Author(s) : **Gutwirth, Serge & De Hert, Paul**

Title : **« Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers »**

Year : **2001**

Publication : **Yes**

Published in : ***Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087**

Copyright : **you are free to use the article, except for commercial purposes, under the sole condition that you also refer to the published version as mentioned in the footer of each page.**

Website : **http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Gutwirth/006.pdf**

Gepubliceerd als : Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers.

Serge Gutwirth en Paul De Hert[1]

Situering

1. Het onderzoek en het debat over de grondslagen van de strafvordering hebben de laatste jaren in Nederland een geweldige bloei gekend. Ongetwijfeld is deze evolutie schatplichtig aan het ambitieuze door het Ministerie van Justitie gefinancierde onderzoeksproject *Strafvordering 2001* dat "betrekking heeft op de systematische grondslagen van een eventueel nieuw te ontwerpen wetboek van strafvordering"[2]. Inspelend op deze ontwikkelingen heeft de onderzoeksschool Rechten van de Mens eveneens een project over de grondslagen en legitimiteit van de strafvordering opgestart dat reeds is uitgemond in de (congres)bundel *Legitieme strafvordering*[3]. Zelfs al is voorliggend artikel de neerslag van ons reactief optreden tijdens het gelijknamige congres, dan is het toch zo geschreven dat het kan worden

[1] Serge Gutwirth doceert rechtstheorie en -filosofie, rechtsvergelijking en mensenrechten aan de rechtsfaculteiten van de Vrije Universiteit Brussel en de Erasmus Universiteit Rotterdam. Paul de Hert is postdoctoraal onderzoeker bij het Centrum Recht, Bestuur en Informatisering aan de K.U.B. te Tilburg en bij de Vakgroep Criminologie van de Vrije Universiteit Brussel.

[2] M.S. Groenhuijsen, 'Het vooronderzoek in strafzaken. De belangrijkste resultaten van het tweede jaar van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*', *D&D*, 2001, afl. 3, 254. Zie ook M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen, R.U.G., 2000, 1. (verder verkort geciteerd als *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting*). *Strafvordering 2001* wordt onder leiding van M.S. Groenhuijsen en G. Knigge uitgevoerd aan de Katholieke Universiteit Brabant en de Rijksuniversiteit Groningen. Het eerste interimrapport, *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting* verscheen in 2000, het tweede in 2001: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 754 p. Streefdoel van dit onderzoek is te komen tot een stelselmatige, coherente en beter aan de tijd aangepaste strafprocedure, die tevens aansluit bij de Europeanisering van de materie. Het is een aanzienlijke verdienste van de onderzoekers van *Strafvordering 2001* dat zij de oriëntaties en voorlopige resultaten van hun lopend onderzoek van meet af aan hebben gepubliceerd en aan het wetenschappelijk debat hebben onderworpen. Ook in dit tijdschrift werd ruim aandacht besteed aan de resultaten van de eerste twee onderzoeksjaren van het project, meer in het bijzonder in *D&D* 2000, afl. 3 (bijdragen van Groenhuijsen, Knigge, Van Dorst, Schalken en Verstraeten) en *D&D* 2001 afl. 3 (bijdragen van 't Hart, Groenhuijsen, Reijntjes en Traest). Men leze tevens G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis*, 2000/3, 83-96 en K. Rozemond, 'Strafvordering 2001: is een nieuw Wetboek van Strafvordering noodzakelijk ?', *RM Themis*, 2000/6, 212-222.

[3] Deze onderzoeksschool bestaat uit onderzoekers uit de Universiteit Utrecht, de Universiteit van Maastricht, de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Open Universiteit te Heerlen. De (congres)bundel is: C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 215 p. (hierna afgekort geciteerd als *Legitieme strafvordering*). De initiatiefnemers van dit (tweede) initiatief wensen niet zozeer met een nieuw wetboek op de proppen te komen, dan wel een bijdrage te leveren aan het debat "door bezinning op de uitgangspunten waarop een adequate en integere strafvordering in de rechtsstaat van de 21ste eeuw zou moeten berusten", zoals luidt in de inleiding van C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, 'Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw' in *Legitieme strafvordering*, 1. Ook hier werd geopteerd voor de cultuur van het open debat: op 1 juni 2001 stelden de betrokken onderzoekers de al in een bundel gepubliceerde resultaten van hun onderzoek ter discussie tijdens een congres te Maastricht. Met plezier zijn we ingegaan op hun uitnodiging om op dit congres vanuit een rechtstheoretisch, rechtsvergelijkend en *outsiders*perspectief te reageren op hun uitgangspunten, werkwijze en ideeën.

gelezen als een zelfstandige grondslagentheoretische bezinning over de strafprocedure en de manier waarop deze volgens ons best wordt opgevat[4]. Uiteraard zal hierbij vooral worden aangeknoopt bij een aantal stellingnamen, perspectieven en omissies van het project *Legitieme strafvordering*, maar onze actieradius zal hiertoe niet beperkt blijven. Zo zal gebeurlijk ook worden gewerkt met elementen uit *Strafvordering 2001*.
Kort samengevat staan we stil bij volgende vragen. In welke mate kan een inquisitoriaal systeem van waarheidsvinding behouden blijven ? Zijn de in *Legitieme strafvordering* centraal geplaatste beginselen van *transparantie*, *accountability* en *participatie* voldoende als onderbouw voor een adequaat en legitiem strafprocedureel systeem ? Kan het formeel strafrecht worden herdacht zonder verwijzing naar de eigenheid van het materieel strafrecht ? Welke plaats kan het slachtoffer toekomen in de strafprocedure ?

Een inquisitoriaal systeem met adversaire elementen?

2. In de jaren zeventig lanceerde Alan Watson zijn aanval op de binnen de rechtsvergelijking dominante visie dat het recht de samenleving weerspiegelt[5]. Dwars ingaande tegen het marxistische geloof in een sterke band tussen onderbouw en bovenbouw, poneert Watson dat recht en samenleving op afstand van elkaar evolueren en niet noodzakelijkerwijs verbonden zijn. Als gevolg hiervan zouden juridische instituten gemakkelijk kunnen worden 'getransplanteerd' van het ene systeem naar het andere, zonder dat over hun sociaal culturele achtergrond en inbedding dient te worden nagedacht. Zo zou het onderscheid tussen *common law* en Continentaal recht grotendeels kunnen worden verklaard zonder enige referentie naar de politiek, de economie of andere aan het recht exterieure factoren. Watsons werk -waarin de aangename echo weerklinkt van Webers provocatieve thesis dat aan het recht een bijzondere status wordt gegeven door de juridische elite- heeft veel kritiek gekregen en wordt vandaag, alleszins in de sterke formulering, niet gevolgd[6]. In de rechtsvergelijking woedt het debat evenwel voort, zeker in de context van de harmonisering en eenmaking van het Europese (privaat)recht. Tegenover de idee dat de culturele verschillen tussen Angelsaksische en Romanistische landen zo groot zijn -ja, zelfs "incommensurabel"- dat convergentie onmogelijk is en zal blijven[7], staat dan weer de positie dat deze verschillen, althans wat betreft het privaatrecht, niet langer paradigmatisch zijn omdat beide rechtsstelsels in dezelfde rationalistische en individualistische cultuur zijn ingebed, en dat derhalve een eenmaking niet onmogelijk is[8].

---

[4] In het verlengde van onze interventie op het congres *Legitieme strafvordering* plannen wij naast deze bijdrage nog twee andere publicaties die een aantal deelaspecten van ons referaat verder zullen uitwerken: één over de verhoudingen tussen het burgerlijk recht en het strafrecht, de andere over de inbedding van de strafprocedure in een democratische rechtsstaat en de idee dat grondrechten als leidende beginselen kunnen gehanteerd worden bij de uitbouw van zulke strafprocedure.

[5] Zie in het bijzonder A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edingburgh, Scottish Academic Press, 1974, 106 p.; A. Watson, 'Legal Transplants and law Reform', *L.Q.Rev.*, 1976, vol. 79; A. Watson, *Society and Legal Change*, Edingburgh, Scottish Academic Press, 1977, 148 p. en A. Watson, *Sources of Law, Legal Ambiguity and Legal Change*, Philadelphia, U. Pennsylvania Press, 1985, 164 p.

[6] Cf. W. Twining, *General Jurisprudence. The Tilburg Lectures*, hoofdstuk 4, te verschijnen. Genuanceerd kritisch ten aanzien van Watsons positie is B. Grossfeld, *The strength and weakness of comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 41-49. Zeer kritisch is P. Legrand, 'The Impossibility of Legal Transplants', *Maastricht Journal of European and Comparative law*, 1997, 111 e.v.

[7] Zie P. Legrand, 'European legal systems are not converging', *International Comparative Law Quarterly*, 1996, 52-81; P. Legrand, 'Against a European Civil Code', *Modern Law Review*, 1997, vol. 60, 44 e.v. en P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1999, 127 p.

[8] Zie o.m. M. Van Hoecke, 'The harmonisation of private law in Europe: some misunderstandings' in M. Van Hoecke & Fr. Ost (Eds) *The harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart, 2000, 1-20 en M. Van Hoecke & M. Warrington, M., 'Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law', *International Comparative Law Quarterly*, July 1998, vol. 47, 495-536. Over deze specifieke problematiek leze men ook de opvattingen van Watson zelf: A. Watson, 'Legal Transplants and European Private Law', *Electronic Journal of Comparative Law*, december 2000, vol. 4, 13p. (http://law.kub.nl/ejcl/44).

3. Wat de strafvordering aangaat denken we alleszins dat Watsons visie niet opgaat en dat er wél degelijk fundamentele verschillen zijn. Nochtans groeien beide strafrechtssystemen ontegensprekelijk naar elkaar toe en zijn er ook overdrachten. Na de tweede wereldoorlog, als reactie tegen de excessen van de Europese dictaturen en als gevolg van de herkenbare Angelsaksische signatuur van de U.V.R.M. en het E.V.R.M., hebben elementen van het Amerikaanse constitutionalisme hun intrede gedaan, zowel in het grondwettelijk recht als in het strafrecht van de Continentale rechtsstelsels[9]. Omgekeerd kan worden vastgesteld dat in het Verenigd Koninkrijk, waar een accusatoire strafvordering van kracht is, het inquisitoire procesmodel opgang maakt[10]. Er is dus sprake van een zekere osmose tussen beide modellen. Het Hof te Straatsburg stelde in dit verband in 1990 in het Kruslinarrest dat het verschil tussen beide systemen niet overdreven mag worden en koppelde hieraan de bedenking dat ook in Continentaal Europa ruimte moet worden gelaten voor jurisprudentiële interpretaties ter concretisering van de legaliteitseis ex artikel 8 lid 2 E.V.R.M.[11].
Op de juridische juistheid van deze argumentatie door het Hof in het Kruslinarrest zijn we elders kritisch ingegaan[12]; hier wensen we ons te beperken tot een meer algemene observatie die vertrekt vanuit de vaststelling dat de Angelsaksische landen het adversaire systeem blijven verkiezen terwijl de Continentale landen blijven vasthouden aan het inquisitoriale. Een tweede vaststelling is dat in landen met een autoritair staatsregime, misdrijven steeds volgens een inquisitoir processcenario worden berecht[13]. Deze vaststellingen brengen ons bij de staatkundige onderbouw van het proces.

4. Er bestaat, zo geloven we, een sterk verband tussen de structuur van het strafproces en staatkundige opvattingen die leven binnen een bepaald rechtssysteem[14]. Voor de Amerikanen is deze keuze nauw verbonden met het staatsmodel dat zij eind achttiende eeuw tot ontwikkeling brachten. In het adversair systeem worden hindernissen ingebouwd ten aanzien van het vergaren en aanvaarden van bewijs om te voorkomen dat de staat misbruik zou maken van het strafproces[15]. Tegen de achtergrond van de overweldigende macht van de staat wordt procedurele bescherming van de verdachte essentieel en noodzakelijk geacht: anders heeft deze laatste geen faire kans. Rechters worden gezien als onderdeel van het bewind en

---

[9] F. Tulkens, 'La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux', in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Parijs, P.U.F., 1992, 38.
[10] B. De Smet, *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen, Intersentia Uitgevers, 1996, 23 met voorbeelden.
[11] Europees Hof van de Rechten van de Mens, arrest Kruslin van 24 april 1990, *Publications ECHR Series A*, Straatsburg, vol. 176-A, par. 29: "but it would be wrong to exaggerate the distinction between common-law countries and Continental countries (...) Statute law is, of course, also of importance in common-law countries. Conversely, case-law has traditionally played a major role in Continental countries, to such an extent that whole branches of positive law are largely the outcome of decisions by courts".
[12] Cf. P. Blontrock en P. De Hert, 'Telefoontap: Tournet, Peureux, Hüvig, Kruslin et les autres', *Rechtskundig Weekblad*, 1991-1992, 865-871.
[13] B. De Smet, *o.c.*, 25.
[14] De nu volgende paragraaf kan samengelezen worden met de analyse van M.R. Damaska die met zijn werk *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative approach to the legal proces* (New Haven, Yale University Press, 1986, 242p.) in belangrijke mate heeft bijgedragen tot een beter begrip van de doelstellingen van het strafproces. In het kort stelt deze auteur dat de staatsvisie (al dan niet interventionistisch) bepaalt of staten opteren voor een *conflict type of proceeding* of integendeel voor een *policy implementing type of proceeding.* Voor een korte beschrijving van Damaska's werk: B. De Smet, *o.c.*, 25-27.
[15] F. Macchiarola, 'Finding the Truth in an American Criminal Trial: Some Observations' in J. Nijboer & J. Reijntjes (eds.), *Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, 1997, The Hague, Koninklijke Vermande, 85-93; Blakesly, Ch., 'The Role and Impact of Constitutionalism, Constitutional Courts and Supreme Courts on the Evolution and Development of Criminal Justice Systems: The Strange Trip in the U.S.', *Nouvelles Etudes Pénales*, 1998, No. 17, 271-300. De nu volgende analyse van het Amerikaans rechtssysteem kan probleemloos getransponeerd worden naar het Verenigd Koninkrijk. Men leze de korte typering door B. De Smet, *o.c.*, 255-257.

Jeffersons leuze dat *government which governs best governs least* wordt dan ook onverminderd toegepast op de strafprocedure.
Een dergelijk systeem wordt geacht in ieders voordeel te zijn en niet uitsluitend in dat van de verdachte. Het biedt bescherming tegen politionele misbruiken en tendensen tot ontwikkeling van een politiestaat. Zelfs al kunnen de opgeworpen procedurele obstakels de vervolging bemoeilijken, toch vonden de *founding fathers* ze noodzakelijk om te ervoor te zorgen dat de regering niet over zoveel macht zou beschikken dat ze de rechten van de burgers en de republiek in het gedrang zou kunnen brengen[16]. Van het allergrootste belang is hierbij dat de productie van het bewijs veel minder dan in Continentale rechtsstelsels een deel is van de gerechtelijke functie. Het vaststellen van de waarheid is aan andere prioriteiten ondergeschikt en wordt gecontroleerd, niet door de rechter, maar door de partijen en hun raadslieden die het proces ook daadwerkelijk voeren. Hier leeft zeker geen sterk staatsbegrip, geen idee van een *benevolent State* die in naam van het algemeen belang instaat voor de goede afloop van strafzaken[17]: het initiatief en het bewijs liggen integendeel in handen van de partijen. De justitiële organen, van politieman tot rechter, worden gezien als een partij met aparte belangen[18]. Het is in *common law* stelsels overigens uitzonderlijk dat een strafproces wordt afgerond: de overtuiging leeft er dat *justice* (en niet zozeer *truth*) best wordt gezocht via *plea bargainings* en onderhandelingen tussen partijen[19].
Er zijn andere dan staatkundige verklaringen voor het voortbestaan van de respectievelijke strafprocessystemen[20]. Van groot belang lijkt ons de analyse van de Franse jurist en wijsgeer Edelman die wijst op het onderscheid in mensbeeld tussen het oude en het nieuwe continent[21]. De antropologie die het Angelsaksische constitutionalisme en de Angelsaksische adversaire strafrechtelijke traditie onderbouwt is een 'oorlogs- of overlevingsantropologie' waarin alles is georganiseerd in functie van een gegeven onveiligheid van de mens: het gaat om een wereld waarin de mens, die permanent op zijn hoede moet zijn, moet worden beschermd tegen de terugkeer van de oorlog. Dit geschiedt door de toekenning van een geheel van beschermende maatregelen: zijn constitutionele prerogatieven en letterlijk, zijn wapens[22]. Zo'n antropologie sluit natuurlijk aan bij het denken van Hobbes en Locke, voor wie de mens eerst en vooral streeft naar zelfbehoud en veiligheid met vrijwaring van een zo groot mogelijke vrijheid.

5. De vaststelling dat de Franse *Déclaration* in vergelijking met de Amerikaanse *Bill of Rights* opvallend minder procesrechten bevat ten voordele van de verdachte, wijst erop dat in de Continentale wereld een andere antropologie aan het werk is. De *Déclaration* schijnt te zeggen dat de verdachte geen behoefte heeft aan een uitgebreide reeks procesrechten en Edelman aarzelt niet om dit te betrekken op het gehanteerde republikeinse vrijheidsconcept. Dit vrijheidsconcept, gebaseerd op het denken van Rousseau, Kant en anderen, is fundamenteel anders: vrijheid is geenszins het ontbreken van enige beperking, doch is, integendeel, pas mogelijk wanneer zij rationeel gestructureerd wordt in functie van haar

[16] F. Macchiarola, *l.c.*, 86; Blakesly, Ch., *l.c.,* 277.
[17] C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *l.c.*, 4-5.
[18] Deze voorstelling van zaken botst radicaal met de continentale traditie waarbij de rechter niet als een procespartij wordt beschouwd. Cf. *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting,* 27. In België is dit net zo. Ook de onderzoeksrechter is, in tegenstelling tot het openbaar ministerie, niet als een partij aan te merken. Cf. B. De Smet, *o.c.*, 267. Interessant is het opzet van de auteurs van *Strafvordering 2001* om te komen tot een ruimer 'partij' begrip wat tot een beter begrip moet leiden van de procesposities van OM, rechter en slachtoffer in de continentale traditie (*Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting,* 27).
[19] F. Macchiarola, *l.c.*, 85. Zie nog infra, voetnoot 43.
[20] Zie de vijf verklaringen gegeven door F. Macchiarola, *l.c.*, 86-87.
[21] B. Edelman, 'What Rights for Those on Trial? Universality and Human Rights' in M. Delmas-Marty, (ed.), *The Criminal Process and Human Rights. Towards a European Consciousness*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 101.
[22] *Ibid.,* 99.

verwezenlijking in de Geschiedenis met een grote G[23]. Het antagonisme tussen autoriteit en vrijheid lijkt hiermee te verdwijnen[24]: de wet is een instrument van bevrijding en vrijheid; zij doet de mens uit de oorlog van allen tegen allen treden. Het constitutioneel gevolg van dit wereldbeeld is bekend. Het geeft een staatsstructuur waarin de wetgever de enige macht is die telt. Ook de strafprocedure wordt erdoor beïnvloed. Een inquisitoriaal systeem geeft het volle gewicht aan de waarheidsvinding (immers 'de' waarheid transcendeert, net als de *volonté générale*, het contingente van de individuele willen van de partijen). Het justitieel apparaat, van politieman tot rechter, is de agent van de republikeinse vrijheid. Hun taak bestaat erin de waarheid, die de voorwaarde is voor de vrijheid, bloot te leggen. Verdedigingsrechten moeten hiervoor wijken.
Het spreekt vanzelf dat het verschil in procedurerechten tussen de respectievelijke rechtssystemen niet uitsluitend kan teruggebracht worden tot bepaalde antropologische wereldbeelden, maar dat bijvoorbeeld ook staatkundige factoren (*supra*) een rol spelen. Zo is het duidelijk dat staatsvorm die in Frankrijk tijdens de revolutionaire jaren vorm krijgt eveneens schatplichtig is aan zijn absolutistisch verleden[25]: de absolute soevereiniteitsgedachte -die zich uiteindelijk doorheen de revolutie handhaaft- privilegieert het publiekrecht.

Terugkoppeling naar *Legitieme Strafvordering* én *Strafvordering 2001*

6. Het punt dat we willen onderstrepen is dat bij een herbezinning over de uitgangspunten van de hedendaagse strafprocedure er alleszins geen abstractie mag en kan worden gemaakt van deze dieperliggende antropologische en politiek filosofische tradities. Bijgevolg, en in tegenstelling tot wat Watson in de jaren ‘70 beweerde over het oppervlakkige van de verschillen tussen Angelsaksische en Continentale rechtsstelsels, kan zeker de strafprocedure niet zomaar op een bureautafel worden herschreven.
Deze conclusie wordt door de auteurs van de inleiding van *Legitieme strafvordering* overigens zeer duidelijk getrokken: zij besluiten dat de diep ingebedde tradities en mensbeelden niet zomaar kunnen worden opzijgeschoven[26]. *Legitieme strafvordering* heeft

---

[23] Zo'n mensbeeld is schatplichtig aan wat door Berlin een positief vrijheidsbegrip wordt genoemd: de vrijheid heeft een morele inhoud die de nadruk legt op bepaalde plichten die moeten vervuld worden opdat er sprake zou kunnen zijn van een vrije samenleving. De vrije burger moet beantwoorden aan een republikeins burgerideaal: hij is pas vrij als hij doet wat een redelijk mens zou doen. Cf. Montesquieu’s opmerking dat “la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir", Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1, Paris, Garnier Flammarion - 325, 292. Over de verschillende vrijheidsconcepten, zie P. De Hert & S. Gutwirth 'Tussen vrijheid en grondrechten. Een paradigmastrijd met blijvende actualiteitswaarde', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2000/3, 205-214.
[24] B. Edelman, *l.c.*, 102.
[25] Cf. C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *l.c.*, 4 en A. Garapon & D. Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, 124: "A l’inverse des pays aglo-saxons, où la tradition d’ l’*habeas corpus*, vieille de plus de trois siècles, interdit la détention arbitraire, chez nous la déténtion provisoire -l’ancien “décret de prise de corps”- s’enracine dans une puissance longtemps indifférente au droits des individus”; en in meer algemene bewoordingen, op 8: “C’est que la puissance de l’Etat s’est affirmée en France face à une société dispersée en de multiples féodalités au moyen d’un système procédural dominé par la concentration des pouvoirs. Kantorowicz a bien saisi comment le pouvoir du juge pénal est né de la volonté de l’empereur de disposer une arme au service exclusif de l’Etat et de la personne sacrée du prince. L’apparition du procès pénal dans les pays d’Europe latine a correspondu a un moment où l’Etat délogeait le religieux et se posait comme le seul constituant de la société. Il est ce noyau de pouvoir constitué autour de la personne sacrée du prince pour le protéger de l’ennemi intérieur”
[26] C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *l.c.*, 17: “Het Nederlandse strafproces heeft zich historisch als een overwegend inquisitoir proces ontwikkeld, wat onder meer inhoudt dat de nadruk bij de ingebouwde garanties voor de integriteit van de strafrechtspleging meer op het gebied van de legaliteit en interne hiërarchische controle liggen dan op het gebied van een adversair proces, met zijn nadruk op waarheidsvinding door middel van een openbaar debat tussen gelijke partijen en ten aanzien van een lijdelijke rechter. Voor zover het EVRM 'adversaire eisen' stelt, gaat het vooral om de eis dat de verdachte de gelegenheid krijgt alles tegen te spreken wat ten laste van hem wordt aangevoerd door de vervolgende instantie, en dat de
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

dan ook als uitgangspunt dat het adversaire proces niet als model dient te staan voor een hervorming van de Nederlandse strafvordering, maar wel dat binnen het kader van het inquisitoire model, meer adversaire elementen kunnen worden ingevoegd[27]. Een zinvolle herbezinning over de grondslagen van de strafvordering veronderstelt een aansluiting bij de grondslagen van de heersende landelijke regels en praktijken. Het E.V.R.M. verplicht geenszins tot de 'overstap' naar een adversair model[28].
Een soortgelijke conclusie treffen we ook aan bij *Strafvordering 2001*. Hoewel in dit onderzoek afstand wordt genomen van een analyse in termen van inquisitoir-accusatoir, en wordt geopteerd voor een proces met *contradictoire* gedingsstructuur[29], wijzen een aantal uitgangspunten (het vasthouden aan de niet-lijdelijke rechter en aan een materieel waarheidsbegrip, alsook het afwijzen van de speltheorie) op het behoud van de bestaande inquisitoriale structuur van procesvoering, waaraan een extra laag procesrechten wordt toegevoegd die geen fundamentele breuk veroorzaakt met het verleden[30]. Het pleit voor een herwaardering van de openbare terechtzitting[31] komt in dit verband niet alleen tegemoet aan de adversaire bekommernis om de verdachte van object van het proces weer tot partij te maken, maar ook, en meer realistisch, als een (inquisitoriale) zorg voor de materiele waarheid. Immers, door te vertrouwen op schriftelijke bewijsstukken, zoals nu de gang van zaken is, kan de rechter de oorspronkelijke bron van het bewijs niet kritisch benaderen, wat gerechtelijke dwalingen in de hand werkt[32]. Tezelfdertijd vormt de klemtoon op de zittingsprocedure een uitgelezen piste om het vooronderzoek geheim en dus inquisitoriaal te houden[33]. Iets overtuigt ons ervan dat de meeste accusatoire nieuwigheden die in de Continentale landen worden overgenomen, steeds instrumenteel zijn aan de inquisitoire traditie[34]. Dat *iets* hebben we hoger in kaart willen brengen via een beschrijving van

---

verdediging de kans krijgt getuigen te ondervragen. In principe kan binnen de kaders van het inquisitoire procesmodel aan die eisen worden tegemoetgekomen, zij het dat zij soms om aanpassingen vragen. Het zou echter van overmoed en gebrek aan historisch besef getuigen om die in eeuwen opgebouwde structuur van achter rechtsgeleerde bureaus radicaal te willen omgooien: de mislukking van een dergelijke operatie is al te voorspelbaar".

[27] Meer concreet impliceert deze optie voor de auteurs van *Legitieme Strafvordering* alvast dat wordt geijverd voor een revalorisatie van het onmiddellijkheidsbeginsel, dat sterk op de achtergrond is verdreven doordat de Nederlandse rechter in de praktijk vooral nagaat of het vooronderzoek correct is geschied. Tegenover zo'n sterk verificatieve houding van de rechter -ter zitting voert hij als het ware een *audit* uit van het vooronderzoek- wordt gepleit voor het weer daadwerkelijk tegensprekelijk maken van de zitting. Volgens Mevis, Reyntjes en Wöretshofer dient meer dan nu het geval is ter zitting, door de zittingsrechter persoonlijk, onder het oog van het publiek, de rechtmatigheid van het opsporings- en vooronderzoek te worden getoetst en onderzocht (door middel bv. van getuigenverhoor); P.A.M. Mevis, J.M. Reyntjes en J. Wöretshofer, 'Rechtmatigheidstoetsing in het nieuwe millennium' in *Legitieme strafvordering*, 37-55.

[28] B. De Smet, *o.c.*, 236-240.

[29] *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting,* 28-31. Zie ook: G. Knigge, 'Een wetboek van elastiek', D&D, 2000, afl. 3, 228-229.

[30] "Dat de nadruk komt te liggen op de interactie van de procespartijen wil niet zeggen dat gekozen wordt voor een accusatoir procesmodel in de zin dat de positie van OM en verdachte een symmetrische is. Vastgehouden wordt aan de gedachte dat het OM niet uitsluitend en eenzijdig het vervolgingsbelang heeft te dienen, maar de rechtmatige belangen van de verdachte in zijn opstelling moet verdisconteren"; *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting,* 26.

[31] Zie ook R. Verstraeten, 'Enkele bedenkingen van een buitenstaander bij het interim rapport 'Naar een nieuw wetboek van strafvordering', *D&D* 2000, afl. 3, 254-255.

[32] B. De Smet, *o.c.*, 172 en 357.

[33] "Een ander voordeel is dat het geheim van het vooronderzoek grotendeels ongeschonden kan blijven. (...) Voor de doeltreffendheid van de opsporing is deze gang van zaken zeker aangewezen. Gesteld dat de verdachte reeds bij aanvang van het onderzoek als procespartij kan optreden, dan bestaan de kans dat de sporen van het misdrijf worden uitgewist of dat getuigen onder druk worden gezet om geen belastende verklaringen af te leggen"; B. De Smet, *o.c.*, 354.

[34] De politiek-antropologische verschillen die een fundamenteel andere wereldbeschouwing uitdrukken verklaren o.i. meer dan de aangevoerde rationeel-organisatorische argumenten waarom de onderzoekers van *Strafvordering 2001*, maar bijvoorbeeld ook J. Reijntjes (die aan *Legitieme strafvordering* participeert) en Ph. Traest de aanwezigheid van de raadsman van de verdachte tijdens het politieverhoor geen kans geven. Het voorgestelde alternatief -te weten het recht op voorafgaandelijke raadpleging van de raadsman en de integrale video-registratie van het verhoor zelf- is vanuit een *common law* perspectief natuurlijk naast de kwestie. Hier gaat het om een principiële kwestie die te maken heeft met de noodzakelijke erkenning van de verdachte als een volwaardige procespartij aan wie -ten aanzien van de veel sterkere staat- *vanzelfsprekend* dezelfde middelen en wapens moeten worden gegund. Niet een rustige waarheidsvinding primeert, wel de *equality of arms* Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

staatkundige en antropologische factoren. Het betreft geen complot, maar een traditie, zijnde een maatschappelijk gegeven dat niet onmiddellijk kneedbaar is.

7. De antropologische en politiek-filosofische verschillen tussen Angelsaksische en Continentale rechtsstelsels indachtig kunnen we de door de auteurs van *Legitieme strafvordering* gemaakte keuze voor de "invoering van meer contradictoire elementen met het vasthouden aan inquisitoire uitgangspunten"[35] alleen maar ondersteunen. Eigenlijk hoeven we hiermee zelfs niet in te stemmen, want deel van ons argument is uitgerekend dat deze keuze mee bepaald wordt door achterliggende factoren die ons denken grotendeels beheersen en waarvan we ons dan ook moeilijk kunnen losmaken. Vandaar dan weer dat het erg belangrijk is de achter het straf(procedure)recht liggende mens- en maatschappijbeelden te expliciteren.

Waarheidsvinding vanuit rechtstheoretisch en (meta)wetenschappelijk perspectief

8. Dit gekozen 'hybride' uitgangspunt kan tevens worden ondersteund door een reeks argumenten die betrekking hebben op de problematiek van de *waarheidsvinding* in recht en wetenschap. Immers, vandaag de dag blijken zowel de Continentale als de Angelsaksische opvatting van de waarheid problematisch vanuit het dubbel perspectief van de (straf)rechtstheorie de epistemologie of de (meta)wetenschappen.
In de eerste plaats blijkt de Continentaal-inquisitoire opvatting dat zoiets als een 'objectieve waarheid' door tussenkomst van neutrale officiële actoren kan worden blootgelegd, steeds minder houdbaar. Vanuit wetenschapstheoretisch en -sociologisch perspectief is het geloof dat de wetenschappers de objectieve waarheid op onbemiddelde wijze kunnen blootleggen alleszins niet langer aan de orde. De wetenschapper kan de *bouche de la réalité* niet zijn. Het wetenschappelijk objectivisme -dat volgens sommigen zijn wortels juist in de inquisitie vond[36]- heeft veel van zijn sporen verloren. Inderdaad, als gevolg van ontwikkelingen en ontdekkingen binnen de wetenschappen zelf[37], alsook in het verlengde van wetenschapssociologische en -historische bevindingen, kan de realiteit niet langer worden opgevat als een wetmatig functionerend, transparant en onveranderlijk gegeven. Bovendien heeft het *subject* -de wetenschapper, de mens- impact op het *object* -het bestudeerde. Tevens is steeds overtuigender aan het licht gekomen dat wetenschappelijke waarheden eigenlijk wetenschappelijke *waarheidsaanspraken* vertegenwoordigen die gebonden zijn aan de oorspronkelijke *projecten* van wetenschappers die in netwerken functioneren. In de wetenschappen heerst thans *waarhedenpluralisme*[38]: het kennistheoretische beginsel van de *adequatio rei et intellectus* is op de helling komen te staan.

...; een gedachte die voor de continentale jurist maar moeilijk te assimileren valt. Cf. M. Groenhuijsen, 'Het vooronderzoek in strafzaken. De belangrijkste resultaten van het tweede jaar van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*', *D&D*, 2001, afl. 3, 261; J. M. Reijntjes, 'De toekomst van het voorbereidend onderzoek' *D&D*, 2001, afl. 3, 284 en Traest, Ph., 'Strafvordering 2001: een reactie op de voorstellen in het tweede interimrapport inzake het vooronderzoek in strafzaken', *D&D*, 2001, afl. 3, 296-298.

[35] Formulering van E. Prakken en T. Spronken, 'Grondslagen van het recht op verdediging' in *Legitieme strafvordering*, 58.

[36] M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 226-229 en M. Foucault, *Résumé des cours. 1970-1982*, Paris, Julliard, Conférences, essais et leçons du Collège de France, 1989, 19-24 en S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht* VUBPress/MAKLU, Brussels/Antwerpen, 1993, 201-206.

[37] Het gaat hier bijvoorbeeld om ontwikkelingen op het vlak van de thermodynamica, de quantummechanica, de zelforganiserende systemen, de tijdsconcepties die verbonden zijn met namen als Einstein, Heisenberg, Prigogine en Stengers, enzoverder. Hierover zie o.m. S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken o.c. en* S. Gutwirth, 'De wetenschappelijke dimensies van milieurechtelijke begripsvorming. Een problematiserende verkenning' R. Foqué en S. Gutwirth (Eds) *Vraagstukken van milieurechtelijke begripsvorming*, Arnhem, Gouda Quint, 2000, 61-96.

[38] Uitvoerig hierover in de werken waaraan werd gerefereerd in de vorige voetnoot.

9. Eigenlijk kan iets gelijkaardigs vastgesteld worden vanuit rechtstheoretisch of zelfs louter juridisch perspectief. De Belgische jurist François Rigaux heeft in *La loi des juges*[39] op basis van een kritische analyse van talrijke nationale gerechtelijke uitspraken (België, Duitsland, Frankrijk, Groot-Brittannië, de Verenigde Staten,...) en arresten van supranationale rechtbanken (Straatsburg, Luxemburg) aangetoond dat het onderscheid tussen 'feitenkwesties' en 'rechtsvragen' geen steek houdt[40]. Dit onderscheid behoort volgens de vermaarde auteur tot de vele 'heilige koeien' en binaire redeneervormen waarvan het recht zich moet ontdoen. De realiteit, noch de regels, noch de interpretatietheorieën of de knepen van het juridisch redeneren laten zich op eenvoudige, logische en eenduidige wijze vatten. Het 'feit' bestaat niet los van de rechtsregel waarbinnen het moet worden begrepen of 'gesubsumeerd'. Het wordt integendeel artificieel gecreëerd juist doordat de jurist er de norm op toepast: "Les faits ne sont pas un donné soumis à la règle, c'est le choix de celle-ci qui permet de construire les faits qu'elle régit"[41].
Ook 't Hart heeft dit recentelijk nog op verhelderende wijze aan de orde gesteld in een beschouwing over de autonomie van het strafrecht ten aanzien van andere disciplines, waaronder de fysische en sociale wetenschappen. Verwijzend naar het voorbeeld van de snelheidsmetingen laat hij zien hoe de juridische werkelijkheid alleen maar kan worden geconstrueerd door verwijzing naar de interpretatiecodes en -methoden die eigen zijn aan het recht. "Als men alleen al kijkt (...) naar de wijze waarop de jurist in het strafrecht de maatschappelijke werkelijkheid vastlegt, dan valt onmiddellijk op dat dit allesbehalve een neutrale waardevrije aangelegenheid is. Bij de 'feitenvaststelling' en de rechtsvinding gaat het voortdurend om interpretatie, en wel van feiten en regels tegenover elkaar"[42].
Uit dit alles nemen wij mee dat feiten en normen niet op impermeabele wijze te scheiden vallen. Door het feit te omschrijven te kwalificeren -of te 'subsumeren'- bepaalt de rechter het toepasselijke recht, de toepasselijke wetsbepaling. Hij interpreteert de feiten in functie van het recht en vice versa.

10. Het Angelsaksische waarheidsconcept is erg verschillend, zoniet tegengesteld aan het Continentale. Hier is de uiteindelijke 'waarheid van de zaak' tenslotte louter afhankelijk geworden van wat de partijen terzake relevant vinden: elk heeft een ‘partijwaarheid’ te verdedigen en samen kunnen ze overeenkomen tal van elementen niet in het geding te betrekken. In het beste geval confronteren zij hun respectievelijke partijwaarheden met elkaar ter zitting, waarna een jury stemt over de schuld, en meteen over wat nu uiteindelijk als ‘waarheid’ heeft gefunctioneerd en verder gaat functioneren. In het allergrootste deel van de gevallen komt het overigens niet eens tot een proces, maar wordt de zaak via *plea-bargaining* opgelost waarbij het streven naar de waarheid het helemaal moet afleggen ten opzichte van een onderhandelde oplossing van het conflict[43].

---

[39] Fr. Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1998, 47-70

[40] *Ibid.*, 25: "(L)e fait soumis à la règle ne peut en aucune façon être considéré comme une substance qui existerait indépendamment. Aucune chose n'existe par elle-même, elle est portée par le concept qui la désigne. (...) La mort d'un être humain n'est pas la même réalité pour le physiologiste, le médecin, le théologien, le moraliste ou le juriste. Selon la théorie du droit le fait n'est appréhendé et n'est donc pertinent que sous une qualification juridique. Or celles-ci sont multiples, non seulement en raison de la pluralité des ordonnacements juridiques, mais aussi parce que, à l'intérieur même d'un ordre juridique, diverses qualifications se partagens, ou se disputent, l'appréhension d'une situation de fait".

[41] *Ibid.,* 53.

[42] A.C. ‘t Hart, ‘De autonomie van het strafrecht’, *D&D 20001, afl. 3,* 239

[43] In de VSA komen slechts 5-10% van de zaken ter zitting; 90-95% van de zaken worden opgelost zonder *trial*, doorgaans na een *guilty plea* gevolgd door onderhandelingen over de strafmodaliteit en -omvang; zie A. Deysine, *La justice aux Etats-Unis*, Paris, PUF - Que sais-je ?, 1998, 91-92 en J.M. Feinman, *Law 101. Everything you need to know about the American legal system*, Oxford University Press, 2000, 316-319. Voor Engeland wordt het cijfer van 97% gehanteerd; R.C.A. White, *The English legal system in action. The administration of justice*, Oxford U.P., 3d edition, 1999, 46.
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

Ook deze Angelsaksische opvatting van waarheid is vanuit metawetenschappelijk perspectief erg problematisch, zij het dan om heel andere redenen dan de Continentale. Dit waarheidsconcept -als het al zo mag worden genoemd- komt neer op een vorm van puur epistemologisch relativisme waarin alle *statements* elkaar waard zijn of kunnen worden. Nu verworden de wetenschappen in de handen van het relativisme ook werkelijk tot "alleen maar politiek": elke wetenschappelijke uitspraak wordt erdoor herleid tot een mening als een andere. Zo'n houding laat niet toe om iets te zeggen dat toelaat een onderscheid te maken tussen de wetenschappen en om het even welke andere maatschappelijke activiteit[44]. Zulk relativisme staat net als het positivisme haaks op het hierboven reeds vermelde waarhedenpluralisme. Dit laatste onderkent juist de singulariteit van de wetenschappen en wetenschappelijke waarheidsaanspraken, precies door te wijzen op de bijzondere manier waarop de wetenschappelijke netwerken functioneren.
De wetenschappen representeren hun objecten inderdaad doorheen de opbouw van netwerken van referenties waarin het gezag om te spreken onophoudelijk wordt gecontroleerd door alle andere deelnemers van het netwerk. Werkelijkheid en waarheid -of m.a.w. (wetenschappelijke) feiten- worden geconstrueerd door een voortdurend spel van wederzijdse op de proef stellingen: een feit of een waarheid (maar ook een stelling of een concept) houden slechts stand zolang zij het netwerk voldoende achter zich kunnen mobiliseren[45]. En dat leidt ertoe dat wetenschappelijke kennis de meest gecontroleerde, beproefde en betrouwbare vorm van kennis is[46]. Wetenschappelijke waarheidsaanspraken moeten zowel aan materiële als aan intersubjectieve criteria voldoen. Het streven naar objectiviteit en het maken van het verschil met fictie staan steeds centraal.
In het waarhedenpluralisme ligt dus een visie op waarheid besloten *die relativistisch noch objectivistisch* is, maar die rekening houdt met de wijze waarop wetenschappelijke kennis tot stand komt. Waarheidsaanspraken krijgen aldus een contextueel karakter: hun objectiviteit is gekoppeld aan het brede geheel van voorwaarden en *constraints* die ze mogelijk maken.

11. Verder nog is het Angelsaksische systeem van waarheidsvinding vanuit Continentaal culturele, historische en sociaalpolitieke context -en *a fortiori* vanuit Nederlands perspectief, waar er nooit jury's zijn geweest- ondenkbaar[47]. Hier -tegen de achtergrond van een Republikeinse strafrechtelijke traditie- kan het strafrecht niet worden losgekoppeld van een

---

[44] Bijgevolg moet ernstig worden genomen "le scandale des scientifiques lorsqu'on ramène leur prétentions à l'objectivité à un 'folklore particulier', susceptible du même type d'analyse que les folklores des autres pratiques humaines (...) la singularité des sciences n'a pas besoin d'être niée pour devenir discutable. Afin de faire des scientifiques des acteurs comme les autres dans la vie de la cité (...), il n'est pas nécessaire de décrire leur pratique comme semblable à toutes les autres."; I. Stengers, *L'invention des sciences modernes*, Paris, La découverte, 1993, 70.

[45] "Dès lors qu'il s'agit de science, tous les énoncés humains *doivent* cesser de se valoir, et la mise à l'épreuve qui *doit* créer une différence entre eux implique la création d'une référence qu'ils désignent et qui *doit* être capable de faire la différence entre science et fiction" "(...) il ne s'agit plus de vaincre le pouvoir de la fiction, *il s'agit toujours de mettre* à l'épreuve, de soumettre les raisons que nous inventons à un tiers susceptible de les mettre en risque"; I. Stengers, *L'invention des sciences modernes*, *o.c.*, 151. Of verder: "Seul le travail des scientifiques ensemble, producteur de controverses, seuls les travaux qui acceptent le défi d'avoir à *résister* aux autres, à *intéresser* les autres, à tenter de *modifier les degrés de liberté* qui sont ouverts aux autres, peuvent êtres caractérisés comme scientifiques"; I. Stengers, "Les 'nouvelles sciences' modèle ou défi", *l.c.*, 108. Zie ook M. Callon, 'Introduction' in *La science et ses réseaux. Genèse et circulation des faits scientifiques*, M. Callon (Dir.), Paris, La Découverte, 1989, 32-33: "Le secret de la science tient tout entier dans ces deux impératifs entre lesquels le chercheur ne peut pas choisir: éprouver la résistance d'une proposition, mesurer l'intéressement qu'elle suscite. Cette double exigence définit l'historicité propre de la connaissance scientifique et son horizon indépassable".

[46] Of met de woorden van Isabelle Stengers: "Si les liens que créent les scientifiques avec la réalité sont fiables, si nous pouvons, après coup, les dire 'objectifs', c'est bien parce qu'ils sont produits sur fond de controverses, c'est bien parce qu'ils s'adressent d'abord à des interlocuteurs dont le rôle est de mettre en doute la démonstration qui leur est proposée, et de chercher tous les moyens de la démolir" I. Stengers, *Sciences et pouvoirs, o.c.*, 43.

[47] Zie ook de oratie van Chrisje Brants, *Over levende gedachten. De menselijkheid van een functioneel strafrecht,* oratie Utrecht, Deventer, Gouda Quint 1999, 43 p.: volgens haar is het Anglo-amerikaanse adversaire model hier "zelfs als ideaal een illusie".
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

zoektocht naar waarheid die het recht tot straffen legitimeert[48]. Dat heeft natuurlijk te maken met diepere opvattingen over het belang van een onpartijdige 'neutrale' staat, en dus met een heel ander staats- en vrijheidsbegrip. Straffen kan alleen legitiem zijn als de penale verantwoordelijkheid ligt bij instanties die in principe onpartijdig zijn. Het (straf)recht functioneert daarom precies op een 'bemiddelende' manier en zowel de rechter als de parketmagistraat dienen zich hun dubbele binding ten aanzien van instrumentaliteit én rechtsbescherming eigen te maken. Onze voorstelling van het strafrechtelijke gebeuren is tripolair, niet bipolair: er staat een erg belangrijke en actieve derde tussen de vervolging en de verdediging, met name de rechter[49]; het recht staat tussen conflicterende rechten en belangen.
Kortom: o.i. kan het uitgangspunt van *Legitieme strafvordering,* met name dat er adversaire elementen in het kader van het inquisitoire strafproces kunnen worden ingevoegd volmondig worden onderschreven en steun vinden in zowel rechtstheoretische als (meta)wetenschappelijke argumenten[50].

Transparantie, *accountability* en participatie: de trits in rechtsvergelijkend perspectief

12. *Legitieme strafvordering* stelt drie waarden of beginselen voorop als 'centrale uitgangspunten', 'eisen', 'sleutelbegrippen' of nog 'centrale noties'[51] voor een legitieme strafvordering. Het gaat om transparantie, *accountability* en participatie (hierna kortweg: de trits). Op één plaats heet het dat deze beginselen gepuurd worden uit het leerstuk van de grondrechten en het E.V.R.M., op een andere luidt het dat deze beginselen afstammen uit de Verlichting en verweven zijn met de principes van de democratische rechtsstaat[52]. Deze drie noties worden door de auteurs van *Legitieme strafvordering* gebruikt als toetsstenen waaraan de strafprocedure van een democratische rechtsstaat zou moeten voldoen, ongeacht het mensbeeld, de politieke filosofie en het soort rechtsstelsel waarin deze is ingebed[53].
Ons vallen vooral de grote gelijkenissen op tussen de trits en het Amerikaanse *due process* leerstuk. Deze leer eist dat de overheid bij het nemen en uitvoeren van ingrijpende beslissingen aan een aantal voorwaarden voldoet. Deze voorwaarden garanderen enerzijds dat

---

[48] Of zoals de inleiders van *Legitieme strafvordering* schrijven: "Het legaliteitsbeginsel, centraal bij de bescherming van het individu tegen willekeurige bestraffing, zou immers elke beschermende waarde ontberen wanneer de *nullum crimen* regel niet gepaard ging met de eis dat op de wet gebaseerde verdenkingen ook bewezen worden voordat iemand kan veroordeeld worden. In die zin liggen respect voor het individu en het waarheidsstreven in elkaars verlengde. Zo zien we ook dat de manier waarop in een bepaald rechtsstelsel individuele rechtsbescherming vorm krijgt, zijn weerslag vindt in de manier waarop de waarheidsvinding wordt gepercipieerd en geregeld", C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *l.c.*, 4

[49] Over deze 'relationele rechtsopvatting' zie -uiteraard- vooral R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 501 p.

[50] Uiteraard stelt deze optie, zoals Prakken en Spronken stellen, wel een hele reeks problemen m.b.t. de herbepaling van de complexe rolposities van deelnemers aan het strafproces. Maar dat is nu juist de uitdaging van het herdenken van de strafprocedure. Zo laat de optie bijvoorbeeld toe om -zoals Prakken en Spronken ook doen- te pleiten voor een noodzakelijke verduidelijking van de positie van raadsman als partij, en vooral -in tegenstelling tot *Strafvordering 2001* (cf. supra voetnoot 34)- voor de participatie van de verdediging aan het vooronderzoek in het kader van een nog inquisitoriaal gebleven procedure. In het bijzonder gaan ze op zoek naar de mogelijkheden om de raadsman te betrekken bij de allereerste fase van het opsporingsonderzoek, met name het eerste verhoor door de politie. Zie E. Prakken en T. Spronken, *l.c.*, 57-74.

[51] C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *l.c.*, respectievelijk op 2, 7, 7 en 19.

[52] In een ander artikel zullen we aangeven waarom de herdenking van de strafvordering o.i. moet gebeuren binnen het bredere perspectief van de democratische rechtsstaat eerder dan vanuit de grondrechten (cf. supra, voetnoot 4)

[53] Omstandige omschrijvingen van de trits zijn uiteraard te vinden in de bundel *Legitieme strafvordering*. Heel in het kort kan over de trits het volgende worden gezegd. *Participatie* slaat eerst en vooral op de deelname van de verdachte en van het publiek, maar tegenwoordig ook van het slachtoffer en andere privé personen (detectives, *consultants*, experts, ...) aan het strafproces. *Accountability* heeft te maken met de wijze waarop de bij de strafvervolging betrokken actoren verantwoording afleggen, dienen af te leggen en ter verantwoording kunnen worden geroepen: welke structuren bestaan er ? welke sporen moeten worden bewaard ? wie kan controle- en verantwoordingsmechanismen in gang zetten. *Transparantie* verwijst dan weer naar de openbaarheid, zowel de externe als de interne, van het strafrechtelijke gebeuren en doet de vraag rijzen welke rol de media hier wel of niet te spelen hebben.
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

het besluitvormingsproces correct verloopt, anderzijds waarborgen zij de inspraak van de betrokkenen[54]. *Due process* biedt "the promise of procedural fairness at every level of government"[55]. De eisen zijn terug te voeren op het vijfde en het veertiende amendement bij de *Constitution* die respectievelijk stellen dat "no person [...] shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law" en dat "no state [...] shall deprive any person of life, liberty, or property without due process of law" .
Deze *due process clause* is door het Federale Hooggerechtshof zo uitgelegd dat de overheid zich moet houden aan een aantal voornamelijk procedurele voorschriften telkens wanneer 'life, liberty, or property' worden geraakt[56]. De belangrijkste vereisten zijn het legaliteitsbeginsel, het beginsel van hoor en wederhoor en het recht op hoger beroep[57]. Aanvankelijk waren deze procedurele beginselen alleen van toepassing bij het opleggen van strafrechtelijke sancties, maar in de jaren zestig heeft het Federale Hooggerechtshof het bereik van de beginselen aanzienlijk opgerekt. Zo dient de overheid ook *due process* te betrachten bij de vaststelling van iemands aanspraak op sociale voorzieningen[58].
In de rechtspraak hebben deze eisen zich gaandeweg ontwikkeld tot het algemene beginsel dat een overheidsorgaan de informatie op basis waarvan het een ingrijpende beslissing neemt aan betrokkene moet overleggen zodat betrokkene de juistheid van deze informatie kan aanvechten. Zo verklaart het *Supreme Court* in *Greene v. McElroy:* 'Certain principles have remained relatively immutable in our jurisprudence. One of these is that where government action seriously injures an individual and the reasonableness of the action depends on fact findings, the evidence used to prove the Government's case must be disclosed to the individual so that he has an opportunity to show that it is untrue'[59]. Een en ander impliceert dat het overheidsorgaan openheid moet bieden over het dossier dat het over een burger houdt zodra er op basis van dat dossier bepaalde beslissingen worden genomen. Daarnaast moet betrokkene de mogelijkheid worden geboden om zijn dossier in te zien en daarin, waar nodig, correcties aan te brengen.

13. Zoals gezegd zien wij grote gelijkenissen tussen de trits en de beginselen van *due process*. De *due process*-eisen dat betrokkene op de hoogte moet worden gebracht van getuigenverklaringen die tegen hem worden gebruikt, en dat hij gelegenheid moet krijgen de aldus vergaarde informatie te betwisten en om de getuigen zelf aan een kruisverhoor te onderwerpen, zijn duidelijk verwant aan kernwaarden als transparantie en participatie.
De korte beschouwing over het Amerikaanse *due process* grijpen we aan om te wijzen op een interessante interactie tussen strafprocesrecht en recht in het algemeen. Het fenomeen dat een typisch strafprocesrechtelijke leer zoals *due process* wordt toegepast op de relaties met allerlei soorten overheidsorganen toont aan dat het strafrechtsenken historisch gesproken een voortrekker kan zijn voor het denken over het optreden van de overheid. Beginselen uit het strafrecht worden veralgemeend en toegepast op alle vormen van overheidsoptreden. Het fenomeen is historisch niet nieuw en heeft zich ook in Europa voorgedaan. Zo suggereert L. Dupont dat de *Déclaration* geen bron is van de moderne strafrechtelijke grondrechten die tijdens de revolutie vorm kregen, maar omgekeerd, dat zij zelf in feite een product is van een

---

[54] Zie o.m. J.M. Feinman, *o.c.*, 47-52 en L. H. Tribe, *American constitutional law*, New York, The Foundation Press, 1988, 663 e.v.
[55] B. Neuborne, 'An overview of the bill of rights' in *Fundamentals of American Law*, A.B. Morrisson (Ed.), Oxford University Press, 1996, 116.
[56] Zie L. H. Tribe, *o.c.*, 629-32, 663-768, 1673-87 en l302-1435.
[57] Vgl. met B. Neuborne, *l.c.*, 116: "Although the precise attributes of procedural due processs vary with the setting, they include fair notice, an opportunity to be heard, a right to retained counsel, and access to a neutral arbiter".
[58] Zie A.F. Westin & M.A. Baker, *Databanks in a free society. Computers, record-keeping and privacy*, New York, Quadrangle Books, 1973.
[59] *Greene* v. *McElroy,* 360 US 474, 496 (1959)
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

belangrijke beweging tot hervorming van het strafrecht in de prerevolutionaire periode[60]. In het licht van het belang van het strafrecht als instrument in de handen van de staatsmacht is zulke assumptie zeker niet zonder grondslag. Een mooi voorbeeld is het principe van de niet-retroactieve werking van de wet. Vanzelfsprekend is dit principe van het allergrootste belang voor het strafrecht, maar er kan toch worden vastgesteld dat het geleidelijk aan is geëvolueerd tot het algemene principe dat de wetgever alleen voor de toekomst beschikt[61]. Zo duikt het principe bijvoorbeeld op in vele bronnen van het Belgisch recht, inzonderheid in art. 2 van het Burgerlijk Wetboek[62]. Doelstelling is het vrijwaren en het erkennen van verworven rechten, alsook het garanderen van rechtszekerheid in burgerlijke aangelegenheden door het respect en de bekrachtiging van juridische handelingen uit het verleden[63].

14. Op basis van het bovenstaande kan natuurlijk worden opgemerkt dat de trits-rechtsbeginselen niet bepaald nieuw zijn en ook niet sectorspecifiek (d.w.z. specifiek toegesneden op of bestemd voor de strafprocedure). Op zich is dit niet zo'n relevante vaststelling, ware het niet dat een tweevoudig probleem ons verplicht de specificiteit van het straf(proces)recht wel degelijk in rekening te brengen. In welke fase van de vervolging moet de trits gerealiseerd worden? In elke fase? Of volstaat het dat het onderzoek -in de lijn van de Straatsburgse rechtspraak in verband met het eerlijk proces- in zijn geheel, en dus niet noodzakelijk in al zijn deelaspecten, geacht wordt te voldoen aan de trits ? Een tweede probleem heeft te maken met de veelheid aan actoren die betrokken zijn bij het strafprocesrecht en het strafrecht: de verdachte, de rechter, de vervolgingsinstanties, het slachtoffer, de publieke opinie, … Voor wie moet de trits werken? Kan worden ingegaan op de vraag van de media (en de publieke opinie) om camera's in een rechtszaal te plaatsen en alzo een grotere externe openbaarheid (transparantie) te bereiken? Is de vraag tot participatie van het slachtoffer in alle gevallen wenselijk (vanuit het perspectief van de verdediging, vanuit de eigenheid van het strafrecht) en zo nee, aan welk belang dient het meeste gewicht gegeven te worden?
De toepassing van de trits kan hier niet steeds een antwoord bieden. De beantwoording -of zelfs het begin van beantwoording- van deze vragen verplicht tot onderzoek juist naar datgene wat sectorspecifiek is aan de strafprocedure en meteen aan het *strafrecht* waarvan zij in het teken staat. We hebben het overigens van meet af aan opmerkelijk gevonden dat *Legitieme strafvordering* een herbezinning op de uitgangspunten van de strafvordering quasi volledig heeft losgekoppeld van de problematiek van de functie of doelstellingen van de straf. Een hele reeks aangebrachte vraagstukken alsook de wijze waarop zij kunnen worden aangepakt, zijn nochtans nauw verbonden met de betekenis die aan de straf wordt gegeven. Die kan immers een belangrijke impact hebben op hoe men denkt over de positie van slachtoffers, de interne en externe openbaarheid, de buitengerechtelijke afdoening, de bekentenis, ... enz.[64].

---

[60] L. Dupont, 'De verklaringen van de rechten van de mens van 1789 en het strafrecht', *D&D*, 1989, Vol. 19, 482-493.
[61] O. Vandemeulebroeke, 'Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (Art. 2, al. du Code Pénal)' in *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 141.
[62] Zie artn 12 en 14 Grondwet, art. 2 al. 1 Strafwetboek art. 2 B.W. Cf. Fr. Delperee, 'Le Principe de la non-retroactivité des lois' in *Annuaire International de Justice constitutionnelle (A.I.J.C.)*, 1990, (Vol. 1), 1990, 334-335 en O.Vandemeulebroeke, *l.c.*, 148.
[63] O.Vandemeulebroeke, *l.c.*, 144.
[64] Op deze problematiek werd evenwel al gewezen door Brants en Field onderstreepten dat de invulling van het recht op participatie van het slachtoffer samenhangt met de doelstellingen van het strafproces; Ch. Brants & St. Field, *Participation rights and proactive policing: Convergence and drift in European Criminal Process*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 1995. Beijer voegt daar eveneens terecht aan toe dat de positie van het slachtoffer kleiner zal zijn naarmate men meer de klemtoon legt op de specificiteit van het strafrecht, terwijl de mogelijkheid tot verruiming van deze positie toeneemt naarmate men deze specificiteit binnen het geheel van het publiekrecht minder beklemtoont (en dat is precies de richting die we verder zullen ingaan); A. Beijer, 'Hoe poreus worden de muren van het strafvorderlijk systeem? De second opinion in het opsporingsonderzoek' in *Legitieme strafvordering*, 143-144
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

De sacrificiële straffunctie als leidraad voor de trits ?

15. De functie van het strafrecht is *straffen*. Deze evidentie wordt soms uit het oog verloren. Strafrecht is het rechtsgebied dat legitiem punitief optreden door de staat mogelijk maakt. Vanuit die optiek blijft het toch zeer opvallend dat er over de doelstellingen van de straf geen duidelijkheid te bespeuren valt: het doel van de straf is noch grondwettelijk noch wettelijk op eenduidige wijze bepaald (en daar verandert die ene bepaling van het BUPO weinig aan[65]).
Waartoe de straf dient is integendeel al van meet af aan, en zeker sinds de Verlichting, inzet van aanhoudende discussie, herinterpretatie en verwarring geweest. Zoals genoegzaam bekend, pendelt dit debat tussen enerzijds het utilitarisme waarin de straf een middel tot preventie of resocialisering is[66], en anderzijds het retributivisme waarin de straf het doel op zich is, met name vergelding, symmetrische vereffening of "doen betalen"[67]. Tussen deze polen zijn er natuurlijk ook hybride modellen ontstaan waarin de straf wordt gelegitimeerd zowel door retributieve als utilitaristische aspecten. En tegenwoordig dient *restorative justice* zich aan als de derde weg, een weg waarin aan de straf een herstellende doelstelling wordt gekoppeld[68].
Kortom: de Westerse seculiere mens mag dan wel straffen, maar als het erop aankomt kan hij niet zeggen met welk doel hij het doet. Dat is ook het geval voor de rechters en wetgevers die eigenlijk nogal vrij en arbitrair kiezen welke doelstellingen zij koppelen aan de straffen die zij uitspreken, respectievelijk voorzien. Recent onderzoek van Kristel Beyens in België en J. de Keijser Nederland bevestigen dit[69]. Ook Bruno Dayez heeft in zijn knap essay[70] laten zien hoe rechters in functie van de context en van de eigen psyche afwisselend een van deze doelstellingen laten primeren, zonder juridische verplichting om over de gemaakte afweging verantwoording te moeten afleggen. Terecht onderstreept Dayez het willekeurig en

---

[65] Art. 10 par. 3 BUPO: "Het gevangenisstelsel dient te voorzien in een behandeling van gevangenen die in de eerste plaats gericht is op heropvoeding en reclassering. Jeugdige overtreders dienen gescheiden te worden van volwassenen en behandeld te worden in overeenstemming met hun leeftijd en rechtspositie"

[66] Voor het *utilitarisme* is het denken van Cesare Beccaria exemplarisch: de straf moet nuttig zijn voor de realisatie van de doelstelling van de gemeenschap, met name het verwezenlijken van het maximale geluk voor maximaal aantal mensen. Voor Beccaria moet de straf preventief zijn. Zowel ten aanzien van de dader zelf als ten aanzien van de andere leden van de gemeenschap dient zij nieuwe misdaden te voorkomen via haar afschrikkende werking (berekening van voor- en nadelen van de misdaad door de calculerende burger). Beccaria's opvatting van de straf is verbonden met zijn liberale of Lockeaanse contractsopvatting waarin de individuen slechts een deel van hun soevereiniteit inbrengen en de overheid bijgevolg een weliswaar exclusief maar toch begrensd recht tot straffen verwerft. Het straffen is gebonden aan de termen van het contract en die zijn minimalistisch: men levert als individu slechts het kleinst mogelijke deel van zijn soevereiniteit of vrijheid in, met name dat deel dat de staat nodig heeft voor de vrijwaring van de overgebleven vrijheid. De doodstraf wordt aldus ondenkbaar. Straffen mogen ook niet overmatig zijn.

[67] Voor het *retributivisme* is het denken van Immanuel Kant exemplarisch. Kant, die overigens de vloer afdweilde met de "overdreven sentimentele en geaffecteerde" Beccaria, vond dat de straf alleen maar vergelding, retributie of vereffening kan zijn. In het retributivisme is de legitimiteit van de straf onafhankelijk van haar effect. Men betaalt, men vereffent. Het gaat om symmetrie: wie kiest voor het misdrijf zal via het principe van de weegschaal hetzelfde leed toegediend krijgen (waardoor de doodstraf voor een moordenaar legitiem is). Wie een misdrijf pleegt drukt daardoor uit dat hij akkoord is dat hem hetzelfde wordt aangedaan. In de vergeldingsgedachte worden alle mensen op gelijke wijze opgevat als vrij, redelijk en verantwoordelijk. En alleen daarop kan de straf een persoon aanspreken. Kants visie op de straf lag in de lijn niet alleen van zijn fundamentele idee dat de mens nooit als middel of instrument ter verwezenlijking van een ander doel kan worden beschouwd, maar ook van zijn normatieve Rousseauiaanse opvatting van het sociale contract waarin de creatie van een gemeenschap met duidelijke waarden (de categorische imperatieven) centraal staat.

[68] Zie bv. H. Strang & J. Braitwaithe (ed), *Restorative justice. Philosophy to practice*, Aldershot, Ashgate, 2000, 224 p. , L. Walgrave, *Met het oog op herstel. Bakens voor een jeugdsanctierecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 176 p. Zie tevens G.A.A.J. van den Heuvel, 'Een criminologische agenda voor strafrechtshervorming' in *Legitieme strafvordering*, 173-188.

[69] K. Beyens, *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussel, VUBPress, 2000, 526 p.; K. Beyens, 'Richting geven aan straftoemeting', *Proces* 2001, nr. 5/6, 67-75 en J.W. de Keijser, *Punishment and purpose: from moral theory to punishment in action*, Amsterdam, Thela Thesis, 2001, 216 p.

[70] B.Dayez, *A quoi sert la justice pénale?*, Brussel, Larcier, 1999, 210 p.

Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

discriminatoir gehalte van deze gang van zaken[71], die overigens slechts weinigen schijnt te deren.

16. Dezelfde auteur merkt tevens op dat het strafrechtelijk apparaat in de praktijk zelden aan de gestelde verwachtingen tegemoet komt en bijvoorbeeld vele vergrijpen onopgelost laat of eenvoudigweg niet vervolgt. Het hedendaags veiligheidsstreven roept daarentegen op voor (meer) efficiëntie en verwacht onmiddellijk resultaat van het straf(proces)recht. Volgens Dayez gaat het om eisen die het strafproces niet kan waarmaken en ook niet zou moeten waarmaken. Zonder het efficiëntiestreven te diskwalificeren toont de auteur immers aan dat achter instituten zoals het proces, de rechter, de wet, de straf en de gevangenis essentiële symbolische waarden schuilen. Deze strafrechtelijke instituten zenden signalen uit naar de leden van de samenleving waardoor hun betekenishorizon wordt gestabiliseerd en zij zich voor het overige weinig meer hoeven aan te trekken van het reële functioneren van het strafproces.
In een meer kritisch perspectief heet het dat aan de straf een sacrificiële functie toekomt[72]. We verwijzen hierbij natuurlijk naar het in de literatuur, vooral door René Girard[73] en Christian Nils Robert[74] reeds uitvoerig beschreven zondebokmechanisme, dat hoewel niet sluitend of allesomvattend, relevant blijft voor een goed begrip van het strafrecht. Door de opoffering van een zondebok levert de samenleving zich over aan een heilzame catharsis waardoor zij haar symbolische orde herstelt en haar bestaan bestendigt. Het opduiken in tijden van onzekerheid en economische crisis van wat Garapon en Salas de "figuren van de onveiligheid" noemen -zoals *l'adolescent invulnérable, l'étranger indésirable* en *le pervers inguérissable*-, maar ook van de *pénalisation* (infra) kan vanuit het hier geschetste perspectief zeker beter begrepen worden[75].
Hoewel het zondebokmechanisme ongetwijfeld aan het werk is in het strafrecht[76] en het laakbare selectiemechanismen genereert (waarbij vooral bepaalde soorten daden en daders worden geviseerd) sluit o.i. het een legitiem strafrecht niet uit. Scherper kan in de gedachtegang van de hierboven vermelde auteurs worden gesteld dat een legitiem strafrecht

---

[71] In dezelfde zin: Th. Lévy, *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979, 259 p.
[72] Zie hierover in R. Girard, *Le bouc émissaire*, Paris, Grasset-Le livre de poche/biblio-essais, 1982, 314 p.; S. Gutwirth, 'Van zondebok naar schuldige, van offer naar straf: een genealogie', *Recht en kritiek*, 1988/2, 134-153. en C.N. Robert, *L'impératif sacrificiel. Justice pénale: au-delà de l'innocence et de la culpabilité,* Lausanne, Editions d'en bas, 1986, 157 p.
[73] Na een indrukwekkende filosofische, antropologische, historische en mythologische verkenning heeft R. Girard de hypothese ontwikkeld dat alle samenlevingen worden gedragen door een structurerend zondebokmechanisme. In tijden van maatschappelijke crisis worden aangewezen schuldigen ter herstel van de symbolische sociale orde onderworpen aan collectief geweld. Of zij de misdaden waarvan ze beschuldigd worden werkelijk hebben gepleegd is vanuit dit perspectief eigenlijk niet belangrijk, belangrijk is dat het ritueel wordt voltrokken. Girard stelt wel vast dat hun aanwijzing steeds gebeurt door stereotype en transculturele criteria van victimaire selectie: wie cultureel, godsdienstig, sociaal of zelfs fysiek anders is maakt meer kans om er het slachtoffer van te worden. Talloze misdaadtheorieën bevestigen deze ideeën, met name die theorieën die H. Bianchi tot de apartheidsmodellen rekende (het Lombrosiaans atavisme, de Franse milieuschool, maar ook het sociaal verweer dat 'gevaarlijkheid' wil detecteren, enz.); hierover zie o.m. H. Bianchi, *Basismodellen in de kriminologie*, Deventer, Van Loghum Slaterus, 1980, 421 p. en M. Foucault, 'L'évolution de la notion 'd'individu dangereux' dans la psychiatrie légale', *Déviance et société*, 1981, 403-422. De huidige actuariële visie op misdaadbestrijding -het *actuarial justice*- lijkt voorbij de louter economische op risicobeheersing gerichte logica, eveneens een erg mooie illustratie te zijn van wat Girard een persecutief verhaal zou noemen, met name een verhaal dat zijn ware sacrificiële teneur zo goed als mogelijk probeert te verdoezelen. Hier worden echter niet langer individuen, maar wel door 'risicoanalyse' aangeduide (gestigmatiseerde ?) groepen opgeofferd ...
[74] De Zwitserse criminoloog C.N. Robert heeft van zijn kant met overtuiging beschreven dat het huidige strafrecht de gesecularisseerde voortzetting is van het door Girard beschreven structurerende zondebokmechanisme. De straf herstelt de sociale cohesie door op rituele wijze een zondebok te stigmatiseren en uit te sluiten.
[75] A. Garapon en D. Salas, *o.c.*, 73-92.
[76] Inderdaad, de legitimiteit van het strafrecht -die perfect kan worden onderbouwd via een relationele strafrechtsopvatting (infra), contracttheorieën, constitutionele inbedding, enzovoort- neemt niet weg dat het het zondebokmechanisme op latente wijze reproduceert.

het sacrificieel ritueel op zodanige wijze structureert dat het erdoor democratisch en rechtsstatelijk aanvaardbaar is geworden[77].

17. De door Dayez gepresenteerde schets van het weinig rationele, en daarom in de officiële retoriek zelden gethematiseerde, symbolische effect van het strafrecht, biedt o.i. een verklaring voor het grote stilzwijgen van het Westers grondwettelijk recht met betrekking tot de doelstellingen van de straf. Het recht zwijgt omdat het het irrationele niet wenst of kan thematiseren[78]. Ook een weerslag hebben de verschillende modellen van ethisch handelen die in onze samenleving naast elkaar bestaan. Een duidelijke keuze voor bijvoorbeeld de Kantiaanse moraal gecentreerd op de individuele vrijheid van het rationeel handelend subject zou bijvoorbeeld een (restrictief) antwoord kunnen geven op de vraag in hoeverre de media de rechtszaal mogen inpalmen en in hoeverre *shaming*programma's kunnen opgelegd worden[79]. Zo'n keuze ontbreekt evenwel in alle constitutionele en strafrechtelijke teksten[80]. Eenzelfde keuze voor het Kantiaans project zou eveneens vermogen een meer dan affirmatief antwoord te geven op de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs geweerd moet worden uit het proces. Het erg principieel Kantiaans verbod op liegen en misleiden is nooit als dusdanig overgenomen in de Westerse moraal, ook niet in de landen waar het protestantisme is doorgebroken, en het is verbazend te zien met welk gemak bepaalde misleidende praktijken worden aanvaard[81]. Het mag dan ook niet verwonderen dat de drie auteurs van *Legitieme strafvordering* die zich over de belangrijke kwestie van het onrechtmatig bewijs hebben gebogen, niet tot een erg tastbaar voorstel zijn gekomen en zeker niet tot een absolute formulering van de *exclusionary rule*.
Een aantal ICT-gerelateerde fenomenen overtuigen ons ervan dat het tijd wordt om de doelstellingen van de straf toch juridisch te expliciteren[82] (temeer daar de sacrificiële functie

---

[77] Vgl. "Voorts is het niet zo dat alle strafbare feiten moeten worden vervolgd en berecht. Het opportuniteitsbeginsel brengt mee dat het belang van de handhaving van de strafwet mag en moet worden afgewogen tegen andere belangen. Een juiste toepassing van de strafwet houdt dan ook mee in dat een doelmatig en evenwichtig gebruik wordt gemaakt van het aan de overheid toekomende vervolgingsrecht"; *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting,* 16.

[78] Voor dit stilzwijgen van het recht zijn natuurlijk andere verklaringen mogelijk: voor een historische verklaring, zie J. Christiaens, 'Het stenen hemd. Aspecten van het 19e-eeuwse penitentiaire vraagstuk in België', *Panopticon*, 2001/4, 319-341.

[79] Restrictief, inderdaad, aangezien het Kantiaanse subject in staat wordt geacht via de eigen wil greep te hebben op zijn handelen en bijgevolg na bestraffing geacht moet worden -en ook de kans moet krijgen- om opnieuw te kunnen beginnen.

[80] Het niet kiezen voor een moreel project kan hetzij als een vergetelheid, hetzij als een belangrijke realisering van het utilitarisme gezien worden. Onze voorkeur gaat uit naar deze laatste verklaring. Bentham, bijvoorbeeld lag, als vader van het utilitarisme, gewoon nauwelijks wakker van het strafrecht en was alleen geïnteresseerd in het resultaat Een verstandige wetgever manipuleert de menselijke drijfveren van pijn en plezier zodanig dat de gemeenschap noch gealarmeerd, noch bedreigd wordt. Binnen deze marges is alles toegelaten, inclusief het verstandig vrijlaten van veroordeelden, het rehabiliteren, het herstellen, etc. Cf. J. Bentham, *Theory of Legislation*, (around 1788, collected by E. Dumont and first published in 1802), Oxford, Oxford University Press, Vol. I & II, 1914, 310 & 362 p.

[81] Cf. S. Bok, *Lying. Moral Choice in Public and Private Law*, (1978), New York, Vintage Books, (second edition with new preface), 1989, 326p. De eerste van de kleine rij filosofen die over dit punt van Kants leer in discussie trad was Benjamin Constant. Hoewel deze laatste van oordeel was dat undercoverpraktijken de integriteit van het justitieel apparaat aantasten, en bijgevolg niet toelaatbaar achtte, vond hij Kants stellingname toch te absoluut. Zie over de discussie Kant-Constant: P. De Hert, *The idea of liberty in Western Legal Systems. The unchallenged rise of social control explained*, 2001, te verschijnen handelseditie van P. de Hert, *Early constitutionalism and social control. Liberal democracy hesitating between liberty thinking and rights thinking*, doctoraatsproefschrift in de rechtsgeleerdheid, openbaar verdedigd aan de Vrije Universiteit Brussel op 22 september 2000.

[82] Dat het strafrecht vooral functioneert op het niveau van de symbolische orde betekent concreet dat het volstaat dat chauffeurs weten dat snelheidsovertredingen *kunnen* worden beteugeld, zonder dat daarom een kruistocht moet worden ondernomen gericht op de daadwerkelijke bestraffing van elke verkeersovertreding. De verkeerscamera's gooien op dit punt roet in het eten, want ze maken het in de praktijk effectief mogelijk dat omzeggens elke overtreder wordt vervolgd. De publieke deining omtrent de verkeerscamera's heeft o.i. niet zozeer met privacy te maken, dan wel met het aanvoelen van de mensen dat het Westerse strafrecht niet vereist dat elke overtreding *per se* wordt beteugeld, maar dat het volstaat dat de symbolische orde stabiel blijft en ten gepaste tijde op zichtbare wijze wordt hersteld. Elektronisch toezicht creëert eigenlijk hetzelfde maatschappelijke probleem. Als de materiële grens gesteld door de capaciteit van de gevangenis wegvalt, welke grens wordt dan getrokken aan het recht van de overheid -plicht zullen anderen zeggen- tot straffen? Wat als alternatief voor

van de straf een marge van willekeur inbouwt). Wij maken ons evenwel weinig illusies over het bestaan van enige politieke wil om met die willekeur te breken.. Deze beroert klaarblijkelijk toch vooral degenen die er zelf het slachtoffer van worden[83]. Hiermee kan uiteraard geen vrede worden genomen in het kader van een initiatief dat zich buigt over de vraag hoe een legitieme strafvordering eruit zou kunnen zien. In wat volgt proberen we dan ook zelf een begin van antwoord te formuleren op de vraag naar wat de inhoud zou kunnen zijn van een legitiem *strafrecht,* waarop een legitieme strafvordering zich noodgedwongen zal moeten enten.

De bijzondere positie van het strafrecht

18. In het strafrecht komt de macht van de staat erg brutaal tot uiting[84]. Garapon en Salas noemen het strafrecht daarom ook "le droit le plus barbare et archaïque de tous"[85]. Welke doelstelling of functie ook aan de straf wordt toegemeten[86], dat het juist om *straffen* gaat verleent aan het strafrecht een bijzondere positie: de straf treft het Westerse subject in zijn meest essentiële prerogatieven; het is de meest radicale legitimeerbare inbreuk op de individuele vrijheid door een Staat die veel machtiger is. Daarmee stigmatiseren het strafrecht en het strafproces meer dan eender welk ander rechtsgebied. Stigmatisering is een effect van elke strafrechtelijke veroordeling. En men weze hierover duidelijk: dat effect ontstaat reeds bij de verdenking en *a fortiori* bij de inbeschuldigingstelling en de voorlopige hechtenis. Om die redenen, weze terloops gesteld, is het geheim van het onderzoek ook iets dat in het voordeel van alle *potentiële* verdachten speelt. Als gevolg van zijn bijzondere positie en zijn stigmatiserende karakter wegen op een strafrecht dat legitiem wil zijn o.i. een reeks *sectorspecifieke* rechtsstatelijke voorwaarden (waarop we later nog terugkomen).
Het strafrecht is bijgevolg het meest extreme middel waardoor een samenleving zijn basisnormen en -evenwichten handhaaft. Deze normen en evenwichten verwijzen evenwel steeds naar het algemeen belang waarin de individuele vrijheid zelf begrepen is. Om legitiem te zijn moet het strafrecht dus naast zijn instrumentele -straffende, criminaliteitsbestrijdende, *crime control*- functie ook een rechtsbeschermende component bevatten die instaat voor de bescherming van het (verdachte) individu. En het is juist dit bijzondere samengaan van instrumentaliteit en rechtsbescherming dat het strafrecht legitiem kan maken. Hierop gaan we niet verder in want in alle bijdragen van *Legitieme strafvordering* staat dit essentiële samengaan van instrumentaliteit en rechtsbescherming zoals het door Foqué en 't Hart uitvoerig is beschreven en gethematiseerd centraal[87]. Elk strafrechtelijk handelen moet dus

---

de gevangenisstraf opduikt, blijkt achteraf niet zelden een vorm van *net-widening* die aan het probleem van de overbevolkte gevangenissen niets verhelpt.

[83] Reeds in 1806 schreef Benjamin Constant, in navolging van Beccaria, dat de Westerse mens niet begaan is met het lot van zij wier individuele vrijheid wordt ontnomen door een beslissing van het gerechtelijk apparaat. Cf. B. Constant, *Principes de politique applicable à tous les gouvernements*, (1806-1810), E. Hofmann (ed.), Hachette, Paris, 1997, 447 p.

[84] Dat is eigenlijk ook het geval bij het heffen van belastingen, vandaag door velen in mindere mate als een aantasting gepercipieerd. In deze twee materies vinden we evenwel hetzelfde beginselenpaar terug: staatsmonopolie en legaliteitsbeginsel. Hierbij weze in de marge toch maar vastgesteld dat quasi niemand nog betwist dat de staat moet kunnen straffen en belastingen heffen.

[85] A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 99

[86] In feite is het debat rond de doelstellingen van de straf erg redundant. Foucault had het in deze context op provocatieve wijze over het *bavardage criminologique* (hij trok *ce mot un peu désinvolte* overigens terug) dat het moderne straffen, en meer precies de gevangenis, al sinds zijn ontstaan begeleidt. Precies de vaststelling dat de gevangenis halsstarrig blijft bestaan niettegenstaande ze al permanent het onderwerp is van scherpe kritiek maakt het vertrekpunt uit van *Surveiller et Punir.* Kernvraag wordt dan: ten aanzien waarvan is de gevangenis, voorbij de gangbare verhalen over haar doelstellingen, *wél* functioneel: aan welk 'programma' beantwoorden haar effecten wél ? Welke verborgen functie maskeert de gestaag geënsceneerde 'crisis' van de gevangenis ? Deze Foucaldiaanse vraag vormt ook het vertrekpunt van het boek van C.N. Robert (*o.c.*, 7, 28-29).

[87] Zie vooral R. Foqué & A.C. 't Hart, *o.c.*, 501 p.

beantwoorden aan de dubbele binding die kenschetsend is voor een relationele rechtsopvatting.

19. De beschreven dubbele binding is evenwel kenmerkend voor *gans het recht*. Ook zij is niet sectorspecifiek[88]. In het licht van de extreme taakstelling van het strafrecht, dient zij derhalve op bijzondere wijze te worden opgevat. Inderdaad, met de woorden van 't Hart: "het strafrecht is een *bijzondere* vorm van samengaan van ordening en daaraan inherente individuele rechtsbescherming"[89]. De specifieke taak van het strafrecht in een democratische rechtsstaat, heeft dan ook nog twee bijkomende implicaties.
De eerste implicatie is de *autonomie* van het formele en materiële strafrecht. Deze autonomie is het gevolg van de eigen *punitieve* doelstelling van het strafrecht. Het strafrecht is een autonoom rechtsgebied dat juist hierop berekend is. En omgekeerd staat "(d)e wijze waarop het strafrecht is afgebakend en georganiseerd (...) voor een institutionalisering van waarden en idealen die aan de democratische rechtsstaat ten grondslag liggen en die specifieke gevolgen meebrengen voor de manier waarop de overheid *punitief* in het leven van de burgers mag ingrijpen"[90].
Als gevolg hiervan -en dit is voor ons een erg principiële stelling- kan een democratische rechtsstaat niet legitiem straffen, dan via normen en procedures van strafrechtelijke aard, en dus van normen die precies beantwoorden aan de waarden en toetsstenen van het strafrecht. Hiermee hebben we meteen gezegd dat we principieel geen voorstanders zijn van een systeem van bestuurlijke afhandeling van strafzaken of van een strafbevoegdheid buiten de strafrechter om indien er geen werkelijke mogelijkheid tot beroep op een onafhankelijke strafrechter wordt voorzien. Bovendien vinden we dat er in dat laatste geval aan de verdachte voldoende procedurele wapens moeten worden gegeven om aan druk te weerstaan die uitgaat van een Officier van Justitie die een transactie voorstelt. In die zin delen we het scepticisme van Arthur Hartman terzake[91] en kiezen we niet de kant van Knigge wat betreft de grensvervaging tussen bestuursrecht en strafrecht[92]. Omgekeerd betekent het voorgaande -alweer zeer principieel- dat conflictoplossingen en -afhandelingen waarbij het doel niet of niet langer is te straffen, voor ons niet of niet langer in het strafrecht thuishoren. Indien het strafrecht het meest barbaarse rechtsgebied is dan is het tijd om het te "civiliseren", d.w.z. het zoveel als mogelijk naar het burgerlijk recht over te hevelen (cf. infra)[93].
De tweede implicatie van de bijzondere positie van het strafrecht in het recht is zijn *ultimum remedium*-karakter. Het strafrecht is de *ceinture de force* van het recht: het zou slechts moeten tussenbeide komen om de ergste schendingen van de andere rechtstakken te sanctioneren[94]. Het *ultimum remedium*-principe impliceert dat een democratische rechtsstaat zich niet kan veroorloven kwistig om te springen met strafbaarstellingen en straffen. Dit betekent dat de wetgever bij de beoordeling van de strafwaardigheid en strafbaarstelling van bepaalde daden zuinig en terughoudend moet optreden[95]. Strafrecht is per definitie schaars recht.

---

[88] S. Gutwirth, 'De polyfonie van de democratische rechtsstaat' in M. Elchardus (red.), *Wantrouwen en onbehagen*, Balans 14, Brussel, VUBPress, 1998, 137-193
[89] A.C. 't Hart, 'De autonomie ..., *l.c.*, 248 (onze cursivering).
[90] *Ibid.*, 249
[91] A. Hartman, 'Buitengerechtelijke afdoening in verhouding ?' in *Legitieme strafvordering*, 189-204
[92] G. Knigge, 'De verkalking voorbij ..., *l.c.*
[93] A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 99
[94] *Ibid.,* 5
[95] "Terughoudendheid op legislatief vlak moet de regel zijn. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgaande wettelijke strafbepaling (artikel 7 Grondwet en artikel 2 Sw.). De wetgever moet dus een optimale terughoudendheid in acht nemen bij de incriminatie van de gedragsvormen"; A. De Nauw, 'Bedenkingen over de hiërarchie van waarden in het bijzonder strafrecht', *R.W.*, 1978-1979, 639-640.
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

20. In het licht van deze twee implicaties komt -zoals aangekondigd- de verhouding tussen het *burgerlijk recht* en strafrecht in het vizier; een aspect dat o.i. door de initiatiefnemers en auteurs zowel van *Strafvordering 2001* als van *Legitieme Strafvordering* veel te weinig wordt bekeken. Kort gezegd zijn we van oordeel dat een verwatering van de quasi-delictuele aansprakelijkheid, en meer in het bijzonder van de schuldtoerekening (daar is de symbolische dimensie weer) mede geleid heeft tot de problemen van het strafrecht. Omgekeerd geloven we dat een revalorisatie van de quasi-delictuele aansprakelijkheid, inzonderheid wat betreft de morele symboliek van verantwoordelijkheid en schuld, mede kan bijdragen tot het opvangen van problemen van het strafrecht. Op de verhoudingen tussen burgerlijk recht en strafrecht komen we echter op meer omstandige wijze terug in een andere bijdrage. Hier besteden we aandacht aan een twintigste eeuwse evolutie die niet alleen erg duidelijk maakt waarom het burgerlijk recht in deze context aandacht verdient, maar vooral op schrijnende wijze bijdraagt tot het ontstaan van knelpunten in het strafrecht en de moeilijkheden die de realisering van een legitiem straf(proces)recht in de weg staan, met name de te grote toename van "penaliteit" in onze samenlevingen.

De *pénalisation* staat haaks op de rechtsstatelijke functies van het strafrecht

21. Inderdaad, één van de grootste problemen van het hedendaagse strafrecht is ongetwijfeld zijn *overdaad*. Terecht kan, met Salas en Garapon, worden gesproken van de *pénalisation* of penalisering van de samenleving. Deze evolutie is ongetwijfeld te wijten enerzijds aan een *inflatie aan strafbepalingen* en anderzijds aan een *overbevraging* van het strafrecht vanuit de samenleving. Het valt ons op dat deze aspecten niet vermeld staan in het inleidend stuk van *Legitieme strafvordering* waarin toch een overzicht wordt gegeven van de maatschappelijke veranderingen die de legitimiteit van het strafrecht op de helling hebben gebracht[96]. De twee aspecten van de penalisering zijn in onze ogen nochtans erg belangrijk.
Over de *inflatie van strafbepalingen* kunnen we kort zijn. Hierover is al veel geschreven. Om het met een boutade te zeggen: tegenwoordig heeft het *nulla lex, sine poena* principe de bovenhand. Er is geen wet meer zonder strafbepalingen[97] en de wetgever lijkt allerminst bezorgd om hun toepassing of mogelijke perverse effecten. Zelfs al blijven deze bijzondere strafbepalingen dikwijls dode letter, toch hebben zij tot gevolg niet alleen dat zij het strafrecht belasten met zaken die niet kunnen worden beschouwd als ernstige of fundamentele verstoringen van de maatschappelijke orde, maar vooral dat zij het strafrecht banaliseren, eroderen en ontwaarden. Als elke wet strafbepalingen voorziet, wat is dan nog de specificiteit van het strafrecht ?
De genoemde strafrechtelijke inflatie rijst natuurlijk de vraag naar een herwaardering van het *ultimum remedium* beginsel. En uiteraard ligt in het verlengde hiervan een pleidooi voor *minder penalisering* en voor *depenalisering.* Het strafrecht moet opnieuw het rechtsgebied worden waarin alleen de overschrijding van fundamentele verboden en normen wordt aangepakt[98]. Tot de straf moet alleen toevlucht genomen worden, wanneer alle andere sociale

---

[96] Dit overzicht verwijst naar de fragmentatie van de samenleving, de internationalisering, de toename van de maatschappelijke heterogeniteit, het onvermogen van de staat en het strafrecht om een veiligheidsgevoel te garanderen, de stijgende mondigheid van de burger, het groeiende individualisme, de teloorgang van het maatschappelijke middenveld, de onzekerheid van de *risk society*, etc....

[97] "Het adagium dat het strafrecht een 'ultimum remedium' moet zijn zou in ere moeten worden hersteld. Het voorzien van strafbepalingen tot beteugeling van de inbreuken op alle mogelijke reglementeringen ('nulla lex sine poena !') is een gemakkelijkheidsoplossing die berust op de illusie dat het volstaat dergelijke bepalingen in te lassen opdat de reglementeringen zouden worden nageleefd"; Fr. Gorlé, 'Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk?' in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, I, Antwerpen, Kluwer, 1983, 472.

[98] A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 94-98. Niet het invoegen van burgerrechtelijke en consensuele elementen in het strafrecht, maar wel het duidelijk onderscheiden van wat strafrechtelijk is en wat niet, lijkt ons dus imminent.
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

mechanismen en banden gesprongen zijn[99]. Dat het strafrecht het *ultimum remedium* is, betekent wellicht niets anders dan dat de straf het ultieme sociale bindmiddel is. Het straffen herbevestigt de symbolische orde, maar zorgt er tegelijk voor dat de gestrafte in het sociale weefsel -zij het dan aan zijn grens- wordt gehouden[100].

22. Het tweede aspect, met name de huidige *overbevraging* van het strafrecht, is het gevolg van een toegenomen mondigheid van de burgers, en in het bijzonder de slachtoffers en slachtoffervereningingen. Dit ligt in de lijn van een groeiende en internationaal verspreide kritiek op het strafrecht waarin het misdrijf vooral wordt ervaren als een aanslag tegen de rechtsorde en het slachtoffer naar de achtergrond wordt verwezen[101]. Feit is wel dat het aantal burgers dat geen genoegdoening meer vindt in het rechtssysteem zoals het nu werkt steeds groter wordt. Als gevolg hiervan is de politieke betekenis van de claims van de slachtoffers dan ook sterk toegenomen en politiek vertaald geworden[102]. Hun eis tot participatie in het strafproces heeft zeer zeker te maken met de "meer algemene tendensen van individualisering en juridisering: de burger wenst als mondig individu te worden gerespecteerd -ook de burger die slachtoffer is van een misdrijf- en heeft steeds minder vertrouwen dat een alwetende overheid zijn belangen naar behoren zal behartigen"[103].
Dat de slachtoffers hun verwachtingen juist toespitsen op het *straf*recht heeft nochtans ook te maken met aantal andere factoren, die op hun beurt verbonden zijn met de al aangehaalde verwatering van de quasi-delictuele aansprakelijkheid. Het strafrecht biedt inderdaad wat het burgerlijk recht niet (meer) biedt[104]: de symbolische schuldafrekening. En dat is precies wat de slachtoffers in alle toonaarden opeisen: het strafrecht leidt tot een geïndividualiseerde en publieke toerekening van de schuld, het hanteert duidelijke categorieën, het biedt het

---

[99] Dit betekent dat onderscheid tussen strafrechtelijke beteugeling en de quasi-delictuele aansprakelijkheid opnieuw dient te worden verhelderd en werkdadig gemaakt. De wissel moet scherp worden afgesteld. Het strafrecht wordt juist gekenmerkt doordat het iets anders beoogt dan de vaststelling van een fout en een billijke schadevergoeding. Het is strafrecht omdat het strekt tot het opleggen een *straf* wegens de schending van de norm als dusdanig, ongeacht de schade die daardoor wordt veroorzaakt. Daardoor is het vergeleken bij het burgerlijk recht ook meer stigmatiserend, meer aan procedurele noodwendigheden en legaliteitsvoorwaarden gebonden en meer bepaald en gecontroleerd door *rechtsstatelijke* actoren.

[100] *Ibid.*, 128-129: "La peine est l'ultime lien social qui subsiste quand tout les autres ont lâché. C'est une violence fondatrice qui seule rend à nouveau possible de réinscrire les individus dans un rapport de responsabilité. Il y a un vieux fond sacrificiel dans la peine qui ne doit pas être négligé si l'on veut l'ouvrir à une fonction de réntégration sociale. Cela expliquerait que l'on y ait davantage recours au fur et à mesure que le lien social devient incertain".

[101] Zo'n strafrecht is evenwel juist ingebed in een systeem dat wraak wil vermijden, gelijkheid tussen de partijen wil verzekeren en, last but not least, het monopolie van het wettig geweld bij de staat heeft gelegd (cf. nog *infra sub* randnummer 24). Het strafrecht is vanuit deze optiek in de eerste plaats een zaak tussen de democratische rechtstaat en de verdachte. Of om het met een buitenstaander te verwoorden: "According to civil law doctrine, for a person's conduct to merit punishment, it is necessary taht it should have harmed a legally protected right or interest ... If someone deprives a citizen of their life, liberty, property of reputation, not only has that citizen been harmed, the State's stance of acting as the prosecutor has been compromised. Accordingly, a response from the state is required. The State responds by defining interference with such lawful rights as being conduct to which it will respond by punishing the perpetrator ... Compensation may be due to that person from the wrongdoer, that is an obligation to compensate may have arisen under the provisions of the civil code. That is however a separate matter, although in many civil law countries, is permitted to be a party to criminal proceeding ..."; T.G. Watkin, *An historical introduction to modern civil law*, Darthmouth/Asghate, Aldershot, 1999, 397-398.

[102] In België hebben alle partijen (van de welmenende groenen tot de pisnijdige bruinen) het slachtoffer ontdekt tijdens de Dutroux-hysterie. Er ontstond zelfs even een slachtofferpartij, met een 'wit' programma, geleid door de vader van een van de vermoorde meisjes. De partij haalde geen zetel. De huidige Minister van Justitie heeft zijn ambt in grote mate te danken zijn rol als voorzitter van de parlementaire enquêtecommissie Dutroux. Ondertussen is in België nieuwe wetgeving tot stand gekomen die de rol van slachtoffers in het strafproces moeten vergroten. Hierop komen verder nog terug.

[103] C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *l.c.*, 8. Hierover zie ook S. Gutwirth, K. Raes & D. Roef, 'Redactioneel. België: een rechtsstaat met vormgebreken. Een proeve tot interpretatie van de Belgische rechtsstaat' en van de tendensen tot zijn instrumentalisering', *Recht en kritiek*, 1997/1, 3-15.

[104] Een ander meer rechtssociologisch element is natuurlijk dat in het strafrecht het onderzoek wordt gevoerd op kosten van de staat ...
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

schouwspel van retributie en rechtzetting, het stigmatiseert, het wordt van dichtbij gevolgd door de pers, enzovoort[105].

Een rechtsstatelijke plaats voor het strafrecht en het slachtoffer

23. Het is tegenover deze penaliseringstendens en in het licht van de eigen rol en plaats van het strafrecht in het gehele recht, dat een herbezinning over de uitgangspunten van het straf(proces)recht moet plaatsgrijpen. Het vertrekpunt is daarbij de gespannen context van de democratische rechtsstaat waarin de orde die het strafrecht door de beperking van de individuele vrijheid moet beschermen, juist deze vrijheid zo breed mogelijk wenst te houden. Samenvattend kan vanuit zo'n democratisch rechtsstatelijk perspectief worden gesteld dat
1. het strafrecht *marginaal* en *minimaal* behoort te zijn ten aanzien van de andere rechtsgebieden en dat de strafwet zich bijgevolg moet beperken tot de criminalisering van daden die de grondwaarden van de samenleving opzettelijk schenden[106];
2. het strafrecht daarentegen, binnen deze smalle speelruimte, wel het *exclusieve monopolie* heeft op het straffen en dus, dat idee zelf van een legitieme strafoplegging buiten strafrechtelijke context krachtig moet worden afgewezen;
3. in de schoot van het strafrecht niet alleen de spanning tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, maar ook deze tussen democratische en rechtsstatelijke legitimatie[107], permanent aan de orde moeten zijn en dit wel vanuit het bijzondere gegeven dat elke strafrechtelijke veroordeling (hoe sterk en terecht ze ook kan worden gelegitimeerd door de nood om de democratische rechtsstaat te handhaven) veel sterker dan bijvoorbeeld een burgerrechtelijk vonnis, een fundamentele aantasting betekent niet alleen van de individuele vrijheid van de betrokkene maar ook van het algemeen belang waarvan deze deel uitmaakt;
4. het strafrecht, omdat het per definitie haaks staat op het principe van de individuele vrijheid, vanaf het prille begin van de procedure moet beantwoorden aan de strengste formele en materiële rechtsstatelijke kwaliteitscriteria (legaliteit, verdenkingsvereiste, opportuniteit, enzovoort)
5. het strafrecht het gegeven machtsonevenwicht tussen de betrokken actoren -de verdachte en de staat (het OM)- moet beperken door de *enscenering* van een noodzakelijkerwijze *kunstmatige processituatie* waarbinnen de verdachte en de verdediging als een aan het OM gelijkwaardige deelnemer kunnen participeren aan het proces[108];
6. hierdoor vooral rechtsstatelijke -machtsbindende en -beperkende- principes in het strafrecht aan de orde moeten zijn;

---

[105] A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 119-120: "La montée en puissance de la justicepénale témoigne d'un rapport au monde qui se fait plus incrédule, plus inquiet et plus sceptique. (...) La pénalisation a aussi le mérite de l'immédiateté, la détention provisoire faisant suite au délit. Elle a aussi l'avantage de la simplicité, les catégories grossières du droit pénal luttant contre la dilution des responsabilités en ramenant la démocratie à un niveau peut-être plus terre-à-terre mais plus palpable. Une confiance exagérée dans le pénal pourrait ainsi paradoxalement cacher une justice qui ne croit plus au droit, une justice désenchantée. La pénalisation, c'est la victoire de l'effectivité sur la symbolisation, de l'évidence sur l'élaboration, de l'émotion sur la raison, de la proximité sur la distance, bref, des sens sur l'intelligence. Enfin, la pénalisation signe la revanche du corps".

[106] Grat van den Heuvel bespreekt in *Legitieme strafvordering* (173 e.v.) met instemming Braitwaithes en Petits 'republikeinse strafrechtstheorie' die ook staat voor een zuinig strafrecht (*parsimony*) dat gericht moet zijn op afkeuring (*reprobation*). Zelfs al is onze visie op het strafrecht vanuit dit perspectief gelijkaardig, toch trekken we er heel andere conclusies uit met betrekking tot de positie van het slachtoffer.

[107] Hierover in het bijzonder in A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 97 e.v. en J-M. Piret 'Veiligheid en rechtsstatelijkheid: rechtsfilosofische en ideeënhistorische beschouwingen', *D&D,* 2000, afl. 1, 37 e.v.

[108] Hierover R. Foqué & 't Hart, *o.c.*; C.P.M. Cleiren, 'De andere kant van het gelijk. Strafgeding of mediation', *Justitiële verkenningen*, 2001/3, 128 e.v.; A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten ! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Arnhem, Gouda Quint, 2001, 132-166 ('Strafrecht en TV').
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

7. het slechts onder deze voorwaarden de rechtsorde op legitieme wijze kan handhaven[109].

24. In het licht van het voorgaande wensen we nog in te gaan op de problematiek van de rol van het slachtoffer in het strafproces. Terzake heerst bij ons een wellicht zeer klassieke terughoudendheid omdat het bestraffingsproces volgt op de overschrijding van een fundamenteel geachte maatschappelijke norm, wat een zaak is tussen de staat -die trouwens het geweldsmonopolie in handen heeft- en de verdachte. Strafrecht heeft een bij uitstek publiekrechtelijk karakter. Het is bedacht om de willekeur en emotionaliteit van de private wraak en vergeldingsdrang te ontwijken. Daarom is het in onze cultuur juist gebaat bij een republikeinse distantie, een permanent besef van zijn eigen drastische karakter en een rechtsstatelijke en *faire* behandeling van de verdachte burger die tenslotte de hele macht van de staat over zich heen krijgt gegoten. De straf wordt door de *staat* opgelegd aan de *verdachte* in naam van het *algemeen belang* waarin ook het belang van het slachtoffer vertegenwoordigd en verdisconteerd is.
Niettemin heeft de door slachtoffers en slachtoffervereningingen uitgeoefende politieke druk al opmerkelijke verschuivingen teweeggebracht in het overheidsdiscours (incluis dat van het OM). Zo is België is al een hele weg afgelegd op het vlak van de strafrechtelijke slachtofferparticipatie[110]. Al langer kenden we de klacht met burgerlijkepartijstelling, de voeging van de eis tot schadevergoeding aan de strafvordering en de rechtstreekse dagvaarding, maar onder druk van de Dutroux-crisis en de 'witte mars' kwamen daar nog de bepalingen van de Wet Franchimont van 12 maart 1998 bij: een inzagerecht in het dossier, het recht bijzondere onderzoeksdaden te vorderen en de mogelijkheid om langdurige onderzoeken te onderwerpen aan de controle van de Kamer van Inbeschuldigingstelling.
Bij deze beweging, die ver buiten de Belgische grenzen reikt, waarbij politieke partijen en staatsinstanties zich ontpoppen als woordvoerders en belangenbehartigers van de slachtoffers, kunnen samen met Salas en Garapon een reeks vraagtekens worden geplaatst. Hier gebeurt immers iets merkwaardigs: waar het continentale strafrecht, historisch en theoretisch gesproken, van een private schade een publieke zorg maakte, dreigt nu precies het omgekeerde te gebeuren. Nu lijkt de staat zich nog alleen maar te kunnen legitimeren door verwijzing naar gekrenkte private belangen ... "L'Etat ne se substitue plus au victimes mais s'identifie à elles. Le mouvement historique est inversé : ce n'est plus tant la loi commune qui est blessée que le corps meurtri de la victime. Si auparavent on faisait de chaque préjudice privé une affaire d'Etat, à présent l'Etat se justifie en se mettant au service des souffrances privées"[111].

25. Voorbij onze traditionele terughoudendheid zien we nochtans toch twee argumenten om een bepaalde vorm van participatie van het slachtoffer aan het strafproces grondslagentheoretisch te onderbouwen. Het eerste argument, dat in *Legitieme strafvordering* wordt omarmd door Beijer en Kool[112], is principieel en wordt ons gegeven door 't Hart[113]: in een relationele rechtsopvatting staat de strafrechtelijke rechtshandhaving in het teken van de

---

[109] Het voorgaande toont aan dat onze opvatting over het strafrecht als *ultimum remedium* of *schaars recht*, alsook ons pleidooi voor het terugdringen van deze rechtstak ten voordele van andere rechtsgebieden, zoals het burgerlijk recht, niet leidt tot abolitionisme. Wij zijn geen abolitionisten, wij erkennen de nood aan strafrechtelijke rechtshandhaving en criminaliteitsbestrijding, maar vanuit ons polyfonisch rechtsstatelijk denken, denken wij toch dat het strafrecht het minst goede juridische middel is om maatschappelijke problemen aan te pakken, zelfs al is de maatschappelijke vraag naar strafrechtelijke repressie erg groot.
[110] Zoals overigens beschreven door A. Beijer, *l.c.*, 139 *e.v.*
[111] A. Garapon & D. Salas, *o.c.*, 22. Ook kritisch ten aanzien van deze evolutie is F. Ringelheim, *Amour sacré de la justice ... A la recherche d'une introuvable*, Quartier libre, Bruxelles, Labor, 1998, 8, 36.
[112] A. Beijer, *l.c.*, 143 en R.S.B. Kool, 'Op zoek naar de grens. Een verkenning van de positie van het slachtoffer in het strafproces' in *Legitieme strafvordering*, 158-161
[113] A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 280-285
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

handhaving van de rechtsorde waarin eenieders individuele rechtsbescherming, dus niet alleen die van de verdachte maar ook die van het slachtoffer aan de orde zijn. Aldus komt vanuit het rechtsbegrip zelf het slachtoffer een eigen plaats toe in het strafrechtelijke gebeuren. Hiermee is ongetwijfeld een fundamentele grondslag gegeven aan een positie van het slachtoffer, maar wat dit concreet impliceert vloeit niet exact uit deze rechtsopvatting voort.
Feit is wel dat uit deze visie hoegenaamd niet kan worden afgeleid dat de positie van het slachtoffer in het strafproces kan worden vergeleken met deze van de verdachte[114]. Het strafproces is immers van publiekrechtelijke aard, draagt een sterk machtskarakter en wordt rechtstreeks gevoerd tegen een verdachte. Het kan dan ook alleen legitiem zijn indien de rechtsbescherming van de *verdachte* en zijn rechten van verdediging voldoende gewaarborgd zijn. Die mogen niet in het gedrang komen door erkenning van de belangen van het slachtoffer. Een strafprocesrechtelijke positie voor het slachtoffer kan daarenboven uiteindelijk slechts via een omweg, op getrapte wijze, grondslagentheoretisch worden beargumenteerd. Inderdaad: het strafproces wordt gevoerd in naam van het algemeen belang en de handhaving van een rechtsorde, waarin ook de rechtsbescherming en individuele vrijheid van het slachtoffer vertegenwoordigd zijn. In die zin moet men aanvaarden dat de eventuele behartiging van belangen van het slachtoffer in het strafproces onrechtstreekser zal zijn dan de rechtsbescherming van de verdachte tegen wie het wordt gevoerd. De grondslag voor de participatie van het slachtoffer ligt niet (zozeer) in de schade die hij lijdt (dat is een burgerrechtelijke aangelegenheid) dan in de inbreuk op diens rechten als burger[115]. Vandaar dat in *Strafvordering 2001* en in *Legitieme strafvordering* o.i. terecht stelling wordt genomen tegen de erkenning van een positie voor het slachtoffer als procespartij die meebeslist over de uitkomst van de procedure. Evenmin kan vanuit de optiek van het relationele rechtsdenken de eis worden ondersteund om de strafvorderlijke bevoegdheid naar het slachtoffer over te hevelen.
Waar we ons wel kunnen achter scharen zijn voorstellen die uitdrukking geven aan de belangen en betrokkenheid van slachtoffers bij, tijdens en na het verloop van 'hun' strafzaak (recht op respect en begrip, een recht om geïnformeerd te worden, een inzagerecht) of rechten die aan de slachtoffers de mogelijkheid geven om er indirect invloed en controle op uit te oefenen. Dit brengt ons dan ook erg dicht in de buurt van de catalogus van slachtofferrechten zoals voorgesteld door de onderzoekers van *Strafvordering 2001*[116]. Toch blijft voorzichtigheid geboden want ook aan zulke rechten zijn risico's verbonden, al was het maar omdat van informatie in een strafrechtelijk dossier misbruik kan worden gemaakt[117]. Aan het toekennen van inzage in het dossier moeten alleszins duidelijke voorwaarden worden gekoppeld en tevens moet het mogelijk zijn dit recht te beperken.

---

[114] Of zoals Kool schrijft: 'van gelijkwaardige aanspraken op rechtsbescherming van verdachten en slachtoffers kan derhalve geen sprake zijn, wel van eigensoortige'; R.S.B. Kool, *l.c.*, 160. Een soortgelijke stellingname vinden we ook bij de vorsers van *Strafvordering 2001*; zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel' in *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting*, 38 en A.L.J. van Strien, 'De positie van slachtoffers in het strafproces' in *Strafvordering 2001. Het onderzoek ter zitting*, 244. In het Dutroux tijdperk werd door de 'witte beweging' -los van elke poging tot begrip van het strafproces- permanent een soort spiegelretoriek gehanteerd waarbij werd vanuit gegaan dat alles wat aan de verdachte toekwam *vanzelfsprekend* ook aan het slachtoffer toekwam. Deze retoriek was politiek natuurlijk lonend, want zij kwam er in concreto op neer te stellen dat Dutroux vergeleken met de van hun dochters beroofde ouders een geprivilegieerde behandeling kreeg ... Zulke gelijkstelling van slachtoffer en verdachte als partij was, volgens Verstraeten, in België tijdens de recente Franchimont-hervormingen 'één van de credo's"; R. Verstraeten, 'Enkele bedenkingen van een buitenstaander bij het interim rapport 'Naar een nieuw wetboek van strafvordering', *D&D* 2000, afl. 3, 258

[115] Cf. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', *l.c.*, 38 en R.S.B. Kool, *l.c.* 166.

[116] Zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 'Algemeen deel', *l.c.*, 38 en A.L.J. van Strien, *l.c*, 271-274..

[117] Bijvoorbeeld: het voorbarig bekend maken van de identiteit, de schending van de privacy of de reputatie van de verdachten; slachtoffers die verdachten gaan schaduwen en detective activiteiten beginnen te ontplooien; het losbarsten van zondebokmechanismen waarbij verdachten ongeacht het vermoeden van onschuld al worden gestigmatiseerd en veroordeeld vooraleer hun proces begint ...
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

26. Een tweede argument voor de erkenning van een (beperkte) rechtspositie voor het slachtoffer in strafzaken ligt vervat in ons pluralistisch concept van de waarheidsvinding. Het is inderdaad zo dat de constructie van de waarheid in een zaak, net zoals in de wetenschappen, gebaat is bij de confrontatie van zoveel mogelijk relevante interpretaties van de werkelijkheid, gaande van de meest subjectieve tot de meest afstandelijke. Slechts wanneer een verhaal, door mobilisering van een maximum aan materie (hard bewijs), argumenten (interpretaties) en personen (getuigen, experts, bondgenoten, vijanden, derden ...), stand houdt tegen een maximum aan afwijkende verhalen, kan het gaan functioneren als waarheid of als 'feit'. In de wetenschappen staat zo'n pleidooi voor het *au sérieux* nemen en in discussie treden met argumentaties en verhalen die in het positivisme gewoonweg als obscurantistisch van tafel worden geveegd omdat ze zich niet bedienen van dezelfde wetenschappelijke démarches. Zo ook dient te worden aanvaard dat de interpretatie van het gebeuren door het slachtoffer -zijn verhaal, zijn visie en zijn bewijsmateriaal, hoe gekleurd die ook zijn- ook elementen kan aandragen die het waarheidsstreven kunnen vooruit helpen. Vanuit deze optiek lijkt het verschijnen van het slachtoffer als getuige aangewezen en zou het recht om te worden gehoord eventueel kunnen worden erkend. In die zin ook lijkt het verantwoord om aan het slachtoffer de mogelijkheid te geven bijkomende onderzoekshandelingen te vragen: dat kan leiden tot een evenwichtiger samenstelling van het dossier

27. Hoe dan ook: verder dan wat nu in België bestaat willen we zeker niet gaan. Voor ons is de plaats van het slachtoffer in het Belgische strafproces, zeker na de Wet Franchimont, al van het goede teveel. Zelfs al dragen wij als Belgische juristen het systeem van de burgerlijkepartijstelling en de rechtstreekse dagvaarding in onze genen en beseffen we ten volle dat deze middelen in geval van seponering door het OM voor het slachtoffer noodzakelijk zijn om bewijsmateriaal te verzamelen met het oog op de burgerrechtelijke vordering, hebben wij er toch bedenkingen bij. Vanzelfsprekend bemoeilijken deze middelen in handen van de slachtoffers het voeren van een consequent vervolgingsbeleid en worden zij -dat wijst de praktijk dan weer uit- dikwijls misbruikt. Zo worden o.m. strafvervolgingen ingesteld om burgerlijke procedures lam te leggen via de regel 'le criminel tient le civil en etat', zo kunnen 'valse slachtoffers' opduiken, zo kan het slachtoffer zelf een bedenkelijke rol hebben gespeeld, ...[118] Het argument dat deze middelen noodzakelijk zijn om problemen van het stelsel van de burgerrechtelijke bewijsvoering op te vangen (in geval van sepot, strafrechtelijke vrijspraak of buitengerechtelijke afdoening door het OM) is een oneigenlijk en onzuiver argument (zelfs al lost het in de praktijk de problemen op). Voor het slachtoffer is in het strafrecht de schending, door het misdrijf, van zijn rechten *als burger* aan de orde: de aanslag tegen het individu is een aanslag tegen de gemeenschap of het algemeen belang. De staat vervolgt in naam van alle burgers, waaronder het slachtoffer. Het is dan ook *a bridge too far* om bewijsproblemen in burgerrechtelijke procedures op te vangen in het strafrecht via middelen die de eigenheid van het strafrecht in het gedrang brengen. Eerder dan oneigenlijke oplossingen te zoeken in het strafrecht, zou er moeten gezocht worden naar manieren om de bewijsvoering in burgerlijke zaken ten aanzien van slachtoffer te ondersteunen (bijvoorbeeld door de mogelijkheid te voorzien in bepaalde gevallen de politie hiervoor in te zetten of een taak voor het OM in burgerrechtelijke aangelegenheden te voorzien).

28. Anders dan Kool zij we helemaal niet te vinden om het slachtoffer te laten meespelen bij de *straftoemeting*. We zien eigenlijk niet goed in hoe een participatie van het slachtoffer aan

---

[118] Hierover zie o.m. B. De Smet 'De justitie in de steigers. Beschouwingen over het ontwerp Franchimont als steunpijler van een moderne gerechtelijke constructie', *Panopticon*, 1997, 209-220, B. De Smet, 'Editoriaal. De tendens tot overaccentuering van het slachtoffer in het strafproces', *Panopticon*, 1998/5, 388; C. Kelk, 'De Wet-Terwee op de weegschaal', *D&D* 2001, afl. 4, 351 en R. Verstraeten, *l.c.*, 259.
Serge Gutwirth & Paul De Hert, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1048-1087

de straftoemeting zou kunnen worden gelegitimeerd, gegeven enerzijds dat het strafrecht juist in de plaats komt van de private wraak en anderzijds dat de straf een publieke reactie is op de overtreding van een maatschappelijke norm. De straf strekt niet in de eerste plaats ter bevrediging van een privé-belang of -gevoel van het slachtoffer: het komt erop neer de (symbolische) orde te herstellen[119]. Ook lijkt het ons dat zulke participatie van het slachtoffer aan de straftoemeting sterk afsteekt tegen de beginselen van de proportionaliteit, rationaliteit en de gelijkheid van de straffen. Bovendien blijft het stafrecht (zelfs al lijkt dit tegenwoordig na het sociaal verweer en de geweldige bloei van de criminologische wetenschappen verder dan ooit vedrongen) daad-, en *niet* dader- of slachtoffergericht. En in de mate dat zulke participatie de bepaling van de schadevergoeding of 'het herstel van het geschonden slachtofferbelang'[120] betreft, denken wij dat ze niet aan de orde in het strafrecht: dan treedt opnieuw het probleem van de grensvervaging tussen het strafrecht en het burgerlijk recht op[121].

Het is aan de rechter, zelfs in landen waar juryrechtspraak nog werkt, om in naam van de gemeenschap, als onpartijdige beslisser de strafmaat te bepalen in functie van de daad en zijn maatschappelijke gevolgen. Het behoort principieel zo te zijn en te blijven. Dat het in de praktijk van de straftoemeting noodgedwongen anders uitdraait zal niemand verwonderen: persoonlijke overtuigingen en gevoelens, irrationaliteit, impliciete waarden en normen, humeurschommelingen, sociale en politieke overtuigingen van rechters dragen ongetwijfeld bij tot dispariteit en willekeur in de straftoemeting[122]. Daaraan moet uiteraard gewerkt worden, en dienen een aantal sporen te worden verkend[123]. Maar deze sporen moeten passen binnen de grondslagentheoretische uitgangspunten van ons strafrechtelijk systeem waarbinnen het straffen nog steeds moet kunnen worden gereconstrueerd als het handelen van een instelling die in principe onafhankelijk, onpartijdig en beredeneerd functioneert. Thans is dit de rechter. Morgen zal het misschien een strafuitvoeringsrechtbank worden. Maar een grens wordt overschreden als het slachtoffer een institutionele plaats krijgt toebedeeld van waaruit het het straftoemetingsproces mee gaat sturen.

Uitleiding

29. De onderzoekers van *Legitieme Strafvordering* komen terecht tot de conclusie dat een keuze tussen een adversaire en een inquisitoire strafprocedure zich niet zomaar laat beslissen. Een pennetrek volstaat niet om een cultureel-antopologische traditie te wijzigen. De mogelijkheden om de strafprocedure te herdenken zijn bijgevolg begrensd door culturele, politieke en penale praktijken die van een dieperliggende en zeker minder kneedbare orde zijn. Bij de beantwoording van de vraag naar het evenwicht tussen inquisitoriale en accusatoire elementen in de waarheidsvinding dient bijgevolg rekening gehouden te worden met het bestaan van externe factoren waarop de mens geen directe greep heeft. Vanuit rechtstheoretisch perspectief kan gepleit worden voor het behoud van onze Continentale strafvorderlijke traditie. Doch zowel vanuit de zorg om tot een billijkere en meer E.V.R.M.-conformere strafprocedure te komen, als vanuit een pluralistische -niet objectivistische, noch

[119] Zelfs in termen van zondebokmechanismen strekt het offer niet ter bevrediging van de rechtstreeks benadeelde: het moet, via een rituele catharsis, leiden tot het herstel van de sociale samenhang.
[120] R.S.B. Kool, *l.c.*, 172.
[121] In onze optiek (supra) is een zaak die door 'herstel' van het slachtoffer kan worden opgelost geen strafrechtelijke zaak meer en moet hij uit de strafprocedure worden geweerd. Dit lichten we toe een afzonderlijke bijdrage (cf. voetnoot 4).
[122] K. Beyens, 'Richting geven ...', *l.c.*, 67-75.
[123] Hierover zie in *ibid.*

relativistische- waarheidsopvatting, is het invoegen van adversaire elementen in een inquisitoriaal gebleven raamwerk niet alleen mogelijk, maar zelfs wenselijk.
Beginselen zoals transparantie, *accountability* en participatie zijn uiteraard relevant en belangrijk voor de strafprocedure omdat ze grondrechtelijke en E.V.R.M.-conforme waarden uitdrukken. Zij zijn evenwel niet sectorspecifiek en kunnen o.i. bijgevolg niet zonder meer volstaan als inspiratie voor een nieuw straf(proces)recht voor de 21ste eeuw. Een zinvolle heroriëntering van het straf(proces)recht moet evenzeer scherp toegesneden zijn op de eigenheid van het rechtsgebied en zijn verschil en autonomie ten aanzien van andere rechtsgebieden. Dat vergt een bezinning over de grond- en randvoorwaarden van het strafrecht in een democratische rechtsstaat, en meer speciaal over zijn constitutionele inbedding en zijn verhoudingen met het burgerlijk recht. Deze punten zullen we elders vollediger uitwerken.
Wat we hier alvast hebben willen aantonen is dat bij de bepaling van de eigenheid van het straf(proces)recht twee onlosmakelijk met elkaar -tot een groot vraagteken- verbonden vaststellingen alvast een cruciale rol dienen te spelen. Aan de ene kant is er het nogal evidente maar daarom niet minder belangrijke feit dat het straf(proces)recht strekt tot *straffen* en daarmee in een democratische rechtsstaat een extreme taakstelling dient te realiseren vanuit een bijzondere positie. Aan de andere kant is er dan weer de in dit licht erg problematische vaststelling dat al steeds grote onduidelijkheid heeft bestaan en blijft bestaan over de maatschappelijke doelstellingen die men aan dit straffen verbindt. Geconfronteerd met deze onduidelijkheid, hebben we hier getracht een paar bakens en principes uit te zetten die de specificiteit van het strafrechtelijke gebied uitdrukken voorbij de onopgeloste en wellicht onoplosbare kwestie van de doelstellingen van de straf. Voor ons draagt het maatschappelijk bestraffingsproces altijd bij tot herstel van een geschokte symbolische orde via de stigmatisering van de veroordeelde. Hieruit vloeiden dan weer een reeks meer concretere gevolgtrekkingen voor het strafrecht in het licht waarvan de tritsbeginselen *transparantie*, *accountability* en *participatie* dienen te worden geplaatst. Dezelfde gevolgtrekkingen hebben we verbonden met de kwestie van de positie van het slachtoffer in het strafproces.