

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.320/2
DU 16 NOVEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 16 octobre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi "modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les nullités" (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n/ 52-2163/1), a donné l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.320/2
VAN 16 NOVEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 16 oktober 2009 door de Voorzitter van de kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een wetsvoorstel "tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden" (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 52-2163/1), heeft het volgende advies gegeven :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Selon son résumé, la proposition à l'examen "prévoit que la sanction de la nullité [formellement prononcée par la loi] ne peut être appliquée dans la procédure pénale, tout comme dans la procédure civile, que lorsqu'il est question de grief concret".

Sur les trois points énoncés ci-avant, ce dispositif appelle les observations suivantes.

1. "Pas de nullité sans texte"

1.1. Le premier alinéa proposé reproduit l'article 860 du Code judiciaire, si ce n'est que les mots "aucun acte de procédure" deviennent dans la proposition "aucun acte d'instruction ou de procédure".

Afin de prévenir toute difficulté d'interprétation et d'application, il semble indispensable de préciser la portée exacte de cet ajout en relation avec les actes de procédure et avec les autres dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à la purge des nullités et irrégularités affectant des actes d'instruction ⁽¹⁾.

1.2. Il importe également de tenir compte du fait que, dans l'état actuel des textes, un certain nombre d'irrégularités, portant tant sur la preuve que sur les modes d'obtention de celle-ci, ne prévoient pas formellement la sanction de la nullité, alors que l'importance des garanties prévues par ces textes est d'une nature telle qu'elles ne pourraient recevoir d'autres sanctions que la nullité.

⁽¹⁾ Voir les articles 131, 135 et 235bis du Code d'instruction criminelle.

On observe par exemple que la proposition de loi "concernant le Code de procédure pénale" ⁽²⁾, dite "Grand Franchimont", contient également à l'article 8 du texte adopté par la Commission de la Justice du Sénat la règle selon laquelle "un acte de procédure ne peut être déclaré nul que si la nullité est expressément prévue par la loi", mais "[s]ous réserve des nullités substantielles" ⁽³⁾, lesquelles font l'objet d'une définition générique à l'article 7 ⁽⁴⁾. Les nullités substantielles ainsi énumérées correspondent aux cas de nullités d'ordre public, le vocable "substantielle" lui ayant été préféré.

Il peut en aller de même, selon les circonstances et l'importance des garanties en jeu, de celles qui résultent de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière a été résumée comme suit dans un récent arrêt *Lee Davies c. Belgique* de la Cour, du 28 juillet 2009 :

"41. La Cour [...] doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'«illégalité» en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation (voir, notamment, *Khan [c. Royaume-Uni]*, 12 mai 2000, § 34; *P.G. et J.H. [c. Royaume-Uni]*, 25 septembre 2001; *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02, §§ 89-92, 1^{er} mars 2007; *Allan [c. Royaume-Uni]*, 5 novembre 2002, § 42).

42. Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de

⁽²⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/1.

⁽³⁾ Article 8 de ce texte.

⁽⁴⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/21.

son exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (voir, notamment, les arrêts *Khan* et *Allan* précités, respectivement §§ 35 et 37, et § 43).

[...]

45. [...] [L]a Cour a jugé que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention, notamment l'article 3 de celle-ci. Dans les affaires *Jalloh c. Allemagne* (11 juillet 2006)] et *Göcmen c. Turquie* (n° 72000/01, 17 octobre 2006), la Cour a jugé que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain et dégradant compromettrait le caractère équitable du procès" ⁽⁵⁾.

Il appartient au législateur d'examiner toutes les nuances de cette jurisprudence ⁽⁶⁾, afin d'éviter que le régime nouveau de nullité qu'il entendrait mettre sur pied suscite des difficultés au regard de celle-ci.

2. "Pas de nullité sans grief"

L'alinéa 2 proposé s'inspire de l'article 861 du Code judiciaire mais en étant plus précis dans la mesure où, selon la proposition, il importe que "l'omission ou l'irrégularité dénoncée nuise concrètement aux intérêts légitimes de la partie contre laquelle l'instruction est menée ou contre laquelle l'acte a été accompli" ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Cour. eur. dr. h., *Lee Davies c. Belgique*, 28 juillet 2009.

⁽⁶⁾ Voir aussi les arrêts de Grande Chambre prononcés par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Jalloh c. Allemagne* (arrêt du 11 juillet 2006), *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* (arrêt du 29 juin 2007) et *Bykov c. Russie* (10 mars 2009). L'attention du législateur est également attirée sur le fait que l'affaire *Gäffen c. Allemagne*, jugée le 30 juin 2008 par un arrêt de chambre, qui soulève des questions en rapport avec celles abordées par la proposition à l'examen, a été renvoyée à la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} décembre 2008.

⁽⁷⁾ Les termes soulignés ci-avant ne figurent pas dans l'article 861 du Code judiciaire.

Les mêmes questions que celles formulées ci-dessus surgissent nécessairement en ce qui concerne le champ d'application de la règle. Le Conseil d'État se demande également de quel type de préjudice il s'agit et quel est le régime de la charge de la preuve. La référence au caractère concret du préjudice manque en toute hypothèse de clarté.

3. La nécessité de prévoir d'autres règles en matière de nullité

La proposition, tendant à uniformiser les nullités procédurales applicables en procédure civile et en procédure pénale en choisissant le modèle du Code judiciaire, ne reproduit, en les adaptant, que les articles 860 et 861 de ce dernier Code sans dire mot des autres règles fondamentales de la procédure civile en matière de nullités.

Ainsi il peut y avoir des nullités dites absolues qui ne nécessitent pas la preuve d'un préjudice ⁽⁸⁾.

Ceci est à mettre en relation avec les développements de la proposition lorsqu'ils précisent que c'est "sans préjudice de la jurisprudence actuelle de la Cour de

⁽⁸⁾ Article 862 du Code judiciaire.

cassation en la matière" ⁽⁹⁾ que le principe "pas de nullité sans grief" serait introduit dans le Code d'instruction criminelle. Il en résulte que des distinctions pourraient être faites entre les régimes de nullité, ce qui semble correspondre à la distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues de la procédure civile ⁽¹⁰⁾. Toutefois, le texte ne tient pas compte et *a fortiori* n'explicite pas cette dimension, ce qui est source d'insécurité et crée un doute sur la portée réelle de la proposition.

⁽⁹⁾ Il est ainsi fait référence à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt dit "Antigoon" de la Cour de cassation du 14 octobre 2003 (*T. Strafr.*, 2004, p. 129, note Ph. Traest); voir aussi Cass., 23 mars 2004, n/ P.04.0012.N; 16 novembre 2004, n/ P.04.0644.N). L'arrêt précité du 23 mars 2004 contient notamment les attendus suivants :

"Attendu qu'en droit belge, l'usage d'une preuve que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions ou le dénonciateur ont obtenue en vue de l'administration de cette preuve, ensuite d'une infraction, en violation d'une règle du droit de la procédure pénale, ensuite d'une violation du droit à la vie privée, en violation des droits de la défense ou en violation du droit à la dignité humaine, n'est en principe pas autorisé;

Que, cependant, le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que dans les seuls cas suivants :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable;

Attendu qu'il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise;

Attendu que, lors de cette appréciation, le juge peut prendre en considération notamment la circonstance ou l'ensemble des circonstances suivantes :

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction".

Le récent arrêt *Lee Davies c. Belgique*, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme, du 28 juillet 2009, se réfère à cette jurisprudence (voir spécialement les n^{os} 26 à 29 et 47 de cet arrêt).

⁽¹⁰⁾ Voir aussi l'observation n/ 1.2, plus haut, sur la sanction des violations de garanties de procédure relevant de l'ordre public.

De plus, des règles spéciales sont prévues en matière de couverture de nullités suivant qu'il s'agit de nullités à grief ou de nullités qui ne sont pas subordonnées à la preuve d'un préjudice ⁽¹¹⁾ et la théorie des nullités du droit judiciaire privé englobe aussi la théorie des délais ⁽¹²⁾.

Enfin, un mécanisme de réparation judiciaire est prévu à l'article 867 du Code judiciaire.

À l'instar de ce qu'organise ainsi le Code judiciaire, il conviendrait de régler les nullités procédurales en matière pénale en assortissant le régime envisagé d'un mode opératoire précis.

4. Conclusion

Même si la matière de la procédure pénale n'est pas réductible à la procédure civile en raison des principes en cause, qui touchent aux libertés individuelles, et des distinctions à opérer entre les irrégularités procédurales ⁽¹³⁾, les considérations qui précèdent tendent à montrer que la question faisant l'objet de la proposition à l'examen nécessite un important réexamen.

⁽¹¹⁾ Article 864 du Code judiciaire.

⁽¹²⁾ Articles 860, alinéas 2 et 3, 862, § 1^{er}, et 865 du Code judiciaire.

⁽¹³⁾ J. de Codt, "Les précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle", *J.T.*, 2008, pp. 650 à 654.

Le législateur pourra utilement se fonder sur les précédentes réflexions menées en la matière. Il est renvoyé plus spécialement à la proposition de loi "concernant le Code de procédure pénale" ⁽¹⁴⁾, précitée, à l'avis n° 36.741/2 donné le 28 juin 2004 par le Conseil d'État sur cette proposition ⁽¹⁵⁾ et au texte de la proposition de loi, telle qu'adoptée après amendement par la Commission de la Justice du Sénat, spécialement à ses articles 7 à 12 consacrés aux "causes de nullité" ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/1.

⁽¹⁵⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/4. Voir spécialement les observations formulées sur les articles 7 à 10 de la proposition.

⁽¹⁶⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/21. Voir aussi les articles 1^{er}, 5 et 6 de cette proposition adoptée par la Commission en ce qu'elle établit le lien entre la théorie des nullités et l'exercice des droits de la défense.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorstel, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Volgens de samenvatting van het voorliggende voorstel wordt daarin bepaald dat "de sanctie van de [uitdrukkelijk door de wet voorgeschreven] nietigheid in de strafprocedure, net zoals in de burgerrechtelijke procedure, slechts kan worden toegepast voor zover er sprake is van concrete belangenschade".

Wat de voormelde drie punten betreft, geeft het dispositief aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. "Geen nietigheid zonder regelgeving"

1.1. In het voorgestelde eerste lid wordt artikel 860 van het Gerechtelijk Wetboek overgenomen, met dien verstande dat de woorden "geen proceshandeling" in het voorstel vervangen worden door de woorden "geen onderzoeks- of proceshandeling".

Teneinde elke moeilijkheid inzake interpretatie en toepassing te voorkomen, lijkt het onontbeerlijk de echte draagwijdte van deze toevoeging te preciseren met betrekking tot de proceshandelingen en de overige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering betreffende de zuivering van nietigheden en onregelmatigheden waardoor onderzoekshandelingen zijn aangetast ⁽¹⁾.

1.2. Bovendien behoort er rekening mee te worden gehouden dat bij de huidige stand van de teksten een aantal onregelmatigheden, zowel in verband met het bewijs als met de wijze van bewijsverkrijging, niet uitdrukkelijk voorzien in de sanctie nietigheid, terwijl het gewicht van de waarborgen die deze teksten bieden zo groot is dat daarop geen andere sanctie dan nietigheid kan staan.

⁽¹⁾ Zie de artikelen 131, 135 en 235*bis* van het Wetboek van Strafvordering.

Bij wijze van voorbeeld wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel "houdende het Wetboek van strafprocesrecht" ⁽²⁾, de zogeheten "Grote Franchimont", eveneens, in artikel 8 van de tekst die door de Commissie voor de Justitie van de Senaat is aangenomen, de regel bevat naar luid waarvan "een akte van rechtspleging slechts nietig (kan) worden verklaard indien de wet ter zake uitdrukkelijk de nietigheid ervan bepaalt", evenwel "onder voorbehoud van de substantiële nietigheden" ⁽³⁾, van welke nietigheidsgronden een generieke definitie wordt gegeven in artikel 7 ⁽⁴⁾. De aldus opgesomde substantiële nietigheden komen overeen met de gevallen van nietigheid van openbare orde, doch de noemer "substantieel" is daarboven verkozen.

Naargelang van de omstandigheden en het gewicht van de waarborgen die op het spel staan, kan hetzelfde worden gesteld met betrekking tot de nietigheidsgronden die voortkomen uit het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens in dezen is als volgt samengevat in een recent arrest *Lee Davis tegen België* dat het Hof op 28 juli 2009 heeft gewezen :

"41. La Cour [...] doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'«illégalité» en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation (voir, notamment, *Khan [c. Royaume-Uni]*, 12 mai 2000], § 34; *P.G. et J.H. [c. Royaume-Uni]*, 25 septembre 2001]; *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02, §§ 89-92, 1^{er} mars 2007; *Allan [c. Royaume-Uni]*, 5 novembre 2002], § 42).

42. Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (voir, notamment, les arrêts *Khan* et *Allan* précités, respectivement §§ 35 et 37, et § 43).

⁽²⁾ *Parl.St.*, Senaat, 2003-04, nr. 3-450/1.

⁽³⁾ Artikel 8 van die tekst.

⁽⁴⁾ *Parl.St.*, Senaat, 2003-04, nr. 3-450/21.

[...]

45. [...] [L]a Cour a jugé que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention, notamment l'article 3 de celle-ci. Dans les affaires *Jalloh* [c. *Allemagne* (11 juillet 2006)] et *Göcmen c. Turquie* (n/ 72000/01, 17 octobre 2006), la Cour a jugé que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain et dégradant compromettrait le caractère équitable du procès" ⁽⁵⁾.

Het staat aan de wetgever alle nuances van deze jurisprudentie onder de loep te nemen ⁽⁶⁾, om te voorkomen dat de nieuwe regeling inzake nietigheidsgronden die hij wenst in te stellen aanleiding geeft tot problemen ten aanzien van die jurisprudentie.

2. "Geen nietigheid zonder belangenschade"

Het voorgestelde tweede lid steunt op artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek, maar is nauwkeuriger doordat het er volgens het voorstel op aankomt dat "het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de rechtmatige belangen van de partij tegen wie het onderzoek wordt gevoerd of de handeling werd gesteld op een concrete wijze schaadt" ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ EHRM, *Lee Davies* tegen België, 28 juli 2009.

⁽⁶⁾ Zie eveneens de arresten die door de Grote Kamer van het Europees Hof voor de rechten van de mens zijn uitgesproken in de zaken *Jalloh tegen Duitsland* (arrest van 11 juli 2006), *O'Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk* (arrest van 29 juni 2007) en *Bykov tegen Rusland* (10 maart 2009). De wetgever wordt eveneens opmerkzaam gemaakt op het feit dat de zaak *Gäfgen tegen Duitsland*, waarin, op 30 juni 2008 een arrest van een gewone kamer is gewezen dat vragen heeft doen rijzen in verband met die welke in het voorliggende voorstel aangesneden worden, op 1 december 2008 verwezen is naar de Grote Kamer van het Europees Hof voor de rechten van de mens.

⁽⁷⁾ De onderstreepte woorden komen niet voor in artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek.

Dezelfde vragen als die welke hiervoren geformuleerd zijn, rijzen noodzakelijkerwijze wat de werkingssfeer van de regel betreft. De Raad van State vraagt zich ook af om welke soort schade het gaat en hoe de bewijslast geregeld is. De verwijzing naar de concrete aard van het nadeel is hoe dan ook niet duidelijk genoeg.

3. De noodzaak om te voorzien in andere regels inzake nietigheid

Het voorstel, dat strekt tot de eenmaking van de procedurele nietigheidsgronden die in de burgerrechtelijke procedure en in de strafprocedure gelden door voor het model van het Gerechtelijk Wetboek te kiezen, neemt alleen de artikelen 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek met enkele aanpassingen over, zonder ook maar iets te zeggen over de andere grondregels van het burgerlijk procesrecht inzake nietigheidsgronden.

Zo kunnen er zogeheten absolute nietigheidsgronden bestaan waarvoor het niet nodig is dat een nadeel bewezen wordt ⁽⁸⁾.

Dat dient in verband te worden gebracht met de toelichting van het voorstel, waarin wordt aangegeven dat "onverminderd de huidige rechtspraak van het

⁽⁸⁾ Artikel 862 van het Gerechtelijk Wetboek.

Hof van Cassatie ter zake" ⁽⁹⁾ in het Wetboek van Strafvordering het beginsel "geen nietigheid zonder belangenschade" wordt ingevoerd. Daaruit volgt dat een onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen de regelingen inzake nietigheid, wat overeen lijkt te komen met het onderscheid tussen relatieve nietigheidsgronden en absolute nietigheidsgronden in het burgerlijk procesrecht ⁽¹⁰⁾. In de tekst wordt evenwel met deze dimensie geen rekening gehouden en wordt die dimensie *a fortiori* niet geëxpliciteerd, wat een bron van onzekerheid is en twijfel doet rijzen omtrent de echte reikwijdte van het voorstel.

⁽⁹⁾ Aldus wordt verwezen naar de rechtspraak die tot stand is gebracht bij het zogeheten "Antigoon"-arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003 (*T. Strafr.*, 2004, blz. 129, noot Ph. TRAEST); zie eveneens Cass., 23 maart 2004, nr. P.04.0012.N; 16 november 2004, nr. P.04.0644.N). Het voormelde arrest van 23 maart 2004 bevat inzonderheid de volgende passages :

"Overwegende dat naar Belgisch recht, in principe niet geoorloofd is, het gebruik van bewijs dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast of een aangever met het oog op het leveren van dat bewijs hebben verkregen ingevolge een misdrijf, met miskennis van een regel van het strafprocesrecht, ingevolge een schending van het recht op privacy, met miskennis van het recht van verdediging of met miskennis van het recht op menselijke waardigheid; Dat evenwel de rechter alleen dan geen rekening mag houden met een onrechtmatig verkregen bewijs :

- 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.

Overwegende dat het de rechter staat de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM of 14 IVBPR, rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan.

Overwegende dat de rechter bij dit oordeel, onder meer, een of het geheel van volgende omstandigheden in afweging kan nemen,

- hetzij dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan;
- hetzij dat 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".

In het recente voornoemde arrest *Lee Davies tegen België* van het Europees Hof voor de rechten van de mens, van 28 juli 2009, wordt naar die rechtspraak verwezen (zie inzonderheid de nummers 26 tot 29 en 47 van dat arrest).

⁽¹⁰⁾ Zie ook *supra*, opmerking nr. 1.2 over de sanctie op schendingen van procedurewaarborgen die onder de openbare orde vallen.

Bovendien is voorzien in bijzondere regels inzake het dekken van nietigheidsgronden naargelang het gaat om aan belangenschade gebonden nietigheidsgronden of om nietigheidsgronden waarvoor niet vereist is dat een nadeel bewezen wordt ⁽¹¹⁾ en omvat de theorie van de nietigheidsgronden van het burgerlijk procesrecht ook de theorie van de termijnen ⁽¹²⁾.

Ten slotte voorziet artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek in een mechanisme van rechtsherstel.

Naar het voorbeeld van hetgeen aldus in het Gerechtelijk Wetboek wordt geregeld, zou de voorgenomen regeling van de procedurele nietigheidsgronden in strafzaken voorzien moeten worden van een nauwkeurige *modus operandi*.

4. Conclusie

Ook al kan de strafprocedure niet worden herleid tot het burgerlijk procesrecht wegens de in het geding zijnde principes, die verband houden met de individuele vrijheden, en wegens het onderscheid dat tussen procedurele onregelmatigheden moet worden gemaakt ⁽¹³⁾, tonen de voorgaande overwegingen blijkbaar aan dat de kwestie waarop het voorliggende voorstel betrekking heeft een grondig nieuw onderzoek behoeft.

De wetgever kan daarbij dienstig steunen op de eerdere denkoefeningen die ter zake gevoerd zijn. Meer in het bijzonder wordt verwezen naar het voornoemde wetsvoorstel "houdende het Wetboek van strafprocesrecht" ⁽¹⁴⁾, naar advies 36.741/2 dat

⁽¹¹⁾ Artikel 864 van het Gerechtelijk Wetboek.

⁽¹²⁾ Artikelen 860, tweede en derde lid, 862, § 1, en 865 van het Gerechtelijk Wetboek.

⁽¹³⁾ J. de Codt, "Les précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle", *J.T.*, 2008, blz. 650 tot 654.

⁽¹⁴⁾ *Parl.St.*, Senaat, 2003-04, nr. 3-450/1.

de Raad van State op 28 juni 2004 over dat voorstel heeft uitgebracht ⁽¹⁵⁾ en naar de tekst van het wetsvoorstel zoals die na amendering door de Commissie voor de Justitie van de Senaat is aangenomen, inzonderheid de artikelen 7 tot 12 ervan, die over "de nietigheidsgronden" handelen ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ *Parl.St.*, Senaat, 2003-04, nr. 3-450/4. Zie inzonderheid de opmerkingen die over de artikelen 7 tot 10 van het voorstel zijn gemaakt.

⁽¹⁶⁾ *Parl.St.*, Senaat, 2003-04, nr. 3-450/21. Zie ook de artikelen 1, 5 en 6 van dat door de Commissie aangenomen voorstel, voor zover daarbij een verband wordt gelegd tussen de theorie van de nietigheidsgronden en de uitoefening van de rechten van verdediging.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Madame
Mevrouw

P. VANDERNOOT,
M. BAGUET,

conseillers d'État,
staatsraden,

Messieurs
de Heren

G. KEUTGEN,
G. de LEVAL,

assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling Wetgeving,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par Mme W. VOGEL,
premier auditeur.

Het verslag werd uitgebracht door
Mevr. W. VOGEL, eerste auditeur.

La concordance entre la version française et la
version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle
de M. P. VANDERNOOT.

De overeenstemming tussen de Franse en de
Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht
van de H. P. VANDERNOOT.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER

B. VIGNERON

Y. KREINS