *R.C.J.B.* 2004, 408-438.

⁹ Volgens de legende hakte Brabo de hand van de reus Antigoon af en wierp ze in de Schelde. Groot-schalige politieacties krijgen wel vaker de naam van een mythische reus toegekend, vermoedelijk op basis van het machtsvertoon dat hiermee gepaard gaat. Zo houdt de federale politie eveneens regelmatig *Goliath*-acties tegen inbraken. Merkwaardig is dat de politie hierbij over het hoofd ziet dat zowel Antigoon als Goliath het onderspit moesten delven tegen een kleinere, maar slimmere tegenstander.

de politieoperatie werd een verdachte aan een veiligheidsfouille onderworpen. De politiediensten vonden op die manier de autosleutels van de verdachte en doorzochten daarna ook het voertuig van de betrokkene. Zij troffen hierbij een geladen pistool met weg gevild serienummer aan. Dergelijke zoekingen zijn enkel toegelaten wanneer de politie redelijke gronden heeft om te denken dat het voertuig wordt gebruikt om een voor de openbare orde gevaarlijk voorwerp of bewijsmateriaal in verband met een misdrijf op te slaan of te vervoeren.¹⁰ Volgens de bodemrechter¹¹ had de politie onvoldoende vermoedens dat er zich een wapen in het voertuig bevond. De voertuigzoeking was bijgevolg onrechtmatig. Onder de toenmalige rechtspraak moest het opgeleverde bewijsmateriaal uit de debatten worden geweerd.

In het Antigoonarrest perkt het Hof van Cassatie in navolging van het Antwerpse Hof van Beroep het toepassingsgebied van de uitsluitingsregel aanzienlijk in. De cruciale overweging luidt:

“Overwegende dat de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel ¹² *slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen:*

- *hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid;*
- *hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;*
- *hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces”*

Terwijl de strafrechter voorheen in principe geen rekening mocht houden met onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, is de situatie sinds de nieuwe cassatierechtspraak volledig omgekeerd. Voortaan mag de rechter onrechtmatige bewijselementen niet meer uitsluiten, behalve in de drie bovenvermelde gevallen. Volgens het Hof was *in casu* geen van deze drie gevallen aan de orde. De rechter mocht de resultaten van de voertuigzoeking dan ook alsnog in overweging nemen.

4. Bepaalde Franstalige rechtsleer die verscheen naar aanleiding van dit arrest, maakte echter de link met de verkeerde mythe, namelijk die van de Thebaanse prinses Antigone.¹³ Dit foute mythologische verband legt wel meteen twee fundamentele kritieken

¹⁰ Art. 29 van de Wet Politieambt.

¹¹ Antwerpen 11 april 2003, *R.A.B.G.* 2004, 335, noot F. SCHUERMANS.

¹² De voorzichtigheid die de arresten van het Hof van Cassatie kenmerkt (“in de regel”) heeft het Hof in latere arresten laten varen: bewijsuitsluiting is alleen nog mogelijk in de drie gevallen. Zie Cass. 23 maart 2004, *R.A.B.G.* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.* 2005 (verkort), 661, noot C. DE VALKENNEER en Cass. 12 oktober 2005, *Rev. dr. pén.* 2006, 211, *T. Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN.

¹³ In de mythe begraaft Antigone haar zoon Polynikes, tegen de uitdrukkelijke instructies van koning Kreon in. De kern van het verhaal is het conflict tussen een tijdelijke, door een vorst uitgevaardigde regel en een tijdloze goddelijke of morele verplichting. Tegenstanders van het arrest wijzen op de paradox tussen de inhoud van het arrest, namelijk het toegelaten gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, en de figuur van Antigone, die een toonbeeld was van morele zuiverheid (M.-A. BEERNAERT, “La fin du régime d’exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l’enquête et des poursuites”, (noot onder Cass. 2 maart 2005), *J.L.M.B.* 2005, (1094) 1108-1109). Auteurs die minder afwijzend zijn, vinden daarentegen dat het arrest, net als Antigone zelf breekt met een bestaand, hypocriet systeem, en de kern van een nieuw en coherent systeem in zich draagt (L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Brussel, Kluwer, 2005, 76, nr. 118).

bloot. Terwijl Antigone inging tegen een onbillijke regel van de vorst (hier duidelijkheidshalve gelijk te stellen met de wetgever), 'overtreedt' het Antigoonarrest geen regels. Er bestaan immers geen wettelijke bepalingen over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. De hele bewijsrevolutie heeft zich volledig voltrokken op het niveau van de rechtspraak. Aan de andere kant is het nog maar de vraag of het nieuwe systeem inhoudelijk wel zo coherent is.

In wat volgt wordt uitgebreid ingegaan op de eerste kritiek. Aan het eind van deze bijdrage peil ik ook nog even naar de inhoudelijke waarde van deze rechtspraak.

DE WIL VAN HET HOF IS WET

5. Op het eerste gezicht is het verbazend dat de wet met geen woord rept over de sanctiëring van onrechtmatig verkregen bewijs. Bij nader toezien is dit echter niet zo verwonderlijk. Oorspronkelijk ging de Franse (en later ook de Belgische) strafwetgever er immers van uit dat het opnemen van procedurele voorwaarden in een wettekst op zich reeds voldoende waarborgen bood. In de negentiende-eeuwse legalistische visie was het evident dat wat zich buiten de grenzen van de wet afspeelde, onbruikbaar was in een latere strafzaak.¹⁴ Dit is ook de reden waarom er zo weinig bepalingen van het Wetboek van Strafvordering op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven.¹⁵ Na verloop van tijd verankerde het Hof van Cassatie deze rigoureuze bewijsuitsluiting in zijn rechtspraak.¹⁶ Met dit oordeel vertolkte het Hof met andere woorden de heersende opvatting van de wetgever. De hedendaagse rechtsleer verwijst echter vaak naar dit arrest uit 1923 als fundament van het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Dat deze auteurs de strikte bewijsuitsluiting afdoen als een jurisprudentiële creatie,¹⁷ zodat het Hof tachtig jaar later probleemloos het roer kon omgooien, strookt niet met de waarheid.

6. Het strafrecht legitimeert zichzelf als een abstracte discipline door te benadrukken hoever het afstaat van de machinaties en de praktische aspecten van concrete strafzaken.¹⁸ Volgens diezelfde logica zou men de Antigoonarresten kunnen beschouwen als louter 'leerstellige' rechterlijke uitspraken, die een waardevolle bijdrage aan de strafrechtswetenschap vormen. Deze kloof tussen theorie en praktijk is echter veel minder groot dan men wil doen geloven. Waar het Hof van Cassatie in 1923 nog de algemene *ratio legis* van het Wetboek van Strafvordering eerbiedigde,¹⁹ maakt het in het Antigoonarrest gretig gebruik van de bewegingsruimte die voortvloeit uit het gebrek aan een uitdrukkelijke wettekst. De wetgever heeft nooit een wijziging in zijn opvatting over de sanctiëring van onrechtmatig verkregen bewijs geëxpliciteerd in de wet. De

¹⁴ B. DE SMET, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2005, (248) 249, die op zijn beurt verwijst naar F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Brussel, Bruylant, 1863, III, 766.

¹⁵ De zeldzame artikels waar dit toch het geval is, dateren van na 1993. Zie hierover uitgebreid M. STERKENS, "De gewijzigde cassatierechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige bewijsverkrijging en de weerslag ervan op het vooronderzoek", *T. Strafr.* 2005, 508-517.

¹⁶ Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233.

¹⁷ Zie o.m. L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Brussel, Kluwer, 2005, 72, nr. 110.

¹⁸ N. LACEY, "Legal constructions of crime" in M. MAGUIRE, e.a. (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, University Press, 2002, (264) 278.

¹⁹ Cf. *supra* nr. 5.

raadsheren van het Hof begeven zich hier onmiskkenbaar op het terrein van de wetgever.²⁰ De grenzen van het rechterlijk activisme zijn hier ver overschreden.

Bovendien is het in de concrete casus die aanleiding gaf tot het Antigoonarrest zelfs betwifelbaar of er effectief sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs. *In casu* zou de eigenaar van de wagen toestemming hebben gegeven om zijn voertuig te doorzoeken,²¹ waardoor de resultaten van de zoeking alsnog rechtmatig verkregen zijn. Het Hof van Cassatie heeft deze casus bijgevolg aangegrepen om de nieuwe bewijsuitsluitingsregels uit te vaardigen. Dit duidt op de wil van het Hof om regelgevend op te treden. In de volgende alinea's plaats ik deze beleidskeuze van het Hof in een breder perspectief. Hiertoe belicht ik eerst enkele functies van recht in het algemeen, en strafrecht in het bijzonder. Nadien situeer ik de Antigoonrechtspraak in het begrippenkader ontwikkeld door D. Garland en N. Lacey.

7. Aan het strafrecht komt vanouds een regulerende functie toe.²² Bij uitstrek via het strafrecht kan men maatschappelijk ongewenst gedrag beheersen, of minstens beïnvloeden. Dergelijke interventies van overheidsactoren zijn evenwel niet onbegrensd. In zijn rechtsbeschermende dimensie biedt het strafrecht een hele waaier aan procedurele waarborgen die het individu behoeden voor de willekeur van de staat. Het strafrecht is evenwel niet meer in staat zijn regulerende functie te vervullen door de steeds hogere verwachtingen waaraan het strafrecht moet voldoen. Denk hier bijvoorbeeld aan de niet aflatende instrumentalisering van het strafrecht, waarbij strafrechtelijke sancties een ultieme stok achter de deur vormen voor de meest diverse wettelijke verplichtingen. Nu bepaalde onrechtmatig verkregen bewijselementen alsnog bruikbaar worden in een strafproces, offert het Hof van Cassatie evenwel een aanzienlijke hoeveelheid rechtsbescherming op het altaar van het regulerende strafrecht.

Daarnaast heeft het strafrecht ook een symbolische functie. Het strafrecht vormt een expressief medium. Een samenleving kan in zijn strafrechtssysteem belangrijke collectieve waarden en betekenissen kwijt. Op dit punt draagt de Antigoonrechtspraak een uitermate negatief symbool in zich: een samenleving vaardigt (bewijs)regels uit, maar sanctioneert de overtredingen hiervan in beginsel niet meer.

8. In vele westerse landen kan de staat niet langer voldoen aan de steeds hogere eisen die de samenleving stelt aan het strafrechtsapparaat. D. Garland heeft aangetoond hoe schizofreen staten hierop reageren. Aan de ene kant aanvaardt de staat zijn eigen onmacht om de criminaliteit weg te werken, maar maakt hij gebruik van verschillende strategieën in zijn criminaliteitsbeleid die zijn onmacht in zekere zin moeten camoufleren. Aan de andere kant ontkent de overheid in alle toonaarden dat zij de criminaliteit niet meer meester is: *“At the same time that the administrative machine of the state has been devising strategies to adapt to its limitations in respect of crime control, and thus come to terms with the uncomfortable realities, the political arm of the state has frequently engaged in a form of denial which appears increasingly hysterical in the*

²⁰ De titel van een annotatie spreekt boekdelen: P. TOUSSAINT, “La loi des juges”, (noot onder Cass. 2 maart 2005), *Journ. Proc.* 2005, nr. 499, 29-31. In dezelfde zin: L. KENNES, *La preuve en matière pénale*, Brussel, Kluwer, 2005, 71, nr. 109-110.

²¹ Conclusie van Adv.-Gen. DE SWAEF bij Cass. 14 oktober 2003, beschikbaar op www.cass.be, punt 4.2 en 4.3.

²² Zie over de verschillende functies van het recht uitgebreid E. CLAES, W. DEVROE en B. KEIRSBIJCK, “Grenzen van (rechtstatelijk) recht”, *R.W.* 2005-2006, (1201) 1203-1206.

clinical sense of that term".²³ Vanuit deze beide invalshoeken bekijk ik in de volgende alinea's de Antigoonrechtspraak.

9. Een van de strategieën die staten hanteren, is responsabilisering. Garland definieert dit als *"central government seeking to act upon crime not in a direct fashion through state agencies (police, courts, prisons, social work, etc.) but instead by acting indirectly, seeking to activate actions on the part of non-state agencies and organisations."*²⁴ De staat aarzelt met andere woorden niet om ook niet-statelijke actoren (zowel individuele burgers als organisaties) in te schakelen en hen mee verantwoordelijk te maken voor de criminaliteitsbestrijding. In zijn minst doorgedreven vorm gaat het om preventiecampagnes, bijvoorbeeld tegen gauwdiefstallen of inbraken. Meer georganiseerde types van responsabilisering zijn burgerwachten of informatienetwerken van winkeliers.

Ook de Antigoonrechtspraak gaat mee in deze evolutie. Wanneer een particulier (vb. een rancuneuze ex-echtgenoot) vroeger op slinkse wijze bezwarend bewijsmateriaal verkreeg met de bedoeling later aangifte te doen bij de politie, was het bewijsmateriaal onrechtmatig en mocht de strafrechter er in geen geval rekening mee houden.²⁵ Sinds de Antigoonarresten is de cruciale vraag niet meer of het bewijselement al dan niet rechtmatig is, maar of de rechter het onrechtmatige bewijsmateriaal moet weren uit de debatten. Een sprekend voorbeeld in dit verband zijn de verborgen camera's. Stel: omdat een winkelluitbater vermoedt dat een werknemer geld steelt, plaatst hij onaangekondigd een camera, gericht op de kassa. Deze camerabeelden zijn sowieso onrechtmatig. Los van een mogelijke schending van de privacy, overtreedt de werkgever immers de informatieplicht uit de toepasselijke c.a.o., wat op zich al een misdrijf uitmaakt.²⁶ In 2001 liet het Hof in dergelijke omstandigheden het gebruik van de camerabeelden nog toe, omdat deze volgens het Hof rechtmatig verkregen waren. Het moet wel gezegd dat het Hof toen een groot deel van het verweer van de betrapte werknemer (waaronder diens beroep op de c.a.o.) om cassatietechnische redenen buiten beschouwing liet.²⁷ In een cassatiearrest van 2 maart 2005 waren identieke feiten aan de orde. De onrechtmatigheid van de beelden stond niet meer ter discussie, maar het Hof weerde deze niet uit de debatten.²⁸ De situatie was volgens het Hof immers niet te vatten onder een van de drie verplichte uitsluitingsgronden uit het Antigoonarrest. De informatieplicht uit de c.a.o. was namelijk niet op straffe van nietigheid voorgeschreven, de betrouwbaarheid van de beelden kwam nergens in het gedrang, en ook het recht op een eerlijk proces werd niet geschonden, omdat deze overtreding geen nadelige invloed

²³ D. GARLAND, "The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society", *B. J. Crim.* 1996, (445) 459.

²⁴ D. GARLAND, "The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society", *B. J. Crim.* 1996, (445) 452-454.

²⁵ Cass. 17 januari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 310, *R.W.* 1990-91, 463, noot L. HUYBRECHTS; Cass. 17 april 1991, *Rev. dr. pén.* 1992, 94, noot C. DE VALKENEEER; Cass. 4 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1, *R. Cass.* 1994, 72-75, noot P. TRAEST, *R.W.* 1994-95, 185, met concl. Adv.-Gen. DU JARDIN, noot F. D'HONT.

²⁶ C.A.O. nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 20 september 1998, *B.S.* 20 oktober 1998. Inbreuken op algemeen verbindend verklaarde c.a.o.'s zijn strafbaar op basis van art. 56 van de C.A.O.-Wet.

²⁷ Zie hierover de kritiek van P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Cassatie en geheime camera's: meer gaten dan kaas", *Panopticon* 2001, (309) 310.

²⁸ Cass. 2 maart 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1086, noot M.-A. BEERNAERT, *Journ. Proc.* 2005, afl. 499, 23, noot P. TOUSSAINT, *J.T.* 2005, 211, *R.A.B.G.* 2005, 1161, noot S. BERNEMAN, *Rev. dr. pén.* 2005, 668, noot C. DE VALKENEEER.

had op het beschermde grondrecht (het recht op privacy). Het Hof verwees hiervoor naar het feit dat de camera in een voor het publiek toegankelijke ruimte was opgesteld, en bovendien enkel op de kassa gericht was.

Wie verder kijkt dan deze concrete casus, ziet meteen een groot onontgonnen terrein voor responsabilisering op het vlak van bewijs. Zolang het niet de spuigaten uitloopt, laat de Antigoonrechtspraak toe dat de strafrechter rekening houdt met bewijsmateriaal dat 'geresponsabiliseerde' particulieren hebben verzameld.

10. Het besef dat de staat niet meer opgewassen is tegen criminaliteit in al zijn verschijningsvormen, heeft ook tot een ander type strategisch gedrag geleid. Garland stelt vast: *"A major way in which state agencies have reacted to criticism is by scaling down expectations, redefining their aims, and seeking to change the criteria by which failure and success are judged."*²⁹ De overheid heeft zich dus mettertijd aangepast aan haar eigen onmacht. Omdat 'slagen' en 'succes' steeds afhankelijk zijn van hoe hoog men de lat legt, kan de staat door zijn doelstellingen en prioriteiten te herformuleren alsnog kleine succesjes boeken. Verder zijn staten zich bewust geworden van de noodzaak hun beperkte capaciteit zo efficiënt mogelijk in te zetten. Ook bij justitie hebben managementtechnieken (werklastmetingen, assessments, etc.) hun intrede gedaan. In dezelfde lijn kan men de Antigoonrechtspraak zien als de exponent van de procedurele *efficiency*. De nieuwe, minder strikte bewijsuitsluitingsregels zorgen voor meer veroordelingen, en deze veroordelingen moeten op hun beurt op de vlotte werking van de staat duiden.

11. Aan het andere eind van het spectrum leidt een krampachtige ontkenning van de crisis in het strafrecht tot een *law and order*-beleid, dat de illusie moet wekken dat de staat alles onder controle heeft. Het belangrijkste kenmerk hiervan is punitiviteit. Garland merkt hierbij op dat *"sometimes the punitive pronouncements of government ministers are barely considered attempts to express popular feelings of rage and frustration in the wake of particularly disturbing crimes."*³⁰ Op het materieel-strafrechtelijke vlak zijn hiervoor nog weinig mogelijkheden: de Belgische strafwetgeving dekt nagenoeg alle maatschappelijk ongewenste gedragingen. De punitiviteit richt zich dan noodgedwongen op de hoogte van de straffen, of op de tenuitvoerlegging van de straf. Wat de procedure betreft, is er nog wel ruimte. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan het snelrecht dat naar aanleiding van het Europese voetbalkampioenschap vlugvlug werd ingevoerd.³¹ Ook de Antigoonrechtspraak is een vorm van procedurele punitiviteit. Het risico dat procedurepleiters "de procedure kunnen uitmesten"³² en zo de staat een hak zetten, is plots een heel stuk kleiner.

12. Een en ander kan men ook verklaren aan de hand van D. Garland's begrip *criminology of the other*, waarbij de crimineel geldt als een gedemoniseerde vreemde. *"In this rhetoric, and in its policy effects, offenders are treated as a different species of threatening, violent individuals for whom we can have no sympathy and for whom there is no*

²⁹ D. GARLAND, "The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society", *B. J. Crim.* 1996, (445) 455-456 en 458-459.

³⁰ D. GARLAND, "The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society", *B. J. Crim.* 1996, (445) 460-461.

³¹ En al even snel door het Arbitragehof werd vernietigd...

³² Een uitdrukking van de zelfverklaarde procedurepleiter Sven MARY, in een interview met De Standaard, 11/2/2006, p. 50.

effective help.”³³ Op deze type-crimineel projecteert de staat dan zijn collectieve falen. Volgens mij gaat ongewild een gelijkaardige gedachtegang schuil achter de Antigoonrechtspraak. Doordat de crimineel met zijn gedrag de regels van de samenleving heeft overtreden, gaat men er gemakkelijker van uit dat de staat zijn eigen (bewijs)regels minder strikt mag toepassen. Het loutere feit dat iemand betrokken raakt in een strafonderzoek speelt reeds in zijn nadeel. N. Lacey spreekt in dit verband van procedurele laksheid: “we should guard against the risk that an assumption that something is clearly or already criminal may encourage procedural laxity and the kind of blatant bias which leads to miscarriages of justice”.³⁴ Vanzelfsprekend ondergraaft deze evolutie de rechtsbeschermende functie van het recht volledig. Men verliest immers uit het oog dat het strafprocesrecht er net is voor mensen die de regels overtreden hebben.

Deze situatie vertoont gelijkenissen met de positie van minderheden en staatlozen in het interbellum. Terwijl uitgerekend deze mensen nood hadden aan rechtsbescherming, wilde geen enkele staat het voor hen opnemen. Toch gaat deze vergelijking niet helemaal op. De minderheden en de staatlozen vielen immers volledig buiten de bestaande rechtssystemen. H. Arendt doet hen zelfs de suggestie om criminele feiten te plegen, zodat ze alsnog een zekere rechtsstatus verwerven: “ook de crimineel is weliswaar een ‘anomalie’, maar wel één waarin de wet voorziet.”³⁵

13. Ik sprak daarnet over de gedachtegang die schuilging achter de Antigoonarresten. N. Lacey geeft goed weer welke processen zich bij criminalisering als het ware op de achtergrond voltrekken. “If we are to understand the practices of criminalisation, we have to understand how the behaviour of individuals, agencies, interest groups and other collectivities relates to prevailing cultural discourses relevant to their particular activities and to criminal justice as a social issue.”³⁶ Elke gerechtelijke actor handelt vanuit een geheel van waarden en belangen (*discourse*), die hun uitdrukking vinden in zijn handelen (*practices*). Voor de rechterlijke macht is dit, gezien hun taak, bij uitstek het geval.³⁷ Hetzelfde geldt voor de politie. Zij kunnen zich bij het verzamelen van bewijsmateriaal aan de regels houden omdat ze zich bewust zijn van hun rol als schakel in de strafrechtspleging, of louter omdat ze vrezen dat de crimineel vrijuit gaat als zij hun boekje te buiten gaan. De Antigoonrechtspraak heeft vanzelfsprekend invloed op hun operationele ideologie. Zij voelen zich geruggensteund door de minder strikte bewijsuitsluiting.³⁸ Ook in politiescholen zullen docenten vermoedelijk niet nalaten fijntjes te wijzen op de Antigoonarresten.

³³ D. GARLAND, “The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society”, *B. J. Crim.* 1996, (445) 461.

³⁴ N. LACEY, “Contingency and criminalisation” in I. LOVELAND, *Frontiers of Criminality*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, (1) 18.

³⁵ H. ARENDT, *Totalitarisme, gevolgd door Het verval van de nationale staat en het einde van de rechten van de mens*, Amsterdam, Boom, 2005, 359.

³⁶ N. LACEY, “Contingency and criminalisation” in I. LOVELAND, *Frontiers of Criminality*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, (1) 10-11.

³⁷ Prof. W. VAN GERVEN toonde dit reeds overtuigend aan in zijn boek *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1973, 166 p.

³⁸ “Als we gegevens zouden verzamelen zoals in Groot-Brittannië, met de strikt afgebakende procesmatige werking, dan denk ik dat we nog geen vijf mensen veroordeeld krijgen”, aldus een anonieme politiemann, geïnterviewd door G. FRANSIS in “De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken: de theorie getoetst aan de praktijk”, Seminarieverhandeling Aanvullende Opleiding Criminologie K.U.Leuven, 2005, 31, onuitg.

14. Vaak maakt men het onderscheid tussen een formele of populaire democratie, waar het publiek belang volledig samenvalt met het belang van de mathematische meerderheid, en een materiële of deliberatieve democratie, waarin het inhoudelijke debat primeert. Wat de Antigoonarresten betreft, is er zelfs helemaal geen sprake geweest van een democratie, aangezien een dergelijke verregaande beslissing volledig ontstond op het niveau van de rechterlijke macht. Het lijkt alsof het Hof van Cassatie doorheen zijn strikte bewijsuitsluitingsstandpunt een aantal privé-belangen (bijvoorbeeld van politie en slachtoffers) geruisloos tot publiek belang heeft gepromoveerd.

15. Het komt er dus op aan het strafrecht weer 'publiek' recht te maken.³⁹ De wetgever hulde zich gedurende meer dan een jaar na het Antigoonarrest (bewust?) in stilzwijgen. In december 2004 heeft hij plots, en zonder debat die naam waardig, deze rechtspraak gecodificeerd voor wat in het buitenland verkregen bewijs betreft.⁴⁰ Dit zou een indicatie kunnen zijn dat de wetgever volmondig instemt met de rechtspraak, ware het niet dat deze wet er vooral kwam om een verdrag inzake wederzijdse rechtshulp⁴¹ in Belgisch recht om te zetten.

Tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe Wetboek van Strafrecht⁴² (de 'grote Franchimont') kwam het gelukkig wel tot een volwassen debat. Prof. Franchimont, die een uitgesproken tegenstander is van de Antigoonrechtspraak, deed verwoede pogingen om deze uit het nieuwe wetboek te houden. Zoals het er nu in de Kamer naar uitziet, zal de wetgever deze rechtspraak alsnog in overweging nemen. Hoewel het Hof van Cassatie de pen voerde in een rapport dat de basis was voor het parlementaire debat over onrechtmatig verkregen bewijs, hebben de gehoorde deskundigen en de kamerleden reeds voor weerwerk gezorgd.

WARM EN KOUD

16. Ten slotte ga ik nog even kort in op de tweede grote kritiek die men kan formuleren, namelijk dat de Antigoonrechtspraak getuigt van een allesbehalve coherente visie. Aan de ene kant vertolkt het Hof van Cassatie een uitermate legalistische opvatting. Een van de gevallen van verplichte bewijsuitsluiting is de schending van een regel die op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Dit is uiterst merkwaardig, omdat het Hof goed weet dat dergelijke bepalingen op een hand te tellen zijn.⁴³ Het Hof geeft hier de mogelijkheid aan de wetgever om terug te keren naar een striktere bewijsuitsluiting. Deze kan immers zonder veel moeite een aantal essentieel geachte vormvoorwaarden op straffe van nietigheid voorschrijven, waardoor bewijsuitsluiting verzekerd is.

Aan de andere kant leidt een schending van het recht op een eerlijk proces eveneens tot bewijsuitsluiting. Onregelmatigheden bij de bewijsgaring worden ondergeschikt gemaakt aan dit criterium. Het Hof van Cassatie verlaagt hiermee de Belgische

³⁹ N. LACEY, "Contingency and criminalisation" in I. LOVELAND, *Frontiers of Criminality*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, (1) 25.

⁴⁰ Artikel 13 van de Wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering, *B.S.* 24 december 2004, www.staatsblad.be.

⁴¹ Overeenkomst van 29 mei 2000 betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie, *P.B. C.* 12 juli 2000, afl. 197, 1.

⁴² Wetsontwerp houdende het Wetboek van Strafrecht, *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, nr. 51-2138/1, www.dekamer.be.

⁴³ Cf. *supra* nr. 5.

drempel – die vroeger veel hoger lag – meteen tot het Straatsburgse minimumniveau. Voor het Europese Hof levert een schending van het recht op privacy alvast niet automatisch een schending van het recht op een eerlijk proces op.⁴⁴ Op zijn zachtst gezegd hinkt het Hof van Cassatie hier op twee gedachten.

TOT SLOT

17. Uit het bovenstaande blijkt dat de sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs een cruciale schakel van het strafprocesrecht vormt. De arresten van het Hof van Cassatie determineren dit hele leerstuk, waardoor het Hof met zijn Antigoonrechtspraak in grote mate aan politiek doet. Deze beleidskeuze past perfect in het schizofrene plaatje dat D. Garland geschetst heeft. Zowel bij de verschillende beleidsstrategieën als bij de hysterische ontkenning van de crisis vinden de arresten immers aansluiting. Aan deze bewijsrevolutie liggen echter verschillende waarden en opvattingen ten grondslag die niet altijd even zichtbaar zijn (N. Lacey). Door een aantal privé-belangen te laten doorweten, stelt het Hof van Cassatie zich uiterst kwetsbaar op. Het is dan ook positief dat de strafwetgever bijna drie jaar na datum het laken naar zich toe trekt. Op die manier keert een kernvraagstuk van het strafprocesrecht terug naar het publieke forum, waar het thuishoort. Alle betrokken actoren behoren verantwoording af te leggen over hoe zij het nieuwe systeem willen vormgeven. Dit systeem kan dan hopelijk gedragen worden door het hele strafrechtsapparaat. Dat het huidige bewijsuitsluitingssysteem wat coherentie mist, kan het parlement vanzelfsprekend meenemen in de discussie.

BIBLIOGRAFIE

Arendt, H., *Totalitarisme, gevolgd door Het verval van de nationale staat en het einde van de rechten* van de mens, Amsterdam, Boom, 2005, 353-381.

Beernaert, M.-A., “La fin du régime d’exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l’enquête et des poursuites”, (noot onder Cass. 2 maart 2005), *J.L.M.B.* 2005, 1094-1109.

Claes, E., Devroe, W. en Keirsbilck, B., “Grenzen van (rechtstatelijk) recht”, *R.W.* 2005-2006, 1201-1217.

De Hert, P. en Gutwirth, S., “Cassatie en geheime camera’s: meer gaten dan kaas”, *Panopticon* 2001, 309-318.

De Hert, P., “De soevereiniteit van de mensenrechten: aantasting door de uitlevering en het bewijsrecht”, *Panopticon* 2004, 229-236.

De Smet, B., “Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2005, 248-266.

Garland, D., “The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society”, *B. J. Crim.* 1996, 445-471.

Kennes, L., *La preuve en matière pénale*, II dln., Brussel, Kluwer, 2005, 457 p.

Kuty, F., “La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement”, (noot onder Cass. 14 oktober 2003), *R.C.J.B.* 2004, 408-438.

⁴⁴ Hof Mensenrechten 12 mei 2000, Khan / Verenigd Koninkrijk; Hof Mensenrechten 25 september 2001, P.G. en J.H. / Verenigd Koninkrijk; Hof Mensenrechten 5 november 2002, Allan / Verenigd Koninkrijk, en recent nog Hof Mensenrechten 9 december 2004, Van Rossem / België, beschikbaar op www.echr.coe.int.

- Lacey, N., "Contingency and criminalisation" in I. Loveland, *Frontiers of Criminality*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 1-27.
- Lacey, N., "Legal constructions of crime" in M. Maguire, e.a. (ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, University Press, 2002, 264-285.
- Sterkens, M., "De gewijzigde cassatierechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige bewijsverkrijging en de weerslag ervan op het vooronderzoek", *T. Strafr.* 2005, 508-517.
- Toussaint, P., "La loi des juges", (noot onder Cass. 2 maart 2005), *Journ. Proc.* 2005, nr. 499, 29-31.
- Van Gerven, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1973, 166 p.
- Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2005, 1173 p.