

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef
De (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsgegevens in België en Nederland

Promotor :
Prof. dr. Michele PANZAVOLTA

Laura Meuris
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

De (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsgegevens in
België en Nederland

Promotor :
Prof. dr. Michele PANZAVOLTA

Laura Meuris

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Het onderzoek tracht een antwoord te bieden op de beschrijvende, rechtsvergelijkende onderzoeksvraag, namelijk *“Wat is het juridische kader waarbinnen de Belgische en Nederlandse feitenrechter dienen te oordelen over gestolen bewijsmateriaal?”* en gaat daarbij in op de bruikbaarheid, of net de onbruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal door de feitenrechters in beide rechtsstelsels.

Daar het Hof te Straatsburg zich over het algemeen terughoudend opstelt, ligt de bal in het kamp van de lidstaten, waaronder België en Nederland om zich uit te spreken over onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal. Zowel de Belgische als de Nederlandse wetgever hebben een normatief kader ingesteld, waar de feitenrechters rekening mee dienen te houden in hun oordeel omtrent onrechtmatig verkregen bewijs in de ruime zin van het woord, terug te vinden in respectievelijk artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en artikel 359a Wetboek van Strafvordering. Beiden maken komaf met de, door het Hof van Cassatie en de Hoge Raad, voorheen strikt toegepaste uitsluiting van bewijsmateriaal. De afbakening van het onderzoek tot de (on)toelaatbaarheid van gestolen bewijsmateriaal brengt achtereenvolgens de vraag met zich mee of en op welke wijze feitenrechters rekening houden met het opzettelijk karakter van het misdrijf dat gepleegd is om bewijs te verzamelen en aan te wenden in de strafprocedure. Naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie is het opzettelijk karakter een criterium dat in overweging kan worden genomen, om zo de schending van het recht op een eerlijk proces vast te stellen en het bewijs nietig te verklaren. Echter nuanceert het Hof deze rechtspraak indien de opzettelijkheid, gepleegd is door een opsporingsambtenaar gedurende het onderzoek. In dat geval beschouwt Cassatie het opzettelijk karakter als irrelevant en kan de feitenrechter het gestolen bewijs toch in overweging nemen. De Nederlandse feitenrechter daarentegen kan zijn oordeel enkel baseren op artikel 359a Sv indien een opsporingsambtenaar tijdens het vooronderzoek een onrechtmatigheid pleegt. Dit brengt met zich mee dat de beklaagde/beschuldigde zich niet kan beroepen op deze bepaling indien het bewijs gestolen door een gewone burger is en de feitenrechter bijgevolg het gestolen bewijs in overweging kan nemen.

Uit het onderzoek blijkt dat beide rechtsstelsels aan de nodige kritiek onderhevig zijn. Na het nodige onderzoek ben ikzelf dan ook van mening toegedaan dat de feitenrechters, zowel in België als in Nederland, wél het opzettelijk karakter van de diefstal in acht zouden moeten nemen bij de beoordeling van het gestolen bewijs. De niet in acht name van het opzettelijk karakter in hoofde van de opsporingsambtenaar zou kunnen resulteren in machtsmisbruik en ervoor zorgen dat zij de formaliteiten van het opsporingsonderzoek niet al te nauw nemen. Bovendien is de uitbreiding van artikel 359a Nederlands Wetboek van Strafvordering wenselijk zodoende ook het door een gewone burger onrechtmatig verkregen bewijs een rechterlijke toetsing dient te doorstaan.

Inhoudsopgave

Samenvatting	1
Inleiding	5
Hoofdstuk 1. Benadering Europees Hof voor de Rechten van de Mens	9
1.1. <u>Inleiding</u>	9
1.2. <u>De toetsing van onrechtmatig verkregen bewijs aan het EVRM</u>	9
1.3. <u>Het gestolen bewijsmateriaal in het licht van het EVRM</u>	12
Hoofdstuk 2. Bewijslast en bewijsgaring	13
2.1. <u>Inleiding</u>	13
2.2. <u>De bewijslast en bewijsgaring in België</u>	13
2.3. <u>De bewijslast en bewijsgaring in Nederland</u>	14
Hoofdstuk 3. De problematiek inzake onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal	15
3.1. <u>Inleiding</u>	15
3.2. <u>De wijze waarop de Belgische rechtspraak en wetgever omspringt met onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: nuancering van de vrije bewijsvoering</u>	15
3.2.1. De houding van het Hof van Cassatie voor het Antigoonarrest	15
3.2.2. De meer gerelativeerde aanpak sinds 2003	16
3.3. <u>Het Nederlands juridisch kader inzake onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal</u>	19
3.3.1. Voorgeschiedenis.....	19
3.3.2. De Wet Vormverzuimen van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering.....	20
3.3.2.1. Inleiding	20
3.3.2.2. De verschillende toepassingscriteria ex artikel 359a Wetboek Strafvordering: het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004.....	21
3.3.2.3. Functies ex artikel 359a Wetboek Strafvordering	22
3.4. <u>De vergelijking tussen de Belgische en de Nederlandse benadering</u>	24
3.4.1. Het verplichte, dan wel het facultatieve karakter	24
3.4.2. Relativering van de bewijsuitsluitingsregel	24
3.4.3. Rechtsgevolgen	28
Hoofdstuk 4. De (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal	31
4.1. <u>Inleiding</u>	31
4.2. <u>Begripsbepaling: diefstal</u>	31
4.2.1. Artikel 461 Belgisch Strafwetboek	31
4.2.2. Artikel 310 Nederlands Wetboek van Strafrecht	32

4.3.	<u>De beoordeling van bewijs, dat door een opsporingsambtenaar gestolen is</u>	33
4.3.1.	Het Belgisch juridisch kader	33
4.3.2.	Het Nederlands juridisch kader	34
4.3.3.	De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering ...	35
4.4.	<u>De (on)bruikbaarheid van bewijsmateriaal, dat door een particulier gestolen is</u>	40
4.4.1.	Het Belgische juridisch kader.....	40
4.4.1.1.	De evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie	40
4.4.1.2.	Bewijs, verkregen door een verschoonbare diefstal tussen echtgenoten	41
4.4.2.	Het Nederlands juridisch kader	42
4.4.2.1.	De rechtspraak van de Hoge Raad	42
4.4.2.2.	Het bewijsmateriaal vergaard ten gevolge van diefstal tussen echtgenoten	43
4.4.3.	De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering ...	45
4.5.	<u>Het gestolen bewijsmateriaal door een opsporingsambtenaar of een particulier, bij de uitvoering van bijzondere opsporingsmethoden</u>	48
4.5.1.	Het Belgisch juridisch kader	48
4.5.1.1.	Het plegen van een diefstal in het kader van bijzondere opsporingsmethoden	48
4.5.1.2.	De (on)bruikbaarheid van bewijs vergaard door middel van een verschoonbare diefstal	50
4.5.2.	Het Nederlands juridisch kader	52
4.5.2.1.	Het plegen van een diefstal in het kader van bijzondere opsporingsmethoden	52
4.5.2.2.	De (on)bruikbaarheid van bewijs vergaard door middel van een verschoonbare diefstal	54
4.5.3.	De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering...	55
4.6.	<u>De invloed van het slachtoffer van de diefstal op de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijsmateriaal</u>	56
4.6.1.	Het Belgisch juridisch kader	56
4.6.2.	Het Nederlands juridisch kader	59
4.6.3.	De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering...	60
	Conclusie	65
	Bibliografie	69

Inleiding

"I hope to have the possibility of a right of safe passage first to attend my trial, I am not trying to dodge my responsibility"

(H. FALCIANI)¹

Herve Falciani, voormalig werknemer bij de Zwitserse tak van HSBC, één van de grootste banken en financiële dienstverleners op de markt stal en verzamelde twee jaar lang gevoelige data en privé-informatie van het welgestelde bankcliënteel met daarin bewijzen van belastingfraude en –ontduiking. Falciani reisde met het bewijsmateriaal af naar Libanon en trachtte daar de praktijken van de HSBC-*Private Bank* openbaar te maken, in ruil voor een fikse geldsom. Ook stapte de werknemer van HSBC ermee naar de Franse fiscus, die op hun beurt het nodige spoorwerk verrichtten met als gevolg dat de Franse belastingdienst ten aanzien van duizenden belastingplichtigen een onderzoek startte.²

Een situatieschets uit de realiteit geeft onmiddellijk de problematiek van het onderzoek weer. H. Falciani vergaarde op een onrechtmatige wijze gevoelige informatie en tegelijkertijd het nodige bewijsmateriaal teneinde het te gebruiken als een soort van chantagemiddel, naar zijn zeggen om de rechtvaardigheid te doen zegevieren.³ Indien de fiscus een strafprocedure start, is een knelpunt hierbij de bruikbaarheid of misschien net de onbruikbaarheid van het onrechtmatig verkregen, *in casu* gestolen bewijsmateriaal: dient de feitenrechter rekening te houden met deze bewijsgegevens of dient hij deze buiten beschouwing te laten in het strafproces tegen de beklaagde/beschuldigde?

Gelet op deze problematiek, ga ik op zoek naar een antwoord op de volgende centrale beschrijvende, rechtsvergelijkende onderzoeksvraag: *"Wat is het juridische kader waarbinnen de Belgische en Nederlandse feitenrechter dienen te oordelen over gestolen bewijsmateriaal?"*.

In het beantwoorden van de beschrijvende vraag, maak ik gebruik van een systematische uiteenzetting van de verschillende onderdelen van wat het Belgische en Nederlandse juridische kader inhoudt, bij de beoordeling van onrechtmatig, *in casu* gestolen, bewijs. Daarbij geef ik een overzicht van de verschillende relevante aspecten, gevolgd door een grammaticale, systematische, wetshistorische, teleologische en sociologische interpretatie van deze. De interpretatie gebeurt op grond van het bestaande normatieve kader, de rechtspraak van de hoogst rechtsprekende instanties in België en Nederland, respectievelijk het Hof van Cassatie en de Hoge Raad, en

¹ M. SHEAHAN, "HSBC whistleblower says would face Swiss trial under conditions", www.reuters.com/article/2015/02/18/us-hsbc-tax-swiss-whistleblower-idUSKBN0LM21Z20150218.

² J. RUSSELL, "Former HSBC worker Herve Falciani arrested over stolen account details", www.telegraph.co.uk/finance/financial-crime/9424836/Former-HSBC-worker-Herve-Falciani-arrested-over-stolen-account-details.html; M. ALLEN, "HSBC and Falciani: How it happened", www.swissinfo.ch/eng/swiss-leaks-scandal_hsb-and-falciani-how-it-happened/41263376; T. THUIS, "Hervé Falciani, de man achter SwissLeaks: geldwolf of eerlijke klokkenluider?", *De Morgen*, 9 februari 2015, www.demorgen.be/economie/herve-falciani-de-man-achter-swissleaks-geldwolf-of-eerlijke-klokkenluider-a2211444/.

³ T. THUIS, "Hervé Falciani, de man achter SwissLeaks: geldwolf of eerlijke klokkenluider?", *De Morgen*, 9 februari 2015, www.demorgen.be/economie/herve-falciani-de-man-achter-swissleaks-geldwolf-of-eerlijke-klokkenluider-a2211444/.

relevante rechtsleer. Het rechtsvergelijkende aspect van de onderzoeksvraag onderzoek ik door middel van een externe rechtsvergelijking, waarbij het juridische kader uit het Belgische en Nederlandse rechtstelsel met elkaar worden vergeleken door middel van een functionele methodiek. Ten slotte is de normatieve vraag doorheen dit onderzoek van zeer groot belang, met name hoe het recht zou moeten zijn. Het onderzoek gaat immers verder dan het louter schetsen van het Belgische en Nederlandse juridische kader en brengt daarbij zowel de positieve aspecten als de knelpunten van de wetgeving en rechtspraak in kaart. Dit gebeurt aan de hand van rechtsleer en op basis van mijn eigen, kritische, juridisch onderbouwde mening.

Teneinde deze vraag in zijn volledigheid te kunnen beantwoorden, besteed ik het eerste hoofdstuk aan de manier waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens deze problematiek benadert. In beginsel stelt het Hof te Straatsburg zich nogal passief op ten aanzien van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Het Hof geeft daarbij geen eenduidig antwoord op de (on)bruikbaarheid van onrechtmatig vergaard bewijs maar ziet het Hof erop toe dat de lidstaten ervoor zorgen dat de procedure in zijn geheel eerlijk verloopt, zoals artikel 6 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens voorschrijft.⁴

De resterende hoofdstukken spitsen zich toe op het Belgische en Nederlandse juridische kader, daar inbegrepen (de totstandkoming van) het normatieve kader en de relevante rechtsspraak, waarbinnen de feitenrechters dienen te oordelen over onrechtmatig, meer specifiek gestolen, bewijsmateriaal en een vergelijking tussen beide rechtssystemen. Het tweede hoofdstuk schetst een algemeen kader inzake de bewijslast en -voering in België en Nederland. Het derde hoofdstuk is toegewijd aan de problematiek inzake onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in de brede zin van het woord. In het Belgische rechtssysteem zorgt het Antigoon-arrest van 14 oktober 2003 voor een kentering in de rechtsspraak.⁵ Een tiental jaren later werd deze rechtsspraak wettelijk verankerd.⁶ Daar waar de feitenrechter voorheen onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal resoluut uitsloot, zorgt de wetgever ervoor dat de feitenrechter enkel gehouden is tot de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in de drie limitatief opgesomde gevallen, die artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering voorschrijft. De Nederlandse wetgever daarentegen nam de problematiek al een achttien jaar eerder aan. Artikel 359a Wetboek van Strafvordering schrijft voor welke rechtsgevolgen de Nederlandse feitenrechter kan verbinden aan onrechtmatig verkregen bewijs en welke aspecten hij in zijn oordeel in overweging moet nemen.⁷

Het vierde hoofdstuk is toegespitst op de (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal, zowel in het Belgische als in het Nederlandse rechtssysteem. Dit onderzoek beperkt zich daarbij tot de diefstal als de onrechtmatigheid, die gepleegd is om bewijsmateriaal te verzamelen. Diefstal is een verregaande onrechtmatigheid en vereist een kwaad opzet in hoofde van de pleger. Dit in tegenstelling tot een loutere vergetelheid of vergissing, die in het onderzoek kan sluipen, wat eveneens een onrechtmatig karakter geeft aan het bewijsmateriaal. Om een sluitend antwoord te

⁴ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

⁵ Cass. 14 oktober 2003, nr. P030762N, www.cass.be.

⁶ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, BS 25 april 1878.

⁷ Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

bieden op de onderzoeksvraag, heb ik een opdeling gemaakt naargelang de dader van de diefstal: de opsporingsambtenaar, een particuliere burger of een opsporingsambtenaar of particulier in de uitvoering van bijzondere opsporingsmethoden. Een tweede onderscheid is gemaakt naargelang de persoon, die het slachtoffer is van de diefstal: de beklaagde/beschuldigde in de strafprocedure of een derde. In acht genomen het normatieve kader en de aanvullende rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Hoge Raad, tracht ik een overzicht te bieden van hoe de Belgische en Nederlandse feitenrechters dienen om te springen met gestolen bewijsmateriaal. Geeft de toepassing van hun juridische kader aanleiding tot de bruikbaarheid of net de onbruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal? Is dit wel de meest opportune aanpak?

Eén van de aspecten van het onderzoek is het vergelijken van beide rechtssystemen, met daarbij een kritische analyse van beiden aan de hand van relevante rechtsleer en tevens mijn eigen, juridisch onderbouwde, mening. De rechtsvergelijking tussen beide systemen zorgt voor een verrijking van de kennis en inzicht in het andere rechtssysteem. Dit is relevant voor zowel de lezer, de rechtsprekende organen als voor de wetgever zelf. Door een vergelijking te maken, kunnen zij hun eigen kritische mening vormen, wat kan zorgen voor een verandering in achtereenvolgens de rechtsleer, de rechtspraak of de wetgeving.

Hoofdstuk 1. Benadering Europees Hof voor de Rechten van de Mens

1.1. Inleiding

Om de problematiek inzake onrechtmatig verkregen, meer specifiek gestolen, bewijsmateriaal te schetsen, is het belangrijk even 'uit te zoomen' en daarbij een blik te werpen op het Europese kader, dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) op grond van het Verdrag inzake de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) de lidstaten voorschrijft. Het eerste hoofdstuk geeft de bakens weer die het EHRM uiteen zet voor de lidstaten en dus de manier waarop de lidstaten dienen om te springen met onrechtmatig vergaard, respectievelijk gestolen bewijsmateriaal.

1.2. De toetsing van onrechtmatig verkregen bewijs aan het EVRM

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg houdt in grote mate haar handen af van de problematiek omtrent de (on)bruikbaarheid van bewijsmateriaal, op onrechtmatige wijze verkregen. Artikel 19 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt dat het de plicht van het Hof is de nakoming te verzekeren van de verplichtingen die de Hoge Verdragsluitende Partijen in het Verdrag en de Protocollen daarbij op zich hebben genomen.⁸ Het Hof laat zich daarbij niet uit over de (on)toelaatbaarheid van vergaarde bewijselementen, noch velst het Hof een oordeel over de nationale rechtspraak daaromtrent, tenzij deze een inbreuk zouden vormen op de rechten en vrijheden, zoals deze door het Verdrag worden beschermd, waartoe het recht op een eerlijk proces behoort.⁹

Het Hof te Straatsburg is van oordeel dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet per se de schending van het recht op een eerlijk proces inhoudt, zoals beschermd door artikel 6 EVRM. Het Hof oordeelt in *Khan v. Verenigd Koninkrijk*:

*"While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the "unlawfulness" in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found."*¹⁰

Het Hof dient de gehele procedure in overweging te nemen vooraleer het Hof oordeelt over de al dan niet schending van artikel 6 EVRM. Het EHRM stelt zich hierbij de vraag of het recht van verdediging van de eisende partij is gerespecteerd, meer bepaald of de eiser over de mogelijkheid

⁸ Artikel 19 Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, BS 19 augustus 1955.

⁹ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

¹⁰ EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*.

beschikte om de authenticiteit van het bewijs in vraag te stellen. Ook wordt de kwaliteit van het vergaarde bewijs in overweging genomen, met name de betrouwbaarheid en de juistheid ervan. Daarnaast gaat het Hof na of de bewijsgegevens, die op een onrechtmatige wijze verkregen zijn, het enige bewijsmateriaal is, dat in het nadeel van de eisende partij speelt.¹¹ In de zaak *Jalloh v. Duitsland* maakt het Hof te Straatsburg de afweging tussen enerzijds het algemeen belang en anderzijds het particuliere belang. Het algemeen belang bestaat erin het onderzoek zodanig te kunnen voeren dat de schuld van de persoon in kwestie kan worden bewezen. Het particuliere belang behelst het feit dat het bewijsmateriaal, dat tegen de beklaagde/beschuldigde wordt aangewend in de strafprocedure, enkel op een wettelijke wijze verkregen mag worden. Het Hof oordeelt dat in geen enkel geval het algemeen belang kan dienen als rechtvaardigingsgrond voor maatregelen, die raken aan de meest fundamentele rechten waarover de eisende partij beschikt.¹² Het verbod op foltering, beschermd door artikel 3 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, wordt onder meer beschouwd als één van de meest fundamentele waarden in een democratische samenleving. Het verbod op foltering is een absoluut verbod, waarop geen enkele uitzondering mogelijk is. De niet-naleving van dit verbod zorgt ervoor dat het recht op een eerlijk proces zwaar wordt aangetast en een uitsluiting van het bewijs, verkregen in strijd met artikel 3 van het EVRM, mogelijk is.¹³ Verder beschouwt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in *Jalloh v. Duitsland* het verbod op zelfincriminatie en, daarmee nauw samenhangend, het zwijgrecht als een onderdeel van artikel 6 EVRM. Beide rechten beschermen de beklaagde/beschuldigde tegen onevenredige dwang door de overheden en rechterlijke dwalingen. De vervolgende partij dient immers de schuld te bewijzen aan de hand van bewijsmateriaal, zonder enige dwang of onderdrukking van de beklaagde/beschuldigde, verkregen. Om te oordelen of er sprake is van een schending van deze rechten, neemt het Hof volgende factoren in overweging: de mate van onderdrukking om het bewijs te verkrijgen; het algemeen belang inzake het onderzoek en de bestraffing van de beschuldigde in kwestie; het bestaan van relevante waarborgen in de procedure en het gebruik dat is toegekend aan het bewijsmateriaal.¹⁴

Daarnaast toetst het Hof het op onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal ook aan het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, zoals beschermd door artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens:

“Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van

¹¹ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

¹² EHRM, *Jalloh v. Duitsland*, §97: “The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence in issue. Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully. However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention”.

¹³ EHRM, *Jalloh v. Duitsland*.

¹⁴ EHRM, *Jalloh v. Duitsland*.

de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."¹⁵

De Verdragsbepaling bepaalt dat een inmenging in het privé-, familie- of gezinsleven enkel mogelijk is indien voldaan is aan de legaliteits-, finaliteits- en noodzakelijkheidstoets. Indien de voorwaarden, gesteld door artikel 8, tweede lid EVRM, volbracht zijn, is het mogelijk dat overheden bewijsgegevens vergaren, mét daarbij een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op het privéleven.¹⁶ De rechtspraak van het EHRM maakt duidelijk dat een schending van artikel 8 EVRM niet automatisch een schending van het recht op een eerlijk proces inhoudt. Opdat de schending van artikel 8 EVRM een schending zou inhouden van artikel 6 EVRM, dient het Hof, zoals hierboven reeds uitgelegd, de procedure in zijn geheel te bekijken, met aandacht voor de verschillende factoren.¹⁷

Het Hof te Straatsburg geeft de lidstaten geen duidelijke krijtlijnen wat betreft de (on)bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Het EHRM treedt enkel op indien de meest essentiële rechten van de mens geschonden worden, waaronder het verbod op foltering, het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie. Het EHRM besluit in deze gevallen tot uitsluiting van de verkregen bewijsgegevens. Hierdoor beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot het bewijsmateriaal, dat op een onrechtmatige wijze is verkregen. Deze vrijheid zorgt ervoor dat het de taak van de lidstaten is om de afweging te maken tussen enerzijds het recht op een eerlijk proces en anderzijds de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Artikel 53 EVRM bepaalt dat geen bepaling van het Verdrag zal worden uitgelegd om zo beperkingen op te leggen of een inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.¹⁸ Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens schijft als het ware een minimumbescherming voor, waardoor de lidstaten over de mogelijkheid beschikken hun onderdanen een meer verregaande bescherming te bieden. Bijgevolg kunnen lidstaten in hun nationale recht ervoor opteren de minimumbescherming, zoals artikel 6 EVRM deze voorschrijft, te hanteren of net te verhogen. Een verhoging van deze bescherming zorgt ervoor dat feitenrechters het recht op een eerlijk proces strikter dienen toe te passen en sneller geneigd zullen zijn het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal uit te sluiten. De vrijheid die het EHRM de lidstaten biedt

¹⁵ Artikel 8 Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, BS 19 augustus 1955.

¹⁶ R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, 994.

¹⁷ E.U. Network of independent experts on fundamental rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union*, 2003, http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion3_2003_en.pdf; A. MENSCHAERT, "Omgaan met onrechtmatig bewijs", *jura falconis* 2005-2006, 67-106, www.law.kuleuven.be/jura/art/42n1/menschaert.html; EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*.

¹⁸ Artikel 53 Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, BS 19 augustus 1955.

heeft ook betrekking op de keuze van de (eventuele) sanctie, die zij verbinden aan onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.¹⁹

1.3. Het gestolen bewijsmateriaal in het licht van het EVRM

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt zich over het algemeen vrij passief op wat betreft de (on)bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Dit brengt met zich mee dat het de taak is van de lidstaten zich uit te spreken over de al dan niet toelaatbaarheid van onrechtmatig, en meer specifiek gestolen, bewijsmateriaal en de wijze waarop zij dit sanctioneren. Het Hof laat zich in haar uitspraak daaromtrent enkel uit over de eerlijkheid van de procedure in zijn geheel.²⁰

De diefstal van bewijs schendt het recht op eigendom, vervat in artikel 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens. Teneinde vast te stellen of de schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM een schending inhoudt van het recht op eerlijk proces ex artikel 6 EVRM neemt het EHRM de gehele procedure in overweging, inzonderheid de betwistbaarheid van de authenticiteit van het bewijs, de betrouwbaarheid, de juistheid en het eventuele overige bezwend bewijsmateriaal.²¹ MENSCHAERT merkt echter op dat bewijs, vergaard in strijdigheid met een fundamenteel recht, slechts in uitzonderlijke gevallen zal leiden tot de schending van artikel 6 van het EVRM daar de procedure in zijn geheel in overweging wordt genomen en het Hof de procedure in haar geheel aan het einde ervan toch als zijnde eerlijk kan beschouwen.²² Dit blijkt ook het geval te zijn voor gestolen bewijsmateriaal, daar dit onrechtmatig vergaard bewijs in het merendeel van de gevallen noch afbreuk doet aan de betrouwbaarheid, noch aan de juistheid ervan. Indien er daarnaast mogelijkheid is tot betwisting van de authenticiteit ervan en er voldoende andere bewijselementen aanwezig zijn tegen de beklaagde/beschuldigde, zorgt dit uiteindelijk toch voor een eerlijke procedure in zijn geheel beschouwd. Het EHRM spreekt zich verder niet uit over het gestolen bewijs, indien en voor zover het geen afbreuk doet aan artikel 6 van het EVRM. Bijgevolg zijn het de lidstaten die zich dienen uit te spreken over de (on)toelaatbaarheid van gestolen bewijsgegevens en de rechtsgevolgen, die er eventueel aan verbonden zijn.

¹⁹ A. MENSCHAERT, "Omgaan met onrechtmatig bewijs", *jura falconis* 2005-2006, 67-106, www.law.kuleuven.be/jura/art/42n1/menschaert.html.

²⁰ A. MENSCHAERT, "Omgaan met onrechtmatig bewijs", *jura falconis* 2005-2006, 67-106, www.law.kuleuven.be/jura/art/42n1/menschaert.html.

²¹ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

²² A. MENSCHAERT, "Omgaan met onrechtmatig bewijs", *jura falconis* 2005-2006, 67-106, www.law.kuleuven.be/jura/art/42n1/menschaert.html.

Hoofdstuk 2. Bewijslast en bewijsgaring

2.1. Inleiding

De eerste stap bestaat uit het schetsen van het kader, waarbinnen zich de problematiek, die doorheen het onderzoek zal worden uitgespit, afspeelt. Het hoofdstuk is toegewijd aan een summier overzicht van de regeling met betrekking tot de bewijslast en het vergaren van bewijsmateriaal in de Belgische en Nederlandse strafwetgeving. Het Openbaar Ministerie beschikt in beide rechtssystemen over een opportuniteitsoordeel inzake de al dan niet vervolging van de verdachte persoon, met uitzondering van het klachtmisdrijf in het Belgische rechtstelsel. Na het instellen van de vervolging, zijn opsporingsambtenaren belast met het vergaren van het nodige bewijs zodoende de schuld van de inverdenkinggestelde te bewijzen voor de strafrechter. Het hoofdstuk is verder ook toegewijd aan de mogelijke bewijsmiddelen, die de vervolgende partij of het Openbaar Ministerie kunnen aanwenden in de strafprocedure.

2.2. De bewijslast en bewijsgaring in België

Het Openbaar Ministerie beschikt, op grond van artikel 28^{quater}, eerste lid Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv.) over een opportuniteitsoordeel inzake de vervolging. Dit houdt in dat de vervolging kan worden ingesteld, zonder voorafgaande klacht maar ook dat een ingediende klacht niet automatisch de vervolging van de dader tot gevolg heeft. Een uitzondering hierop is het klachtmisdrijf. Het Openbaar Ministerie kan in geval van een klachtmisdrijf enkel dan vervolgen, indien de benadeelde persoon een klacht heeft ingediend en hierbij te kennen geeft dat hij/zij wenst dat de dader vervolgd zal worden. Artikel 28^{quater}, tweede lid Wetboek van Strafvordering kent daarbij aan het Openbaar Ministerie de bevoegdheid toe de strafvordering uit te oefenen, op de wijze, door de wet bepaald. Een voorbeeld van zo'n klachtmisdrijf is laster en belaging.²³

De bewijslast steunt op het vermoeden van onschuld. Het vermoeden van onschuld is uitdrukkelijk neergeschreven in artikel 6, tweede lid Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: "*Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan*". Dit vermoeden wordt in de Belgische rechtsorde als een algemeen rechtsbeginsel beschouwd, dat niet uitdrukkelijk is neergeschreven in de Belgische wetgeving.²⁴

Het Openbaar Ministerie of de vervolgende partij dient de schuld te bewijzen.²⁵ Het Openbaar Ministerie of de vervolgende partij moet daarbij alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf bewijzen. Hiervoor zullen zij trachten alle gegevens en elementen te vergaren, teneinde deze voor

²³ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 113-142.

²⁴ Artikel 6, lid 2 Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, BS 19 augustus 1955; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 325; R. DECLERQ, *Het bewijs in strafzaken* in R. DECLERQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 825-920.

²⁵ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 325-327; R. DECLERQ, *Het bewijs in strafzaken* in R. DECLERQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 825-920.

te leggen aan de beslissende instantie, met name de feitenrechter.²⁶ Het Belgische Strafprocesrecht legt daarbij in beginsel op geen enkele wijze een beperking op aan het aanvoeren van bewijsmateriaal.²⁷

2.3. De bewijslast en bewijsgaring in Nederland

Het tweede boek, titel VI, derde afdeling van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) spitst zich toe op de bewijsregeling gedurende het Nederlandse strafproces. Dit zijn de artikelen 338 t.e.m. 344a De bewijslast rust op het Openbaar Ministerie.²⁸ Binnen het Nederlandse strafproces is het zo dat, gedurende het opsporingsonderzoek, de opsporingsambtenaren het nodige bewijsmateriaal zullen verzamelen om dit over te brengen aan de Officier van Justitie, in de vorm van een proces-verbaal. De Officier van Justitie treedt hierbij op als zijnde de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie. Net zoals in het Belgische strafprocesrecht, heeft het Openbaar Ministerie een opportuniteitsoordeel omtrent de al dan niet vervolging van de verdachte persoon.²⁹

Bijgevolg, indien de beklagde/beschuldigde voor de strafrechter wordt gebracht, kan de strafrechter, volgens artikel 339 Wetboek van Strafvordering enkel rekening houden met de volgende wettige bewijsmiddelen: de eigen waarneming van de rechter, de verklaringen van de verdachte, verklaringen van een getuige, verklaringen van een deskundige en schriftelijke bescheiden. Deze laatste categorie van bewijsmiddelen wordt verder gedefinieerd in artikel 344 Wetboek van Strafvordering, waartoe onder meer de processen-verbaal behoren, opgemaakt door de opsporingsambtenaren. Overigens bepaalt het tweede lid van artikel 344 Sv dat de feitenrechter over de mogelijkheid beschikt zijn oordeel te baseren op een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. In tegenstelling tot doorheen de Belgische strafprocedure, geldt in Nederland een beperking op het aanvoeren van bewijsmateriaal. Enkel deze vijf bewijsmiddelen kunnen de veroordeling van de verdachte tot gevolg hebben.³⁰

²⁶ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 325-327; R. DECLERQ, *Het bewijs in strafzaken* in R. DECLERQ, *Beginnelsen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 825-920.

²⁷ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 328-329.

²⁸ H. PRAKKEN, "De logica van bewijslastverdeling (en wat het recht daar aan heeft)" in E. FETERIS, H. KLOOSTERHUIS, H. PLUG en J. PONTIER, *Alles Afwegende..Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie*, Nijmegen, Ars Aequi, 2007, 321-326.

²⁹ Artikelen 338-344a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14; www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiedenis/vraag-en-antwoord/hoe-verloopt-een-strafrechtelijke-procedure.html.

³⁰ Artikel 339 Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

Hoofdstuk 3. De problematiek inzake onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

3.1. Inleiding

De lidstaten behorende tot de Raad van Europa beschikken, op basis van de rechtspraak van het EHRM over een grote vrijheid inzake de (on)bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.³¹

Eenzijds beschrijft het hoofdstuk hoe de Belgische rechtspraak en achtereenvolgens de Belgische wetgever de problematiek inzake onrechtmatig bewijs aanpakken. Allereerst toont het hoofdstuk de evolutie aan die het Hof van Cassatie heeft gemaakt doorheen zijn rechtspraak. Naar aanleiding van het Cassatie-arrest van 14 oktober 2003, gekend onder het Antigoonarrest, heeft de wetgever tien jaar later de door het Hof van Cassatie uitgesproken Antigooncriteria opgenomen in het Belgische Wetboek van Strafvordering. Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering (hierna: V.T.Sv.) nuanceert de voorheen strikte bewijsuitsluitingsregel maar legt de tegelijkertijd beoordelingsbevoegdheid van de feitenrechter toch in zekere mate aan banden.

Anderzijds toont het hoofdstuk de manier aan waarop de Nederlandse Hoge Raad en de wetgever de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs aan banden legt. De rechtspraak van Hoge Raad evolueerde, net zoals het Belgische Hof van Cassatie, van een resolute bewijsuitsluiting naar een meer gerelativeerde aanpak. Reeds in het jaar 1995, schiep de Nederlandse wetgever een wettelijk kader omtrent de problematiek inzake onrechtmatig bewijsmateriaal. De wetgever voegde artikel 359a in, in het Wetboek van Strafvordering. Het hoofdstuk geeft een overzicht van de verschillende toepassingscriteria en de functies, toegekend aan deze bepaling.

Het laatste onderdeel van het hoofdstuk is toegewijd aan de vergelijking tussen de Belgische en de Nederlandse benadering van de problematiek, waarbij de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie en de Nederlandse Hoge Raad naast elkaar worden gelegd, net zoals de artikelen 32 Voorafgaande Titel van het Belgische Wetboek van Strafvordering en artikel 359a van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering.

3.2. De wijze waarop de Belgische rechtspraak en wetgever omspringt met onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: nuancering van de vrije bewijsvoering

3.2.1. De houding van het Hof van Cassatie voor het Antigoonarrest

In de jaren '20 van de vorige eeuw sloot het Hof van Cassatie onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal steeds resoluut uit en weerde het bewijs bijgevolg uit het strafdossier.³² De reden die hierachter zat was de beteugeling van onrechtmatig optreden door de politie. Politieambtenaren

³¹ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

³² Cass. 12 maart 1923, *Arr.Cass* 1923, 235 en *Pas.* 1923, aangehaald door S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 489; Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66-67, aangehaald door S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 489-490.

dienen op te treden in overeenstemming met de wet. Dit heeft tot gevolg dat de bewijsgegevens, die zij hebben vergaard in strijdigheid met de wet, dienden, naar de mening van het Hof, te worden geweerd.³³ Het Hof paste de bewijsuitsluiting zeer strikt toe: telkens bewijsmateriaal op een onrechtmatige wijze verkregen was door opsporingsambtenaren, werd dit bewijs op geen enkele wijze in acht genomen en bijgevolg uit de debatten geweerd.³⁴ De *ratio legis*, die achter de bewijsuitsluiting zit, geldt enkel indien het bewijsmateriaal op een onrechtmatige manier door opsporingsambtenaren is verkregen.³⁵

3.2.2. [De meer gerelativeerde aanpak sinds 2003](#)

Het Cassatie-arrest van 14 oktober 2003, door de rechtsleer bestempeld als mijlpaalarrest, zorgt voor een heuse ommekeer in de rechtspraak met betrekking tot de (on)bruikbaarheid van bewijsmateriaal, dat op een onrechtmatige wijze verkregen is.³⁶ Met het 'Antigoonarrest' breekt het Hof van Cassatie op radicale wijze met de voorheen strikt toegepaste uitsluitingsregel. Het Cassatie-arrest heeft zijn naam te wijten aan de zogenaamde Antigoon-actie, die door de politiediensten gevoerd werd. Gedurende deze actie onderzochten politieambtenaren onder meer de wagen van beklaagde, waarbij zij de autosleutels gebruikten, die verkregen waren ten gevolge van een veiligheidsfouillering. In de wagen van beklaagde trof de politie een geladen pistool aan.

Het Hof oordeelde als volgt:

"De omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel 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."

Enkel in de drie limitatief opgesomde gevallen is de rechter verplicht het onrechtmatig vergaarde bewijs buiten toepassing te laten. In alle andere gevallen zal de feitenrechter het bewijs toch in acht moeten nemen. Telkens de rechter te kampen krijgt met bewijsmateriaal, door het plegen van een onregelmatigheid verkregen, dient hij het bewijs af te toetsen aan de criteria, die de Antigoonrechtspraak voorschrijft. Rekening houdende met deze criteria zal de rechter bijgevolg oordelen over de bruikbaarheid of net de onbruikbaarheid van dit bewijsmateriaal. Indien het bewijs een inbreuk vormt op één van de toetsstenen, dient de rechter het bewijsmateriaal te weren uit het strafdossier.

³³ S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 489-490.

³⁴ S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 489-507.

³⁵ S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 489.

³⁶ Cass. 14 oktober 2003, nr. P030762N, www.cass.be; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T. Strafr.* 2007, 57-58; F. VERBRUGGEN, "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoedersarrest" als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", *T. Strafr.* 2006, 26.

Verder verwijst het Hof van Cassatie in zijn arrest naar de uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen, waartegen het Cassatieberoep is gericht: *“de sanctie van de bewijsuitsluiting moet worden gereserveerd voor de gevallen waarin door onrechtmatige opsporing de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal is aangetast en dat de enkele omstandigheid dat eisers wapen slechts kon worden aangetroffen als gevolg van een onrechtmatige zoeking in zijn voertuig, niet van aard is om de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aan te tasten”*. Overigens acht het Hof een bewijsuitsluiting enkel dan verantwoord indien het politieoptreden een ernstige inbreuk vormt op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waarbij er op een doelbewuste wijze en met grove veronachtzaming van de belangen van de eiser afbreuk is gedaan aan zijn recht op een eerlijke behandeling van de zaak.

De Wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden strekt ertoe de Antigoonrechtspraak wettelijk te verankeren.³⁷ De voorbereidende werken verwijzen daarbij naar de publieke ergernis, die voorheen heerste over de mislukte strafforderingen naar aanleiding van de niet-naleving van de in de wet neergeschreven vormvereisten. De Antigoonleer maakte hier komaf mee en zorgt er voor dat bewijsuitsluiting niet langer de automatische sanctie is indien bewijsmateriaal op een onrechtmatige wijze is verkregen.³⁸ De Wet van 24 oktober 2013 voegde artikel 32 toe aan van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Op deze manier werd de Antigoonrechtspraak, weliswaar een tiental jaren later, wettelijk verankerd:

“Tot nietigheid van onregelmatig verkregen bewijselement wordt enkel besloten indien:

- *De naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, of;*
- *De begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of;*
- *Het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.”*³⁹

De wetgever nam de bewoordingen van het Hof van Cassatie uit zijn arrest van 14 oktober 2003 letterlijk over. Deze keuze is echter niet zo vreemd. De Antigoonrechtspraak werd immers zowel door het Grondwettelijk Hof als door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigd. Het Grondwettelijk Hof wijst, in de arresten van 22 december 2010 en 27 juli 2011, erop dat de gestelde prejudiciële vragen onmogelijk kunnen worden losgekoppeld van de Antigoonleer en het daarbij aansluitende Cassatie-arrest van 23 maart 2004 (cf. *infra*).⁴⁰ Het Grondwettelijk Hof verwijst uitdrukkelijk naar de verschillende criteria, waarmee de feitenrechter rekening mee zou moeten houden indien hij geconfronteerd wordt met onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Zoals reeds hierboven aangehaald, beschouwt het Hof te Straatsburg de problematiek omtrent onrechtmatig verkregen bewijs voornamelijk als een nationale kwestie en waakt het Hof daarbij

³⁷ Wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013.

³⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 41; Cass. 14 oktober 2003, nr. P030762N, www.cass.be.

³⁹ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878.

⁴⁰ Grondwettelijk Hof 22 december 2010, nr. 158/2010; Grondwettelijk Hof 27 juli 2011, nr. 139/2011.

enkel over de naleving van het recht op een eerlijk proces.⁴¹ In het arrest *Lee Davies v. België* verwijst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens expliciet naar de 'gesettelde' Belgische Antigoonleer. Het Hof toetst daarbij de inhoud van deze leer niet. Zij wordt dus ook niet betwist en er kan bijgevolg worden aangenomen dat het Hof de Belgische Antigoonrechtspraak aanvaardt.⁴²

Het Hof van Cassatie bevestigde zijn Antigoonrechtspraak in het arrest van 23 maart 2004 en beschreef daarbij enkele criteria, waarmee de rechter in het geval van onrechtmatig verkregen bewijs rekening kan houden.⁴³ Om na te gaan of de bruikbaarheid van het bewijs strijdig is met het recht op een eerlijk proces, *kan* (eigen cursivering) de rechter onder meer volgende omstandigheden in overweging nemen: hetzij dat de overheid, die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van de misdrijven is belast, de onrechtmatigheid al dan niet opzettelijk heeft begaan; hetzij of de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt; hetzij dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft.⁴⁴ Let wel 'kan', het is voor de rechter immers geen verplichting het opzettelijkheids criterium, het belangenafwegingscriterium en het materieel criterium, in acht te nemen bij de beoordeling van het recht op een eerlijk proces.⁴⁵

Later, in 2005, voegde het Hof van Cassatie hier nog aan toe dat de feitenrechter mede in acht dient te nemen of de onregelmatigheid al dan niet weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm wordt beschermd en overigens rekening dient te houden met het al dan niet zuiver formele karakter van de onrechtmatigheid.⁴⁶

Verder stelde Hof van Cassatie ook nog dat zelfs indien het bewijsmateriaal het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of een door de Grondwet gewaarborgd grondrecht miskent, dit nog niet steeds leidt tot de ontoelaatbaarheid van het bewijs.⁴⁷

⁴¹ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

⁴² F. SCHUERMANS, "Straatburg geeft zegen aan Antigoonrechtspraak", *Juristenkrant* 2009, 1-2; EHRM, *Lee Davies v. België*.

⁴³ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Intersentia, Antwerpen, 2011, 70-78; F. SCHUERMANS, "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?", *T.Strafr.* 2009, 154; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T.Strafr.* 2007, 57.

⁴⁴ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

⁴⁵ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

⁴⁶ Cass. 2 maart 2005, nr. P041644F, www.cass.be; Cass. 12 oktober 2005, nr. P050119F, www.cass.be; B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 83.

⁴⁷ Cass. 16 november 2004, nr. P040644N, www.cass.be; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 495; F. SCHUERMANS, "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?", *T.Strafr.* 2009, 155; EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

3.3. Het Nederlands juridisch kader inzake onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal

3.3.1. Voorgeschiedenis

De Hoge Raad sprak zich voor het eerst uit omtrent de problematiek inzake onrechtmatig verkregen bewijs in haar arrest van 26 juni 1962, beter gekend als 'het tweede bloedproefarrest'.⁴⁸ De Hoge Raad deed hierbij uitspraak over de bruikbaarheid van de resultaten van een bloedafname bij een dronken bestuurder, zonder diens' toestemming. De Hoge Raad oordeelde dat, aangezien de toestemming van de verdachte ontbrak, de lichamelijke integriteit van de verdachte werd aangetast. De resultaten van de bloedproef werden onrechtmatig verkregen bevonden. Bijgevolg sloot de Hoge Raad de bruikbaarheid van deze bloedproefresultaten uit.⁴⁹

De Hoge Raad koos dus voor de uitsluiting van bewijs indien dit op een onrechtmatige wijze verkregen was. Ook in haar arrest van 12 december 1978 bevestigde de Hoge Raad de uitsluiting van onrechtmatig bewijs.⁵⁰ In feite betrad de opsporingsambtenaar de woning van de verdachte op zoek naar bewijsmateriaal ten laste van de verdachte. Hierbij brak de opsporingsambtenaar een ruit van de woning om zo binnen te geraken. Het proces-verbaal, dat naar aanleiding van de huiszoeking werd opgemaakt, werd als niet-bruikbaar beschouwd. De Hoge Raad nam hierbij de beginselen van een goede procesorde in acht en oordeelde dat de huisvredebreuk niet disproportioneel mocht zijn.⁵¹ Later, in 1986, besloot de Hoge Raad opnieuw tot de uitsluiting van bewijs maar nu omwille van de in het geding zijnde rechten van verdediging.⁵²

Echter, eind jaren '70 – begin jaren '80, besloot de Hoge Raad het onrechtmatig vergaarde bewijsmateriaal niet langer resoluut uit te sluiten en behandelde de onrechtmatige bewijsgegevens op een meer genuanceerde wijze. De Hoge Raad opteerde ervoor het bewijsmateriaal enkel dan buiten toepassing te laten indien de overtreden norm het belang van de verdachte beschermt. Dit is de relativiteitseis of ook wel de *Schutznorm* genoemd. Door de toepassing ervan dient de feitenrechter niet steeds het vergaarde bewijs als zijnde onbruikbaar te beschouwen en maakt de Hoge Raad stilaan de ommekeer van een strikte bewijsuitsluiting naar een meer gerelativeerde aanpak van het bewijs.⁵³

⁴⁸ Hoge Raad 26 juni 1962, *NJ* 1962, 491, aangehaald door o.a. A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25 en P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 518-544.

⁴⁹ Hoge Raad 26 juni 1962, *NJ* 1962, 491, aangehaald door o.a. A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25 en P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 518-544.

⁵⁰ Hoge Raad 12 december 1978, *NJ* 1979, 142, aangehaald door o.a. A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25 en P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 518-544.

⁵¹ Hoge Raad 12 december 1978, *NJ* 1979, 142, aangehaald door o.a. A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25 en P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 518-544.

⁵² Hoge Raad 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25.

⁵³ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 4; D. CHRISTIAENS, J. DUMORTIER, S. HEIRBRANT, I. SAMOY, B. SAMYN, J. SPEECKE, P. TRAEST, W. VANDENBUSSCHE en S. VEREECKEN, *Bewijsrecht*, Kortrijk, Larcier, 2014, 177.

3.3.2. De Wet Vormverzuimen van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering

3.3.2.1. Inleiding

De wetgever beseftte op een bepaald moment dat hij de ommekeer in de rechtspraak van de Hoge Raad niet onopgemerkt voorbij kon laten gaan. De Minister van Justitie kreeg daarbij de hulp van de zogenaamde Commissie Moons. Deze Commissie was van oordeel dat enkele wettelijk bepaalde nietigheden geschrapt dienden te worden. De reden hiervoor was dat het volgens hen niet langer de wetgever was, maar de feitenrechter, die zich diende uit te spreken over de rechtsgevolgen indien opsporingsambtenaren een vormvoorschrift overschreden bij de bewijsgaring.⁵⁴ Uiteindelijk resulteerde het werk van de Commissie in de Wet Vormverzuimen van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering.⁵⁵ Deze wet voegde een nieuw artikel 359a in, in het Wetboek van Strafvordering. Het artikel bepaalt dat:

“1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat:

- a. de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd;*
- b. de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het tenlastegelegde feit;*
- c. het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.*

2. Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

3. Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed.”⁵⁶

Deze bepaling geeft weer welke verschillende rechtsgevolgen de feitenrechter *kan* (eigen cursivering) verbinden aan de schending van een vormverzuim, gepleegd tijdens het vooronderzoek. Let wel ‘kan’. De feitenrechter is echter niet verplicht een rechtsgevolg toe te kennen aan het vormverzuim. Het volstaat dat de feitenrechter enkel vaststelt dat er sprake is van een verzuim, zonder er enig rechtsgevolg aan te verbinden.⁵⁷

⁵⁴ A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 6; P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, “Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht”, *T. Strafr.* 2005, 521.

⁵⁵ Wet van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 28 september 1995.

⁵⁶ Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

⁵⁷ J. NIJBOER, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 127.

3.3.2.2. De verschillende toepassingscriteria ex artikel 359a Wetboek Strafvordering: het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004.

De wijze waarop de feitenrechter deze bepaling dient toe te passen en in welke omstandigheden, bespreekt de Hoge Raad uitvoerig besproken in zijn arrest van 30 maart 2004, ook wel het 'Loze Haspijp'-arrest genoemd.⁵⁸ De feiten van dit arrest zijn als volgt. Op 7 december 1999 vond er in een huis aan de Ginkelstraat te Venlo een doorzoeking van het pand plaats. Tijdens deze doorzoeking botsten de opsporingsambtenaren op een soort van pijp, tegen het plafond bevestigd. Het zag ernaar uit dat deze pijp nieuwer was dan de andere pijpleidingen en regelmatig verschoven of losgetrokken werd. Na het losmaken van de desbetreffende pijpleiding, kwamen de opsporingsambtenaren uit op een grote hoeveelheid hashish. De aangetroffen softdrugs werd als bewijsmateriaal tegen de verdachte aangehaald. Echter haalt de raadsman van de verwerende partij aan dat dit bewijs op een onrechtmatige wijze zou zijn verkregen aangezien de opsporingsambtenaren hun bevoegdheid ex artikel 9 Opiumwet overschreden hebben. Dit artikel bepaalt dat zij louter gehouden zijn tot 'zoekend rondkijken', terwijl er *in casu* werd overgegaan tot een stelselmatige en gerichte zoeking, wat verder gaat dan de bevoegdheden, waarover zij beschikken.

Hierop volgend zet de Hoge Raad de verschillende toepassingsvoorwaarden van artikel 359a Wetboek van Strafvordering uiteen. Een eerste belangrijke bemerking die gemaakt dient te worden is dat de feitenrechter enkel gebruik kan maken van de ruime beoordelingsvrijheid uit artikel 359a Sv indien het vormverzuim niet langer kan worden hersteld en daarbij de rechtsgevolgen niet wettelijk zijn bepaald. De eerste vraag die de feitenrechter in overweging dient te nemen is of er al dan niet sprake is van een vormverzuim. Een vormverzuim kan bestaan uit de overtreding van een wettelijke bepaling inzake de strafprocedure, een gedraging zonder wettelijke bevoegdheid ertoe of uit de overtreding van regels van ongeschreven recht of beginselen van behoorlijk procesrecht.⁵⁹ De Hoge Raad bepaalt verder dat de feitenrechter artikel 359a Wetboek Strafvordering enkel dient toe te passen indien hij geconfronteerd wordt met vormverzuimen, die zijn gepleegd tijdens het voorbereidend onderzoek. Het voorbereidend onderzoek is het onderzoek dat loopt tegen de verdachte inzake de hem tenlastegelegde feiten. Daarnaast zal de feitenrechter geen rechtsgevolg dienen toe te kennen aan het vormverzuim indien de niet-naleving van de norm niet de belangen van de verdachte schaadt.

Indien aan deze voorwaarden zijn voldaan, kan de feitenrechter opteren voor één van de rechtsgevolgen, die artikel 359a Wetboek Strafvordering voorschrijft, met name de strafvermindering, de bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Volgens de Hoge Raad zal de feitenrechter enkel dan voor strafvermindering kunnen opteren indien aannemelijk is dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden. Vervolgens dient dit nadeel veroorzaakt te zijn door het verzuim. Ook dient het nadeel geschikt te zijn voor

⁵⁸ Hoge Raad 30 maart 2004, NJ 2004, 376.

⁵⁹ M. GROENHUIJSEN, "Illegally obtained evidence: an analysis of new trends in the criminal justice system of the Netherlands" in X., *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Tilburg University, 2008, 91-114.

compensatie door de strafvermindering en tot slot dient de strafvermindering, gelet op het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim, gerechtvaardigd te zijn. Een ander rechtsgevolg, de bewijsuitsluiting, kan verbonden worden aan een vormverzuim indien de gepleegde onrechtmatigheid een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel is dat op een aanzienlijke wijze is geschonden. Tot slot kan de feitenrechter enkel de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie uitspreken indien het vormverzuim bestaat uit een ernstige inbreuk op de beginselen van behoorlijke procesorde waardoor er op een doelbewuste wijze of met grove veronachtzaming aan de belangen van de verdachte afbreuk is gedaan aan zijn/haar recht op een eerlijk proces. Dit laatste wordt het *Zwolsman*-criterium genoemd.⁶⁰ Verder reikt het *Karman*-criterium, genoemd naar het gelijknamige arrest, een bijkomend criterium aan. Dit criterium zorgt ervoor dat de Nederlandse feitenrechter de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan uitspreken, zelfs indien de belangen van de verdachte niet geschaad zijn, maar het vormverzuim wel het wettelijk systeem in de kern raakt.⁶¹ Op die manier wordt de *Schutznorm* aan de kant geschoven.

Artikel 359a, tweede lid Sv schrijft voor dat de feitenrechter, bij de beoordeling over het geschikte rechtsgevolg, rekening dient te houden met enkele factoren. De eerste factor is het belang dat het geschonden voorschrift dient. Deze beoordelingsfactor geeft blijk van de eerder aangehaalde *Schutznorm* of relativeringseis. De tweede factor, waarmee de feitenrechter rekening dient te houden, is de ernst van het verzuim. Bij de beoordeling ervan wordt de verwijtbaarheid van het gepleegde vormverzuim in overweging genomen. Het feit of de opsporingsambtenaar te goeder of te kwader trouw het vormverzuim heeft gepleegd, zal daarbij een invloed hebben op het rechtsgevolg dat de feitenrechter toekent aan het verzuim.⁶² De derde en laatste factor is het nadeel dat door het vormverzuim is veroorzaakt. De rechter dient, bij de beoordeling ervan, rekening te houden met de mate waarin het recht van verdediging van de verdachte is aangetast.

De verschillende toepassingscriteria in acht genomen, oordeelde de Hoge Raad dat de verdachte *in casu* niet in zijn belangen was geschaad aangezien hij niet de bewoner was van het doorzochte pand. De uitspraak van de Hoge Raad toont hiermee het belang van de *Schutznorm* aan. Zelfs indien de opsporingsambtenaren optreden buiten hun wettelijke bevoegdheden, kan het bewijs desondanks toch toelaatbaar achten aangezien de aanvoerder ervan niet in zijn belang is geschaad.

3.3.2.3. Functies ex artikel 359a Wetboek Strafvordering

Door de invoeging van artikel 359a in het Wetboek van Strafvordering beschikt de feitenrechter over een ruime beoordelingsbevoegdheid bij de toetsing van bewijsmateriaal, dat verkregen is door het plegen van een vormverzuim. Dit zorgt ervoor dat de feitenrechter de verschillende in het geding zijnde belangen in overweging dient te nemen om zo een geschikt rechtsgevolg te

⁶⁰ Hoge Raad 19 december 1995, NJ 1996, 249; M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 257.

⁶¹ Hoge Raad 1 juni 1999, NJ 1999, 567, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; B. REYNAERTS, "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimem* 2013, 110.

⁶² P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 528-529.

verbinden aan het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Artikel 359a Sv maakt zo resoluut komaf met de door de rechtspraak voorheen gehanteerde bewijsuitsluitingsregel.⁶³ De wetgever trachtte zo ervoor te zorgen dat de feitenrechter op een meer genuanceerde wijze, in acht genomen de concrete omstandigheden, zou kunnen oordelen omtrent de (on)bruikbaarheid van het bewijsmateriaal.⁶⁴

Maar wat nu precies de functie van artikel 359a Wetboek van Strafvordering is, is iets minder duidelijk.⁶⁵ De wetgever had de bedoeling de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid toe te kennen indien deze te maken zou krijgen met een vormverzuim, maar met het oog waarop? Met het oog op de waarheidsvinding of met het oog op de reparatie, demonstratie, preventie en normering? De functie, die wordt toegekend aan artikel 359a Sv bepaalt overigens ook vanuit welk standpunt of perspectief het artikel beschouwd dient te worden. M. BORGERS en Y. BURUMA maken een onderscheid tussen verschillende perspectieven, van waaruit de wetsbepaling kan worden benaderd.⁶⁶ Een eerste benadering is de bescherming van de subjectieve rechten van de verdachte. Telkenmale de feitenrechter te maken krijgt met een vormverzuim, dient de hij zich de volgende vragen te stellen: allereerst gaat hij na of de schending van het vormvoorschrift nadeel berokkent aan de belangen van de verdachte. Indien ja, stelt de feitenrechter zich daarbij de vraag of het al dan niet om een te herstellen vormverzuim gaat. De functie van artikel 359a Wetboek Strafvordering bestaat er dan in het geleden nadeel ofwel te herstellen ofwel op een andere wijze te compenseren. Dit vraagt een beoordeling van de feitenrechter *in concreto*. Anderzijds kan artikel 359a Sv ook bekeken te worden vanuit een constitutioneel perspectief. Dit houdt in dat de feitenrechter het meeste gewicht toekent aan het anticiperen op onrechtmatig overheidsoptreden en zo belang hecht aan de principes van reparatie, demonstratie, preventie en normering. Deze benadering vraagt een ruime interpretatie van artikel 359a Wetboek Strafvordering, aangezien het voor de feitenrechter belangrijk is dat de opsporingsambtenaren op de vingers worden getikt, gelet op de ernst van het gepleegde vormverzuim en de verwijtbaarheid ervan. Deze benadering gaat ervan uit dat de feitenrechter aan elk vormverzuim een gepast rechtsgevolg moet toekennen en dus de loutere constatering van een vormverzuim slechts in hoogst uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd is. Het derde perspectief daarentegen opteert voor een strikte interpretatie van artikel 359a Wetboek van Strafvordering. Wat er in dit perspectief echt toe doet, is het bestrijden van criminaliteit, het achterhalen van de waarheid en daardoor de belangen van het slachtoffer voorop te stellen. Door het toekennen van rechtsgevolgen aan elk niet-herstelbaar vormverzuim tijdens het vooronderzoek, kan de feitelijke waarheid wel eens verscholen blijven en komt de verdachte er gemakkelijk vanaf. Door artikel 359a Sv zo stringent mogelijk toe te passen, zal de feitenrechter enkel dan een rechtsgevolg toekennen indien de meest fundamentele rechten in het gedrang komen. Er wordt daarbij zoveel mogelijk geopteerd voor de strafvermindering.⁶⁷

⁶³ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 6; P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 521; Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

⁶⁴ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 8.

⁶⁵ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 258.

⁶⁶ Noot Y. BURUMA bij Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376; M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 257-273.

⁶⁷ Noot Y. BURUMA bij Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376; M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 257-273.

De Nederlandse Hoge Raad is echter iets duidelijker in de functie, die zij toekent aan artikel 359a Wetboek van Strafvordering. De Hoge Raad besteedt in haar rechtspraak veel aandacht aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces, zoals beschermd door artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.⁶⁸ Een voorbeeld hiervan is het arrest van 30 maart 2004, waarin de Hoge Raad de verschillende criteria van artikel 359a Wetboek Strafvordering uiteenzet.⁶⁹ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de feitenrechter enkel de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan uitspreken indien het vormverzuim bestaat uit een ernstige inbreuk op de beginselen van behoorlijke procesorde waardoor er op een doelbewuste wijze of met grove veronachtzaming aan de belangen van de verdachte afbreuk is gedaan aan zijn/haar recht op een eerlijk proces. Daarnaast wordt ook de bewijsuitsluiting in nauw verband gebracht met de schending van artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.⁷⁰ BORGERS maakt daarbij de terechte opmerking dat de Hoge Raad enkel belang hecht aan de verdedigingsrechten van de verdachte en zich daarbij niet uitlaat over de andere subjectieve rechten, waarover de verdachte beschikt en kiest dus bijgevolg niet voor de bescherming van alle subjectieve rechten. De Hoge Raad legt voor het overige het overheidsoptreden niet aan banden en treedt enkel op indien opsporingsambtenaren daarbij raken aan het recht op een eerlijk proces.⁷¹

3.4. De vergelijking tussen de Belgische en de Nederlandse benadering

3.4.1. Het verplichte, dan wel het facultatieve karakter

Als de Belgische en Nederlandse benadering ten aanzien van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal naast elkaar wordt gelegd, zien we in beide gevallen dat de wetgever niet bij de pakken is blijven zitten. De aanpak van de Belgische en Nederlandse wetgever is bepaald in respectievelijk artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en artikel 359a Wetboek van Strafvordering. Het Belgische artikel 32 V.T.Sv. bepaalt dat de feitenrechter enkel in de drie opgesomde gevallen het vergaarde bewijsmateriaal nietig dient te verklaren. Echter, wanneer één van deze drie gevallen zich voordoet, is de feitenrechter verplicht het bewijsmateriaal buiten toepassing te laten en daarbij nietig te verklaren. Dit in tegenstelling tot de Nederlandse feitenrechter. Artikel 359a Wetboek van Strafvordering houdt enkel een mogelijkheid in voor de feitenrechter om rechtsgevolgen te verbinden aan een gepleegd vormverzuim. Hij is hiertoe immers niet verplicht. Het volstaat dat de feitenrechter enkel en alleen het vormverzuim vaststelt, zonder enig gevolg eraan te koppelen.

3.4.2. Relativering van de bewijsuitsluitingsregel

Door de invoering van deze bepalingen in de Belgische en Nederlandse wetgeving, maakt de wetgever in beide gevallen resoluut komaf met de door de rechtspraak voorheen strikt toegepaste bewijsuitsluitingsregel. Op die manier trachtte beide wetgevers tegemoet te komen aan de ergernis, die er onder het publiek heerste. Het publiek had immers de indruk dat feitenrechters schuldigen vrijuit liet gaan terwijl er wel degelijk harde bewijzen op tafel lagen. Het publiek voelde

⁶⁸ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 262.

⁶⁹ Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376.

⁷⁰ Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376.

⁷¹ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv" *Delikt en Delinkwent* 2012, 262.

dit aan als onrechtvaardig en daar pikten de wetgevers op in.⁷² Dit zorgde ervoor dat zij de vroegere *ratio* van het Belgische Hof van Cassatie en de Nederlandse Hoge Raad niet langer volgden. Voor het Hof van Cassatie, de Hoge Raad, de Belgische en Nederlandse wetgever en het publiek was het belangrijker dat de schuld van de dader (desnoods onrechtmatig) werd bewezen dan het optreden binnen het wettelijke mandaat door politieambtenaren.

Echter werd de relativering van de bewijsuitsluitingsregel niet door iedereen even enthousiast onthaald. Over zowel de aanpak van het Belgische Hof van Cassatie als die van de Nederlandse Hoge Raad is immers heel wat inkt gevloeid. Met betrekking tot de evolutie die het Hof van Cassatie maakte, maakte B. DE SMEDT een overzicht van de voor- en de nadelen van een relativering van de voorheen strikte bewijsuitsluitingsregel.⁷³ B. DE SMEDT schuift de volgende voordelen naar voren:

- De feitenrechter beschikt nu over de mogelijkheid de verschillende, in het geding zijnde, belangen tegenover elkaar af te wegen. De rechter kan nagaan of het effectief nodig is het bewijs buiten toepassing te laten, gezien de begane onrechtmatigheid. Gelet op de criteria, die het Hof van Cassatie hanteert, is het voor de feitenrechter enkel dan mogelijk bewijsmateriaal uit te sluiten indien onrechtmatigheid dermate ernstig is.
- DE SMEDT merkt op dat de nuancering van de bewijsuitsluiting niet steeds in het nadeel is van de verdachte. Het is de feitenrechter die de onrechtmatigheid dient te toetsen aan de verschillende criteria uit de wet, wat kan leiden tot een uitsluiting van het onrechtmatig verworven bewijsmateriaal of net niet. Het is uiteindelijk de beoordeling *in concreto* van de feitenrechter die doorslaggevend is.⁷⁴

Verder brengt de appreciatiebevoegdheid van de rechter ook enkele nadelen met zich mee:

- De beoordelingsbevoegdheid van de rechter werkt voor rechtsongelijkheid in de hand. De rechter kan de ene keer oordelen ten voordele van de verdachte, de andere keer in het voordeel van het slachtoffer. De ruime appreciatiebevoegdheid werd hierboven omschreven als een voordeel, maar kan ook worden beschouwd als een doorn in het oog van de publieke opinie. Zij besteden meer aandacht aan de vaststelling van de schuld van de verdachte/beklaagde/beschuldigde dan de sanctionering van de onrechtmatigheid, door opsporingsambtenaren of particulieren begaan. De voorgeschreven criteria door het Hof van Cassatie zijn immers voor interpretatie vatbaar en onderhevig aan de invulling door de feitenrechter.
- Gezien het feit dat de feitenrechter rekening kan houden met de ernst van het misdrijf om de onrechtmatigheid en de (on)bruikbaarheid van het bewijs te beoordelen, zou dit wel eens de indruk kunnen wekken dat onrechtmatigheden ongestraft zullen blijven indien het misdrijf niet voldoende ernstig blijkt te zijn. Opsporingsambtenaren zouden het gevoel

⁷² Wetsvoorstel tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 41; A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 6; P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 521.

⁷³ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 73-76.

⁷⁴ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 73-76.

kunnen krijgen dat zij onrechtmatigheden 'naar hartenlust' kunnen plegen om toch maar het misdrijf te bewijzen.

- Dit brengt DE SMEDT tot een ander risico: de nuancering van de bewijsuitsluitingsregel brengt het gevaar met zich mee dat opsporingsambtenaren slordig zullen omspringen met het onderzoek. Zij menen immers niets te vrezen. Rekening houdende met de criteria, die het Hof van Cassatie voorschrijft, zullen er maar weinig onrechtmatigheden zijn die effectief afbreuk doen aan de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Wanneer wordt er dan nog bewijs uitgesloten?⁷⁵

Ook F. VERBRUGGEN laat zich uit over de genuanceerde aanpak van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.⁷⁶ Ook hij wijst erop dat de voorheen geldende bewijsuitsluitingsregel niet naar de zin was van de publieke opinie. Elke onrechtmatigheid, begaan door een opsporingsambtenaar, hoe klein ook, leidde tot een uitsluiting van het aangevoerde bewijs, met als gevolg dat de verdachte zich vaak in de handen wreef. De formaliteiten, waarmee de politieambtenaren rekening dienen te houden, staan immers een efficiënte werking in de weg. Maar, zoals reeds eerder aangehaald, sloot het Hof van Cassatie het bewijs steeds uit omwille van een achterliggende reden. Door middel van de bewijsuitsluiting trachtte het Hof de 'overijverige' opsporingsambtenaren te bedaren en zo de grondrechten van de burgers te beschermen. Toch wijst F. VERBRUGGEN erop dat de *ratio* achter de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs zijn werking gemist heeft, aangezien opsporingsambtenaren er alles aan deden om de wet te 'omzeilen' en zo ervoor te zorgen dat het onrechtmatig vergaarde bewijsmateriaal toch in acht werd genomen. De uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal kwam volgens F. VERBRUGGEN enkel de schuldige ten goede. Het Hof van Cassatie maakte hierbij immers geen enkele afweging en opteerde resoluut voor de uitsluiting van het bewijsmateriaal.⁷⁷

S. BERNEMAN daarentegen ziet de nuancering van de bewijsuitsluitingsregel ook niet al te rooskleurig in. Hij laat zich uit over de vrees dat de relativering van bewijsuitsluiting ertoe leidt dat de bewijsgaring door opsporingsambtenaren enkel nog maar een middelenverbintenis zou gaan inhouden. Indien het wordt getolereerd dat de opsporingsambtenaar optreedt met de nodige nonchalance, kan men moeilijk verwachten dat burgers zich wél naar de rechtsregels zouden schikken. Opsporingsambtenaren vervullen immers een voorbeeldfunctie. Burgers zouden de tolerante houding van feitenrechters beschouwen als het 'gedogen van wanpraktijken van onderzoekers'.⁷⁸

Ook de evolutie, die de Nederlandse Hoge Raad heeft gemaakt, stuit op heel wat kritiek. Auteur A. VAN WOENSEL geeft in zijn stuk omtrent de sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal duidelijk aan dat ook hij niet tevreden is met de beslissing van de Hoge Raad.⁷⁹ Bewijsuitsluiting staat, volgens hem, voor reparatie, demonstratie, preventie en normering. VAN

⁷⁵ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 73-76.

⁷⁶ F. VERBRUGGEN, "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoedersarrest" als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", *T. Strafr.* 2006, 26-31.

⁷⁷ F. VERBRUGGEN, "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoedersarrest" als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", *T. Strafr.* 2006, 26-31.

⁷⁸ S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 505-507.

⁷⁹ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 16.

WOENSEL is ervan overtuigd dat het niet de bedoeling mag zijn dat de opsporingsambtenaar, die de onrechtmatigheid heeft gepleegd, voordeel kan halen uit de onrechtmatigheid. Daarom dient de verdachte terug in zijn rechtspositie te worden hersteld alsof de onrechtmatigheid nooit gepleegd is (reparatie). Verder zou de bewijsuitsluiting aantonen dat de niet-naleving van het recht effectieve gevolgen heeft en dat de feitenrechter onrechtmatigheden niet tolereert (demonstratie). Dit zorgt ervoor dat er naar de toekomst toe minder onrechtmatigheden worden gepleegd en werkt de uitsluiting van bewijs in zekere zin ook preventief. Ten slotte wijst VAN WOENSEL erop dat een rechterlijke uitspraak duidelijk de grenzen afbakent, waarbinnen opsporingsambtenaren het bewijsmateriaal kunnen verzamelen. De opsporingsambtenaar wordt zich bijgevolg, aan de hand van rechtspraak, bewust van wat de rechter al dan niet tolereert (normering). De bewijsuitsluiting vindt overigens steun in artikel 1 van het Nederlands Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat de strafvordering alleen plaatsvindt 'op de wijze bij de wet voorzien'.⁸⁰ Deze bepaling legt het optreden van opsporingsambtenaren in zekere mate aan banden: zij dienen hun onderzoek te voeren binnen de grenzen van het wettelijke kader. Met in acht name van deze wettelijke regeling zijn opsporingsambtenaren vrij te opereren, rekening houdende met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel.⁸¹ Artikel 1 Sv geeft uitdrukking aan de idee van uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Aan de ene kant kent de wet de opsporingsambtenaren bevoegdheden toe om het onderzoek te voeren en daarbij bewijsmateriaal te verzamelen om de schuld van de verdachte te bewijzen. Aan de andere kant worden de opsporingsambtenaren beperkt in de uitoefening van deze bevoegdheden door de afbakening ervan, door de wetgever bepaald. Het is daarbij aan de feitenrechter toe te zien op de naleving van deze grenzen en daarbij de opsporingsambtenaren op de vingers te tikken, indien nodig.⁸²

Toch kan de kritiek op artikel 32 V.T.Sv. en artikel 359a Sv, naar mijn mening, niet geheel overtuigen. De uitsluiting van het bewijsmateriaal zou, zoals hierboven reeds aangegeven, ertoe kunnen leiden dat de schuldige vrijuit gaat omdat er onvoldoende bewijs tegen hem vergaard is. Is de waarheid achterhalen dan niet belangrijker dan de strikte naleving van de rechtsregeltjes?!⁸³ Het is duidelijk dat aan zowel de bewijsuitsluiting als de relativering ervan voor- en nadelen zijn verbonden. Maar hebben het Hof van Cassatie, de Hoge Raad en de wetgevers wel de juiste keuze gemaakt? Naar mijn mening kunnen de argumenten *pro* bewijsuitsluiting, uit de stukken van DE SMEDT, BERNEMAN en VAN WOENSEL overtuigen. De relativering van de bewijsuitsluiting werkt immers rechtsongelijkheid in de hand omwille van verschillende redenen: ten eerste schrijft artikel 32 V.T.Sv. drie gevallen voor waarin een feitenrechter verplicht is het vergaarde bewijs buiten toepassing te laten. Deze drie toetsingsstenen geven de indruk dat ze strikt toepasbaar zijn, maar dit zijn ze, naar mijn mening, helemaal niet. Om mijn mening kracht bij te zetten, verwijs ik nogmaals naar de desbetreffende uitspraak van het Hof van Cassatie: "*de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel 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*

⁸⁰ Artikel 1 Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

⁸¹ J. NIJBOER, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 122.

⁸² A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 15.

⁸³ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 16.

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.”⁸⁴ Het eerste criterium, met name ‘de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorwaarden’ biedt de feitenrechter geen enkele beoordelingsruimte. Indien de vormvereisten op straffe van nietigheid worden voorgeschreven én worden overtreden bij de bewijsgaring, kan de feitenrechter het bewijs niet in overweging nemen. De overige twee criteria, de betrouwbaarheid van het bewijs en de strijdigheid van het gebruik van het bewijs met het recht op een eerlijk proces, kunnen door elke feitenrechter op een andere wijze worden ingevuld en zijn onderhevig aan een beoordeling *in concreto*. Zeker wat betreft het toetsingscriterium inzake het recht op een eerlijk proces. Het Hof van Cassatie trachtte in het arrest van 23 maart 2004 wat helderheid te scheppen en gaf de feitenrechter enkele punten waarmee hij in zijn beoordeling, omtrent de al dan niet schending van het recht op een eerlijk proces, rekening kan houden.⁸⁵ Dit zijn enkel richtlijnen, waarmee de feitenrechter rekening ‘kan’ houden met als gevolg dat de casuïstiek hieromtrent zeer uiteenlopend is. Deze laatste bemerking is eveneens toepasbaar op artikel 359a Nederlands Wetboek van Strafvordering. Deze bepaling doet de Nederlandse feitenrechter enkel beschikken over de loutere mogelijkheid rechtsgevolgen te koppelen aan een vormverzuim, wat zorgt voor zeer uiteenlopende casuïstiek. De ene feitenrechter kan een vormverzuim voldoende ernstig achten om er een rechtsgevolg aan te koppelen, terwijl het voor de andere kan volstaan het vormverzuim vast te stellen, zonder enig gevolg eraan te verbinden.

3.4.3. Rechtsgevolgen

Een ander belangrijk onderscheid tussen het Belgische artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering en het Nederlandse artikel 359a Wetboek van Strafvordering is de rechtsgevolgen die verbonden (kunnen) worden aan het onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal. Daar waar de Belgische wetsbepaling enkel spreekt over de nietigheid, spreekt de Nederlandse wetgever over verschillende rechtsgevolgen, die de feitenrechter kan verbinden aan het vormverzuim.

De Belgische feitenrechter oordeelt tot bewijsuitsluiting in de drie, door de wet opgesomde, gevallen, met name: indien de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, of de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.⁸⁶ Door de invoering van deze Antigooncriteria in het Wetboek van Strafvordering, heeft de wetgever een open systeem voor nietigheden gecreëerd.⁸⁷ Dit heeft tot gevolg dat de feitenrechter steeds geval per geval dient af te toetsen of één van deze drie gevallen voorhanden is en het bewijs dus uitgesloten dient te worden. Echter is hierop één uitzondering, nl. de eerste categorie ‘de vormvoorwaarden, voorgeschreven op straffe van nietigheid’. Dit zijn primaire voorschriften. Bij overtreding van deze, is de sanctie de absolute nietigheid. Dit zorgt ervoor dat deze nietigheden

⁸⁴ Cass. 14 oktober 2003, nr. P030762N, www.cass.be.

⁸⁵ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

⁸⁶ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, BS 25 april 1878.

⁸⁷ B. DE SMEDT, “Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T.Strafr.* 2005, 255.

ambtshalve door de rechter of door elke partij kunnen worden ingeroepen.⁸⁸ Naast de primaire voorschriften, bestaan er de substantiële of jurisprudentiële voorschriften. Deze vormvoorwaarden zijn niet uitdrukkelijk door de wet bepaald maar dermate essentieel voor een evenwichtige procesorde.⁸⁹ Door de creatie van substantiële nietigheden wordt afbreuk gedaan aan het principe *'pas de nullité sans texte'* en is de feitenrechter ertoe bekwaam zélf nietigheden te creëren, zonder dat de wet hierin voorziet. Dit soort nietigheden werd door het Hof van Cassatie reeds in 1986 erkend. Cassatie bepaalde immers dat: *"onwettig is het bewijs verkregen door een daad die onverenigbaar is met de algemene rechtsbeginselen die de strafrechtspleging beheersen, te weten met de inachtneming van het recht van verdediging, zelfs indien die daad niet uitdrukkelijk door de wet is verboden."*⁹⁰ Echter nuanceert artikel 32 V.T.Sv. deze redenering en bepaalt dat indien er geen afbreuk wordt gedaan aan de betrouwbaarheid van het bewijs, dat het vergaarde onrechtmatig bewijsmateriaal toch in acht kan worden genomen.⁹¹ Er bestaat daarnaast nog een derde categorie aan voorschriften, met name de secundaire voorschriften. De schending van deze vormvoorwaarden leveren enkel de nietigheid op, indien de feitenrechter, na een beoordeling *in concreto*, hiertoe heeft geoordeeld. Opnieuw voegt artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering hieraan toe de feitenrechter toch het bewijs in overweging kan nemen indien het gebruik van het bewijs geen afbreuk doet aan het recht op een eerlijk proces, zoals in artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.⁹²

De Nederlandse wetgever geeft de feitenrechter de mogelijkheid tot beoordeling *in concreto*, indien deze te maken krijgt met bewijsgegevens, onrechtmatig verkregen. Echter gaat artikel 359a Wetboek van Strafvordering een stapje verder wat betreft de rechtsgevolgen en geeft de feitenrechter drie mogelijkheden, met name de bewijsuitsluiting, de strafvermindering en de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Daarnaast kan het volstaan dat de feitenrechter louter de niet-naleving van het vormvoorschrift vaststelt, zonder er enig gevolg aan te verbinden.

⁸⁸ B. DE SMEDT, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T.Strafr.* 2005, 250-251.

⁸⁹ B. DE SMEDT, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T.Strafr.* 2005, 252.

⁹⁰ Cass. 13 mei 1986, *R.D.P.* 1986, 905, aangehaald door B. DE SMEDT, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T.Strafr.* 2005, 248-266.

⁹¹ B. DE SMEDT, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T.Strafr.* 2005, 255.

⁹² B. DE SMEDT, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T.Strafr.* 2005, 255.

Hoofdstuk 4. De (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal

4.1. Inleiding

De term 'onrechtmatigheid' is een ruim begrip. Allerhande vergissingen en vergetelheden worden immers eveneens beschouwd als zijnde een onrechtmatigheid. Dit onderzoek spitst zich specifiek toe op het bewijs, dat door een opsporingsambtenaar of particulier gestolen is om het te kunnen aanwenden in de strafprocedure. De reden voor de inperking van het onderzoek tot de (on)bruikbaarheid van gestolen bewijs heeft te maken met het kwade opzet, dat noodzakelijk aanwezig dient te zijn vooraleer er überhaupt sprake is het misdrijf, de diefstal. De opsporingsambtenaar, gedurende zijn onderzoek, of de particuliere burger pleegt daarbij een misdrijf, een ingrijpende en verregaande onrechtmatigheid, om aan het bewijs te geraken.

Dit hoofdstuk spitst zich toe op de al dan niet bruikbaarheid van het gestolen bewijs, gelet op het wettelijk kader en de daarbij horende relevante rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Hoge Raad. Heeft het opzettelijk karakter een invloed op of doet het net afbreuk aan de bruikbaarheid van het bewijs? Om een helder antwoord te kunnen bieden, heb ik in het hoofdstuk een onderscheid gemaakt, enerzijds naar gelang de dader van de diefstal (namelijk de opsporingsambtenaar, de particulier of de opsporingsambtenaar of particulier, in de uitoefening van de bijzondere opsporingsmethoden) en anderzijds naargelang het slachtoffer van de diefstal: is het van belang of het gestolen bewijs eigendom is van de beklaagde/beschuldigde of van een derde persoon?

Doorheen het hoofdstuk leg ik telkenmale de Belgische en Nederlandse benadering langs elkaar, teneinde een vergelijk te maken tussen beiden. Het juridische kader en de gevolgen ervan worden daarbij geanalyseerd, aan de hand van relevante rechtsleer maar ook door middel van mijn eigen kritische mening.

4.2. Begripsbepaling: diefstal

4.2.1. [Artikel 461 Belgisch Strafwetboek](#)

Artikel 461 van het Belgische Strafwetboek (Sw.) stelt dat:

*"Hij die een zaak die hem niet toebehoort, bedrieglijk wegneemt, is schuldig aan diefstal. Met diefstal wordt gelijkgesteld het bedrieglijk wegnemen van andermans goed voor een kortstondig gebruik."*⁹³

Artikel 461 Strafwetboek stelt de gewone diefstal strafbaar. Daarnaast maakt het Strafwetboek een onderscheid tussen de diefstal door middel van geweld of bedreiging (artikel 468 Strafwetboek) en de afpersing (artikel 470 Strafwetboek).⁹⁴

⁹³ Artikel 461 Strafwetboek, BS 9 juni 1867.

⁹⁴ L. HUYBRECHTS, *Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18.

De delictsomschrijving van de gewone diefstal bevat drie constitutieve bestanddelen. Het objectieve bestanddeel bestaat uit twee aspecten. Ten eerste dient de zaak te worden weggenomen. Hierbij stelt de persoon, die de zaak wegneemt, zich in het bezit van de desbetreffende zaak, waaronder enkel roerende goederen resulteren.⁹⁵ Volgens artikel 461, tweede lid Strafwetboek is een kortstondig gebruik voldoende om te spreken van een volwaardig gepleegde diefstal. Ten tweede behoort de zaak, die wordt weggenomen, toe aan een andere persoon. Dit zorgt ervoor dat het wegnemen van eigen roerende goederen of zaken niet als een diefstal kan worden gekwalificeerd.⁹⁶ Artikel 17 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de opwerping door de beklaagde van een prejudiciële exceptie, waarbij de beklaagde zich beroept op het eigendomsrecht, een kwestie is waar de rechter dienaangaande uitspraak over dient te doen. Deze exceptie zou, volgens de letterlijke bewoording van de wet, enkel dan worden aangenomen "voor zover zij gegrond is op een deugdelijk schijnende titel".⁹⁷ Het subjectieve delictsbestanddeel bestaat uit een bedrieglijk opzet. Dit morele vereiste houdt in dat de persoon het goed wegneemt en dit tegen de wil in van de eigenaar om het bijgevolg te hanteren voor eigen gebruik.⁹⁸ Omwille van het ogenblikkelijke karakter van het misdrijf, beoordeelt de feitenrechter het morele bestanddeel op het moment van het wegnemen van de zaak.⁹⁹

4.2.2. [Artikel 310 Nederlands Wetboek van Strafrecht](#)

De 'eenvoudige' diefstal wordt in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) strafbaar gesteld in artikel 310. Artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht bepaalt dat:

*"Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie."*¹⁰⁰

De constitutieve bestanddelen kunnen als volgt onderscheiden worden: het objectief bestanddeel bestaat uit twee aspecten. Enerzijds moet het gaan om het 'wegnemen', wat inhoudt dat de persoon, die het goed wegneemt, zichzelf het bezit verschafft door een eigen handeling. Anderzijds

⁹⁵ L. HUYBRECHTS, *Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18; P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm.

⁹⁶ L. HUYBRECHTS, *Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18; P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm.

⁹⁷ L. HUYBRECHTS, *Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18; P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm.

⁹⁸ Cass. 17 november 1984, *Arr.Verbr.* 1955, aangehaald door L. HUYBRECHTS, *Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18; Cass. 4 december 1991, nr. N199112046, www.cass.be; Cass., 16 november 1971, *Arr.Cass.* 1972, 263-264 en *A.C.*, 1972, 263, aangehaald door P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm; Cass., 17 november 1954, *Pas.*, 1955, I, 246, aangehaald door P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm.

⁹⁹ L. HUYBRECHTS, *Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18; P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm.

¹⁰⁰ Artikel 310 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881, 35.

dient het wegnemen te gebeuren met het oogmerk op de wederrechtelijke toe-eigening van het goed of de goederen. Dit heeft tot gevolg dat het louter en alleen wegnemen van het goed niet kan gekwalificeerd worden als 'diefstal'. Het subjectief bestanddeel bestaat uit een opzettelijke gedraging, gesteld door de persoon, die het goed wegneemt.¹⁰¹

4.3. De beoordeling van bewijs, dat door een opsporingsambtenaar gestolen is

4.3.1. Het Belgisch juridisch kader

Gedurende het opsporingsonderzoek zijn zij, die met het onderzoek belast zijn, gebonden door een wettelijk kader, dat door de wetgever is bepaald. Echter, indien de opsporingsambtenaar een onrechtmatigheid pleegt en daarbij bewijsmateriaal verzamelt, is het aan de feitenrechter om te oordelen over de al dan niet toelaatbaarheid van het vergaarde bewijsmateriaal. Het is niet zo het Hof van Cassatie zich expliciet uitlaat over de (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal. Behalve in het jaar 1990 dan, toen het Hof oordeelde dat de feitenrechter rekening kon houden met de "zwarte" boekhouding, door een particulier gestolen. Het was immers niet de opsporingsambtenaar die de diefstal pleegde en dat zorgde ervoor dat het Hof van Cassatie de diefstal van het bewijsmateriaal niet als zijnde strijdig met het recht van verdediging beschouwde.¹⁰² Voor het overige sprak het Hof van Cassatie zich nooit uit over dergelijke omstandigheden.

Toch, indien de feitenrechter te kampen krijgt met gestolen bewijsmateriaal, zal hij het bewijsmateriaal dienen te toetsen aan artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering. Echter, indien de feitenrechter het bewijsmateriaal, verkregen door een diefstal zou toetsen aan de Antigooncriteria, zou het bewijsmateriaal zo goed als altijd toelaatbaar worden beschouwd. Door diefstal verkregen bewijsmateriaal doet immers geen afbreuk aan de op straffe van nietigheid omschreven vormvereisten, noch aan de betrouwbaarheid van het bewijs. Het is wel zo dat de feitenrechter bijkomstig, om te oordelen omtrent de al dan niet schending van het recht op een eerlijk proces, rekening *kan* (eigen cursivering) houden met het opzettelijkheids criterium, het belangenafwegingscriterium en het materieel criterium.¹⁰³ Het opzettelijk karakter, dat aanwezig dient te zijn vooraleer er sprake is van een diefstal, zou ertoe kunnen leiden dat de feitenrechter de bewijsgegevens, verkregen door een diefstal, kan uitsluiten omwille van het opzettelijke karakter. Maar er is meer. Op 31 oktober 2006 oordeelde het Hof van Cassatie dat *"de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, bij de bewijsverkrijging opzettelijk een onrechtmatigheid heeft begaan, moet niet noodzakelijk leiden tot bewijsuitsluiting door de rechter."*¹⁰⁴

¹⁰¹ V. VAN DER VELDEN, "Diefstal bij: Wetboek van Strafrecht, artikel 310" in C. CLEIREN, M. VERPALEN en J. CRIJNS, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2014; V. VAN DER VELDEN, "Inleidende opmerkingen bij: Wetboek van Strafrecht, Titel XXII Diefstal en stroperij" in C. CLEIREN, M. VERPALEN en J. CRIJNS, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2014.

¹⁰² Cass. 17 januari 1990, nr. 7831, www.cass.be; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 491; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T. Strafr.* 2007, 58-59.

¹⁰³ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁰⁴ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven",

Dit heeft tot gevolg dat de feitenrechter, volgens het Hof van Cassatie, zeer relatief mag en kan omspringen met het gestolen bewijsmateriaal. Het Hof van Cassatie acht het opzet in hoofde van de opsporingsambtenaar immers irrelevant voor de beoordeling inzake de (on)bruikbaarheid van het bewijsmateriaal. Als we de Cassatierechtspraak letterlijk zouden interpreteren, komt dit erop neer dat opsporingsambtenaren het bewijsmateriaal, gedurende het opsporingsonderzoek, kunnen stelen, zonder dat dit bewijsmateriaal per se uit de debatten wordt geweerd.

4.3.2. [Het Nederlands juridisch kader](#)

Als de Nederlandse feitenrechter het door de opsporingsambtenaar gestolen bewijsmateriaal toetst aan artikel 359a, tweede lid Wetboek van Strafvordering, zijn er verschillende benaderingen mogelijk. De feitenrechter dient bij de beoordeling van het bewijsmateriaal rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.¹⁰⁵ De beoordeling van het gestolen bewijsmateriaal is afhankelijk van de functie, die de feitenrechter toekent aan artikel 359a Wetboek Strafvordering. De verschillende functies werden reeds hierboven uitvoerig besproken (*cf. supra* paragraaf 3.3.2.3.).

Indien de feitenrechter van oordeel is dat de voornaamste functie van de wetsbepaling het beschermen van de subjectieve rechten van de verdachte is, zal de feitenrechter belang hechten aan de vraag of het gestolen bewijsmateriaal al dan niet nadeel berokkent aan de belangen van de verdachte. Artikel 310 Wetboek van Strafrecht beschermt het vermogen, namelijk de eigendom en het bezit van roerende zaken.¹⁰⁶ In acht genomen de *Schutznorm*-theorie, kan het gestolen bewijsmateriaal enkel dan buiten toepassing worden gelaten indien de eigenaar van het roerend goed zich erop beroept op artikel 359a Sv. Aangezien deze functie zich toespitst op de bescherming van de rechten van de verdachte, zal de feitenrechter enkel dan rechtsgevolgen verbinden aan gestolen bewijsmateriaal, indien het goed ook de eigendom is van de verdachte. Verder zal de feitenrechter nagaan of de gepleegde onrechtmatigheid al dan niet herstelbaar is. Immers eenmaal een goed gestolen is, kan het gestolen bewijsmateriaal nog steeds worden teruggegeven aan de eigenaar ervan. Indien, volgens de feitenrechter, het belang van de verdachte primeert, zou de feitenrechter het kunnen houden bij de loutere vaststelling van de diefstal, zonder enig rechtsgevolg eraan te koppelen omwille van de herstelbaarheid van het vormverzuim. Dit zou natuurlijk een ietwat vreemd gevolg zijn daar de feitenrechter de belangen van de verdachte tracht te beschermen én dan toch het gestolen bewijs in acht zou nemen.

Indien de feitenrechter een constitutioneel perspectief verbindt aan artikel 359a Sv, zal hij de wetsbepaling zeer ruim interpreteren om ervoor te zorgen dat het onrechtmatig overheidsoptreden telkens wordt gesanctioneerd, gelet op de ernst van het gepleegde vormverzuim en de verwijtbaarheid ervan. Indien de feitenrechter rekening houdt met de ernst van het verzuim, zal de

T.Strafr. 2007, 55-56; F. SCHUERMANS, "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?", *T.Strafr.* 2009, 156.

¹⁰⁵ Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1995, 441.

¹⁰⁶ V. VAN DER VELDEN, "Diefstal bij: Wetboek van Strafrecht, artikel 310" in C. CLEIREN, M. VERPALEN en J. CRIJNS, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2014.

feitenrechter hoogstwaarschijnlijk de gepaste rechtsgevolgen toekennen aan het gestolen bewijsmateriaal net omwille van de ernst van de gepleegde onrechtmatigheid. Naar Nederlands recht is er een bijzonder opzet vereist vooraleer er sprake is van een diefstal. Net omdat de feitenrechter beoogt de opsporingsambtenaren op hun fouten te wijzen en hier gepast op te anticiperen, zal deze oordelen tot de strafvermindering, niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of de bewijsuitsluiting, afhankelijk van zijn beoordeling *in concreto*.

Ten slotte is het mogelijk dat de feitenrechter artikel 359a Wetboek Strafvordering net op een heel strikte wijze interpreteert en hierbij enkel rechtsgevolgen toekent aan het onrechtmatig bewijsmateriaal indien de meest fundamentele rechten van de verdachte zijn geschonden. Volgens artikel 1, paragraaf 1 van het vijfde boek van het Burgerlijk Wetboek is het eigendomsrecht het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.¹⁰⁷ Verder beschouwen de artikelen 1, eerste protocol en 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens respectievelijk het recht op eigendom en het recht op privacy als één van de meest fundamentele rechten, waarover een persoon kan beschikken.¹⁰⁸ Dit zorgt ervoor dat gestolen bewijsmateriaal effectief afbreuk doet aan de meest fundamentele rechten van de verdachte, indien het gestolen goed eigendom is van de verdachte.

4.3.3. [De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering](#)

Wat meteen opvalt is dat artikel 32 V.T.Sv., in samenhang met de Cassatie-arresten van 23 maart 2004 en 31 oktober 2006 ertoe kunnen leiden dat de Belgische feitenrechter het gestolen bewijsmateriaal in acht zal nemen.¹⁰⁹ De rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie, samen gelezen met artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, zorgt ervoor dat gestolen bewijsmateriaal in overweging kan worden genomen net zoals rechtmatig vergaard bewijsmateriaal. Het Hof van Cassatie is immers van oordeel dat het opzettelijk plegen van een misdrijf door een opsporingsambtenaar teneinde bewijsmateriaal te verzamelen geen afbreuk doet aan de rechtmatigheid van het bewijs.¹¹⁰ Cassatie relativeert hiermee de voorheen strikt toegepaste bewijsuitsluitingsregel op een zeer verregaande wijze. Dit heeft tot gevolg dat de feitenrechter al het verkregen bewijsmateriaal, zelfs op de meest onrechtmatige manier, kan gebruiken om de verdachte te veroordelen.

Maar wat met de strafbaarstelling van de opsporingsambtenaar, die een inbreuk pleegt op enerzijds de Strafwet en anderzijds zijn wettelijke plichten volledig overschrijdt? Ziet de Belgische feitenrechter deze onrechtmatigheden door de vingers teneinde al het nodige bewijsmateriaal te verzamelen om toch maar de beklagde/beschuldigde te kunnen veroordelen? Zorgt dit niet voor roekeloos overheidsoptreden? Als ik het integraal jaarverslag van 2013 van het Vast Comité van Toezicht op de politiediensten (afgekort als Comité P) erop na sla, bekom ik de volgende

¹⁰⁷ Artikel 1, paragraaf 1 Burgerlijk Wetboek, Boek 5, *Stb.* 1991, 600.

¹⁰⁸ Artikel 1, eerste protocol Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955; Artikel 8 Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955.

¹⁰⁹ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878; Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

¹¹⁰ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

cijfergegevens. Ik dien vooreerst de opmerking te maken dat het in dit onderzoek niet mogelijk is een volledig overzicht te geven van alle cijfergegevens met betrekking tot de onrechtmatigheden, die opsporingsambtenaren plegen. Ik spits mij daarom specifiek toe op één categorie van inbreuken, met name deze op het privéleven. In 2013 werden er 174 inbreuken gepleegd op de persoonlijke levenssfeer inzake databanken. Tot deze categorie van inbreuken behoort de onrechtmatige toegang tot databanken, de onrechtmatige verspreiding van informatie, de onrechtmatige vergaring van informatie, de onrechtmatige toegang tot andere gegevens en het onrechtmatig bezoek van de woning. Het merendeel (91,95%) van deze overtredingen wordt begaan door de lokale politie. Dit zou te wijten zijn aan het feit dat de lokale politie in eerste instantie optreedt ten opzichte van de burger.¹¹¹ Wat betreft de behandeling van deze inbreuken, kan geconstateerd worden dat slechts in +/- 50% van de gevallen deze aantijgingen als 'aannemelijk' worden beschouwd. Achtereenvolgens geeft het overzicht van de gerechtelijke vervolgingen, ingesteld ten aanzien van de politieambtenaren over een periode van vijf jaar, weer dat slechts tien leden van de politie schuldig werden bevonden aan een inbreuk op het privéleven van anderen. Het jaarverslag geeft geen informatie omtrent de genomen tuchtrechtelijke beslissingen. Het Comité P maakt hierbij zelf de opmerking dat er een dringende nood is aan een toezichtsonderzoek, specifiek gericht op de inbreuken, door opsporingsambtenaren gepleegd, op de persoonlijke levenssfeer zodanig dat exacte cijfergegevens in kaart kunnen gebracht worden.¹¹²

Opsporingsambtenaren worden over het algemeen genomen zelden tot nooit op de vingers getikt, noch door het Comité P, noch door de feitenrechter. Desondanks de verplichtingen, vervat in hoofdstuk drie van de Deontologische code van de politiediensten, krijgen opsporingsambtenaren de indruk dat zij 'naar hartenlust' onrechtmatigheden kunnen en mogen plegen, zonder dat hier enige tuchtrechtelijke of strafrechtelijke sanctie aan verbonden is.¹¹³

De verschillende benaderingen van artikel 359a Wetboek Strafvordering zorgen ervoor dat de Nederlandse feitenrechter eerder geneigd zal zijn rechtsgevolgen te verbinden aan het gestolen bewijsmateriaal. Aangezien zowel het recht op eigendom als het recht op privacy één van de meest fundamentele rechten is, waarover een individu beschikt, zal de feitenrechter weinig beweegruimte hebben in zijn oordeel omtrent de (on)bruikbaarheid van het bewijsmateriaal. Artikel 359a Sv schrijft drie mogelijke rechtsgevolgen voor: de strafvermindering, de bewijsuitsluiting of de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.¹¹⁴ Dit laatste is het meest verregaande rechtsgevolg, dat de feitenrechter kan verbinden aan het gestolen bewijsmateriaal. De feitenrechter kan enkel de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie uitspreken indien het vormverzuim bestaat uit een ernstige inbreuk op de beginselen van behoorlijke procesorde waardoor er op een doelbewuste wijze of met grove veronachtzaming aan de belangen van de verdachte afbreuk is gedaan aan zijn/haar recht op een eerlijk proces.¹¹⁵ Echter houdt de schending van artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in principe niet automatisch de schending in van artikel 6 van dat

¹¹¹ VAST COMITÉ VAN TOEZICHT OP POLITIEDIENSTEN, *Jaarverslag 2013*, www.comitep.be/2013/2013NL.pdf.

¹¹² VAST COMITÉ VAN TOEZICHT OP POLITIEDIENSTEN, *Jaarverslag 2013*, www.comitep.be/2013/2013NL.pdf.

¹¹³ Deontologische code van 10 mei 2006 van de politiediensten, *BS* 30 mei 2006.

¹¹⁴ Artikel 359a Wetboek Strafvordering, *Stb.* 1995, 441.

¹¹⁵ Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004.

Verdrag.¹¹⁶ De procedure in zijn geheel beschouwd, doet de diefstal van bewijsmateriaal geen afbreuk aan de kwaliteit van het bewijsmateriaal, noch aan de betrouwbaarheid of juistheid ervan.¹¹⁷ Bijgevolg zal het moeilijk zijn voor de feitenrechter om de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie hard te maken. De feitenrechter beschikt daarentegen wél over de mogelijkheid het vergaarde bewijsmateriaal uit te sluiten aangezien een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift geschonden is. Indien de opsporingsambtenaar gedurende het onderzoek bewijsmateriaal steelt, schendt hij niet enkel artikel 310 Wetboek van Strafrecht maar ook de beroepscode van de Nederlandse politie.¹¹⁸ De uitsluiting van het gestolen bewijsmateriaal zou als een soort afschrikmechanisme kunnen dienen, zodat opsporingsambtenaren zich ervan bewust zijn dat de Nederlandse feitenrechters dergelijke onrechtmatigheden zeer ernstig nemen. Door de toepassing van de bewijsuitsluiting, kan de feitenrechter een *statement* maken waardoor onrechtmatigheden, waaronder diefstal, in de bewijsgaring in de toekomst gereduceerd kunnen worden.¹¹⁹

Indien de Nederlandse feitenrechter een rechtsgevolg verbindt aan het gestolen bewijsmateriaal, blijft de opsporingsambtenaar echter nog steeds ongestraft. Nederland kent echter geen instantie, zoals het Belgische Comité P. Nederland werkt met een klachtenregeling per politiekorps.¹²⁰ Indien een burger van mening is dat hij op een incorrecte wijze behandeld is door een politieambtenaar, kan deze een schriftelijke of mondelinge klacht indienen of gebruik maken van het klachtenformulier.¹²¹ Als ik het jaarverslag van de Nederlandse nationale politie erop nasla, stel ik vast dat er in het jaar 2013 1279 interne onderzoeken zijn afgehandeld.¹²² 63% van deze onderzoeken resulteerden in een buitenverdenkingstelling of een niet-vervolgning van de politieambtenaar omwille van het feit dat de onrechtmatigheid niet kon worden aangetoond. Dit zorgt ervoor dat het intern onderzoek slechts in 37% van de gevallen tot de vaststelling van een plichtsverzuim of een strafbaar feit kwam.¹²³

De algemene conclusie is dat opsporingsambtenaren, in zowel België als Nederland, in het merendeel van de gevallen niet onderworpen worden aan enige tuchtrechtelijke of strafrechtelijke sanctie indien zij een onrechtmatigheid plegen. Dit zorgt ervoor dat, hoewel bewijsmateriaal buiten beschouwing kan worden gelaten, de opsporingsambtenaar hier persoonlijk weinig nadeel aan ondervindt.

¹¹⁶ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*; E.U. Network of independent experts on fundamental rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union*, 2003, http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion3_2003_en.pdf.

¹¹⁷ EHRM, *Lee Davies v. België*; EHRM, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *Schenk v. Zwitserland*.

¹¹⁸ Artikel 310 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881, 35; www.politie.nl/nieuws/2013/december/23/00-beroepscode-politie.html; www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/documenten-algemeen/publicaties-archief/beroepscode_politie.pdf.

¹¹⁹ Hoge Raad 19 februari 2013, *NJB* 2013, 565.

¹²⁰ www.politie.nl/contact/klachtformulier.html.

¹²¹ www.politie.nl/contact/klachtformulier.html.

¹²² NATIONALE POLITIE, *Jaarverslag 2013*, www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/jaarverslag/jshfg/jaarverslag-2013-nationale-politie.pdf.

¹²³ NATIONALE POLITIE, *Jaarverslag 2013*, www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/jaarverslag/jshfg/jaarverslag-2013-nationale-politie.pdf.

In België heeft dit tot gevolg dat de opsporingsambtenaar zo goed als op geen enkele wijze gestraft wordt voor de gepleegde onrechtmatigheid. De feitenrechter kan immers zonder al te veel aarzeling het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in overweging nemen. Misschien schuilt de oplossing wel erin dat de Belgische feitenrechter het opzettelijke karakter van de diefstal wél in acht moet nemen?! Indien een opsporingsambtenaar op een opzettelijke wijze een onrechtmatigheid pleegt en hierdoor in het bezit komt van bewijsmateriaal, is het toch niet mogelijk dat de feitenrechter hier op geen enkele wijze rekening mee houdt?! Indien de feitenrechter het opzettelijke karakter van de onrechtmatigheid niet in acht neemt, zou toch elke opsporingsambtenaar 'naar hartenlust' bewijsmateriaal kunnen stelen en kunnen aanwenden in de strafprocedure?! Aan de andere kant zorgt uitsluiting van het bewijsmateriaal ervoor dat de schuldige vrijuit zal gaan, wat het vertrouwen in justitie dan weer niet ten goede komt.

S. BERNEMAN geeft nog een andere mogelijkheid om deze kwestie aan te pakken. Hij opteert voor het maken van een onderscheid tussen toelaatbaar en niet-toelaatbaar bewijs in plaats van de theorie betreffende de nietigheden toe te passen.¹²⁴ In zijn stuk beschouwde BERNEMAN als niet toelaatbaar het bewijsmateriaal verkregen door:

- (i) Onrechtmatigheden door de onderzoeksagenten met opzet gepleegd, tenzij deze onrechtmatigheid gepleegd is in geval van nood.
- (ii) Overtredingen van normen die de Belgische en/of de internationale openbare orde raakt en waardoor de rechten van verdediging van de verdachte miskent of niet in acht werden genomen.
- (iii) Overtredingen van normen die de Belgische en/of de internationale openbare orde raakt en waardoor de fysieke of de morele integriteit van de verdachte in het gedrang is gebracht.¹²⁵

Dit zou er dus voor zorgen dat het bewijsmateriaal, dat een opsporingsambtenaar vergaart door het plegen van een diefstal tijdens het onderzoek niet-toelaatbaar wordt geacht. Deze benadering lijkt een goede oplossing, maar opnieuw leidt dit tot hetzelfde knelpunt: het plegen van een diefstal doet geen afbreuk aan de betrouwbaarheid van het bewijs. Er zal dus een keuze moeten worden gemaakt. Ofwel kiest de feitenrechter ervoor de betrouwbaarheid van het vergaarde bewijs te laten prevaleren. Strikt genomen doet de gepleegde diefstal geen afbreuk aan de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en dus kan het onrechtmatig verkregen bewijs worden aangewend ten aanzien van de beklaagde/beschuldigde. Ofwel gaat de feitenrechter resoluut voor de uitsluiting van het bewijsmateriaal, desnoods ten voordele van de beklaagde/beschuldigde.

De Nederlandse auteur BORGERS merkt op dat artikel 359a Wetboek Strafvordering op onvoldoende wijze onrechtmatig overheidsoptreden aan banden legt.¹²⁶ Deze wetsbepaling houdt volgens de auteur niet genoeg rekening met de belangen van het slachtoffer, noch met deze van de samenleving. Om hieraan tegemoet te komen opteert BORGERS voor een integrale kwaliteitscontrole, met name een controlerende instantie. Deze zou dan optreden op eigen

¹²⁴ S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 506.

¹²⁵ S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 506.

¹²⁶ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 263-264.

initiatief, op verzoek van de verdachte of op vraag van de strafrechter. Deze instantie onderzoekt daarbij de vormverzuimen, die gepleegd zijn en wat de beweegredenen hiertoe zijn geweest. Indien de onrechtmatigheid een vormverzuim inhoudt, in de zin van artikel 359a Wetboek Strafvordering, is de strafrechter bevoegd een rechtsgevolg te verbinden aan dit vormverzuim. Echter moeten we er ons bewust van zijn dat niet alle strafbare feiten onderworpen zijn aan het oordeel van de feitenrechter. Daar bijkomstig kan de Nederlandse feitenrechter ervoor kiezen geen rechtsgevolg te verbinden aan een vormverzuim en het te laten bij een loutere constatering ervan. In deze omstandigheden, is BORGERS van oordeel dat de controlerende instantie dient op te treden en op een gepaste wijze dient te reageren. Deze sanctionering kan bestaan uit o.a. een schadevergoeding, de afkeuring van het gedrag van de opsporingsambtenaar, het herstel tussen de verhouding burger – overheid of de aanpassing van de interne procedures.¹²⁷

Naar mijn mening is het aangewezen zowel artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, als artikel 359a Wetboek Strafvordering op een strikte wijze te interpreteren. Een strikte interpretatie van deze wetsbepalingen leidt ertoe dat feitenrechters enkel het bewijsmateriaal, dat de meest fundamentele rechten van de verdachte schendt, buiten toepassing dient te laten. De waarheidsvinding en criminaliteitsbestrijding is voor mij een zeer belangrijk aspect doorheen de strafprocedure. Uitsluiting van het (gestolen) bewijsmateriaal komt echter vaak de verdachte ten goede. Het zou de publieke opinie ongunstig stemmen indien de opsporingsambtenaar duchtig op de vingers getikt wordt, terwijl de schuldige vrijuit gaat. Doch wil ik hierbij graag de opmerking maken, die ook BORGERS terecht maakte.¹²⁸ Aangezien ik van mening ben toegedaan dat het bewijs niet strikt dient te worden uitgesloten, indien het gestolen is door de opsporingsambtenaar, doet geen afbreuk aan de omstandigheid dat de opsporingsambtenaar gestraft dient te worden voor de gepleegde diefstal. Net omwille van de kritiek die er werd geleverd op de relativering van de bewijsuitsluitingsregel, denk ik dat een gepaste sanctionering van de opsporingsambtenaar ervoor kan zorgen dat wispelturig overheidsoptreden in de toekomst vermeden kan worden omwille van het afschrikkend effect, dat het met zich meedraagt. De idee van een controlerende instantie wordt hier door BORGERS opgeworpen.¹²⁹ Echter blijkt uit de cijfergegevens van zowel Comité P als de Nederlandse nationale politie dat er intern niet zwaarwichtig genoeg wordt opgetreden ten aanzien van gepleegde onrechtmatigheden.¹³⁰ In vele gevallen gaan deze opsporingsambtenaren immers vrijuit. En dat is net waar het schoentje wringt! Omwille van de onderlinge solidariteit die er tussen de politieambtenaren heerst, monden de aantijgingen vaak uit in een buitenverdenkingstelling. We moeten ons er bewust van zijn dat deze interne solidariteit in geen geval weg te denken is. Vaak is het zo dat zij, met het opsporingsonderzoek belast, reeds jarenlang samenwerken en het dus, omwille van de vertrouwensband, voor elkaar zullen opnemen. Dus de idee dat BORGERS naar voren schuift is op papier vast en zeker overtuigd, maar of het in de realiteit effectief tot de sanctionering van de onrechtmatigheden leidt, is niet zo zeker.

¹²⁷ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 263-264.

¹²⁸ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 263-264.

¹²⁹ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 263-264.

¹³⁰ VAST COMITÉ VAN TOEZICHT OP POLITIEDIENSTEN, *Jaarverslag 2013*, www.comitep.be/2013/2013NL.pdf; NATIONALE POLITIE, *Jaarverslag 2013*, www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/jaarverslag/jshfg/jaarverslag-2013-nationale-politie.pdf.

4.4. De (on)bruikbaarheid van bewijsmateriaal, dat door een particulier gestolen is

4.4.1. Het Belgische juridisch kader

4.4.1.1. De evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie

Voor het mijlpaal-arrest van 14 oktober 2003 en dus ook voor de invoeging van artikel 32 in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, opteerde het Hof van Cassatie steeds voor de uitsluiting van het bewijsmateriaal, indien onrechtmatig verkregen door opsporingsambtenaren. Echter, indien het bewijsmateriaal onrechtmatig werd vergaard door een particuliere burger, benaderde het Hof van Cassatie deze situatie op een meer genuanceerde wijze. Het Cassatie-arrest van 17 januari 1990 had betrekking op bewijsmateriaal, dat door een burger op bedrieglijke wijze was weggenomen, zonder enig medeweten van zij, die met onderzoek belast waren.¹³¹ De burger overhandigde het bewijs aan een persoon, die het op zijn beurt overdroeg aan de politiediensten. Het Hof van Cassatie oordeelde hier dat het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet buiten beschouwing moest worden gelaten en de strikte bewijsuitsluiting hier dus geen toepassing vond. In acht genomen de omstandigheden waarin het aantekenboekje dat de "zwarte" boekhouding bevatte, in het bezit was gekomen van de gerechtelijke instanties, het feit dat de met het onderzoek belaste personen en de aangever geen enkele onrechtmatige daad hadden gepleegd om in het bezit te komen van dat stuk en dat er dus geen verband bestond tussen de diefstal van het litigieuze boekje en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen, diende het bewijs niet te worden uitgesloten. Er werd immers geen enkele inbreuk gepleegd op de substantiële regels van de rechtspleging, waaronder het recht van verdediging.¹³²

Het Hof van Cassatie beoordeelde het bewijs, door een opsporingsambtenaar onrechtmatig verkregen anders dan het bewijs, dat een particulier onrechtmatig vergaard heeft. Indien een opsporingsambtenaar het bewijs onrechtmatig verkrijgt, werd dit bewijsmateriaal voorheen op een strikte wijze geweerd uit het strafdossier. Dit in tegenstelling tot de meer gerelativeerde aanpak van het Hof van Cassatie, indien het bewijs werd vergaard door een particuliere burger. De strengere behandeling van het door opsporingsambtenaren gestolen bewijs door het Hof van Cassatie zou, naar eigen zeggen, te wijten zijn aan het wettelijke mandaat, waarnaar de opsporingsambtenaren zich dienen te schikken.¹³³ Opsporingsambtenaren mogen enkel binnen het kader van dit wettelijke mandaat bewijsmateriaal verzamelen. Dit bewijsmateriaal wordt door de feitenrechter enkel in acht genomen indien het op een legale wijze en dus in overeenstemming met

¹³¹ Cass. 17 januari 1990, nr. 7831, www.cass.be; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 491; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T. Strafr.* 2007, 58-59.

¹³² Cass. 17 januari 1990, nr. 7831, www.cass.be; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 491; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T. Strafr.* 2007, 58-59.

¹³³ Cass. 17 januari 1990, nr. 7831, www.cass.be; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 491; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T. Strafr.* 2007, 58-59.

het wettelijke mandaat, verkregen is.¹³⁴ Een particulier daarentegen beschikt niet over zo'n wettelijk mandaat, maar rechtvaardigde dit de minder strenge aanpak van het door de particuliere burger onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal?

Het Hof van Cassatie geeft zelf het antwoord op deze vraag en maakt in zijn arrest van 23 maart 2004 resoluut komaf met het voorheen gemaakte onderscheid tussen enerzijds het door de opsporingsambtenaar onrechtmatig verkregen bewijs en anderzijds het door een particulier onrechtmatig vergaard bewijs.¹³⁵ Het Hof van Cassatie was van oordeel dat het onderscheid tussen beide categorieën bewijs niet langer relevant was. De feitenrechter, die te kampen krijgt met bewijsmateriaal, dat door het plegen van een onrechtmatigheid vergaard is, dient steeds na te gaan of het bewijsmateriaal aan één van de drie toetsstenen voldoet ex artikel 32 V.T.Sv., los van het feit of de onrechtmatigheid begaan is door een particulier of door een opsporingsambtenaar. Het bewijsmateriaal, vergaard door opsporingsambtenaren wordt dus niet langer strenger beoordeeld omwille van hun wettelijke mandaat. Cassatie beschouwt de onrechtmatigheid, begaan door een opsporingsambtenaar even ernstig als de onrechtmatigheid, die een particulier pleegt.¹³⁶

4.4.1.2. Bewijs, verkregen door een verschoonbare diefstal tussen echtgenoten

Artikel 462 van het Belgische Strafwetboek bepaalt dat:

“Diefstallen gepleegd door een gehuwde ten nadele van zijn echtgenoot, door een weduwnaar of een weduwe wat zaken betreft die aan de overleden echtgenoot hebben toebehoord, door afstammelingen ten nadele van hun bloedverwanten in de opgaande lijn, door bloedverwanten in de opgaande lijn ten nadele van hun afstammelingen, of door aanverwanten in dezelfde graden, geven alleen aanleiding tot burgerrechtelijke vergoeding.”¹³⁷

Deze wetsbepaling zorgt ervoor dat een diefstal tussen echtgenoten, tussen een weduwnaar/weduwe en de overleden echtgenoot, tussen afstammelingen en bloedverwanten in opgaande lijn en tussen aanverwanten in dezelfde graden verschoonbaar is. De immuniteit, waarover deze categorieën van personen beschikken, is een absolute, beslissende en straf uitsluitende verschoningsgrond.¹³⁸ Dit zorgt ervoor dat de onderzoeksrechter de verschoningsgrond dient vast te stellen en de verdachte bijgevolg aan de strafrechtelijke vervolging ontsnapt.¹³⁹ Desondanks de aanwezigheid van alle constitutieve bestanddelen van het eigendomsdelict, zal de pleger ervan niet aan een straf onderworpen worden.¹⁴⁰

¹³⁴ Cass. 17 januari 1990, nr. 7831, www.cass.be; S. BERNEMAN, “Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel”, *T. Strafr.* 2005, 491; F. SCHUERMANS, “De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven”, *T. Strafr.* 2007, 58-59.

¹³⁵ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 84.

¹³⁶ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 84.

¹³⁷ Artikel 462 Strafwetboek, BS 9 juni 1867.

¹³⁸ D. MERCKX, “Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten”, *OSS* 2003, 59; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 310-313.

¹³⁹ D. MERCKX, “Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten”, *OSS* 2003, 69.

¹⁴⁰ D. MERCKX, “Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten”, *OSS* 2003, 59.

Het was de bedoeling van de wetgever, door de creatie van deze straf uitsluitende verschoningsgrond, de familiale banden intact te houden. Hij was van mening toegedaan dat de strafrechtelijke beteugeling van het familielid niet opwoog tegen de gevolgen, die de strafrechtelijke vervolging zou hebben binnen de familie. De vervolging zou enkel en alleen maar verdeeldheid teweeg brengen. Daarnaast was de wetgever zich ervan bewust dat het binnen een familie niet steeds evident is de eigendomsrechten van de verschillende familieleden nauwkeurig af te bakenen. Enkel indien een goed wordt weggenomen dat toebehoort aan een ander persoon, kan er sprake zijn van diefstal.¹⁴¹

De verschoonbaarheid van het eigendomsdelict heeft echter geen invloed op de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijsmateriaal.¹⁴² Indien de ene echtgenoot een goed steelt van de ander, teneinde het aan te wenden als bewijsmateriaal voor de rechter, dienen deze bewijsgegevens nog steeds onderworpen te worden aan de Antigoontoets, uit artikel 32 V.T.Sv. De verschoningsgrond uit artikel 462 Strafwetboek doet hier geen afbreuk aan. Voor de toetsing van het door de echtgenoot gestolen bewijsmateriaal, dien ik te verwijzen naar *supra* paragraaf 4.3.1. In deze paragraaf stel ik vast dat de feitenrechter het gestolen bewijsmateriaal buiten beschouwing *kan* (eigen cursivering) laten indien hij rekening houdt met het opzettelijkheids criterium, zoals het Hof van Cassatie voorschreef in zijn arrest van 23 maart 2004.¹⁴³ Het Cassatie-arrest van 31 oktober 2006 sprak zich immers enkel uit over "*de overheid, die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast*".¹⁴⁴ In het geval van een diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten zou het bedrieglijk opzet wel eens in de weg kunnen staan van de toelaatbaarheid van het vergaarde bewijsmateriaal.¹⁴⁵ Let wel, de feitenrechter is niet verplicht rekening te houden met het opzettelijke karakter van het gepleegde misdrijf.¹⁴⁶ Dit zorgt ervoor dat de (on)bruikbaarheid van het bewijsmateriaal volledig afhankelijk is van de beoordeling door de feitenrechter *in concreto*. De feitenrechter kan daarbij de keuze maken of hij het gestolen bewijsmateriaal al dan niet in overweging zal nemen.

4.4.2. [Het Nederlands juridisch kader](#)

4.4.2.1. [De rechtspraak van de Hoge Raad](#)

Artikel 359a Wetboek van Strafvordering geeft de feitenrechter een overzicht van de rechtsgevolgen, die hij kan verbinden aan niet te herstellen vormverzuimen, gepleegd tijdens het vooronderzoek. Een vormverzuim kan bestaan uit de overtreding van een wettelijke bepaling inzake de strafprocedure, een gedraging zonder wettelijke bevoegdheid ertoe of uit de overtreding

¹⁴¹ D. MERCKX, "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, 59; B. KETELS en W. DE BONDT, "*En famille, trompe qui peut?* Over de verstreken houdbaarheidsdatum van de strafuitsluiting voor bepaalde intrafamiliale vermogensdelicten", *Nullum Crimen* 2008/1, 46-50.

¹⁴² J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

¹⁴³ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁴⁴ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T.Strafr.* 2007, 55-56; F. SCHUERMANS, "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?", *T.Strafr.* 2009, 156.

¹⁴⁵ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁴⁶ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

van regels van ongeschreven recht of beginselen van behoorlijk procesrecht.¹⁴⁷ Deze wettelijke normen leggen het overheidsoptreden aan banden en zorgen ervoor dat zij, gedurende het strafrechtelijk onderzoek, informatie kunnen verzamelen binnen het voorgeschreven wettelijke kader.¹⁴⁸

Dit heeft tot gevolg dat artikel 359a Wetboek van Strafvordering niet van toepassing is indien een particuliere burger een onrechtmatigheid pleegt. VAN WOENSEL besteedt in zijn stuk de nodige aandacht aan het bewijsmateriaal dat onrechtmatig is verkregen door particuliere burgers, die het naderhand overhandigen aan de zij, die met het onderzoek belast zijn. VAN WOENSEL verwijst daarbij naar de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁴⁹ De Hoge Raad is van oordeel dat de feitenrechter geen enkel rechtsgevolg dient te verbinden aan onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, indien de onrechtmatigheid niet verwijtbaar is aan de overheid.¹⁵⁰ Dit zorgt ervoor dat de feitenrechter het door een burger gestolen bewijsmateriaal zonder enige aarzeling in acht kan nemen en het opzettelijke karakter van de onrechtmatigheid als overbodig wordt beschouwd.

4.4.2.2. Het bewijsmateriaal vergaard ten gevolge van diefstal tussen echtgenoten

Artikel 316 Wetboek van Strafrecht bepaalt dat:

“1. Indien de dader van of medeplichtige aan een der in deze titel omschreven misdrijven de niet van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoot is van hem tegen wie het misdrijf is gepleegd, is de strafvervolgning tegen die dader of die medeplichtige uitgesloten.

2. Indien hij zijn van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoot is of zijn bloed- of aanverwant, hetzij in de rechte linie, hetzij in de tweede graad van de zijlinie, heeft de vervolging, voor zover hem betreft, alleen plaats op een tegen hem gericht klacht van degene tegen wie het misdrijf is gepleegd.

3. Indien het vorige lid van toepassing is, neemt de termijn bedoeld in artikel 66 een aanvang op de dag nadat de identiteit van de verdachte aan de tot de klacht gerechtigde bekend werd.”¹⁵¹

Artikel 316 Wetboek van Strafrecht voorziet in een vervolgingsuitsluiting indien de ene echtgenoot een vermogensdelict pleegt ten aanzien van de ander. De vervolgingsuitsluiting vindt echter een

¹⁴⁷ M. GROENHUIJSEN, “Illegally obtained evidence: an analysis of new trends in the criminal justice system of the Netherlands” in X., *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Tilburg University, 2008, 91-114.

¹⁴⁸ J. NIJBOER, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 120-121.

¹⁴⁹ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, aangehaald door A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 1-25.

¹⁵⁰ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, aangehaald door A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 1-25; A. VAN WOENSEL, “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs”, *T. Strafr.* 2004, 21.

¹⁵¹ Artikel 316 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1985, 115.

ruimer toepassingsgebied: zo is de vervolgingsuitsluiting niet enkel van toepassing op het eigendomsdelict, maar ook op de afpersing, verduistering, bedrog en vernieling of beschadiging.¹⁵²

Artikel 316, eerste lid Sr vindt enkel toepassing indien de dader en het slachtoffer van het vermogensdelict met elkaar gehuwd zijn. Artikel 90octies Wetboek van Strafrecht geeft een ruimere definitie aan 'het huwelijk' en doet ook het geregistreerd partnerschap eronder resulteren.¹⁵³ Het tweede lid van artikel 316 Wetboek van Strafrecht bepaalt dat indien de echtgenoten van tafel en bed of van goederen gescheiden zijn, de vervolging ten aanzien van de dader enkel mogelijk is indien het slachtoffer een klacht indient tegen de dader. Dit laatste heeft tot gevolg dat de vervolgingsuitsluiting enkel betrekking heeft op vermogensdelicten, gepleegd door echtgenoten, onder het stelsel van gemeenschap van goederen gehuwd. Indien zij gehuwd zijn onder het stelsel van scheiding van goederen kan de vervolging wel worden ingesteld, na een klacht van het slachtoffer.¹⁵⁴

De *ratio legis*, die verscholen zit achter deze bepaling, is het belang van het gezin en de familie.¹⁵⁵ De wetgever trachtte door de invoeging van deze wetsbepaling in het Wetboek van Strafrecht zijn handen af te houden van de eenheid en de gemeenschap, die het echtpaar vormt. De vervolging van de ene echtgenoot ten aanzien van de ander zou echter de harmonie verbreken en onrust wekken binnen het gezin.¹⁵⁶ De buitenvervolgstelling van de dader heeft de straffeloosheid tot gevolg.¹⁵⁷

Echter heeft de straffeloosheid geen impact op het gestolen bewijsmateriaal *in se*.¹⁵⁸ Gezien de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals in *supra* paragraaf 4.4.2.1. vermeld, dient de feitenrechter ook helemaal geen rekening te houden met de gepleegde diefstal teneinde het bewijsmateriaal te kunnen gebruiken. Volgens de Hoge Raad dient de feitenrechter het onrechtmatig karakter van het bewijsmateriaal niet in acht te nemen, indien politieambtenaren niet betrokken zijn bij de gepleegde diefstal.¹⁵⁹ Dit wil zeggen dat een echtgenoot een eigendomsdelict kan plegen ten aanzien van zijn man of vrouw en daarbij het gestolen bewijsmateriaal kan overhandigen aan

¹⁵² S. VAN DER AA, "What's yours is mine until death do us part? Over de vervolgingsuitsluiting bij vermogensdelicten binnen het huwelijk", *Delikt en Delinkwent* 2013, 760.

¹⁵³ Artikel 90octies Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1997, 660; S. VAN DER AA, "What's yours is mine until death do us part? Over de vervolgingsuitsluiting bij vermogensdelicten binnen het huwelijk", *Delikt en Delinkwent* 2013, 760-770.

¹⁵⁴ Artikel 316 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1985, 115.

¹⁵⁵ S. VAN DER AA, "What's yours is mine until death do us part? Over de vervolgingsuitsluiting bij vermogensdelicten binnen het huwelijk", *Delikt en Delinkwent* 2013, 764.

¹⁵⁶ S. VAN DER AA, "What's yours is mine until death do us part? Over de vervolgingsuitsluiting bij vermogensdelicten binnen het huwelijk", *Delikt en Delinkwent* 2013, 763-767.

¹⁵⁷ S. VAN DER AA, "What's yours is mine until death do us part? Over de vervolgingsuitsluiting bij vermogensdelicten binnen het huwelijk", *Delikt en Delinkwent* 2013, 765.

¹⁵⁸ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

¹⁵⁹ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, A. VAN WOENSEL, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs', *T. Strafr.* 2004, 1-25.

justitie. Justitie dient dit gestolen bewijsmateriaal niet buiten beschouwing te laten en kan naar aanleiding van deze bewijsgegevens een opsporingsonderzoek starten.¹⁶⁰

4.4.3. De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering

Wat opmerkelijk is, is dat er omtrent het door particulieren onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal, een heel pak minder inkt gevloeid is dan met betrekking tot het onrechtmatig bewijs, verkregen door opsporingsambtenaren. Het Hof van Cassatie en de Hoge Raad spreken echter beide klare taal.

Het Belgische Hof van Cassatie zette in 2004 een punt achter het voorheen gemaakte onderscheid tussen het bewijs onrechtmatig vergaard door particuliere burgers en opsporingsambtenaren.¹⁶¹ Het Hof was van oordeel dat de feitenrechters beide categorieën bewijs op dezelfde wijze dienden te behandelen. Dit heeft tot gevolg dat ook het gestolen bewijsmateriaal door een particulier onderworpen is aan artikel 32 V.T.Sv. Net zoals ik reeds concludeerde in *supra* paragraaf 4.3.1. van dit onderzoek, zal het gestolen bewijsmateriaal de Antigoontoets zonder enige moeite kunnen doorstaan. Immers doet door diefstal verkregen bewijsmateriaal noch afbreuk aan de op straffe van nietigheid omschreven vormvereisten, noch aan de betrouwbaarheid van het bewijs. Toch zou de conclusie dat gestolen bewijsmateriaal door een particuliere burger steeds in acht zal worden genomen, iets te kort door de bocht zijn. Gelet op het Cassatie-arrest van 23 maart 2004, *kan* (eigen cursivering) de feitenrechter, bij de beoordeling omtrent de al dan niet schending van het recht op een eerlijk proces, rekening houden met het opzettelijkheids criterium, het belangenafwegingscriterium en het materieel criterium.¹⁶² De feitenrechter zou dus het door de particulier gestolen bewijsmateriaal kunnen uitsluiten, aangezien er sprake is van een opzettelijk karakter. De feitenrechter kan er immers niet omheen dat de particuliere burger dit bewijsmateriaal met opzet heeft weggenomen om het aan te wenden voor de feitenrechter en kan het bijgevolg buiten beschouwing laten. Let wel, dit is geen verplichting voor de feitenrechter waardoor het opnieuw afhankelijk is van de beoordeling *in concreto* door de feitenrechter.¹⁶³

Dit in tegenstelling tot de Nederlandse Hoge Raad. De Hoge Raad is van mening toegedaan dat het opzettelijk karakter van het gepleegde misdrijf irrelevant is voor de beoordeling van het vergaarde bewijsmateriaal, indien de overheid op geen enkele manier betrokken is bij de onrechtmatigheid.¹⁶⁴ Daar waar de Belgische wetgever en het Hof van Cassatie het vergaarde bewijsmateriaal door particuliere burgers en opsporingsambtenaren op dezelfde wijze trachten te behandelen, slaan de Hoge Raad en de Nederlandse wetgever een heel andere weg in. De Nederlandse feitenrechter kan,

¹⁶⁰ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, A. VAN WOENSEL, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs', *T. Strafr.* 2004, 1-25.

¹⁶¹ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁶² Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁶³ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁶⁴ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25.

gelet op de verschillende benaderingen van artikel 359a Wetboek Strafvordering, moeilijk anders dan rechtsgevolgen toekennen aan door opsporingsambtenaren gestolen bewijsmateriaal (*cf. supra* paragraaf 4.3.2.). Het bewijsmateriaal dat particuliere burgers stelen, benadert de Hoge Raad dan weer totaal anders. De mening van de Hoge Raad is dat door particulieren gestolen bewijsmateriaal door justitie in overweging kan worden genomen teneinde een opsporingsonderzoek te starten.¹⁶⁵

Indien de Belgische en de Nederlandse feitenrechters het bewijsmateriaal, verkregen door een verschoonbare diefstal tussen echtgenoot, dienen te beoordelen, mondt dit uit in verschillende benaderingen. Daar waar de Belgische feitenrechter het gestolen bewijsmateriaal dient te onderwerpen aan de Antigoontoets uit artikel 32 V.T.Sv., dient de Nederlandse feitenrechter de onrechtmatigheid, waarmee het bewijs vergaard is, niet in overweging te nemen bij de beoordeling van het bewijsmateriaal. Enkel indien de opsporingsambtenaar in zekere mate betrokken is bij de diefstal, dient de Nederlandse feitenrechter het gestolen bewijsmateriaal te toetsen aan artikel 359a Sv. In zoverre dit niet het geval is, is het bewijsmateriaal niet onderhevig aan artikel 359a Wetboek van Strafvordering en is de gepleegde onrechtmatigheid irrelevant voor de beoordeling van de (on)bruikbaarheid van het bewijsmateriaal.

Ik denk dat een kritische analyse hier zeker op zijn plaats is. Daar waar ik in *supra* paragraaf 4.3.3. van mening was toegedaan dat waarheidsvinding dient te prevaleren, nuanceer ik in deze paragraaf mijn mening daaromtrent. Het bewijsmateriaal, gestolen door een opsporingsambtenaar dient, naar mijn mening, op een andere manier benaderd te worden dan de bewijsgegevens, die door een particuliere burger gestolen zijn. Het bewijsmateriaal vergaard gedurende een huiszoeking kan de feitenrechter onmogelijk even streng beoordelen als het bewijs dat de particuliere burger heeft vergaard door het plegen van een diefstal. Toch oordeelde het Belgische Hof van Cassatie in haar arrest van 23 maart 2004 dat het onderscheid tussen het door een particulier onrechtmatig verkregen bewijs en het bewijs, door een opsporingsambtenaar onrechtmatig vergaard, niet langer relevant zou zijn.¹⁶⁶ Echter beschikt de opsporingsambtenaar over verschillende opsporingsmethoden teneinde het opsporingsonderzoek te voeren en daarbij het nodige bewijsmateriaal te verzamelen om dit over te leggen aan de feitenrechter. De gelijkstelling tussen particuliere burgers en opsporingsambtenaren zou ervoor zorgen dat er machtsmisbruik in hoofde van de opsporingsambtenaren wordt veroorzaakt. De wetgever creëerde voor opsporingsambtenaren een wettelijk kader, waarbinnen zij dienen te fungeren. De ruimte die de wet hen biedt, zou ertoe kunnen leiden dat opsporingsambtenaren zich in een 'bevoorrechte' positie wanen en daarbij geneigd zullen zijn bewijsmateriaal te stelen, bijvoorbeeld tijdens een huiszoeking, met het idee dat zij hier toch gemakkelijk mee weg zullen komen.¹⁶⁷ Door de vermeende 'bevoorrechte' positie van de opsporingsambtenaar, kan de opsporingsambtenaar ook

¹⁶⁵ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25.

¹⁶⁶ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁶⁷ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 73-76; F. VERBRUGGEN, "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoedersarrest" als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", *T. Strafr.* 2006, 26-31; S. BERNEMAN, "Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 505-507.

eenvoudiger over de nodige informatie beschikken teneinde een ander persoon hiermee af te persen, te bedreigen, Door te voorkeur te geven aan dit uitgangspunt, treed ik noch de visie van de Belgische rechtspraak, noch deze van de Nederlandse rechtspraak bij. Daar het Hof van Cassatie van oordeel is dat gestolen bewijsmateriaal van beide categorieën (particulieren en opsporingsambtenaren) op dezelfde wijze dient behandeld te worden, leidt dit in de praktijk tot een mildere behandeling van het bewijsmateriaal, door opsporingsambtenaren gestolen.¹⁶⁸ Evenzeer ben ik het oneens met de Nederlandse Hoge Raad, daar zij het bewijsmateriaal dat door een particulier gestolen is als zijnde bruikbaar beschouwen, zonder dit bewijs aan enige toetsing te onderwerpen. Gelet op het feit dat zowel particulieren als opsporingsambtenaren geen diefstal plegen zonder de aanwezigheid van kwaad opzet, is het dus, naar mijn mening, niet mogelijk dat het door een particuliere burger gestolen bewijsmateriaal niet onderhevig is aan de toetsing ex artikel 359a Wetboek van Strafvordering.

Zoals ik reeds in *supra* paragraaf 4.3.3. opmerkte is de in acht name van het opzettelijk karakter van de diefstal wel een mogelijke oplossing, dit in beide rechtssystemen. Dit zou ertoe leiden dat in het Belgische rechtssysteem het door de opsporingsambtenaar gestolen bewijsmateriaal wél als onbruikbaar *kan* (eigen cursivering) worden beschouwd en daarbij, net zoals het door een particulier gestolen bewijsmateriaal, onderhevig is aan artikel 32 V.T.Sv., in samenhang met het Cassatie-arrest van 23 maart 2004.¹⁶⁹ Ook indien de Nederlandse rechtspraak en wetgeving het opzettelijke karakter van de diefstal in overweging zouden nemen, leidt dit ertoe dat het gestolen bewijs door een particulier niet automatisch als zijnde bruikbaar wordt beschouwd. Naar mijn mening dient de Nederlandse feitenrechter daarbij het gestolen bewijsmateriaal te toetsen aan artikel 359a Sv, irrelevant of de diefstal gepleegd is door een particulier of door een opsporingsambtenaar. Bijkomend dient de Nederlandse wetgever het toepassingsgebied van de bepaling uit te breiden naar alle onrechtmatigheden, die gepleegd zijn teneinde bewijs te vergaren en niet louter te beperken tot de vormverzuimen, tijdens het vooronderzoek gepleegd?

Net zoals dit het geval is indien de opsporingsambtenaar het bewijsmateriaal steelt, heeft de al dan niet uitsluiting van het bewijsmateriaal geen enkele invloed op de strafbaarstelling van de particuliere burger. Dit met uitzondering van de situatie waarin een echtgenoot goederen steelt. De stelende echtgenoot wordt immers zowel in het Belgische als in het Nederlandse recht in respectievelijk artikel 462 Strafwetboek en artikel 316 Wetboek van Strafrecht straffeloos gesteld. Alle overige particuliere burgers kunnen door de strafrechter strafbaar worden gesteld, op grond van artikel 461 Belgisch Strafwetboek of artikel 310 Nederlands Wetboek van Strafvordering. Indien aan de constitutieve bestanddelen van het delict voldaan zijn, zal de particuliere burger bestraft worden omwille van het plegen van een diefstal.

¹⁶⁸ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

¹⁶⁹ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, BS 25 april 1878; Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

4.5. Het gestolen bewijsmateriaal door een opsporingsambtenaar of een particulier, bij de uitvoering van bijzondere opsporingsmethoden

4.5.1. Het Belgisch juridisch kader

4.5.1.1. Het plegen van een diefstal in het kader van bijzondere opsporingsmethoden

Niet enkel het Openbaar Ministerie maar ook de politie speelt een belangrijke rol in de onderzoeksfase. Volgens artikel 8 Wetboek van Strafvordering en artikel 15, 1° Wet Politieambt is het de taak van de gerechtelijke politie de misdaden, wanbedrijven en overtredingen op te sporen, bewijzen ervan te verzamelen en de daders over te leveren aan de rechtbanken, belast met hun bestraffing.¹⁷⁰

Om deze taak te vervullen, verrichten politieambtenaren verschillende onderzoeksdaden om zo de nodige gegevens en bewijzen van de misdaad, het wanbedrijf of de overtreding te verzamelen. De wetgever maakt een onderscheid tussen enerzijds de klassieke en anderzijds de bijzondere opsporingsmethoden. Dit onderscheid wordt gemaakt op grond van de risico's, de gevaren en de mogelijke inbreuk(en) op de fundamentele rechten, die verbonden zijn aan de bijzondere onderzoeksmethoden.¹⁷¹ De klassieke onderzoeksmethoden omvatten onder meer de huiszoeking en het plaatsbezoek. Deze onderzoeksmethoden zijn niet op een exhaustieve manier bij de wet bepaald. De Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden creëerde een wettelijke grondslag voor de bijzondere onderzoeksmethoden (afgekort als BOM).¹⁷² De regeling werd door het Wetboek van Strafvordering opgenomen onder boek I, hoofdstuk IV, afdeling III "de bijzondere opsporingsmethoden". Volgens artikel 47ter Sv. behoort de observatie, de infiltratie en de informantenwerking tot het limitatieve lijstje van de bijzondere opsporingsmethoden. De artikelen 47sexies, 47octies en 47decies Sv. definiëren achtereenvolgens de observatie, infiltratie en de informantenwerking. De observatie, infiltratie en informantenwerking hebben als doelstelling "*het vervolgen van daders van misdrijven, het opsporen, verzamelen, registreren en verwerken van gegevens en inlichtingen op grond van ernstige aanwijzingen van te plegen of reeds gepleegde, al dan niet aan het licht gebrachte strafbare feiten*".¹⁷³

Het zijn de door de Minister van Justitie aangewezen politiediensten die deze bijzondere opsporingsmethoden hanteren.¹⁷⁴ Dit zorgt ervoor dat het Wetboek van Strafvordering in beginsel geen ruimte laat voor observatie, infiltratie of informantenwerking door burgers. Dit omdat, zoals hierboven aangehaald, het uitoefenen van deze bijzondere opsporingsmethoden een zeer hoog risico met zich mee draagt, waar een gewone burger niet voldoende adequaat op zou kunnen

¹⁷⁰ Artikel 15, 1° Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, BS 22 december 1992.

¹⁷¹ S. MEEUS, "Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten", *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45; Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 34.

¹⁷² Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, BS 12 mei 2003.

¹⁷³ Artikel 47ter Wetboek van Strafvordering, BS 27 november 1808.

¹⁷⁴ Artikel 47ter Wetboek van Strafvordering, BS 27 november 1808.

reageren.¹⁷⁵ Echter kan er in uitzonderlijke omstandigheden toch geopteerd worden voor burgerinfiltratie. Volgens artikel 47*octies*, §1, tweede lid Wetboek van Strafvordering kan er in uitzonderlijke omstandigheden en mits uitdrukkelijke machtiging van de bevoegde magistraat, beroep worden gedaan op de deskundigheid van een persoon, die niet tot de politiediensten behoort, louter indien dit strikt noodzakelijk is voor het welslagen van de opdracht.¹⁷⁶ Enkel indien aan deze voorwaarden voldaan is, kan een burgerinfiltrant worden ingezet.

De artikelen 47*quater* en 47*quinquies* Wetboek van Strafvordering stellen grenzen aan de uitoefening van deze bijzondere opsporingsmethoden door enerzijds het verbod tot provocatie en anderzijds het verbod tot het plegen van misdrijven. Artikel 47*quater* Sv. bepaalt dat het een politieambtenaar verboden is, bij de tenuitvoerlegging van een bijzondere opsporingsmethode de verdachte te brengen tot andere strafbare feiten, dan deze waarop diens opzet reeds van tevoren was gericht. Een inbreuk op deze bepaling zou tot de onontvankelijkheid van de strafvordering leiden met betrekking tot de feiten, door middel van uitlokking gepleegd.¹⁷⁷ Verder legt ook artikel 47*quinquies* Wetboek Strafvordering een belangrijke restrictie op aan politiediensten en verbiedt in beginsel dat zij, in het kader van het gevoerde onderzoek, zélf strafbare feiten zouden plegen.¹⁷⁸ Immers wordt dit verbod gemilderd in artikel 47*quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering, dat bepaalt:

*“Blijven vrij van straf de politieambtenaren die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, mits uitdrukkelijk akkoord van de Procureur des Konings. Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de methoden worden aangewend en moeten noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het nagestreefde doel.”*¹⁷⁹

Artikel 47*quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering heft de strafwaardigheid van de strafbaar gestelde gedraging op. De verschoning doet daarbij geen afbreuk aan de wederrechtelijkheid en de schuld.¹⁸⁰ Deze straf uitsluitende verschoningsgrond is ook van toepassing op zij, die aan de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke en rechtstreekse hulp en bijstand hebben verleend en op de personen die, op grond van artikel 47*octies*, §1, tweede lid Sv., kortstondig werden ingeschakeld binnen de infiltratie omwille van hun deskundigheid.¹⁸¹ De straf uitsluitende

¹⁷⁵ S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45; Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 34.

¹⁷⁶ Artikel 47*octies*, §1, tweede lid Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

¹⁷⁷ Artikel 47*quater* Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808; J. MEESE, “Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden”, *NJW* 2003, 1134-1153; S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45.

¹⁷⁸ Artikel 47*quinquies* Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

¹⁷⁹ Artikel 47*quinquies* Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808; J. MEESE, “Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden”, *NJW* 2003, 1134-1153; S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45.

¹⁸⁰ F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 83.

¹⁸¹ Artikel 47*quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering, Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808; J. MEESE, “Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden”, *NJW* 2003, 1134-1153; S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536,

verschoningsgrond zorgt ervoor dat de politieambtenaar, en de personen zoals in artikel 47*quinquies*, §2, derde lid Wetboek Strafvordering, in de mogelijkheid verkeren een misdrijf te plegen en hiervoor buiten vervolging zullen worden gesteld, indien dit natuurlijk gebeurt in overeenstemming met de voorwaarden, gesteld zoals in artikel 47*quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering. De Regering wees er in het Wetsontwerp op dat politieambtenaren in sommige omstandigheden niet anders kunnen dan een misdrijf te plegen om de opdracht tot een goed einde brengen of om de veiligheid van zichzelf of die van andere, bij de operatie betrokken, personen veilig te stellen. Dit is de reden waarom de Wet van 6 januari 2003 opteert voor een straf uitsluitende verschoningsgrond ingeval de opsporingsambtenaar een misdrijf pleegt.¹⁸²

Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de misdrijven die voorzienbaar zijn en anderzijds deze die onvoorzienbaar zijn. Artikel 47*quinquies*, §3 Wetboek Strafvordering bepaalt dat de politieambtenaren schriftelijk én voorafgaand aan de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden de Procureur Des Konings op de hoogte dienen te stellen van de misdrijven, die zij voornemens zijn te plegen. Toch zullen de politieambtenaren en de personen, zoals in artikel 47*quinquies*, §2, derde lid Sv., vrij van straf zijn, ook als zij het misdrijf al gepleegd hebben, zonder schriftelijke en voorafgaande melding hiervan. Deze personen dienen achteraf de Procureur des Konings onverwijld in kennis te stellen en dit eveneens schriftelijk te bevestigen.¹⁸³

Het gebrek aan een exhaustieve opsomming van de specifieke misdrijven, die politieambtenaren, in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden, kunnen plegen, is volgens het Wetsontwerp betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden te wijten aan verscheidene redenen. Ten eerste zou het gebrek het gevolg zijn van het feit dat, op grond van de artikelen 47*sexies*, §4 en 47*octies*, §4, de Procureur des Konings in een afzonderlijke en schriftelijke beslissing de misdrijven omschrijft, die door de politiediensten en de personen, zoals in artikel 47*quinquies*, §2, derde lid Wetboek Strafvordering, in het kader van respectievelijk een observatie en een infiltratie gepleegd kunnen worden. Ten tweede zou het onmogelijk zijn alle situaties reeds op voorhand te voorzien, waarin de politieambtenaar verzeild kan geraken en dientengevolge genoodzaakt is een misdrijf te plegen. Tot slot werd er in het Wetsvoorstel op gewezen dat, indien er dergelijke limitatieve lijst zou zijn, criminele organisaties het zopas toegetreden lid op de proef zouden stellen, door hem een misdrijf te laten plegen, dat niet in de limitatieve lijst opgesomd staat en deze dus door de mand zou vallen.¹⁸⁴

4.5.1.2. De (on)bruikbaarheid van bewijs vergaard door middel van een verschoonbare diefstal

Het Hof van Cassatie lijkt begrip op te brengen voor de gevaarlijke situatie waarin politieambtenaren kunnen verkeren, indien zij gebruik maken van de observatie, de infiltratie en de

www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45; Artikel 47*quinquies*, §2, derde lid Wetboek van Strafvordering, BS 27 november 1808.

¹⁸² Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 22.

¹⁸³ Artikel 47*quinquies*, §3 Wetboek Strafvordering, BS 27 november 1808.

¹⁸⁴ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1134-1153; S. MEEUS, "Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten", *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45; Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 34.

informantenwerking. De verschoonbaarheid van het misdrijf heeft geen invloed op de al dan niet toelaatbaarheid van de verkregen bewijsgegevens.¹⁸⁵ Indien er, in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden, bewijs worden vergaard door middel van het plegen van een misdrijf, is dit bewijsmateriaal onderhevig aan de Antigooncriteria uit artikel 32 V.T.Sv. De feitenrechter verklaarde dat het vergaarde bewijs enkel nietig is indien de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.¹⁸⁶ Het vergaren van bewijsmateriaal door het plegen van een misdrijf, *in casu* diefstal, maakt geen overtreding van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste uit, noch zal het misdrijf de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal aantasten. Indien de feitenrechter het vergaarde bewijsmateriaal vervolgens toetst aan het recht op een eerlijk proces, kan hij mede in acht te nemen of de opsporingsambtenaar de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan, of de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt en of dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft.¹⁸⁷ Toch zorgt het opzettelijk plegen van een misdrijf er niet voor dat het vergaarde bewijsmateriaal buiten toepassing moet worden gelaten. Het Hof van Cassatie oordeelde immers in 2006 dat indien de overheid, die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, de onrechtmatigheid, bij de bewijsgaring, op een opzettelijke wijze heeft gepleegd, dit niet per se leidt tot de bewijsuitsluiting door de rechter.¹⁸⁸ Door deze Cassatie-uitspraak laat het Hof het opzettelijkheids criterium achterwege en is het opzettelijk karakter van de onrechtmatigheid niet langer één van de criteria, waarop de feitenrechter zich kan baseren indien hij zich uitlaat over de al dan niet schending van het recht op een eerlijk proces.

Dit alles in overweging genomen, is het een opsporingsambtenaar in beginsel verboden enig misdrijf te plegen in het kader van de Wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden. Toch is de opsporingsambtenaar toegelaten over te gaan tot het plegen van een misdrijf indien dit gebeurt in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, mits uitdrukkelijk akkoord van de Procureur des Konings.¹⁸⁹ Indien aan deze voorwaarden voldaan zijn, zal de opsporingsambtenaar vrij blijven van straf, desondanks de aanwezigheid van alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf.¹⁹⁰ Indien de opsporingsambtenaar bewijsgegevens zou stelen om zo de schuld van de verdachte te bewijzen, is het moeilijk de feitenrechter ervan te overtuigen dat hij deze diefstal pleegde "*ter verzekering van zijn eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken persoon*". Wel lijkt het mij mogelijk de feitenrechter te overhalen dat het plegen van een diefstal ervoor zou kunnen zorgen dat de opdracht in zijn opzet slaagt. Het kan immers mogelijk zijn dat de vervolgende partij

¹⁸⁵ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

¹⁸⁶ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878; Cass. 14 oktober 2003, nr. P030762N, www.cass.be.

¹⁸⁷ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁸⁸ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be; F. SCHUERMANS, "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T.Strafr.* 2007, 55-56; F. SCHUERMANS, "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?", *T.Strafr.* 2009, 156.

¹⁸⁹ Artikel 47 *quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

¹⁹⁰ Artikel 47 *quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

strafbare feiten pas zal kunnen bewijzen indien de stukken, die tot bewijs ervan strekken, op een onrechtmatige wijze verkregen zijn, bijvoorbeeld door het plegen van een diefstal. Indien de feitenrechter deze mening is toegedaan, zal de opsporingsambtenaar vrij van straf blijven.

De diefstal, die de burgerinfiltrant pleegt, is verschoonbaar op grond van artikel 47*quinquies*, §2 Sv. daar de verschoningsgrond eveneens van toepassing is op zij, die aan de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke en rechtstreekse hulp en bijstand hebben verleend en op de personen die, op grond van artikel 47*octies*, §1, tweede lid Sv., kortstondig werden ingeschakeld binnen de infiltratie omwille van hun deskundigheid.¹⁹¹ Opnieuw doet de verschoonbaarheid van het misdrijf geen afbreuk aan de onregelmatigheid die is gepleegd om bewijs te verzamelen.¹⁹² Het door de burgerinfiltrant gestolen bewijsmateriaal daarentegen zal niet in overweging worden genomen, gelet op de criteria, die Cassatie voorschrijft in zijn arrest van 23 maart 2004.¹⁹³ Het opzettelijkheids criterium, waar de feitenrechter mee rekening *kan* (eigen cursivering) houden, kan ertoe leiden dat het gestolen bewijs uitgesloten wordt. Echter is de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijs steeds onderhevig aan de appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter.

4.5.2. [Het Nederlands juridisch kader](#)

4.5.2.1. [Het plegen van een diefstal in het kader van bijzondere opsporingsmethoden](#)

De wettelijke regeling inzake de bijzondere opsporingsmethoden, die de Nederlandse politieambtenaren kunnen hanteren, is terug te vinden in het Eerste Boek, Titel IVA en Titel V van het Wetboek van Strafvordering. De Nederlandse wetgever maakt daarbij een onderscheid tussen enerzijds de inzet van bijzondere opsporingsmethoden door opsporingsambtenaren (Titel IVA) en anderzijds de bijstand in de opsporing door burgers (Titel V). De bepalingen uit Titel IVA bepalen de voorwaarden van en lichten achtereenvolgens de stelselmatige observatie (artikel 126g), de infiltratie (artikel 126h), de pseudo-verkoop of -dienstverlening (artikel 126i), de stelselmatige inwinning van informatie (artikel 126j), de bevoegdheden in een besloten plaats (artikel 126k), het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel (artikel 126l), het onderzoek naar communicatie (artikel 126la-126nb) en het vorderen van gegevens (artikel 126nc-126ni) toe.¹⁹⁴

Artikel 126h bepaalt de voorwaarden, die de wetgever stelt aan de infiltratie. De infiltratie kan plaatsvinden indien er sprake is van *“verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert”*.¹⁹⁵ Het gaat hier om een misdrijf waarbij de

¹⁹¹ Artikel 47*quinquies*, §2 Wetboek Strafvordering, Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808; J. MEESE, “Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden”, *NJW* 2003, 1134-1153; S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45; Artikel 47*quinquies*, §2, derde lid Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

¹⁹² J. MEESE, “Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden”, *NJW* 2003, 1141.

¹⁹³ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

¹⁹⁴ Eerste boek, Titel IVA Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

¹⁹⁵ Artikel 126h Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2008, 85.

plaatsing in voorlopige hechtenis is toegelaten.¹⁹⁶ Indien deze voorwaarden vervuld zijn, beschikt de Officier van Justitie over de mogelijkheid de infiltratie te bevelen, indien het onderzoek dit dringend vordert. Dit laatste is een uiting van het subsidiariteitsbeginsel en houdt in dat de infiltratie enkel inzetbaar is indien en voor zover overige opsporingsmethoden geen soelaas bieden.¹⁹⁷ De wetgever stelt daarbij uitdrukkelijk dat *“een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141, onderdeel b, deelneemt of medewerking verleent aan een groep van personen waarbinnen naar redelijkerwijs kan worden vermoed misdrijven worden beraamd of gepleegd.”*¹⁹⁸ Verder bepaalt artikel 126h, derde lid, puntje d) Sv dat het bevel tot infiltratie duidelijk dient te omschrijven op welke wijze de infiltratie wordt uitgevoerd, daarbij inbegrepen de strafbaar gestelde handelingen voor zover zij bij het geven van het bevel voorzien zijn.¹⁹⁹ Ook in artikel 126i Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de pseudo-verkoop of dienstverlening volstaat het voor de Nederlandse wetgever dat het bevel tot pseudo-verkoop of -dienstverlening *“de wijze waarop aan het bevel uitvoering wordt gegeven, daaronder begrepen strafbaar gesteld handelen”* omschrijft.²⁰⁰ Ingevolge het Nederlandse Wetboek van Strafvordering is de opsporingsambtenaar, in het licht van de infiltratie en de pseudo-verkoop of -dienstverlening, er dus toe gehouden misdrijven te plegen, in zoverre deze omschreven zijn in het bevel van de Officier van Justitie. Het bevel van de Officier van Justitie wordt beschouwd als een ambtelijk bevel, zoals in de zin van artikel 43 Wetboek van Strafrecht.²⁰¹ Artikel 43 Sr bepaalt dat: *“Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag”*.²⁰² Dit zorgt ervoor dat de strafbaarheid van het gepleegde feit wordt uitgesloten en opgeheven, waardoor de opsporingsambtenaar niet kan worden vervolgd voor de misdrijven, die hij pleegt in de uitvoering van de infiltratie of pseudo-verkoop of -dienstverlening.

Artikel 126w bepaalt dat ingeval een bevel, zoals in artikel 126h, eerste lid, niet kan worden gegeven, beroep kan worden gedaan op een burgerinfiltrant. Dit is een persoon, die geen opsporingsambtenaar is en bijstand kan verlenen aan de opsporing door *“deel te nemen aan of medewerking te verlenen aan een groep van personen waarbinnen naar redelijkerwijs kan worden vermoed misdrijven worden beraamd of gepleegd.”*²⁰³ De burgerinfiltrant mag, volgens artikel 126w, zesde lid, in beginsel geen strafbare handeling(en) stellen, tenzij hij/zij hiertoe voorafgaand schriftelijk de toestemming toe heeft gekregen van de Officier van Justitie.²⁰⁴

¹⁹⁶ G. CORSTENS, “Beginselen en bijzondere opsporingsbevoegdheden in België en Nederland” in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 704.

¹⁹⁷ G. CORSTENS, “Beginselen en bijzondere opsporingsbevoegdheden in België en Nederland” in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 704.

¹⁹⁸ Artikel 126h Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2008, 85.

¹⁹⁹ Artikel 126h Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2008, 85.

²⁰⁰ Artikel 126i Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2006, 300.

²⁰¹ Artikel 43 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881, 35; G. CORSTENS, “Beginselen en bijzondere opsporingsbevoegdheden in België en Nederland” in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 704.

²⁰² Artikel 43 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881.

²⁰³ Artikel 126w Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

²⁰⁴ Artikel 126w Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

Artikel 126v Wetboek van Strafvordering regelt de inzetbaarheid van een burgerinformant. In geval van verdenking van een misdrijf, kan Officier van Justitie bevelen dat "een opsporingsambtenaar met een persoon die geen opsporingsambtenaar is, overeenkomt dat deze voor de duur van het bevel bijstand verleent aan de opsporing door stelselmatig informatie in te winnen omtrent een verdachte, onderscheidenlijk een persoon ten aanzien van wie een redelijk vermoeden bestaat dat deze is betrokken bij het in het georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven".²⁰⁵ In tegenstelling tot de artikelen 126h, 126i en 126w Sv, voorziet de wetgever niet in de mogelijkheid voor de burgerinformant om misdrijven te plegen gedurende zijn bijstand aan het onderzoek.

4.5.2.2. De (on)bruikbaarheid van bewijs vergaard door middel van een verschoonbare diefstal

Het verschoonbaar karakter van de gepleegde misdrijven door opsporingsambtenaren, in de uitvoering van de infiltratie of de pseudo-verkoop of -dienstverlening, doet geen afbreuk aan de onrechtmatigheid, die gepleegd is teneinde het bewijsmateriaal te verzamelen.²⁰⁶ Dit heeft tot gevolg dat indien de opsporingsambtenaar, binnen de grenzen van het bevel van de Officier van Justitie, een diefstal pleegt, het daaruit vloeiend bewijsmateriaal onderhevig is aan de toetsing ex artikel 359a Wetboek van Strafvordering. De (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijsmateriaal is afhankelijk van de functie, die de feitenrechter toekent aan de wetsbepaling. Voor de uitvoerige bespreking en de gevolgtrekking hieruit verwijs ik naar *supra* paragraaf 3.3.2.3. en 4.3.2.

De Nederlandse wetgever voorziet in de mogelijkheid dat de burgerinfiltrant toestemming krijgt tot het plegen van misdrijven in de uitvoering van zijn onderzoek.²⁰⁷ De toestemming van de Officier van Justitie resulteert onder artikel 43 Wetboek van Strafrecht en leidt tot de verschoonbaarheid van het gepleegde misdrijf. Echter heeft de opheffing van de strafbaarstelling geen enkele invloed op de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijs.²⁰⁸ Het gestolen bewijsmateriaal zal bijgevolg onderhevig zijn aan artikel 359a Wetboek van Strafvordering, daar de onrechtmatigheid verwijtbaar is aan de overheid.²⁰⁹ De verwijtbaarheid aan de overheid zorgt ervoor dat de feitenrechter toch het onrechtmatig bewijs, door de burgerinfiltrant verkregen, dient te toetsen aan artikel 359a Sv.²¹⁰ Voor de uitvoerige bespreking en de gevolgtrekking hieruit verwijs ik naar *supra* paragraaf 4.3.2.

Gezien het feit dat de burgerinformant in beginsel niet gehouden is tot het plegen van misdrijven gedurende de bijstand, die hij verleent aan het onderzoek, geldt in dit geval dezelfde conclusie, als gemaakt in *supra* paragraaf 4.4.2. De Hoge Raad is van mening toegedaan dat de Nederlandse feitenrechter aan het door een particulier gestolen bewijsmateriaal geen rechtsgevolgen dient toe te kennen, zoals in artikel 359a Wetboek van Strafvordering. De enige voorwaarde die de Hoge Raad daaraan verbindt is dat de onrechtmatigheid niet te verwijten valt aan de overheid.²¹¹ Dit is *in casu* immers niet het geval daar artikel 126v Wetboek van Strafvordering de Officier van Justitie

²⁰⁵ Artikel 126v Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

²⁰⁶ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

²⁰⁷ Artikel 126w Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

²⁰⁸ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

²⁰⁹ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 21.

²¹⁰ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 21.

²¹¹ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 21.

niet in de mogelijkheid voorziet de burgerinformant een bevel te geven tot het plegen van misdrijven.²¹² Bijgevolg dient de feitenrechter het gestolen bewijsmateriaal in overweging te nemen.

4.5.3. [De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering](#)

De Belgische wetgeving inzake de bijzondere opsporingsmethoden is uitvoeriger geregeld dan de Nederlandse wetgeving daaromtrent. Wat betreft het plegen van misdrijven in de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden, verwijst de Nederlandse wetgever louter naar *“de wijze waarop aan het bevel uitvoering wordt gegeven, daaronder begrepen strafbaar gesteld handelen”*, beschreven in het bevel van de Officier van Justitie. De Belgische wetgever daarentegen bepaalt in artikel 47*quinqies*, §2 Wetboek Strafvordering *“Blijven vrij van straf de politieambtenaren die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, mits uitdrukkelijk akkoord van de Procureur des Konings. Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de methoden worden aangewend en moeten noodzakelijkerwijze evenredig zijn met het nagestreefde doel.”*²¹³ Daar voegt §3 aan toe dat opsporingsambtenaren schriftelijk, voorafgaand of achteraf de Procureur des Konings op de hoogte dienen te stellen van de misdrijven, die zij trachten te plegen of reeds gepleegd hebben.²¹⁴

Beide regelgevingen voorzien in een strafuitsluitingsgrond in artikel 47*quinqies*, §2 Belgisch Wetboek van Strafvordering en artikel 216h en 216i Nederlands Wetboek van Strafvordering, *iunto* artikel 43 Wetboek van Strafrecht. De strafuitsluitingsgrond in het Belgische recht is van toepassing op de opsporingsambtenaren, die in de uitvoering van de observatie, infiltratie of informantenwerking, misdrijven plegen. De Belgische wetgeving voorziet immers in beginsel niet in de mogelijkheid tot inzetten van burgers in de uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden omwille van het hoge risiconiveau.²¹⁵ Toch laat de wetgever de ruimte om in uitzonderlijke omstandigheden een beroep te doen op de deskundigheid van een burgerinfiltrant.²¹⁶ Dit in tegenstelling tot de Nederlandse wetgever die in titel V van het Eerste boek Sv uitdrukkelijk voorziet in de inzetbaarheid van burgers in het opsporingsonderzoek.²¹⁷ De opheffing van de strafwaardigheid in het Nederlandse recht heeft enkel betrekking op de misdrijven, die de Officier van Justitie in zijn bevel heeft omschreven.²¹⁸ Dergelijk bevel kan worden gegeven ingeval een opsporingsambtenaar wordt ingezet in de infiltratie of de pseudo-verkoop of -dienstverlening of indien de Officier van Justitie een burgerinfiltrant inschakelt.²¹⁹

²¹² Artikel 126v Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

²¹³ Artikel 47*quinqies* Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808; J. MEESE, “Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden”, *NJW* 2003, 1134-1153; S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45.

²¹⁴ Artikel 47*quinqies*, §3 Wetboek Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

²¹⁵ S. MEEUS, “Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten”, *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45; Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/001, 34.

²¹⁶ Artikel 47*octies*, §1, tweede lid Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808.

²¹⁷ Eerste boek, Titel V Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

²¹⁸ Artikel 43 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881.

²¹⁹ Artikel 126h Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2008, 85; Artikel 126i Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2006, 300; Artikel 126w Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245.

In beide rechtssystemen heeft de opheffing van de strafwaardigheid geen gevolgen voor de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijsmateriaal.²²⁰ De Belgische en Nederlandse feitenrechters dienen het gestolen bewijsmateriaal te toetsen aan respectievelijk artikel 32 V.T.Sv. en artikel 359a Sv. Daar het opzettelijk karakter in hoofde van de opsporingsambtenaar door de Belgische rechtspraak als zijnde irrelevant wordt beschouwd, zal de Belgische feitenrechter het door de opsporingsambtenaar gestolen bewijs waarschijnlijk bruikbaar achten.²²¹ Dit in tegenstelling tot het door de burgerinfiltrant gestolen bewijs. Hier *kan* de feitenrechter het opzettelijk karakter wél in overweging nemen en het bewijs buiten beschouwing laten.²²² De Nederlandse feitenrechter neemt het door de burgerinformant gestolen bewijs zonder appreciatie in acht. Het door de opsporingsambtenaar en de burgerinfiltrant gestolen bewijs, in uitvoering van de bijzondere opsporingsmethoden, dient de feitenrechter wel te toetsen aan artikel 359a Wetboek van Strafvordering. De beoordeling van de feitenrechter is daarbij afhankelijk van de functie, die hij toebedeelt aan het artikel.²²³

Zoals ik in *supra* paragraaf 4.3.1.3. en 4.4.3. uiteenzette, ben ik ook nu van mening toegedaan dat de Belgische en Nederlandse feitenrechters het opzettelijk karakter van het misdrijf in overweging moeten nemen teneinde zich uit te spreken over de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijs. De toelaatbaarheid van de Procureur des Konings of de Officier van Justitie teneinde het misdrijf te plegen en de strafuitsluitingsgrond doen immers geen afbreuk aan het feit dat het nog steeds om onrechtmatig bewijs gaat.²²⁴ Ook waar bijzondere opsporingsmethoden zijn ingezet, dient het gestolen bewijs toch te worden getoetst aan artikelen 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, dan wel aan artikel 359a Wetboek van Strafvordering. De in acht name van het opzettelijk karakter, irrelevant of de diefstal door een burger, dan wel door een opsporingsambtenaar gepleegd is, zorgt ervoor dat de gestolen bewijsgegevens allemaal aan dezelfde toetsing onderhevig zijn.

4.6. De invloed van het slachtoffer van de diefstal op de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijsmateriaal

4.6.1. Het Belgisch juridisch kader

Naast het onderscheid naargelang de dader van de diefstal, is het in het kader van dit onderzoek belangrijk eveneens een opdeling te maken, naargelang het slachtoffer van de diefstal. Ik maak hierbij het onderscheid tussen de situatie, waarin de opsporingsambtenaar of particulier het bewijsmateriaal steelt van de verdachte persoon, beklaagde of beschuldigde en de situatie, waarin het bewijsmateriaal gestolen wordt van een derde persoon.

In het jaar 2004, kwam de Commissie Strafprocesrecht opdraven met een wetsvoorstel teneinde het Wetboek van Strafprocesrecht te hervormen om zo te streven naar samenhang, coördinatie,

²²⁰ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

²²¹ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

²²² Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

²²³ Cf. *Supra* paragraaf 3.3.2.3. en 4.3.2.

²²⁴ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141.

leesbaarheid, doorzichtigheid, continuïteit en vernieuwing.²²⁵ Boek I van het Voorontwerp van het toekomstige wetboek heeft betrekking op de algemene beginselen. Hoofdstuk 4 van dat boek is toegewijd aan de nietigheidsgronden. Het hoofdstuk maakt een onderscheid tussen twee soorten nietigheidsgronden: de nietigheidsgronden van openbare orde en deze die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. De eerste categorie van nietigheidsgronden zullen limitatief opgesomd worden in een lijst, terug te vinden in artikel 7 van het toekomstige Wetboek. Het Wetsontwerp bepaalt dat er sprake is van nietigheid van openbare orde "*voor alle aangelegenheden die verband houden met de organisatie en de bevoegdheden van de strafgerechten, met de ondertekening van de akte en met de vermelding van de datum wanneer die noodzakelijk is om de gevolgen van de akte te beoordelen*". Verder beschouwt het wetsvoorstel ook de nietigheid inzake de huisvredebreuk, de huiszoeking, het afluisteren en onderzoeksmaatregelen die een schending van de lichamelijke integriteit uitmaken als zijnde van openbare orde. Artikel 9 van het Voorontwerp Wetboek van Strafvordering vermeldt de twee categorie van nietigheidsgronden, namelijk de relatieve nietigheidsgronden. Vooreerst stelt artikel 8 dat deze bij wet voorzien dienen te zijn en zijn deze, volgens artikel 9, onderworpen zijn aan de beperking dat deze nietigheidsgronden enkel ingeroepen kunnen worden door de persoon, wiens' belangen door de normschending aangetast zijn of indien deze de billijkheid van de procedure schaden. Overigens bepaalt artikel 10 van het Wetsvoorstel dat deze nietigheden zijn gedekt in twee gevallen: (i) indien uit de gedingstukken blijkt dat de niet-vermelde vorm werkelijk in acht is genomen en (ii) wanneer een vonnis of arrest van een feitenrechter dat geen maatregel van inwendige aard inhoudt, op tegenspraak is geweest zonder dat de nietigheden werden voorgedragen.²²⁶

Wat voor dit onderzoek belangrijk is, is de tweede categorie van nietigheidsgronden, die in artikel 9 van het Wetsvoorstel zijn opgenomen. Voor de opmaak van dit Wetsvoorstel heeft de Commissie Strafprocesrecht zich immers laten inspireren door de stelsels van nietigheden over de grenzen heen. Dit komt duidelijk naar voren in artikel 9 van het Wetsvoorstel. De Commissie Strafprocesrecht schuift hier de zogenaamde *Schutznorm* of relativeringseis naar voren. Het artikel schrijft voor dat de op straffe van nietigheid voorgeschreven bepalingen enkel ingeroepen kunnen worden door zij, die door de schending van de bepaling in hun belangen zijn geschaad of indien de schending de billijkheid van de procedure schaadt. Tot op heden is dit Wetsvoorstel nog steeds niet in werking getreden.²²⁷

In 2005 sprak ook het Hof van Cassatie zich uit over de relevantie van de *Schutznorm*. In haar arrest van 2 maart 2005 oordeelde Cassatie dat de feitenrechter in acht dient te nemen of de gepleegde onregelmatigheid al dan niet weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm wordt beschermd.²²⁸ Deze uitspraak van het Hof nam de heer Landuyt mee in de opmaak van het Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden in 2012.²²⁹ Hij stelde daarbij dat "*de sanctie van de nietigheid bovendien slechts kan*

²²⁵ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-450/1.

²²⁶ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-450/1.

²²⁷ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-450/1.

²²⁸ Cass. 2 maart 2005, nr. P041644F, www.cass.be.

²²⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 41.

worden uitgesproken voor zover er sprake is van concrete belangenschade. De nietigheid op grond van concrete belangenschade waarborgt immers het recht op een eerlijk proces.”²³⁰ De wetgever nam de concrete belangenschade niet mee op in het finale artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, doch blijft het een door de Cassatierechtspraak verankerd criterium, waar de feitenrechter moeilijk om heen kan.

Indien de Belgische feitenrechter wordt geconfronteerd met gestolen bewijsmateriaal, dient hij dit onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal te onderwerpen aan de Antigoontoets ex artikel 32 V.T.Sv. De Antigoonrechtspraak was echter blind voor de concrete belangenschade. Toch blijkt artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering een mildere variant van de *Schutznorm* te zijn, aangezien het artikel bepaalt dat de feitenrechter tot nietigheid van het verkregen bewijs dient te besluiten indien het gebruik van het bewijs strijdig is met het recht op een eerlijk proces.²³¹ Aangezien gestolen bewijsmateriaal noch afbreuk doet aan de naleving van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten, noch aan de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal, leidt dit er dientengevolge toe dat de nietigheid enkel nog verbonden kan worden aan het gestolen bewijsmateriaal indien het gebruik ervan strijdig zou zijn met het recht op een eerlijk proces. Met andere woorden beschikt de verdachte over de mogelijkheid zich te beroepen op de schending van zijn recht op een eerlijk proces teneinde de feitenrechter het gestolen bewijsmateriaal buiten toepassing zal laten. Nu stelt zich de vraag of hij zich erop kan beroepen in de situatie, wanneer het bewijsmateriaal gestolen is van de verdachte zelf en/of in de situatie waarin de bewijsgegevens zijn vergaard door middel van een diefstal bij een derde? Eerder in het onderzoek maakte ik reeds de conclusie dat de toetsing van het gestolen bewijs aan de criteria, in artikel 32 V.T.Sv. *iuncto* de Cassatie-arresten van 23 maart 2004 en 31 oktober 2006, ertoe leiden dat het door opsporingsambtenaren gestolen bewijsmateriaal ‘door de mazen van het net glipt’ en door de feitenrechter toelaatbaar kunnen worden geacht. Daarbij wordt er geen onderscheid gemaakt naargelang de plaats waar het bewijsmateriaal is gestolen en de persoon ten nadele van wie een goed is weggenomen. Enkel indien een particulier de diefstal pleegt, zou het opzettelijkheids criterium uit het Cassatie-arrest van 2004 hem ‘zuur kunnen (eigen cursivering) opbreken’ en ervoor zorgen dat het bewijsmateriaal als nietig wordt beschouwd.²³²

De conclusie die hierbij gemaakt kan worden is dat de relativiseringseis (of *Schutznorm*) een getemperde toepassing vindt in artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering. De verdachte kan zich beroepen op de schending van zijn recht op een eerlijk proces teneinde het gestolen bewijsmateriaal nietig te laten verklaren. Doch dien ik op te merken dat dit, mede in acht genomen door het Hof van Cassatie vooropgestelde facultatieve criteria, enkel een invloed heeft op de bruikbaarheid bewijsgegevens, door particulieren gestolen.²³³ De diefstal doet immers geen afbreuk aan het recht op een eerlijk proces van de verdachte persoon indien de opsporingsambtenaar de diefstal pleegt.²³⁴

²³⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 41.

²³¹ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878.

²³² Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

²³³ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

²³⁴ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

4.6.2. [Het Nederlands juridisch kader](#)

Artikel 359a, tweede lid Wetboek Strafvordering bepaalt de factoren, waarmee de Nederlandse feitenrechter rekening dient te houden, indien hij zich uitspreekt over een geschikt rechtsgevolg voor het gestolen bewijsmateriaal. Een eerste beoordelingsfactor is het belang dat het geschonden voorschrift dient, met andere woorden de *Schutznorm* of de relativeringseis.

Reeds eerder in het onderzoek werd aangegeven dat de Nederlandse Hoge Raad een groot belang toekent aan de relativeringseis en het bestaan van rechtens relevant nadeel.²³⁵ De *Schutznorm* of relativeringseis houdt in dat de feitenrechter enkel rechtsgevolgen kan verbinden aan onrechtmatig bewijsmateriaal indien diegene, die er zich op beroept, door de normschending in zijn belangen is geschaad.²³⁶ Artikel 310 van het Nederlands Wetboek van Strafrecht stelt het eigendomsdelict strafbaar. Dit heeft tot gevolg dat deze bepaling het vermogen, de eigendom en het bezit beschermt van de persoon, die het slachtoffer is van de diefstal.²³⁷ Dit leidt ertoe dat de Nederlandse feitenrechter enkel ertoe in staat is rechtsgevolgen toe te kennen aan het gestolen bewijsmateriaal indien het slachtoffer van de diefstal zich beroept op de onrechtmatigheid van het bewijsmateriaal. Daaropvolgend kan de conclusie worden gemaakt dat indien het gestolen bewijsmateriaal wordt aangewend ten aanzien van het slachtoffer van de diefstal, deze laatste zich kan beroepen op artikel 359a Wetboek van Strafvordering zodat de feitenrechter rechtsgevolgen *kan* (eigen cursivering) verbinden aan het desbetreffende bewijsmateriaal.²³⁸

A contrario kan de feitenrechter hieruit afleiden dat hij geen rechtsgevolgen dient te verbinden aan gestolen bewijsmateriaal, indien het wordt aangewend ten aanzien van een derde, en dus niet het slachtoffer van de diefstal. Artikel 310 Wetboek van Strafrecht beschermt immers enkel de belangen van de eigenaar van het gestolen goed, niet deze van een derde.²³⁹

Toch dient het onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin het gestolen bewijsmateriaal wordt gehanteerd ten aanzien van het slachtoffer van de diefstal en anderzijds de situatie waarin het bewijsmateriaal wordt aangewend ten opzichte van een derde op twee manieren gerelativeerd te worden. Enerzijds houdt artikel 359a Wetboek van Strafvordering geen verplichting in voor de feitenrechter, hij *kan* (eigen cursivering) rechtsgevolgen toekennen aan onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal, maar is hier zeker niet toe verplicht.²⁴⁰ Het is dus mogelijk dat beide situaties tot hetzelfde resultaat leiden daar de Nederlandse feitenrechter, zoals reeds eerder aangehaald, zijn oordeel kan beperken tot de vaststelling van het vormverzuim, zonder er verder enig rechtsgevolg aan te verbinden, desondanks de *Schutznorm*-theorie, vervat in artikel 359a Wetboek van Strafvordering.²⁴¹ Een tweede relativering van het onderscheid tussen beide situaties bestaat erin

²³⁵ M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 262.

²³⁶ J. NIJBOER, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 130.

²³⁷ V. VAN DER VELDEN, "Diefstal bij: Wetboek van Strafrecht, artikel 310" in C. CLEIREN, M. VERPALEN en J. CRIJNS, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014.

²³⁸ B. REYNAERTS, "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimen* 2013, 107.

²³⁹ V. VAN DER VELDEN, "Diefstal bij: Wetboek van Strafrecht, artikel 310" in C. CLEIREN, M. VERPALEN en J. CRIJNS, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014.

²⁴⁰ Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

²⁴¹ J. NIJBOER, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 127.

dat de feitenrechter over de mogelijkheid beschikt, op grond van het *Zwolsman*- en *Karman*-criterium, toch een rechtsgevolg, namelijk de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, toe te kennen aan gestolen bewijsmateriaal, zelfs indien de belangen van de verdachte niet geschaad zijn.²⁴² Dit zorgt er dus voor dat de toepassing van beide criteria ertoe leidt dat de *Schutznorm* buiten kijf wordt gezet indien het vormverzuim bestaat uit een ernstige inbreuk op de beginselen van behoorlijke procesorde waardoor er op een doelbewuste wijze of met grove veronachtzaming aan de belangen van de verdachte afbreuk is gedaan aan zijn/haar recht op een eerlijk proces of indien het vormverzuim het wettelijk systeem in de kern raakt.²⁴³ In deze twee gevallen is het dus mogelijk dat de feitenrechter rechtsgevolgen koppelt aan gestolen bewijsmateriaal, ook indien het in de strafprocedure wordt angewend ten aanzien van de verdachte, die niet het slachtoffer is van de diefstal, maar een derde.

4.6.3. De vergelijking tussen en de analyse van de Belgische en Nederlandse benadering

Als ik het Nederlandse rechtssysteem langs het Belgische leg, bekom ik een verschillende uitkomst. De Belgische wetgever spreekt zich in artikel 32 V.T.Sv. niet expliciet uit over de belangenschade. Doch is deze er impliciet ingeslopen door te stellen dat het bewijsmateriaal nietig wordt bevonden indien het gebruik strijdig is met recht op een eerlijk proces. Indien de verdachte is geschaad in zijn belang, met name het recht op een eerlijk proces, leidt dit tot de nietigheid van het bewijsmateriaal.²⁴⁴ Desondanks maakte ik doorheen mijn onderzoek reeds de conclusie dat de verdachte hier weinig baat bij heeft. Immers leidt het beroepen op de schending van het recht op een eerlijk proces niet steeds tot de nietigheid van het bewijsmateriaal, gelet op de criteria, die het Hof van Cassatie voorschrijft.²⁴⁵ Zoals ik reeds aanhaalde, moet er een onderscheid gemaakt worden tussen de situatie waarin een opsporingsambtenaar, respectievelijk een particuliere burger bewijsmateriaal steelt teneinde het bewijs aan te wenden in de strafprocedure. De Belgische feitenrechter beschouwt het door de opsporingsambtenaar gestolen bewijsmateriaal, gelet op de criteria uit artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering *iuncto* de Cassatie-arresten van 23 maart 2004 en 31 oktober 2006, als zijnde bruikbaar terwijl het opzettelijk karakter van de diefstal ervoor zorgt dat het door de particulier gestolen bewijs als nietig kan beschouwd worden.²⁴⁶

Het Nederlandse Wetboek van Strafvordering schrijft de feitenrechter voor dat hij in zijn oordeel omtrent het gestolen bewijsmateriaal de *Schutznorm* of relativiseringseis in overweging dient te nemen: enkel indien de geschonden norm de persoon in zijn belangen schaadt, kan deze zich erop beroepen om rechtsgevolgen verbonden te zien aan het gestolen bewijsmateriaal.²⁴⁷ Dit leidt tot de

²⁴² Hoge Raad 19 december 1995, *NJ* 1996, 249; Hoge Raad 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567; B. REYNAERTS, "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimem* 2013, 107.

²⁴³ Hoge Raad 19 december 1995, *NJ* 1996, 249; M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 257; Hoge Raad 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567; B. REYNAERTS, "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimem* 2013, 110.

²⁴⁴ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878.

Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

²⁴⁵ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

²⁴⁶ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878.

Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be; Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

²⁴⁷ Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14; J. NIJBOER, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 130.

conclusie dat enkel indien de beklaagde/beschuldigde eveneens het slachtoffer is van de diefstal, hij zich kan beroepen op artikel 359a Wetboek van Strafvordering en het bewijsmateriaal gesanctioneerd wordt.

B. REYNAERTS pleit in zijn stuk voor de toepassing van de *Schutznorm* in het Belgische recht.²⁴⁸ Hij maakt daarbij de analogie met artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek en is van mening toegedaan dat de verdachte zich enkel op artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering zou mogen beroepen indien de normschending zijn belangen aantast. Toch merkt hij verder op dat de toepassing van de *Schutznorm*, zowel in het Nederlandse als in Belgische recht genuanceerd dient te worden. Hij verwijst daarbij naar het voorbeeld waarin zowel persoon X, als persoon Y worden verdacht van een misdrijf. Daar het bewijsmateriaal onrechtmatig verkregen is bij persoon Y en dus in principe enkel zijn belangen schaadt, is REYNAERTS van mening toegedaan dat indien beiden verdacht worden van een misdrijf, ook persoon X zich op de belangenschade zou moeten kunnen beroepen, desondanks het onrechtmatig vergaard is bij Y.²⁴⁹

B. DE SMEDT daarentegen wijst in zijn stuk op de nadelen van de transponering van de *Schutznorm* in het strafprocesrecht, zoals deze al in gemildere mate is doorgesijpeld in de Antigooncriteria ex artikel 32 V.T.Sv.²⁵⁰ Hij duidt erop dat de toepassing van de relativiseringseis zou leiden tot een inperking van de afdwingbaarheid van procesvoorschriften aangezien een zekere bewijslast rust op de verdachte teneinde de belangenschade aan te tonen. De verdachte dient de nietigheid zélf op te werpen, waardoor er dus een zekere passieve houding van de strafrechter wordt verwacht terwijl de feitenrechter in strafzaken eigenlijk een actieve rol speelt. Verder wijst DE SMEDT erop dat de toepassing van de *Schutznorm*-theorie aanleiding geeft tot de opsplitsing tussen enerzijds normen, die trachten het belang van de beklaagde/beschuldigde te beschermen en anderzijds normen, die dit niet doen. Dit kan echter niet de bedoeling zijn daar de strafvordering de intentie heeft preventief op te treden tegen willekeurig overheidsoptreden.²⁵¹

Op de vraag of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de *Schutznorm* aanvaardt, kan er geen rechtlijnig antwoord worden gegeven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens neemt in haar beoordeling van de proportionaliteit inzake de toegang tot het Hof in overweging of de essentie van de rechtsnorm al dan niet geraakt is (dit wordt 'the very essence test' genoemd). De 'very essence' houdt drie elementen in: het eerste element betreft de voorzienbaarheid, het tweede element omvat de effectiviteit en ten slotte het derde element, de proportionaliteit. Het Hof heeft een zekere appreciatiemarge bij de beoordeling van dit aspect.²⁵² Het EHRM bepaalt daarbij het volgende:

²⁴⁸ B. REYNAERTS, "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimem* 2013, 94-126.

²⁴⁹ B. REYNAERTS, "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimem* 2013, 122-123.

²⁵⁰ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 19-84.

²⁵¹ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 79-80.

²⁵² www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford-New York, Intersentia, 2001, 39. P. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2008, 50; F. ÖLÇER, "Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law", *Annales XL* 2008, 138-139.

"Nonetheless, the limitations applied must not restrict the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved"²⁵³

Desondanks erkent het Hof voor de Rechten van de Mens de *Schutznorm* niet expliciet en sluit de toepassing van een bepaling niet uit indien de schending van de norm niet de belangen van de verweerder aantast.²⁵⁴ De rechtspraak van het EHRM inzake onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal neemt immers het belang van de verweerder niet in overweging teneinde tot de schending van een Verdragsbepaling te oordelen. Ook indien de verweerder niet rechtstreeks in zijn belangen is geschaad door de geschonden norm, kan het Hof het bewijsmateriaal toch als zijnde onregelmatig vergaard beschouwen indien de procedure in zijn geheel oneerlijk is.²⁵⁵

Het Belgische Hof van Cassatie oordeelde in 2005 dat de *Schutznorm* ook dient te worden toegepast door de Belgische feitenrechter, indien deze te maken krijgt met onrechtmatig, *in casu* gestolen, bewijsmateriaal.²⁵⁶ Uiteindelijk sijpelde de *Schutznorm* ook in het Belgische recht in een gematigde versie door in artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering. De wetgever maakt daarbij geen onderscheid naargelang de persoon, wiens' eigendom gestolen is teneinde het als bewijsmateriaal aan te wenden ten aanzien van de beklaagde/beschuldigde. Het enige dat de beklaagde/beschuldigde moet aantonen is dat zijn recht op een eerlijk proces geschonden is indien het gestolen bewijsmateriaal wordt aangewend in de strafprocedure. Het is de taak van de Belgische feitenrechter de criteria *ex de* Cassatie-arresten van 23 maart 2004 en 31 oktober 2006 af te toetsen teneinde te beslissen over de al dan niet schending van het recht op een eerlijk proces.

De gemildere toepassing van de *Schutznorm* in de Belgische wetgeving is naar mijn mening overtuigender dan de ruime toepassing ervan in de Nederlandse wetgeving en ik ben er dan ook van overtuigt dat de Nederlandse wetgever nog wat kan leren van de Belgische omtrent deze kwestie. Daar het eigendomsdelict louter de eigendom beschermt en dus naar het Nederlandse recht enkel kan worden ingeroepen door het slachtoffer van de diefstal, leidt dit, naar mijn mening tot een schending van het recht op een eerlijk proces van de beklaagde/beschuldigde. Indien niet zijn eigendom, maar dat van iemand anders gestolen wordt teneinde het als bewijs aan te wenden tegen de beklaagde/beschuldigde, *kan* het bewijsmateriaal in de procedure worden gebruikt desondanks de gepleegde onrechtmatigheid. De beklaagde/beschuldigde wordt niet in staat gesteld alle mogelijke rechtsbepalingen in te roepen teneinde onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal als

²⁵³ EHRM, *Stanev v. Bulgarije*; EHRM, *Cordova v. Italië*; P. SMITS, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2008, 50.

²⁵⁴ F. ÖLÇER, "Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law", *Annales XL* 2008, 138-139.

²⁵⁵ B. DE SMEDT, *Nietigheden in het strafproces*, Intersentia, Antwerpen, 2011, 81; F. ÖLÇER, "Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law", *Annales XL* 2008, 138-139; EHRM, *Lambert v. Frankrijk*; EHRM, *Kahn v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*.

²⁵⁶ Cass. 2 maart 2005, nr. P041644F, www.cass.be.

zijnde onbruikbaar te laten beschouwen. Naar mijn mening overtuigt de volledige integratie van de *Schutznorm* in de wetgeving niet. Daar ook beklaagden/beschuldigen in hun belangen geschaad kunnen zijn, zonder dat de rechtsnorm effectief hun belangen beschermt, lijkt de toepassing van de relativiteitseis niet altijd tot het gewenste resultaat te leiden. Ik volg daarbij de visie van auteur B. DE SMEDT. De toepassing van de *Schutznorm* leidt ertoe dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen bepalingen, die het belang van de beklagde/beschuldigde beschermen en rechtsnormen, die dit niet doen. Dit zorgt ervoor dat de beklagde/beschuldigde zich in de strafprocedure niet op alle bepalingen kan beroepen, waar hij, zonder de toepassing van de *Schutznorm*, wél de mogelijkheid zou toe hebben. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat de toepassing van een bepaling niet buiten beschouwing, indien dit de belangen van de beklagde/beschuldigde niet beschermt.²⁵⁷ Daarom ben ik dus ook van mening toegedaan dat de *Schutznorm* uit artikel 359a Nederlands Wetboek van Strafvordering dient geband te worden en de Nederlandse feitenrechter dus bijgevolg geen rekening dient te houden met 'het belang dat het geschonden voorschrift dient', alleszins niet de doordreven mate dat hij dit op dit moment doet.

²⁵⁷ F. ÖLÇER, "Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law", *Annales XL* 2008, 138-139.

Conclusie

Om mijn conclusie in te leiden, verwijs ik nogmaals graag naar mijn centrale onderzoeksvraag, die ik aan het begin van mijn onderzoek heb gesteld, namelijk: *“Wat is het juridische kader waarbinnen de Belgische en Nederlandse feitenrechter dienen te oordelen over gestolen bewijsmateriaal?”*

Het onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat het bestaande normatieve kader, in zowel België als Nederland, geen eenduidig antwoord biedt en er dus ook niet zoiets bestaat als ‘hét juridisch kader’, waarmee de Belgische en Nederlandse feitenrechter rekening dienen te houden indien zij zich uitspreken over de (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal. De wetgeving en rechtspraak leert ons immers dat veel afhankelijk is van de beoordeling *in concreto* van de feitenrechter in kwestie.

De Belgische wetgever heeft tien jaar na het Antigoonarrest in artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de feitenrechter enkel in drie gevallen het onrechtmatig verkregen bewijs als nietig dient te beschouwen, met name wanneer de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, wanneer de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast door de onregelmatigheid of wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.²⁵⁸ Het Hof van Cassatie heeft met zijn rechtspraak nog enkele bijkomende (facultatieve) criteria hieraan toegevoegd, waarvan de opzettelijkheid een belangrijk aspect is voor dit onderzoek.²⁵⁹ Indien bewijs wordt gestolen door een particuliere burger, zou het opzettelijke karakter hiervan ervoor kunnen zorgen dat de feitenrechter de nietigheid van het bewijs vaststelt omwille van de strijdigheid met het recht op een eerlijk proces.²⁶⁰ Dit is echter geen verplichting voor de feitenrechter, waardoor het oordeel over de (on)bruikbaarheid van het bewijs nog alle kanten uit kan gaan. Het opzettelijk karakter van de diefstal beschouwt het Hof van Cassatie als zijnde niet relevant indien de onrechtmatigheid gepleegd is door een opsporingsambtenaar.²⁶¹ Doorheen het onderzoek pleit ik dan ook meerdere malen voor de in acht name van het opzettelijk karakter door de feitenrechter, ongeacht wie de pleger is van de diefstal.

Het Nederlandse artikel 359a Wetboek van Strafvordering is daarentegen beperkter qua toepassingsgebied dan artikel 32 V.T.Sv. en is enkel van toepassing indien *“bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken”*.²⁶² Het Nederlandse artikel is enkel toepasbaar indien de opsporingsambtenaar, bij het voeren van zijn onderzoek, een onrechtmatigheid begaat. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat de feitenrechter de door een particuliere burger gepleegde onrechtmatigheid niet in beschouwing moet nemen en het bewijs, desondanks de

²⁵⁸ Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878.

²⁵⁹ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

²⁶⁰ Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be.

²⁶¹ Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be.

²⁶² Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

onrechtmatigheid, in overweging kan nemen.²⁶³ Het bewijs door opsporingsambtenaren verkregen, wordt, gelet op de voorbeeldfunctie die zij vervullen en het wettelijk kader waarbinnen zij dienen te opereren, op een strengere manier behandeld dan het verkregen bewijs door particulieren.²⁶⁴

Toch dien ik het onderscheid burger – opsporingsambtenaar ietwat te nuanceren. Doorheen mijn onderzoek heb ik dan ook de nodige aandacht besteed aan de (on)bruikbaarheid van het gestolen bewijs, in de situatie waarin de diefstal verschoonbaar is naar aanleiding van een wettelijke bepaling. Zowel de Belgische, als de Nederlandse wetgeving heft de strafwaardigheid van het misdrijf op indien een persoon een diefstal pleegt ten aanzien van zijn/haar echtgenoot.²⁶⁵ Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de Procureur des Konings, respectievelijk de Officier van Justitie, de opsporingsambtenaar of burger de toestemming geeft om een misdrijf te plegen, in de uitvoering van bijzondere opsporingsmethoden.²⁶⁶ Toch doet deze verschoonbaarheid van het misdrijf geen afbreuk aan het onrechtmatig karakter van het bewijs, met als gevolg dat de feitenrechter gehouden is het bewijs te toetsen aan artikel 32 V.T.Sv. of artikel 359a Sv, met alle gevolgen van dien.²⁶⁷

De Nederlandse wetgever maakt er nog een onderscheid bovenop. Artikel 359a Sv bepaalt echter dat de feitenrechter enkel rechtsgevolgen kan toekennen aan onrechtmatig verkregen bewijs indien de overtreden norm het belang van de verdachte tracht te beschermen (relativeringseis of *Schutznorm*).²⁶⁸ Dit zorgt ervoor dat ik in het onderzoek de situaties naargelang het slachtoffer van de diefstal heb onderscheiden. De toepassing van de *Schutznorm* leidt ertoe dat enkel de beklaagde/beschuldigde zich gedurende het strafproces kan beroepen op artikel 359a Sv, indien hij het slachtoffer is van de diefstal en het goed als bewijs van hem ontnomen is. Dit strikte onderscheid kent het Belgische recht niet, desondanks het feit dat enkel de beklaagde/beschuldigde zich op de schending van zijn recht op een eerlijk proces kan beroepen. De transponering van de *Schutznorm* in het Belgische recht werd overwogen, maar zou naar mijn mening enkel de bewijslast voor de beklaagde/beschuldigde verzwaren en een passieve houding van de strafrechter met zich mee brengen.

De vergelijking tussen beide rechtsstelsels met betrekking tot de (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsmateriaal is gemaakt, met gelijkenissen en verschillen tussen beiden. Beide systemen

²⁶³ Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, aangehaald door A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25; A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 21.

²⁶⁴ A. VAN WOENSEL, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 6; P. FORTUIN, W. VALKENBURG en M. DE VRIES – LEEMANS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 521.

²⁶⁵ Artikel 462 Strafwetboek, *BS* 9 juni 1867; Artikel 316 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1985, 115.

²⁶⁶ Artikel 47*quinquies* Wetboek van Strafvordering, *BS* 27 november 1808; Artikel 126h Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2008, 85; Artikel 126w Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1999, 245; Artikel 126i Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 2006, 300; Artikel 43 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881, 35.

²⁶⁷ J. MEESE, "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1141; Artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878; Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

²⁶⁸ Artikel 359a Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14.

hebben hun voor- en nadelen en deze komen in het onderzoek dan ook uitvoerig aan bod. Wat het meest in het oog springt is dat beide rechtsstelsels de feitenrechter een zekere vrijheid laten teneinde zijn oordeel te vellen omtrent de bruikbaarheid of net de onbruikbaarheid van het onrechtmatig, *in casu* gestolen, bewijs. Telkenmale zal de beoordeling toch in zekere mate afhankelijk zijn van de instelling en zienswijze van de feitenrechter, wat, naar mijn mening, heel wat rechtsongelijkheid met zich meebrengt.

Bibliografie

Wetgeving

- Eerste Protocol Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955
- Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *BS* 19 augustus 1955
- Strafwetboek, *BS* 9 juni 1867
- Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, *BS* 25 april 1878
- Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 1881, 35
- Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1921, 14
- Burgerlijk Wetboek, Boek 5, *Stb.* 1991, 600
- Wet van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 28 september 1995
- Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, *BS* 22 december 1992
- Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, *BS* 12 mei 2003
- Wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013
- Deontologische code van 10 mei 2006 van de politiediensten, *BS* 30 mei 2006
- Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688
- Wetsvoorstel houdende het Wetboek van strafprocesrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-450/1
- Wetsvoorstel tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 41

Rechtspraak

- EHRM, *Cordova v. Italië*
- EHRM, *Jalloh v. Duitsland*
- EHRM, *Khan v. Verenigd Koninkrijk*
- EHRM, *Lambert v. Frankrijk*
- EHRM, *Lee Davies v. België*
- EHRM, *P.G. en J.H. v. Verenigd Koninkrijk*
- EHRM, *Schenk v. Zwitserland*
- EHRM, *Stanev v. Bulgarije*
- Grondwettelijk Hof 22 december 2010, nr. 158/2010
- Grondwettelijk Hof 27 juli 2011, nr. 139/2011
- Cass. 12 maart 1923, *Arr.Cass 1923*, 235 en *Pas. 1923*, aangehaald door BERNEMAN, S., "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, afl. 7, 489
- Cass. 10 december 1923, *Pas. 1924*, I, 66-67, aangehaald door BERNEMAN, S., "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, afl. 7, 489-490
- Cass., 17 november 1954, *Pas.*, 1955, I, 246, aangehaald door HELSEN, P., "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm
- Cass. 17 november 1984, *Arr.Verbr. 1955*, aangehaald door HUYBRECHTS, L., Diefstal: Algemeen in X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Kluwer, Mechelen, 2014, 1-18
- Cass. 13 mei 1986, *R.D.P. 1986*, 905, aangehaald door DE SMEDT, B., "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T.Strafr.* 2005, 248-266
- Cass. 17 januari 1990, nr. 7831, www.cass.be

- Cass. 4 december 1991, nr. N199112046, www.cass.be
- Cass., 16 november 1971, *Arr.Cass.* 1972, 263-264 en *A.C.*, 1972, 263, aangehaald door P. HELSEN, "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm
- Cass. 14 oktober 2003, nr. P030762N, www.cass.be
- Cass. 23 maart 2004, nr. P040012N, www.cass.be
- Cass. 16 november 2004, nr. P040644N, www.cass.be
- Cass. 2 maart 2005, nr. P041644F, www.cass.be
- Cass. 12 oktober 2005, nr. P050119F, www.cass.be
- Cass. 31 oktober 2006, nr. P061016N, www.cass.be
- Hoge Raad 26 juni 1962, *NJ* 1962, 491, aangehaald door o.a. VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25 en FORTUIN, P., VALKENBURG, W. en DE VRIES - LEEMANS, M., "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, afl. 7, 518-544
- Hoge Raad 12 december 1978, *NJ* 1979, 142, aangehaald door o.a. VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25 en FORTUIN, P., VALKENBURG, W. en DE VRIES - LEEMANS, M., "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, afl. 7, 518-544
- Hoge Raad 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, aangehaald door VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25
- Hoge Raad 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 175, aangehaald door VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25
- Hoge Raad 11 april 1995, *NJ* 1995, 537, aangehaald door VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25
- Hoge Raad 19 december 1995, *NJ* 1996, 249
- Hoge Raad 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567, aangehaald door VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25

- Hoge Raad 1 juni 1999, *Ars Aequi* 2000, 117, aangehaald door VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25
- Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376
- Hoge Raad 19 februari 2013, *NJB* 2013, 565

Rechtsleer

- ALLEN, M., "HSBC and Falciani: How it happened", www.swissinfo.ch/eng/swiss-leaks-scandal_hsbc-and-falciani--how-it-happened/41263376
- ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford-New York, Intersentia, 2001, 300 p
- BERNEMAN, S., "Van relativering naar rationalisering van bewijsuitsluitingsregel", *T. Strafr.* 2005, 489-507
- BORGERS, M., "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 257-271
- CHRISTIAENS, D., DUMORTIER, J., HEIRBRANT, S., SAMOY, I., SAMYN, B., SPEECKE, J., TRAEST, P., VANDENBUSSCHE, W. en VEREECKEN, S., *Bewijsrecht*, Kortrijk, Larcier, 2014, 262 p
- CORSTENS, G., "Beginselen en bijzondere opsporingsbevoegdheden in België en Nederland" in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 699-713
- DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 471 p
- DE SMEDT, B., "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2005, 248-266
- DE SMEDT, B., *Nietigheden in het strafproces*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 198 p
- DECLERQ, R., *Het bewijs in strafzaken* in R. DECLERQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 825-920
- E.U. Network of independent experts on fundamental rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union*, 2003, http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion3_2003_en.pdf

- FORTUIN, P., VALKENBURG, W. en DE VRIES – LEEMANS, M., "Onrechtmatig verkregen bewijs in het Nederlands strafrecht en het fiscaal recht", *T. Strafr.* 2005, 518-545
- GROENHUIJSEN, M., "Illegally obtained evidence: an analysis of new trends in the criminal justice system of the Netherlands" in X., *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Tilburg University, 2008, 91-114
- HELSEN, P., "Diefstal van computergegevens", *jura falconis* 1997-1998, 261-286, www.law.kuleuven.be/jura/art/34n2/helsen.htm
- HUYBRECHTS, L., *Diefstal: Algemeen* in X., *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-18
- KETELS, B. en DE BONDT, W., "En famille, trompe qui peut? Over de verstreken houdbaarheidsdatum van de strafuitsluiting voor bepaalde intrafamiliale vermogensdelicten", *Nullum Crimen* 2008/1, 46-50
- MEESE, J., "Bijzondere opsporingsmethoden en andere onderzoeksmethoden", *NJW* 2003, 1134-1153
- MEEUS, S., "Strafbaarheid of straffeloosheid van infiltranten", *jura falconis* 2006-2007, 513-536, www.law.kuleuven.be/jura/art/43n3/meeus.htm#_ftn45
- MENSCHAERT, M. "Omgaan met onrechtmatig bewijs", *jura falconis* 2005-2006, 67-106, www.law.kuleuven.be/jura/art/42n1/menschaert.html
- MERCKX, D., "Diefstal tussen echtgenoten, bloedverwanten en aanverwanten", *OSS* 2003, 57-73
- NIJBOER, J., *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2008, 409 p
- Noot Y. BURUMA bij Hoge Raad 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376; M. BORGERS, "De toekomst van artikel 359a Sv", *Delikt en Delinkwent* 2012, 257-273
- ÖLÇER, F., "Illegally Obtained Evidence in European Treaty of Human Rights (ETHR) Law", *Annales XL* 2008, 65-153
- PRAKKEN, H., "De logica van bewijslastverdeling (en wat het recht daar aan heeft)" in FETERIS, E., KLOOSTERHUIS, H., PLUG, H. en PONTIER, J., *Alles Afwegende..Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie*, Nijmegen, Ars Aequi, 2007, 321-326
- REYNAERTS, B., "De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten", *Nullum Crimen* 2013, 94-126

- RUSSELL, J., "Former HSBC worker Herve Falciani arrested over stolen account details", www.telegraph.co.uk/finance/financial-crime/9424836/Former-HSBC-worker-Herve-Falciani-arrested-over-stolen-account-details.html
- SCHUERMANS, F. "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?", *T.Strafr.* 2009, 152-158
- SCHUERMANS, F., "De Antigoonleer inzake het onrechtmatig verkregen bewijs en de door de politie opzettelijk begane onrechtmatigheden of misdrijven", *T.Strafr.* 2007, 57-61
- SCHUERMANS, F., "Straatburg geeft zegen aan Antigoonrechtspraak", *Juristenkrant* 2009, 1-2
- SMITS, P., *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2008, 401 p
- THIJS, T., "Hervé Falciani, de man achter SwissLeaks: geldwolf of eerlijke klokkenluider?", *De Morgen*, 9 februari 2015, www.demorgen.be/economie/herve-falciani-de-man-achter-swissleaks-geldwolf-of-eerlijke-klokkenluider-a2211444/
- VAN DER AA, S., "What's yours is mine until death do us part? Over de vervolgingsuitsluiting bij vermogensdelicten binnen het huwelijk", *Delikt en Delinkwent* 2013, 760-770
- VAN DER VELDEN, V., "Diefstal bij: Wetboek van Strafrecht, artikel 310" in CLEIREN, C., VERPALEN, M., en CRIJNS, J., *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 5 p
- VAN DER VELDEN, V., "Inleidende opmerkingen bij: Wetboek van Strafrecht, Titel XXII Diefstal en stroperij" in CLEIREN, C., VERPALEN, M., en CRIJNS, J., *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2014, 3 p
- VAN WOENSEL, A., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2004, 1-25
- VERBRUGGEN, F. en VERSTRAETEN, R., *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors: deel I*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2014, 339 p
- VERBRUGGEN, F., "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoedersarrest" als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", *T. Strafr.* 2006, 26-31.
- VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, 1372 p

Websites

- www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp
- www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/documenten-algemeen/publicaties-archief/beroepscode_politie.pdf
- www.politie.nl/contact/klachtformulier.html
- www.politie.nl/nieuws/2013/december/23/00-beroepscode-politie.html
- www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/vraag-en-antwoord/hoe-verloopt-een-strafrechtelijke-procedure.html

Overige

- NATIONALE POLITIE, *Jaarverslag* 2013,
www.politie.nl/binaries/content/assets/politie/jaarverslag/jshfg/jaarverslag-2013-nationale-politie.pdf
- VAST COMITÉ VAN TOEZICHT OP POLITIEDIENSTEN, *Jaarverslag* 2013,
www.comitep.be/2013/2013NL.pdf

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:
De (on)bruikbaarheid van gestolen bewijsgegevens in België en Nederland

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2015**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Meuris, Laura

Datum: **13/05/2015**