

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

HEEFT OOK BIJ ONS HET NIEUWE STRAFRECHT DE WIND IN DE ZEILEN?

Kanttekeningen bij een nieuw voorontwerp van Strafwetboek (eerste deel)

*Rede uitgesproken door de advocaat-generaal A. DE SMET
op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent
op 1 september 1986*

1. Het is ten overvloede herhaald dat het strafrecht zich in een crisistoestand bevindt en dat deze crisis van ideologische aard is.

De leerstellingen van het strafrecht, essentieel die met betrekking tot het recht van de maatschappij om straffen op te leggen en tot het doel dat deze straffen zouden dienen te bereiken, zijn immers in meer dan één opzicht grondig geëvolueerd en worden blijvend ter discussie gesteld.

Allereerst is de steeds meer wetenschappelijk uitgediepte kennis van de mens derwijze en dermate doorgedrongen in ons positief strafrecht, dat men hem ook aldaar al lang niet meer beschouwt als volledig vrij, in alle opzichten normaal, gelijk in rechten en diensgevolge in verantwoordelijkheden; de mens zoals wij hem tegenwoordig opvatten, is de concrete mens, verschillend van al zijn medemensen, zoals hij denkt en handelt in zijn dagelijkse bedrijvigheid, in maatschappelijk, familiaal en persoonlijk verband¹.

De evolutie is niet minder groot met betrekking tot de door de strafwet beschermde waarden: de maatschappelijke orde, zoals zij beschouwd werd amper enkele decennia geleden, wordt in twijfel getrokken, omvergeworpen, om niet te zeggen vernietigd en wordt door een verschillende moraal en door andere waarden vervangen, die wellicht op vrij korte termijn op hun beurt als broos zullen worden ervaren.

Ten slotte zouden de klassieke vormen van bestraffing veelal hun zedelijke en exemplatieve betekenis verloren hebben en in essentie beschouwd worden als middelen tot resocialisering en tot heropvoeding, waarvan velen zich af-

vragen of het ook te dien opzichte geen mislukking geworden is.

2. Ten aanzien van deze niet aflatende ontwikkeling, die de grondslagen van het strafrecht aan het wankelen dreigt te brengen, hebben een aantal rechtsgeleerden, wijzend op de door hen voorgehouden mislukking van het penale stelsel, het steeds toenemend aantal misdrijven, veroordelingen en gevallen van herhaling, het strafrecht als zodanig in twijfel getrokken, ja zelfs als nefast bestempeld wegens zijn beweerde ondoorzichtigheid, onbeheersbaarheid en oncontroleerbaarheid, en hebben zij de afschaffing ervan in zijn huidige vorm bepleit.

Volgens hen bestaan er geen misdrijven, doch alleen «probleemsituaties» en «problematische gedragingen», waarvan de oplossing, veeleer dan langs penale weg, in de eerste plaats door de partijen zelf dient te worden nagestreefd².

De regeling van gebeurlijke betwistingen daaromtrent zou dienen te worden overgelaten aan de betrokkenen en te worden toevertrouwd aan niet-strafrechtelijke en niet door de staat ingestelde organen — «victim-oriented courts» —, liefst bestaande uit leken en die als taak zouden hebben het

¹ Dienaangaande o.m.: J. MESSINE, «Idéologie et droit pénal», *Punir — Mon beau souci*, 1984, uitgave van de U.L.B., blz. 97-122.

² Zie Louk HULSMAN en Jacqueline BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, uitgave Le Centurion, Parijs, 1982; van dezelfde: «Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal», in *Punir — Mon beau souci*, op. cit., blz. 297-317; Bertrand LE GENDRE, «Faut-il brûler le code pénal?», *Le Monde*, 4 oktober 1983; zie ook Louk HULSMAN in *Dienstverlening — Interimrapport Nederlandse Commissie alternatieve strafrechtelijke sancties*, 1978, hoofdstuk 4-3.1, blz. 35-50 («de aanpak van Hulsmans»).

tot stand brengen van een vergelijk tussen «daders» en «slachtoffers»³.

Dergelijke vooralsnog louter utopische «abolitionistische» theorieën worden door menig rechtsgeleerde grondig op de korrel genomen.

«De verdwijning van het strafrecht», schreef onlangs een gezaghebbend auteur⁴, «dreigt de ontbinding met zich te brengen van het stelsel van de morele waarden op hetwelk het berust: goed-kwaad-toegelaten-verboden-rechtvaardig-onrechtvaardig — al deze begrippen die aan de justitie een zin en een inhoud verlenen, zouden samen met de penale reactie dreigen ontbonden te worden in het maatschappelijk geweten.»

Ook professor G. Mulder, van de Katholieke Universiteit te Nijmegen, spreekt zich in die zin uit: «Men kan het», schrijft hij in zijn bijdrage over de betekenis van het strafrecht en in het interimrapport van de Nederlandse Commissie voor alternatieve sancties, «vooralsnog niet stellen zonder de gemeenschapsbescherming door middel van het strafrecht. In de eerste plaats valt te denken aan norm-handhaving en normvorming. Er is een aantal elementaire regels ter bescherming van 'life, liberty and the pursuit of happiness' die van levensbelang zijn voor de maatschappij. De naleving daarvan moet een voorwerp van aanhoudende zorg der regering zijn. Elke handeling in strijd met zulk een norm tast haar gelding aan; zou de overheid niet streven naar handhaving, dan zouden zelfs deze elementaire regels aan gedragsbeïnvloedende werking verliezen.

... Afgezien van de schaduwzijden ervan, ben ik van mening dat de strafrechtstoepassing, inclusief de oplegging van vrijheidsstraffen, niet kan worden gemist, hetgeen niet inhoudt dat de criminaliteitsbestrijding op een wijze die strafrechtelijk optreden overbodig maakt, zou dienen afgevoerd te worden⁵».

3. De vooralsnog blijvende noodzaak van het strafrecht voor ogen houdend, hebben tijdens de laatste decennia tal van landen hun strafwetboek geheel of ten dele vernieuwd of aangepast in verhouding tot de steeds meer dwingende noden van de bescherming van de maatschappij en tevens in het licht van de voortdurend zich ontwikkelende begrippen op het moreel, ethisch, sociaal en economisch vlak.

Het kan de bedoeling niet zijn, en het is evenmin het onderwerp van deze rede, hier een nagenoeg volledige uiteenzetting te geven van alle recente strafwethervormingen in de diverse landen.

Bij wijze van voorbeeld zij aangehaald dat in Zweden in 1962 een belangwekkend nieuw Strafwetboek ingevoerd werd, dat in werking trad op 1 januari 1965⁶. Opmerkelijk

is, dat reeds in november 1977 door een werkgroep in de schoot van de Nationale Zweedse Raad voor misdrijfpreventie een omstandig verslag voorgelegd werd, bevattende een programma tot herziening van het Zweedse stelsel van straffen⁷.

In Oostenrijk trad op 1 januari 1975 een nieuw Strafwetboek in werking, dat het sedert meer dan een eeuw bestaande Strafwetboek verving en dat sedertdien herhaaldelijk bijgewerkt werd⁸.

De Duitse Bondsrepubliek van haar kant kondigde in 1975 een nieuw Strafwetboek af⁹, waaraan tijdens zijn wordingsgeschiedenis een bijzonder belangwekkend en vooruitstrevend «Alternativ-Entwurf» van strafwetboek tegengesteld werd. Dit laatste was van de hand van een vijftiental Duitse en Zwitserse universiteitsprofessoren en heeft in een niet onbelangrijke mate de opties van het nieuwe Strafwetboek beïnvloed¹⁰.

Ook in Frankrijk heeft de ontwikkeling van het strafrecht op het wetgevend vlak niet stilgestaan.

Er moge aldaar onder meer verwezen worden naar de wetten van 11 juli 1975¹¹ en van 10 juni 1983¹², die belangrijke alternatieve straffen ingevoerd hebben.

Bij decreet van 8 november 1974 werd in Frankrijk een Commissie voor de herziening van het Strafwetboek ingesteld, waarvan het voorzitterschap waargenomen werd door Maurice Aydalot, emeritus eerste voorzitter van het Hof van Cassatie. Deze Commissie legde in juli 1976 een voorlopig en op 2 juni 1978 een definitief voorontwerp van nieuw strafwetboek neer, althans wat het algemeen deel betrof¹³.

Door de wet van 2 februari 1981, die strenge bepalingen bevatte, ertoe strekkende «de veiligheid te versterken en de vrijheid van de personen te beschermen», werden evenwel in het positief recht een aantal bepalingen en strafmaatregelen ingevoerd, die onverenigbaar bleken te zijn met de algemene geest van het voornoemde voorontwerp van nieuw Strafwetboek, zodat aan dit laatste geen gevolg gegeven werd.

Commissie Hervorming Strafwetboek; zie ook P. Vanderveeren, «Les sanctions dans le code pénal suédois», Commissie herziening Strafwetboek, Document nr. 43.

⁷ «A new penal system — Ideas and proposals», *The National Swedish Council for crime prevention*, Report nr. 5, Stockholm, juli 1978, Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, Document nr. 154.

⁸ Bundesgesetz van 23 januari 1974; zie daaromtrent Egmont FOREGGER, «Le nouveau code pénal autrichien», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juli-september 1975, 653-663.

⁹ *Bundesgesetzblatt*, 7 januari 1975.

¹⁰ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, vorgelegt von Jürgen BAUMANN (Universiteit Tübingen) e.a., 1966-1973, bij J.C.B. MOHR te Tübingen; zie ook P. NOLL (Universiteit Mainz), «Le contre-projet d'un code pénal allemand», *R.D.P.*, 1969, 751-769.

¹¹ Jean PRADEL, «Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi du 11 juillet 1975», *D.*, 1976, Chron., 63-72.

¹² Jean PRADEL, «Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement, créées par la loi du 10 juin 1983», *D.*, 1984, Chron., 111-117.

¹³ Avant-projet de code pénal, livre I, juillet 1976, Ministère de la Justice — Paris; avant-projet définitif de code pénal, Dispositions générales, livre I, avril 1978, «La documentation française», Ministère de la Justice — Paris.

³ Zie Nils CHRISTIE, professor aan de Universiteit te Oslo, «Conflict as property», in *The British Journal of Criminology*, vol. 17, 1977, 1 e.v.

⁴ Foulek RINGELHEIM, «Le souci de ne pas punir», in *Punir — Mon beau souci*, op. cit., blz. 378.

⁵ G. MULDER, in *Dienstverlening — Interimrapport van de Nederlandse Commissie voor alternatieve strafrechtelijke sancties*, 1978, hoofdstuk 4-4.1.1, blz. 52-55; zie ook F. RIGAUX, «La fonction de la répression pénale dans un ordre juridique», in *Punir — Mon beau souci*, op. cit., blz. 74-83, m.b. blz. 83.

⁶ Vertaald in het Frans door M. LAMBERT in opdracht van het Zweedse Ministerie van Justitie — Document nr. 14 van onze

Nadat door de wet van 10 juni 1983 die van 2 februari 1981 was herzien en ten dele afgeschaft, heeft de Franse Commissie voor de herziening van het strafwetboek, waarvan de samenstelling gewijzigd was en die onder het voorzitterschap was komen te staan van de toenmalige minister van Justitie Robert Badinter, in juni 1983 een nieuw voorontwerp van het algemeen gedeelte van het Strafwetboek ingediend, waaraan totnogtoe geen uitwerking gegeven is¹⁴.

In Nederland werden gedeeltelijke vernieuwingen in het Strafwetboek ingevoerd of voorbereid, nadat daartoe diverse bijzondere commissies aangesteld waren. Vermeld zij aldus de Commissie «Vermogensstraffen», die in 1969 en in 1972 rapport uitbracht en waarvan de werkzaamheden geleid hebben tot ingrijpende wijzigingen op het stuk van de vermogenssancties¹⁵.

Een andere commissie, namelijk die voor de «Alternatieve strafrechtelijke sancties», ingesteld in september 1974, bracht onder meer een belangwekkend interimrapport over de dienstverlening uit, dat aan de verdere rapporten en onderzoeken in verband met dit onderwerp ten grondslag ligt en waarop wij zullen terugkomen.

4. Te midden van deze onverpoosde activiteit in tal van landen op het stuk van de strafwethervorming¹⁶ heeft ook ons land zich te dien opzichte niet onbetuigd gelaten.

Men zal zich herinneren dat bij koninklijk besluit van 6 april 1976 een Commissie voor de herziening van het Strafwetboek ingesteld werd¹⁷, die als opdracht had «verslag uit te brengen over de hervorming en vervolgens aan de minister van Justitie een voorontwerp van wet voor te leggen, houdende een nieuw Strafwetboek, alsmede andere wetswijzigingen, die ten gevolge van de voorgestelde hervorming zouden nodig zijn» (art. 2).

Blijkens het desbetreffend verslag aan de Koning «moeten de drempels van de bestraffing in bepaalde gevallen verplaatst worden en moet gezocht worden naar een nieuwe benadering van de middelen om de essentiële rechten van het individu en van de gemeenschap in het huidige zowel nationale als internationale bestek te beschermen». Daartoe is «de herziening nodig van het Strafwetboek, de grondslag van alle geledingen van de maatschappij die tegelijk zal moeten voldoen aan de vereisten van doeltreffendheid en menselijkheid».

Reeds bij de aanvang en verder in de loop der jaren werd van een bepaalde kant kritiek geleverd op de samenstelling, de doelstellingen en de werkwijze van de Commissie, waarbij de vrees geuit werd dat de voorgestelde hervorming slechts zou leiden tot een «restauratie» van de teksten van

het bestaande strafrecht, veeleer dan tot een «daadwerkelijke en algehele renovatie van ons systeem van strafrechtsbedeling»¹⁸.

Sommige auteurs gingen zelfs verder: de opzet zelf van een hervorming van het Strafwetboek zou een hinderpaal vormen voor een werkelijke en volledige maatschappelijke herinrichting, waarbij het strafrecht als dusdanig niet meer als in ieder geval noodzakelijk zou voorkomen¹⁹.

Het kan evenwel niet ernstig in twijfel getrokken worden dat de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, niet alleen bij het bepalen van haar essentiële opties, doch ook in en bij het geheel van haar werkzaamheden, steeds de verworvenheden van het strafrecht en van de criminele politiek voor ogen gehouden heeft.

Zulks moge blijken niet alleen uit het door haar in juni 1979 ingediend verslag over de voornaamste grondslagen van haar crimineel beleid²⁰, doch tevens uit haar talloze werkdocumenten en de processen-verbaal van haar ontelbare voltallige werkvergaderingen en van die van haar subcommissies, waarvan er één bestendig gewijd was aan de problemen van criminele politiek²¹.

De Commissie heeft evenwel moeten vaststellen dat de menselijke wetenschappen en onder meer de criminologie tot dusver meer werkhypothesen dan zekerheden bieden.

Zij was daarbij de woorden indachtig van Jean Pinatel, voorzitter van de Internationale Vereniging voor Criminologie, die op het congres te Lissabon in september 1978 tijdens zijn afscheidsrede, getiteld «Le mouvement des faits, des idées et de la réaction sociale en criminologie» onder meer verklaarde: «... Une observation d'ordre général s'impose.

Lorsque des recherches fragmentaires ont permis d'acquiescer des résultats sur des points particuliers relatifs au comportement antisocial, l'on voit s'élaborer des théories qui s'efforcent de les relier entre eux, de les organiser en

¹⁸ J. HUTSEBAUT, «Hervorming van het Belgisch strafrecht en strafprocesrecht: restauratie of renovatie?», *Delikt en delinkwent*, 1978, 96-115; C. FIJNAUT, «De hervorming van het Belgisch strafrecht: een eigentijds gebeuren?», *Delikt en delinkwent*, 1978, 1-4; L. DUPONT e.a., «Open brief aan de heer Minister van Justitie over de hervorming van het strafrecht», *Panopticon*, 1980, 317-321.

¹⁹ Zie F. TULKENS, «La réforme du code pénal: vers quelle stratégie de changement?», in *Punir — Mon beau souci*, 1984, blz. 380-403; dezelfde auteur, «La réforme du code pénal belge — Question critique», in *Déviance et société*, Genève, 1983, blz. 197-218.

²⁰ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek — Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming, juni 1979, m.b. blz. 29-33;

²¹ Zie aldus o.m.: professor J. DUPRÉEL, eresecretaris-generaal van het Ministerie van Justitie en toenmalig voorzitter van de Commissie, «Essai de formulation de la politique criminelle qui sera suivie par la commission», Document nr. 113 van 10 maart 1978 van de Commissie; prof. J. VERHAEGHEN, «Sept principes de politique criminelle pour le nouveau code pénal», Document nr. 115 van 9 maart 1978 van de Commissie; A. De Nauw, «Définition de la politique criminelle», Document nr. 114 van 2 maart 1978 van de Commissie; J.Y. DAUTRICOURT: «Strafbeleid», Document nr. 71 van 14 april 1977 van de Commissie; J.Y. DAUTRICOURT: «Een mensgericht Strafwetboek?», Document nr. 173 van 20 april 1979 van de Commissie.

¹⁴ Avant-projet de code pénal, livre premier, Dispositions générales, juin 1983, Ministère de la Justice — Paris.

¹⁵ Wet 31 maart 1983; zie ontwerp van wet en Memorie van Toelichting, Tweede Kamer der Staten-Generaal, zitting 1977-78, nr. 15012.

¹⁶ Vermeld zij dat ook in de landen van het Oostblok de strafwet aan hervorming toe is: aldus het nieuwe Poolse Strafwetboek, dat in werking trad op 1 januari 1970 (zie dienaangaande S. WALCZAK, «Les nouvelles mesures pénales dans le système polonais — Expériences et résultats», *R.D.P.*, 1980, 625-369); aldus ook het nieuwe Strafwetboek van de Duitse Democratische Republiek van 1968, herwerkt in 1974 en 1979.

¹⁷ B.S., 5 mei 1976, 1873-1874.

ystème. Il y a dans toute théorie une part — la plus grande — de faits certains et un petit nombre d'hypothèses, permettant de combler les vides qui existent encore entre les données.

Une théorie dans cette perspective n'est qu'un instrument de travail, destiné à stimuler de nouvelles recherches. Elle est destinée à être remplacée par une autre théorie plus proche de la réalité, lorsque la connaissance des faits aura progressé.

Telle est la loi de la recherche, en criminologie comme ailleurs. Elle ne peut que nous inciter à la plus grande modestie»²².

In verband hiermee zei ook professor J. D'Haenens in een rede die hij in 1981 te Leiden hield over «Hervorming van het strafrecht en het strafprocesrecht in België»: «Indien men een hervorming van het strafrecht alleen maar mogelijk zou achten op het fundament van nieuwe beginselen, dan lijkt het wel duidelijk dat alles wat men thans pooft te ondernemen niet veel meer kan opleveren dan een herziening van wat thans bestaat. Men kan immers bezwaarlijk beweren dat het strafrechtstheoretisch denken van de laatste jaren geleid heeft tot het formuleren van nieuwe beginselen, nog minder dat er een ruime consensus zou bestaan over de diverse opvattingen die tot ontwikkeling zijn gekomen»²³.

De Commissie voor de herziening van het Strafwetboek achtte het derhalve niet wenselijk dat beginselen of theorieën nopens haar oriëntaties en grondslagen op het stuk van het crimineel beleid uitdrukkelijk zouden worden opgenomen in de tekst van het te ontwerpen Strafwetboek, nu dit laatste voor geruime tijd bruikbaar moet blijven en het moet kunnen weerstaan aan de steeds maar wisselende en evoluerende theorieën inzake strafrecht en criminologie.

Wel werden telkens de concrete problemen waarover in voltallige commissievergadering van gedachten gewisseld werd, getoetst aan de zienswijze en de beperkingen van de subcommissie inzake crimineel beleid.

5. Nadat de Commissie met haar bescheiden middelen en het beperkte aantal medewerkers waarover zij kon beschikken, de teksten zelf van het nieuwe Strafwetboek op het getouw gezet had, werd op voordracht van de minister van Justitie, «teneinde een nieuwe impuls te geven aan de thans aan de gang zijnde werkzaamheden en de uitkomst ervan te bespoedigen»²⁴, bij koninklijk besluit van 8 april 1983 Robert Legros emeritus eerste voorzitter van het Hof van Cassatie en gewoon hoogleraar aan de U.L.B., benoemd tot Koninklijk Commissaris voor de herziening van het Strafwetboek, met als opdracht «het opmaken van een voorontwerp van wet houdende een nieuw Strafwetboek, alsmede wetswijzigingen die ten gevolge van de voorgestelde hervorming zouden nodig zijn».

²² Onuitgegeven; geciteerd door J.Y. DAUTRICOURT, «Een mensgericht Strafwetboek?», blz. 7 en 8, zie voetnoot 21.

²³ D'HAENENS, «Hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht in België», in Thorbecke-Colleges, Voordrachten gehouden in het kader van de uitwisseling tussen de juridische faculteiten te Gent en te Leiden, VII, Leiden, 1981.

²⁴ R. LEGROS, *Voorontwerp van Strafwetboek*, 1985, Uitgave Belgisch Staatsblad, «Ten geleide», blz. 5.

De heer J. D'Haenens, raadsheer in het Hof van Cassatie en buitengewoon hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Gent, tevens voorzitter van de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, werd bij hetzelfde besluit benoemd tot Adjunct-Koninklijk Commissaris voor deze hervorming.

In 1985 legde de Koninklijke Commissaris Legros een *Voorontwerp van Strafwetboek* neer, waarvan de tekst voorligt en dat in zijn huidige vorm alleen het algemeen gedeelte van het Strafwetboek beslaat.

Het is over enkele aspecten van dit voorontwerp dat ik U thans zou willen onderhouden.

Het ware vanzelfsprekend onmogelijk binnen het beperkte bestek van een openingsrede een overzicht te geven van de inhoud en de draagwijdte van de 232 artikelen van het voorontwerp.

Veeleer ligt het in mijn bedoeling, op gevaar af fragmentair en onvolledig te lijken, even uit te weiden over een aantal nieuwe of gewijzigde begrippen en instellingen, die door de Koninklijke Commissaris als belangrijk ervaren worden en nopens welke hij het meer bepaald heeft in zijn Memorie van Toelichting.

6. Zo wordt bijvoorbeeld in artikel 92 van het voorontwerp, dat handelt over de straffen (hoofdstuk V, afdeling I), primair het minimum van de correctionele gevangenisstraf op zes maanden bepaald en wordt daardoor aan de rechter de mogelijkheid ontnomen om kortere gevangenisstraffen uit te spreken, nu ook in het in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden door het voorontwerp niet meer voorzien wordt.

De Koninklijke Commissaris bindt daarbij de strijd aan tegen de korte gevangenisstraffen, die volgens hem gefaald hebben en die hij als nutteloos en zelfs als schadelijk bestempelt. Hij gelooft niet dat de gevangenis zelf gefaald heeft en meent dat er derhalve geen sprake van kan zijn de gevangenisstraf als zodanig af te schaffen. Die is er nodig «om de zware en gevaarlijke misdadigers op te sluiten en te verzorgen voor de tijd die nodig is met het oog op hun wederaanpassing aan de maatschappij en in functie van bepaalde objectieve factoren, zoals daar zijn de ernst van de gepleegde feiten en van de veroorzaakte maatschappelijke storing, alsook het exemplarische karakter van de straf».

Gevangenisstraffen van minder dan zes maanden zouden evenwel uit den boze zijn en zouden niet meer moeten kunnen worden opgelegd²⁵.

Er is door de rechtsleer ten overvloede gewezen op de talrijke nadelen van de korte gevangenisstraffen, zonder dat deze «de al dan niet terecht verwachte voordelen van een langere straf (neutralisering, afschrikking, behandeling) kunnen bereiken»²⁶.

Men wijst er van alle kanten op, dat bij korte vrijheidsberovende straffen de tijd en de middelen ontbreken om een resocialiseringsproces op gang te brengen, dat alleen het criminogeen effect van de opsluiting voelbaar is en dat

²⁵ *Voorontwerp van Strafwetboek*, Memorie van Toelichting, blz. 162-163.

²⁶ Chr. ELIAERTS en S. SNACKEN, «De toepassing van de korte gevangenisstraf: een straatje zonder eind?», *Panopticon*, 1982, 5-20.

hoge recidivecijfers de idee ontkrachten dat de korte straf een intimiderend karakter zou hebben²⁷.

Toch stelt men vast dat nopens het criminologisch begrip «korte gevangenisstraf» en de noodzaak of de wenselijkheid deze uit de strafwet te weren of de toepasselijkheid ervan te beperken, zeer uiteenlopende opvattingen bestaan.

Aldus wordt door een aantal auteurs beweerd dat de zeer korte gevangenisstraf, zijnde die van ten hoogste vijftien dagen, zou dienen behouden te blijven, daar zij een «heilzame schoktherapie» kan veroorzaken²⁸.

De Koninklijke Commissaris wijst deze theorieën met verontwaardiging van de hand. Hij vraagt zich af waarom men niet even goed geneesmiddelen zou toedienen of heelkundige bewerkingen zou doen uitvoeren.

Bedoelde theorieën, die van Angelsaksische oorsprong zijn (short sharp shock)²⁹ worden nochtans verdedigd door andere eminente rechtsgeleerden, zoals professor Jean Pradel van de Universiteit te Poitiers en de emeritus procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent, Jacques Matthijs, die in zijn openingsrede «Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons Strafwetboek», gehouden op 1 september 1976 onder meer schreef: «Al worden de korte gevangenisstraffen onder bepaalde voorwaarden niet ten uitvoer gelegd, toch blijken zij positieve aspecten te kunnen vertonen ... omdat zij bij de veroordeelde meestal een heilzame psychologische schok veroorzaken, die hem tegen herhaling kan behoeden, bijvoorbeeld bij sommige gedragingen in verband met roekeloosheid in het wegverkeer, sommige inbreuken op het algemeen reglement op de arbeidsbescherming, aan de miskenning van de wetgeving inzake milieuhygiëne en dies meer»³⁰.

Andere auteurs hebben meer recent behoedzaam afstand genomen van deze stelling, wijzend op de gevaren en op de onzekerheid van een dergelijke opvatting³¹.

Er bestaat evenmin een consensus nopens het punt vanaf welk quantum de korte gevangenisstraffen lang genoeg geworden zijn om niet meer als nefast beschouwd en aangevoeld te worden.

Aldus bepaalt het huidige Franse Strafwetboek dat de correctionele gevangenisstraf meer dan twee maanden zal bedragen, beneden welk quantum de gevangenisstraf van contraventionele aard wordt³².

²⁷ Het aantal kortgestraften van zes maanden of minder bedroeg voor de periode 1974-1979 gemiddeld 59% van de opsluitingen; zie Bestuur der Strafinrichtingen, Vijfjaarlijks verslag 1975-1980, tabel lc; het verslag 1980-1985 ligt niet voor.

²⁸ H.H. JESCHECK, «Die Krise der Kriminalpolitik», *Zeitschr. für ges. straf. Wiss.*, 1979, 1058, geciteerd door A. MARCHAL, «Problèmes actuels de politique criminelle — Peines et infractions», *R.D.P.*, 1980, 810.

²⁹ Zie J. VERIN: «Aspects modernes du système pénitentiaire anglais», *Rev. Sc. Crim. et de droit pén. comp.*, 1965, 670-688.

³⁰ J. PRADEL, «Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi du 11 juillet 1975», *D.*, 1976, Chron., 63; J. MATTHIJS, «Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons Strafwetboek», rede uitgesproken op 1 september 1976 vóór het Hof van Beroep te Gent, overdruk uit *R.W.*, blz. 37-38.

³¹ A. MARCHAL, «Problèmes actuels de politique criminelle — Peines et infractions», *R.D.P.*, 1980, 810; zie ook R. SCREVENS, «Chronique sur les journées de la fondation internationale pénale et pénitentiaire», *R.D.P.*, 1984, 319.

³² Code pénal français, artt. 40 en 465.

Het voorontwerp van het nieuw Frans Strafwetboek van 1978 daarentegen voorziet voor de correctionele gevangenisstraf alleen in een maximum, zijnde twee maanden tot tien jaar, naar gelang van de categorie van misdrijven³³. Het maximum van de contraventionele gevangenisstraf wordt op tien dagen bepaald³⁴.

Het Franse voorontwerp van juni 1983 schaft de gevangenisstraf voor overtredingen af en bepaalt de maximumduur van de correctionele gevangenisstraf op zes maanden tot zeven jaar, volgens de categorie³⁵. Geen gevangenisstraf van vier maanden of minder mag uitgesproken worden, tenzij door een bijzondere en gemotiveerde beslissing³⁶.

In het Duitse en in het Zweedse Strafwetboek³⁷ is het minimum van de vrijheidberovende straf één maand. In het Deense Strafwetboek bedraagt deze minstens dertig dagen³⁸.

Weliswaar bepaalt het Duitse Strafwetboek³⁹ dat een gevangenisstraf van minder dan zes maanden slechts mag worden uitgesproken wanneer daartoe bijzondere omstandigheden voorhanden zijn «met het oog op beïnvloeding van de dader of de verdediging van de rechtsorde».

Alleen het «Alternativ-Entwurf» van Duits Strafwetboek schaft de gevangenisstraf van minder dan zes maanden zonder meer af⁴⁰.

Evenzoveel mogelijkheden, evenzoveel stellingnamen ...

De algemene tendens op het wetgevend vlak blijkt evenwel te zijn dat men weliswaar de nadelen en gevaren van de «korte» gevangenisstraffen inzielt en men de toepassing van deze straffen zoveel mogelijk wil beperken, doch dat men ze hoe dan ook als sanctiemogelijkheid in het strafwetboek behoudt, zij het als «ultima ratio legis» ten opzichte van de wetsovertreders op wie geen andere straf of maatregel vat blijkt te hebben.

Gezaghebbende auteurs merken daarbij op dat de afschaffing zonder meer van de mogelijkheid om gevangenisstraffen van minder dan zes maanden uit te spreken, een dubbel gevaar kan inhouden: enerzijds kan de rechter geneigd zijn om straffen uit te spreken die hoger liggen dan zes maanden, zij het met uitstel van uitvoering voor een gedeelte dat minder dan zes maanden bedraagt; anderzijds is het niet denkbeeldig dat men het stelsel van de kortere gevangenisstraffen in hogere mate zou gaan toepassen door een verhoogd gebruik te maken van de voorlopige hechtenis⁴¹.

Om dezelfde redenen heeft ook de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek zich in ongunstige zin uitgesproken nopens de afschaffing zonder meer van de gevangenisstraffen van minder dan zes maanden⁴².

³³ Avant-projet de code pénal français, 1978, artt. 49 t.e.m. 54.

³⁴ *Id.*, art. 55.

³⁵ Avant-projet de code pénal français, 1983, art. 42.

³⁶ *Id.*, art. 93.

³⁷ Strafgesetzbuch 1975, § 38 (2); Zweeds Strafwetboek, hoofdstuk XXVI, art. 1.

³⁸ Deens Strafwetboek, art. 33.

³⁹ Strafgesetzbuch, § 47 (1).

⁴⁰ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1966, § 36 (1).

⁴¹ J. VERIN, «La prison: comment s'en débarrasser?», *Rev. sc. crim. et dr. pén. comparé*, 1974, 910-911.

⁴² Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 189, blz. 1.

Het voorontwerp van Strafwetboek laat trouwens onrechtstreeks en in tweeërlei opzicht de gevangenisstraffen van minder dan zes maanden bestaan, enerzijds doordat het toestaat een hogere straf uit te spreken met uitstel voor een gedeelte dat lager ligt dan zes maanden en anderzijds doordat het in zijn artikel 104 de mogelijkheid biedt «om belangrijke redenen van medische, familiale, professionele of sociale aard» de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf te doen geschieden bij gedeelte, die elk op zichzelf minder dan zes maanden kunnen bedragen.

Ten slotte stelt de Koninklijke Commissaris subsidiair voor⁴³ de korte correctionele gevangenisstraffen te behouden, eventueel zelfs tot acht dagen, met invoering of behoud van een soepel systeem van uitvoering van deze straffen en met eventuele verplichting voor de rechter om zijn beslissing dienaangaande in het bijzonder te motiveren.

7. Wil men de korte gevangenisstraffen afschaffen of het opleggen en uitvoeren ervan drastisch beperken, dan dient men te denken aan het invoeren of herwaarderen van andere straffen, sancties of maatregelen die, naargelang zij de afgeschafte gevangenisstraf zullen vervangen of, in geval van behoud, de toepassing ervan tot een minimum zullen beperken, als substitutief of als alternatief zullen worden beschouwd⁴⁴.

Het huidig voorontwerp van Strafwetboek voorziet in een aantal dergelijke vervangingsstraffen.

Deze vervangingsstraffen, «die het keuzepakket van sancties moeten verruimen op het niveau van de rechter»⁴⁵, kunnen hier niet in bijzonderheden besproken worden. Zij bestaan grotendeels in de ontzetting uit sommige rechten⁴⁶, diverse vormen van verbeurdverklaring⁴⁷ en het beroepsverbod⁴⁸.

Hoofdzakelijk is wel, dat deze straffen ook als hoofdstraf en bij ontstentenis van gevangenisstraf kunnen worden uitgesproken.

Het voorontwerp van de heer Legros ligt daarbij in de lijn van datgene wat sedert geruime tijd door de rechtsleer voorgesteld en aanbevolen wordt en wat trouwens in de meeste recente vreemde wetten en wetboeken ingevoerd en gerealiseerd werd⁴⁹.

⁴³ Voorontwerp van Strafwetboek, Memorie van Toelichting, blz. 170.

⁴⁴ Over het vrij subtiële onderscheid en de mogelijks daaruit voortspruitende verwarring tussen substitutieve en alternatieve straffen leze men o.m. J. PRADEL, «Peines de substitution et criminologie», *Rev. intern. de criminologie et de police technique*, 1984, 466-468.

⁴⁵ T. PETERS, «De gevangenissen zitten overvol, want de alternatieve sancties doen het niet», *Panopticon*, 1980, 265.

⁴⁶ Voorontwerp van Strafwetboek, artt. 125-129.

⁴⁷ *Id.*, artt. 119-124.

⁴⁸ *Id.*, artt. 130-131.

⁴⁹ Zie nopens de vervangingsstraffen: L. DE WILDE, «De ontzetting van de bijzondere straffen in hoofdstraffen», *R.W.*, 1975-76, 1601-1626 en 1666-1686; J. MATTHIJS, «Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons Strafwetboek», rede uitgesproken op 1 september 1976, punten 21-24, blz. 43-53 van de overdruk; R. VAN CAMP, «Alternatieve strafrechtelijke sancties in de Criminal Justice Act van 1972», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 42 van 18 november 1976; W. BROSENS, «Straffen

8.a) Als voornaamste alternatief met het oog op het terugdrukken van de gevangenisstraf naar aanleiding van de kleine en middelgrote misdadigheid wordt door het voorontwerp van de Koninklijke Commissaris de geldboete vooropgesteld.

De geldboete heeft, zegt men, niet de desocialiserende werking van de gevangenisstraf en kan een gevoelige bestraffing uitmaken indien zij op een behoorlijke wijze in overeenstemming gebracht wordt met de noden van de repressie en met die van de algemene en bijzondere preventie⁵⁰.

Essentieel is daarbij dat het voorontwerp een stelsel invoert dat ertoe strekt de opgelegde geldboete in verhouding te doen staan tot de vermogenstoestand van de verdachte.

b) Bij herhaling werd erop gewezen dat reeds in 1946 Leon Cornil, toenmalig procureur-generaal van het Hof van Cassatie, in zijn beroemde inleiding tot *Les Nouvelles — Procédure pénale*, getiteld «Le droit pénal et la procédure pénale après la tourmente»⁵¹, wees op de noodzaak om de boete aan te passen aan de geldelijke mogelijkheden van de verdachte en om de rechter in het bezit te stellen van de daartoe vereiste inlichtingen en gegevens: pas dan zou de geldboete als sanctie kunnen worden geherwaardeerd en haar plaats innemen in de waaier van sanctiemogelijkheden die een individualisering van de straf mogelijk zullen maken.

Het is evenzeer bekend dat in 1970 de toenmalige minis-

en maatregelen in het Nederlands strafrecht», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 53 van 20 januari 1977; W. BROSENS, «Afzien van straf naar Duits en Oostenrijks strafrecht», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 41 van 2 december 1976; J. PRADEL, «Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi du 11 juillet 1975», *D.*, 1976, Chron., 63-72; J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi du 10 juin 1983», *D.*, 1984, Chron., 111-117; J. PINATEL, «Peines de substitution et criminologie», rapport op het 6e congres van de «Association française de droit pénal», te Montpellier op 7, 8 en 9 november 1983.

Ook de Raad van Europa heeft zich herhaaldelijk en met aandrang ten gunste van de vervangingsstraffen uitgesproken; zie o.m. «Résolution (76) 10 sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté», aangenomen op 9 maart 1976 door de 25e vergadering van de afgevaardigden der ministers en het desbetreffend verslag met vier bijlagen — Straatsburg 1976; «La déchéance des droits comme alternative à la privation de liberté», Rapport van de Belgische afvaardiging op de 12e vergadering der ministers van Justitie te Luxemburg op 20 en 21 mei 1980, alsook de desbetreffende «conclusions et résolutions de la conférence», m.b. blz. 4; «Les mesures alternatives à l'emprisonnement», rapport door W. RENTZMANN (Denemarken) en J.P. ROBERT (Frankrijk) op de 7e conferentie van de directeurs van de penitentiaire administratie — Straatsburg 1986.

⁵⁰ Voor een volledige studie over alle aspecten van de geldboete als alternatieve straf leze men de exhaustieve openingsrede, uitgesproken op 1 september 1975 door de heer V. VAN HONSTÉ, procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, onder de titel «Politique criminelle et sanctions patrimoniales», *J.T.*, 1975, 685-711.

⁵¹ LÉON CORNIL, «Le droit pénal et la procédure pénale après la tourmente — Méditations et rêveries d'un vieux pénaliste», inleiding tot *Les Nouvelles — Procédure pénale*, I, vol. 1, 1946, blz. 46-47.

ter van Justitie A. Vranckx, een wetsontwerp indiende «ter aanpassing van het bedrag der geldboete aan de bestaansmiddelen van de veroordeelden». In de Memorie van Toelichting van dit wetsontwerp wordt erop gewezen dat «hoewel artikel 6 van de Grondwet de gelijkheid van de Belgen voor de wet waarborgt, het een ieder opvalt dat het huidige systeem van geldboeten als strafsancities op een ongelijke behandeling der veroordeelden neerkomt»⁵².

Teneinde deze ongelijkheid te keer te gaan, veeleer dan om de geldboete als alternatief ten opzichte van de korte gevangenisstraffen te stellen, werd door minister Vranckx een wijziging voorgesteld van de wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten, waarbij het vermenigvuldigingscoëfficiënt binnen bepaalde perken aan de vrije beoordeling van de rechter zou worden overgelaten.

Deze en andere ontwerpen kregen nooit kracht van de wet.

Van het begin af van haar werkzaamheden heeft de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek haar volle aandacht aan dit probleem gewijd⁵³. Zij heeft twee van haar leden naar Duitsland en naar Denemarken gezonden om er de praktische toepassing van het stelsel van de proportionele geldboete te bestuderen⁵⁴.

c) Als men eenmaal aanvaardt dat de geldboete pas haar volwaardige draagkracht als alternatieve straf laat gelden wanneer zij voldoende geïndividualiseerd is en men het wenselijk acht dat de Belgische rechter in hogere mate dan thans het geval is, rekening houdt met de betaalcracht van de veroordeelde ten einde tot gelijkheid bij de bestraffing te komen, kunnen verschillende stelsels van wetwijziging in overweging genomen worden.

Men kan allereerst in het Strafwetboek algemene richtlijnen opnemen, op grond waarvan de rechter de door hem opgelegde geldboete zal dienen te personaliseren. Deze aanbevelingen kunnen vrij algemeen zijn of meer in bijzonderheden uitgewerkt worden.

Aldus bepaalt het Nederlandse Wetboek van Strafrecht in zijn artikel 24 (wet van 21 maart 1983) dat «bij vaststelling van de geldboete de rechter rekening houdt met de draagkracht van de verdachte in de mate waarin hij dat nodig acht met het oog op een passende bestraffing van de verdachte zonder dat deze onevenredig wordt getroffen».

Even algemeen is de tekst van artikel 41 van het Franse Strafwetboek: «Dans les limites fixées par la loi, le montant de l'amende est déterminée en tenant compte des circonstances de l'infraction, ainsi que des ressources et des charges du prévenu.»

Het Zwitserse Strafwetboek daarentegen geeft in zijn artikel 48, 2, uitgebreide richtlijnen: «Le juge fixera le montant de l'amende d'après la situation du condamné, de façon que la perte à subir par ce dernier constitue une peine correspondant à sa culpabilité. Pour apprécier la situation du condamné, le juge tiendra compte notamment des éléments ci-après: revenu et capital, état civil et charges de famille, profession et gain professionnel, âge et état de santé.»

Men heeft staande gehouden dat, zelfs met deze aanbevelingen aan de rechter en in zoverre deze laatste ermee rekening houdt om bij het bepalen van het bedrag van de geldboete enerzijds de ernst van de feiten en de zwaarte van de schuld en anderzijds de persoonlijke en economische toestand van de verdachte te verzoenen, het klassieke systeem veeleer tot een intuïtieve dan tot een rationele bepaling van het bedrag van de geldboete leidt en ondoorzichtig blijft, doordat men geen inzicht heeft in het tarief en het gewicht van elk van de bovenvermelde factoren.

d) Een ander stelsel met het oog op individualisering van de geldboete en het tot stand brengen van meer gelijkheid bij de toepassing van deze vermogensstraf is dat van de «daggeldboeten»⁵⁵.

Dit stelsel kwam, zoals ten overvloede is uiteengezet, het eerst tot stand in Finland in 1921 en werd vervolgens in 1931 in Zweden ingevoerd, alwaar het na wijziging behouden bleef in het Strafwetboek van 1965. Denemarken nam het stelsel aan in 1939.

Sedertdien werd het stelsel van de daggeldboeten ook ingevoerd in de nieuwe Strafwetboeken van 1975 van de Duitse Bondsrepubliek en van Oostenrijk.

In Frankrijk werd laatst het stelsel ingevoerd door de wet van 10 juni 1983.

Het systeem bestaat hierin dat de rechter eerst het aantal daggeldboeten bepaalt in verhouding tot de ernst van het misdrijf en de zwaarte van de fout van de beklaagde en vervolgens het inhoudelijk bedrag van de daggeldboete vastlegt in het licht van de persoonlijke en economische toestand van de verdachte. Beide componenten moeten in het vonnis vermeld worden en de veroordeelde kan door vermenigvuldiging van beide te weten komen welk bedrag hem uiteindelijk als geldboete opgelegd is.

De desbetreffende Strafwetboeken bepalen alle een vrij laag minimum aantal daggeldboeten⁵⁶ en een zeer verschillend maximum aantal daggeldboeten⁵⁷.

Ook met betrekking tot het bedrag van de daggeldboete worden zeer verschillende minima en vooral zeer uiteenlopende maxima opgelegd⁵⁸.

De criteria voor het vastleggen van de inhoud van de daggeldboete verschillen eveneens naar gelang van de wet-

⁵² Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 5 maart 1952, Memorie van Toelichting, *Parlem. besch., Kamer*, 1969-70, nr. 592/1, 17 februari 1970.

⁵³ Zie o.m. J. TERLINDEN, «Du caractère réel des amendes comminées par le Code pénal de 1867», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 51 van 6 januari 1977; W. BROSENS, «De geldboete in het Duitse en het Oostenrijkse Strafwetboek», Commissie herziening Strafwetboek, Doc., nr. 52 van 20 januari 1977.

⁵⁴ Zie W. BROSENS, «De proportionele geldboete — Enkele overwegingen en suggesties na een studiereis in Duitsland en Denemarken», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 126 van 2 juni 1978.

⁵⁵ Voor een grondige en gedetailleerde studie hieromtrent leze men V. VAN HONSTÉ, *op. cit.*, noot 50, blz. 16-27 van de overdruk.

⁵⁶ Meestal één daggeldboete, behalve in de D.B.R. waar het minimum vijf daggeldboeten bedraagt (Strafgesetzbuch, § 40-1).

⁵⁷ 60 in Denemarken (art. 51-1°), 120 in Zweden (derde deel, hoofdstuk XXVI, art. 2), 300 in Finland en 360 in de D.B.R. (§ 40-1) en in Frankrijk (art. 43-9c).

⁵⁸ Het hoogste is dat van het Duitse Strafwetboek, namelijk 10.000 D.M. (§ 40-2).

gevingen. Terwijl de meeste van de desbetreffende strafwetboeken alleen verwijzen naar de inkomsten en lasten van de beklaagde, bepaalt het Duitse strafwetboek: «Das Gericht geht in der Regel von dem Nettoeinkommen aus, das der Täter durchschnittlich an einem Tag hat oder haben könnte»⁵⁹.

Ten slotte bestaat er een vrij grote verscheidenheid met betrekking tot de al dan niet veralgemeende toepassing van het daggeldboetestelsel op alle categorieën van misdrijven.

De kritieken op het systeem van de daggeldboeten zijn reeds herhaaldelijk in het licht gesteld⁶⁰.

Daarenboven zijn de resultaten van het stelsel in de onderscheiden landen waar het toegepast wordt, van zeer uiteenlopende aard en soms, zoals meer bepaald in Denemarken, teleurstellend.

Men wijst vooral op het gekunstelde van het systeem, waarbij in een eerste fase de rechter een aantal daggeldboeten gaat moeten bepalen in verhouding tot het misdrijf en de fout en daarbij de sociale en economische toestand van de dader voorlopig buiten beschouwing moet laten en vervolgens in een tweede fase de financiële toestand van de beklaagde nagenoeg mathematisch zal moeten vastleggen om uiteindelijk wellicht tot de slotsom te geraken dat de vermenigvuldiging van beide factoren een veel te hoog bedrag oplevert ten aanzien van het gepleegde misdrijf.

Van dat ogenblik af zal de verleiding groot zijn om aan het bereikte resultaat te gaan knoeien en het te verminderen tot wat men van meet af als een passende geldboete zou hebben opgelegd.

Ook kan de rechter geneigd zijn om, zoals steeds meer het geval blijkt te zijn in Denemarken, het bedrag van de geldboete vast te leggen zoals van oudsher en het vervolgens in een aantal daggeldboeten te gaan indelen en opsplitsen, hetgeen een parodie van het stelsel dreigt te worden⁶¹.

Tevens is onder meer in Duitsland en in Denemarken gebleken dat de veroordeelde niets van het daggeldboetestelsel begrijpt en er geen belangstelling voor opbrengt. De veroordeelde stelt immers slechts belang in één vraag, namelijk hoeveel hij in totaal zal moeten betalen. Nu komt precies dat eindresultaat, het enige waarin de rechtsonderhorige belang stelt, niet voor in het vonnis dat alleen de twee samenstellende factoren vermeldt⁶². Zo kan men van de ene ondoorzichtigheid in de andere terecht komen ...

Ten slotte rijzen de voornaamste moeilijkheden in verband met het vastleggen van het quantum van de daggeldboete en het inwinnen van de inlichtingen en gegevens die het de rechter mogelijk moeten maken een zo juist en betrouwbaar mogelijk inzicht te verwerven in de financiële en economische toestand van de verdachte.

Te dien opzichte doet zich in de praktijk een schematisatie voor, die afbreuk kan doen aan de objectiviteit die door het stelsel beoogd wordt.

⁵⁹ Strafgesetzbuch, § 40-2.

⁶⁰ Zie daaromtrent in het bijzonder het interimrapport uit 1969 van de Nederlandse Commissie «Vermogensstraffen», Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1969, hoofdstuk V, Het dagboetestelsel.

⁶¹ VAN HONSTÉ, *op. cit.*, blz. 19 van de overdruk; Interimrapport Nederlandse Commissie «Vermogensstraffen», *op. cit.*, blz. 43.

⁶² W. BROSENS, «De proportionele geldboete», *op. cit.*, noot 54, blz. 5.

e) Deze en andere kritieken en bedenkingen hebben de Koninklijke Commissaris ertoe gebracht in zijn voorontwerp met betrekking tot de geldboeten «de weg van de daggeldboeten niet op te gaan, doch een stelsel uit te werken dat, alhoewel het hetzelfde doel als de daggeldboeten nastreeft, eenvoudiger en rechtvaardiger is»⁶³.

Artikel 109 van het voorontwerp bepaalt: «Het bedrag van de geldboete wordt vastgesteld naar verhouding van de inkomsten en lasten van de veroordeelde, zoals die onder meer blijkt uit fiscale bescheiden. Daartoe bepaalt de rechter eerst, binnen de perken van de wet, het normale bedrag van de geldboete in overeenstemming met de ernst van het feit ten einde gelijkheid van bestraffing te verzekeren en past daarop vervolgens een vermenigvuldigingsfactor toe, die niet hoger mag zijn dan zeven, ten einde de gelijkheid van uitwerking van de straf te verzekeren.»

Voorts vermeldt artikel 110 dat het bedrag van de geldboete bovendien vermenigvuldigd wordt met zestig en dat de aldus verkregen uitkomst het bedrag is dat in het strafregister vermeld wordt.

Op te merken valt dat de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek eveneens voorstelt het bedrag van de geldboete aan te passen aan de inkomsten en lasten van de verdachte, doch dat zij met het oog op de berekening daarvan een volgens haar eenvoudiger systeem voorstelt, gebaseerd op het bestaan van een aantal categorieën van inkomsten, waaraan vermenigvuldigingscoëfficiënten van de geldboete zouden worden verbonden. Het zou een vereenvoudigde versie zijn van het wetsontwerp dat destijds door minister Vranckx voorgelegd werd⁶⁴.

In het stelsel van Legros is de door hem voorgestelde wijze van berekening van de geldboete verplicht; dit wil zeggen dat de rechter niet de keuze heeft tussen dit systeem en de thans bestaande klassieke berekeningswijze, zoals dit wel het geval is in Frankrijk sedert de wet van 10 juni 1983⁶⁵.

Terecht wordt er door de Franse rechtsleer op gewezen dat het niet-verplicht karakter van het proportioneel bepalen van de geldboete de toepassing van dit stelsel fel zal afzwakken⁶⁶.

De proportionele berekeningswijze van de geldboete dient luidens het voorontwerp van de Koninklijke Commissaris toegepast te worden naar aanleiding van alle wanbedrijven en overtredingen.

Hier rijst de vraag of het niet wenselijk ware het proportionele stelsel niet toe te passen op de overtredingen waarvan het groot aantal een buitengewone toename van werk met betrekking tot het onderzoek naar de draagkracht van de verdachte met zich zou brengen en waarvan de relatief geringe ernst niet de bijzonder hoge bedragen zou rechtvaardigen waartoe de proportionele berekeningswijze vrij vlug aanleiding zou geven⁶⁷.

Wat de overtredingen betreft, wordt luidens artikel 93

⁶³ Voorontwerp van Strafwetboek, Memorie van Toelichting, blz. 73.

⁶⁴ Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 189, blz. 2.

⁶⁵ Frans Strafwetboek, artt. 43-8.

⁶⁶ J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi du 10 juin 1983», *D.*, 1984, Chron., 115.

⁶⁷ VAN HONSTÉ, *op. cit.*, blz. 20 van de overdruk.

van het voorontwerp de geldboete bepaald op 1 tot 99 frank.

Met betrekking tot de wanbedrijven wordt de geldboete bepaald op «ten minste 100 frank» en wordt geen maximum gesteld.

Het desbetreffend minimum van 100 frank kan als vrij hoog voorkomen, nu dit bedrag zal dienen te worden vermenigvuldigd én met een coëfficiënt die overeenstemt met de betaalkracht van de dader én met de opdecimes.

Zoals in het interimrapport van de Nederlandse Commissie «Vermogensstraffen» wordt opgemerkt, «mag de eis van evenredigheid tussen de zwaarte van het delict en de opgelegde straf nimmer overschaduwd worden door de eis van een zekere relatie tussen boete en draagkracht. Men kan zelfs een miljonair niet een geldboete van 3.000 gulden laten betalen voor een parkeerovertreiding»⁶⁸.

Het komt dan ook wenselijk voor dat, wat de correctionele geldboete betreft, het minimum fel zou worden verlaagd of zelfs afgeschaft.

Anderzijds zou het maximum ter zake dienen te worden bepaald, ten einde het grondwettelijk gewaarborgd legaliteitsbeginsel van de straf in stand te houden en zou dit maximum vrij hoog dienen te worden gesteld om de proportionaliteit van het stelsel te garanderen, meer bepaald bij misdrijven met vrij ernstige economische of financiële inslag.

Zoals gezegd, zou de rechter verplicht zijn de samenstellende bestanddelen van het door hem als geldboete opgelegde bedrag, alsook het produkt van deze elementen in zijn vonnis te vermelden. Volgens het voorontwerp zou alleen het uiteindelijk produkt in het strafregister vermeld worden. Het ware wellicht niet onbelangrijk dat, zoals destijds voorgesteld door het wetsontwerp Vranckx, zowel het gemeentelijk als het centraal strafregister naast het uiteindelijk bedrag van de boete, ook de coëfficiënt zouden vermelden. Aldus zou de rechter in de veroordeling door andere gerechten een bron van inlichtingen vinden en zou aldus ook de eenheid van de rechtspraak in de hand gewerkt worden.

De bepaling in artikel 110 van het voorontwerp, luidens welke de geldboeten vermenigvuldigd worden met zestig, houdt men best uit het Strafwetboek, nu ze verband houdt met inflatie en muntontwaarding en aan periodieke wijzigingen onderhevig is.

Welk stelsel men ook moge invoeren met het oog op meer gelijkheid en individualisering bij het bepalen van het bedrag van de geldboete, toch zal de grote moeilijkheid die blijven betreffende het inwinnen van zo juist mogelijke gegevens nopens de financiële draagkracht van de beklaagde.

De fiscale bescheiden, die weliswaar slechts als inlichting gelden, doch die ter zake als essentieel beschouwd worden, hebben een dubieuze bruikbaarheid. Het aanslagbiljet dat door de beklaagde zou worden voorgelegd, heeft betrekking op de aangifte van het vorig aanslagjaar, die op haar beurt verband houdt met de inkomsten van het daaraan voorafgaande dienstjaar. Zo is men onvermijdelijk twee jaar achterop indien men op grond daarvan de financiële situatie van een beklaagde meent te kunnen beoordelen.

Voor het overige en meer bepaald in de gevallen waarin geen fiscale bescheiden overgelegd worden en die legio zullen zijn, zal de rechter, indien hij zo nauwkeurig en zo objectief mogelijk de geldelijke toestand van een beklaagde wil kunnen vastleggen, aangewezen zijn op inlichtingen of verslagen die op zijn verzoek of op initiatief van het Openbaar Ministerie of nog door de verdachte zelf aangebracht worden en die doorgaans ondoorzichtig en voor tal van interpretaties vatbaar zullen zijn. Daarbij zal het des te moeilijker zijn iemands draagkracht vast te leggen, nu deze niet alleen van zijn inkomen, maar ook van zijn uitgavenpatroon afhangt⁶⁹.

Daarenboven zal dienen te worden vermeden dat het strafproces verzandt in oeverloze debatten om en rond de betaalkracht van de beklaagde en dat daarop het zwaartepunt van het hele geding komt te liggen, terwijl ten slotte de financiële toestand van de betrokkene slechts één van de aspecten is, waarmee de rechter rekening dient te houden. Ook kan daarbij het gevaar dreigen dat het verband tussen misdrijf en straf ten slotte niet zo duidelijk meer aangevoeld wordt.

Het in het voorontwerp voorgestelde systeem van berekening en bepaling van de geldboete ontsnapt evenmin als alle andere soortgelijke stelsels aan die kritieken.

Of enig stelsel van individualisering en proportionalisering van de geldboete kans heeft op slagen, hangt in eerste en laatste instantie af van de wijze waarop de rechter de noden van de repressie en van de algemene en bijzondere preventie zal weten te verzoenen met een zo precies mogelijke, doch terzelfder tijd vlotte en realistische beoordeling van de betaalkracht van de beklaagde.

f) Even belangrijk als de problemen betreffende het opleggen en het individualiseren van de geldboeten, zijn die in verband met de uitvoering van deze straf: ook daar moet gestreefd worden naar gelijkheid onder de rechtsonderhorigen en terzelfder tijd naar doeltreffendheid bij de toepassing van deze vermogenssanctie.

Te dien opzichte besteedt de Koninklijke Commissaris essentieel aandacht aan de vervangende gevangenisstraf, waarvan hij in zijn voorontwerp de afschaffing als gebiedend vooropstelt, dusdoende het beginsel van de afschaffing van de korte gevangenisstraffen doortrekkend. De vervangende gevangenisstraf is volgens hem «onrechtvaardig, onmenselijk en discriminatoir». Zij is «een terugkeer naar het Ancien Régime, nu zij alleen gericht is tegen de armen ...». Zij is «een soort chantage tegen de vrijheid ...»⁷⁰.

Het is niet de eerste maal dat de afschaffing van de vervangende gevangenisstraf bepleit wordt.

Aldus werd in 1979 met het oog op de afschaffing van de artikelen 40 en 41 van het Strafwetboek door de volksvertegenwoordiger Uyttendaele een wetsvoorstel ingediend, waarnaar in het voorontwerp van Strafwetboek verwezen wordt, en in de korte Memorie van Toelichting waarvan men leest dat «men ofwel in staat is de opgelopen boeten te betalen en kan de Staat de voorhanden zijnde uitvoerings-

⁶⁸ Interimrapport Nederlandse Commissie «Vermogensstraffen», 1969, blz. 50.

⁶⁹ Nederlandse wet «Vermogenssancties», Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1977-78, nr. 15012, Memorie van Toelichting, blz. 20.

⁷⁰ Voorontwerp van Strafwetboek, Memorie van Toelichting, blz. 165-166.

middelen met succes aanwenden, ofwel men niet in staat is te betalen en dan stelt zich de vraag naar het nut en de billijkheid van de vervangende gevangenisstraf»⁷¹.

Hier wordt dus vooropgesteld dat de invordering van de geldboeten zou dienen te geschieden overeenkomstig de artikelen 1386 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, meer bepaald — zoals Legros het uitdrukt — «door verhaal op de goederen». Ook voegt de Koninklijke Commissaris er in zijn voorontwerp aan toe dat «de meeste mensen bekende en voor beslag vatbare inkomsten hebben»⁷².

Wie enigszins met de praktijk vertrouwd is, weet en ondervindt dat tal van personen die tot geldboeten veroordeeld worden en die deze zouden kunnen betalen, maar zulks niet doen, hun inkomsten of bezittingen geheel of ten dele verbergen of trachten te verbergen, en dat anderzijds een gedwongen uitvoering dikwijls weinig of geen resultaat oplevert omdat de veroordeelden geen goederen bezitten, die op nuttige wijze in beslag genomen kunnen worden. Dit laatste is meer bepaald het geval wanneer hun inboedel slechts een geringe verkoopwaarde heeft of nog wanneer het goederen betreft die op afbetaling aangekocht zijn, met voorbehoud van eigendomsrecht ten gunste van de desbetreffende financieringsmaatschappij.

Daarenboven zal de stelselmatige inning of poging tot inning van de geldboeten langs civielrechtelijke weg een niet onaanzienlijk bedrag aan bijkomende kosten veroorzaken, die door de schatkist zullen dienen te worden voorgeschoten aan de gerechtsdeurwaarders die met de uitvoering van de geldstraf belast worden. Ook is het in de meeste gevallen en bij gebrek aan enig positief resultaat van de burgerrechtelijke uitvoeringsprocedure zeer betwifelbaar of de kosten van de uitvoering op de veroordeelde zullen kunnen worden verhaald.

Ten slotte en niet het minst zal menige uitvoering van de geldboete bij wijze van de burgerrechtelijke inbeslagneming aanleiding geven tot betwistingen en allerlei procedures tot revindicatie en andere voor de beslagrechter, hetgeen nieuwe kosten en een overbelasting van de rol van de desbetreffende rechtbanken met zich zal brengen en de uiteindelijke inning van de geldboete volstrekt denkbeeldig kan maken.

De rechtsonderhorigen die zich aan de betaling van een geldboete zouden willen onttrekken, zullen daartoe dan ook in de onmacht van de Staat en van de gerechtelijke overheden om langs burgerrechtelijke weg tot inning over te gaan, en voor de hand liggend middel vinden, dat zij stelselmatig zullen aanwenden.

Men kan het dan ook in genen dele eens zijn met de overweging die in de Memorie van Toelichting van het voorontwerp voorkomt en die luidt: «Mocht overigens de één of andere ontsnappen aan de betaling, dan zou dat minder erg zijn en minder kosten dan de uitvoering van korte en rampzalige gevangenisstraffen»⁷³.

In werkelijkheid is het bestaan van de vervangende gevangenisstraf en de mogelijkheid tot uitvoering daarvan, zij

het «als stok achter de deur», het enig doeltreffend dwangmiddel om de onwillige veroordeelde ertoe te brengen de hem opgelegde geldboete te betalen.

De praktijk wijst trouwens uit, dat een belangrijk aantal veroordeelden hun geldboete slechts betalen onder druk van de bedreiging met uitvoering van de vervangende gevangenisstraf. Ook in andere landen blijkt zulks het geval te zijn: aldus werd in de Duitse Bondsrepubliek vastgesteld dat het bevel tot uitvoering van de vervangende gevangenisstraf uitgevaardigd werd in 15% van de veroordelingen tot geldboete en dat het in twee gevallen op drie tot betaling van de boete leidde; de daadwerkelijk uitgevoerde vervangende gevangenisstraffen vertegenwoordigen derhalve 5% van het aantal veroordelingen tot geldboeten⁷⁴.

Het is duidelijk dat, indien men dit dwangmiddel uitschakelt, het aantal onbetaalde geldboeten in een niet te voorspellen verhouding zal toenemen.

Evenmin kan men akkoord gaan met de passus in de Memorie van Toelichting bij het voorontwerp, waar gesteld wordt dat «het gevaar bestaat dat de Staat niet alle gemeenschappelijke middelen aanwendt, daar de maatregel van de gevangenis veel eenvoudiger is».

In werkelijkheid verlenen de ontvangers van de geldboeten en gerechtskosten, in dienst van de Administratie van de Registratie en Domeinen, alhoewel zij wegens de hierboven vermelde moeilijkheden doorgaans niet doen uitvoeren langs burgerrechtelijke weg, uitstel of gemak van betaling aan de veroordeelden die erom verzoeken.

Indien geen betaling volgt, zenden de ontvangers de zaak over aan de parketten, die steeds opnieuw aanmanen tot betaling, door de politie doen informeren naar de financiële draagkracht van de betrokkene, aan deze laatste voorstellen doen om met afkortingen te betalen indien daartoe aanleiding bestaat, en alle andere middelen uitputten alvorens daadwerkelijk tot de uitvoering van de vervangende gevangenisstraf over te gaan.

De parketten doen derhalve al wat in hun macht en in hun bevoegdheid ligt om de mogelijke gevolgen van een eventueel onvolmaakte individualisering van de geldboete te verhelpen en om de uitvoering van de vervangende gevangenisstraf te beperken tot de gevallen waarin deze werkelijk noodzakelijk is, d.i. meestal ten aanzien van de veroordeelden die uit nalatigheid of uitgesproken onwil in gebreke blijven de hun opgelegde geldboete te betalen.

Het komt daarbij vrij duidelijk voor dat, indien men de stelling aanneemt dat een onvermogenende geen geldboete moet betalen omdat hij daartoe niet in staat zou zijn en hij anderzijds geen vrijheidsberovende straf wegens het gepleegde misdrijf mag ondergaan omdat hij aldus zou worden gediscrimineerd, men in feite een onaantvaardbare strafrechtelijke immunitéit in het leven roept, niet alleen voor onvermogenenden, maar ook voor diegenen die zich bewust onvermogenend maken of die zich als zodanig doen doorgaan.

De meeste recente vreemde strafwetgevingen hebben hoe

⁷¹ *Parlem. Besch., Kamer*, 1979-80, nr. 315/1°, 30 oktober 1979.

⁷² *Voorontwerp van Strafwetboek*, Memorie van Toelichting, blz. 166.

⁷³ *Id.*, blz. 166.

⁷⁴ Zie A. WIJFFELS, «L'égalité et le système des jours-amendes», *R.D.P.*, 1984, 297-317, m.b. blz. 309, die H.J. ALBRECHT citeert uit: «Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen», Max Planckinstitut, VIII, Berlin, 1980.

dan ook de vervangende gevangenisstraf behouden⁷⁵, zij het met een vrij uiteenlopende verhouding tussen de niet-betaalde geldboete en de vervangende gevangenisstraf⁷⁶.

Ook de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek maakt ernstig voorbehoud in verband met het voorstel tot afschaffing van de vervangende gevangenisstraf. Zij is de mening toegedaan dat, «indien zoals in het voorontwerp van Strafwetboek de nadruk gelegd wordt op de geldboete als vervangingsstraf voor de gevangenisstraffen tot zes maanden, de uitvoering van deze geldstraffen doeltreffend moet gemaakt worden door het behoud van de vervangende gevangenisstraf, des te meer daar de uitvoeringsmogelijkheden van het Gerechtelijk Wetboek terzake een drogmiddel uitmaken doordat een aantal veroordeelden zich wetens onvermogen maken»⁷⁷.

Sommige leden van de Commissie stellen evenwel voor dat, ten einde een te frequente uitvoering van de vervangende gevangenisstraf tegen te gaan, steeds en vooraf daartoe een procedure gevoerd wordt voor de correctionele rechtbank of de uitvoeringsrechtbank. Ook de Koninklijke Commissaris doet een subsidiair voorstel in die zin⁷⁸. Een dergelijke werkwijze zou, zegt men, de doorzichtigheid van het beleid van de strafrechtelijke instanties in de hand werken en de controleerbaarheid van het beslissingsproces en het contradictoire karakter van dit laatste bevorderen.

Het komt me voor, dat een dergelijk stelsel van dien aard zou zijn dat het de uitvoeringsprocedure met betrekking tot geldboete en vervangende gevangenisstraf door allerlei procedures tot voor het Hof van Cassatie hopeloos zou bemoeilijken en vertragen en dat het ten slotte de niet-betaling van de geldboete in de hand zal werken.

Als alternatief voor de vervangende gevangenisstraf wordt door de Koninklijke Commissaris voorgesteld in het Strafwetboek uitdrukkelijk te bepalen dat «de hoven en rechtbanken, alsmede de executierechtbank, kunnen beslissen dat de geldboete bij gedeelten zal betaald worden

wegens belangrijke redenen van medische, familiale, professionele of sociale aard»⁷⁹.

Zoals gezegd, wordt thans reeds door de ontvangers van de geldboeten en door de parketten de ruimste mogelijkheden tot splitsing van de geldboeten verleend.

Het komt dan ook, zoals de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek het opmerkt, niet noodzakelijk voor te dien opzichte een uitdrukkelijke bepaling in het Strafwetboek in te lassen, gelet op de soepelheid waarvan thans reeds blijk gegeven wordt bij de inning van de geldboeten.

Daarenboven zouden de betwistingen en debatten met betrekking tot het gemak van betaling van de geldboeten hetzij voor de rechter ten gronde, hetzij voor de executierechtbank een nog grotere belasting van reeds overladen rollen veroorzaken en zou de fiscale administratie geneigd kunnen zijn voortaan geen uitstel of gemak van betaling meer te verlenen zonder voorafgaande beslissing van de rechtbank⁸⁰.

De overige door het voorontwerp van Strafwetboek voorgestelde alternatieven voor de vervangende gevangenisstraf, zijnde het uitvoeren van een werk ten bate van de gemeenschap en de vervangende verbeurdverklaring van voorwerpen waarvan de eigenlijke verbeurdverklaring niet verplicht gesteld is⁸¹, zijn blijkbaar niet van dien aard dat ze een grotere doeltreffendheid met het oog op betaling van geldboeten verzekeren.

Het huidige strafsysteem streeft naar vervanging in de hoogst mogelijke mate van de vrijheidsberovende straf door de geldboete. Het spreekt vanzelf dat de draagkracht van deze fundamentele optie van criminele politiek ernstig zou worden bedreigd indien de toepassing van de geldstraf niet gepaard ging met een vervangingsstraf die dwangmatig genoeg is om de doeltreffendheid van de patrimoniale sanctie te verzekeren⁸².

Het komt derhalve noodzakelijk voor, dat de vervangende gevangenisstraf, zoals thans geregeld door de artikelen 40 en 41 van het Strafwetboek, behouden blijft.

9.a) Het voorontwerp biedt verder in zijn hoofdstuk IX aan de rechter de mogelijkheid om «vervangingsmaatregelen» te bevelen en deze «in de plaats te stellen van de straffen». Daarbij wordt door de Koninklijke Commissaris vooral belang gehecht aan de invoering van de «dienst ten bate van de gemeenschap» (artikelen 225 tot en met 230).

Deze instelling is vanzelfsprekend ingegeven door soortgelijke maatregelen in nabuurlanden, alwaar zij evenwel in zeer verschillende vormen en modaliteiten toegepast worden.

Het Engelse systeem dat door de Criminal Justice Act van 1972 onder de benaming van «Community Service Order» ingevoerd werd, gaf daartoe het voorbeeld. Frankrijk heeft door de wet van 10 juni 1983 een soortgelijke «Tra-vail d'intérêt général» ingevoerd. In Nederland werd, na

⁷⁵ Zie o.m. het Duitse Strafgesetzbuch, § 43; Oostenrijks Strafwetboek, § 19 (3); het Franse Strafwetboek, art. 43-10; ook het vooruitstrevend Alternativ-Entwurf van Duits Strafwetboek, 1966, § 53; het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, art. 24c.

⁷⁶ Gaande van een aantal dagen vervangende gevangenisstraf, gelijk aan de helft van het aantal niet betaalde daggeldboeten, zoals in het Frans en in het Oostenrijks Strafwetboek, geciteerd in noot 75, tot één dag vervangende gevangenisstraf voor elke niet-betaalde daggeldboete, zoals in het Duitse Strafwetboek en het Alternativ-Entwurf van Duits Strafwetboek, geciteerd in noot 75.

Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, dat het stelsel van de daggeldboeten niet aangenomen heeft, stelt vervangende gevangenisstraf van één dag tot zes maanden, te bepalen in dagen, weken of maanden.

⁷⁷ Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 189, «Opmerkingen betreffende de straffen».

⁷⁸ Voorontwerp van Strafwetboek, blz. 37. Zie ook A. WIJFFELS, «Alternatief model van een dagboetestelsel voor België», *Panopticon*, 1981, 425-437, m.b. blz. 433 en 434; T. PETERS, «De gevangenen zitten overvol, want de alternatieve sancties doen het niet», *Panopticon*, 1980, 265-270, m.b. blz. 268. Door beide laatstgenoemde auteurs wordt voorgesteld dat de vervangende gevangenisstraf niet meer automatisch aan de geldboete zou worden gekoppeld, doch dat zij eventueel het voorwerp van een nieuwe en afzonderlijke beslissing van de rechtbank zou uitmaken.

⁷⁹ Voorontwerp van Strafwetboek, art. 111.

⁸⁰ Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 189, blz. 3.

⁸¹ Voorontwerp van Strafwetboek, blz. 37 en 166-167.

⁸² VAN HONSTÉ, *op. cit.*, blz. 36 van de overdruk; H.H. BRYDENSCHOLT: «L'évolution des sanctions», deuxième rapport présenté à la «Conférence sur la politique criminelle du Conseil de l'Europe», 1975, blz. 84, nr. 29.

talrijke commissiewerkzaamheden en -verslagen en na uitvoerige experimenten, in 1984 een concept-voorontwerp ter aanvulling van het Wetboek van Strafrecht ingediend met het oog op de invoering van de «dienstverlening», zijnde de straf van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte⁸³.

b) Luidens het voorontwerp komt de dienst ten bate van de gemeenschap «in de plaats van de straf»⁸⁴ en «vervangt hij de eigenlijke straf»⁸⁵.

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat — althans volgens het voorontwerp — de dienst ten bate van de gemeenschap geen straf is.

In de landen waar een dergelijke dienst ingevoerd werd of waar de invoering ervan ernstig overwogen wordt, is men nochtans tot het besluit gekomen dat de dienst ten

bate van de gemeenschap onder meer alle kenmerken van een straf vertoont.

Aldus leest men in de Memorie van Toelichting bij het thans in Nederland ingediende voorontwerp: «Aan de kwalificatie van dienstverlening als straf ligt enerzijds de overweging ten grondslag dat de dienstverlening het karakter heeft van een materiële genoegdoening aan de samenleving voor de inbreuk op de rechtsorde, die door het strafbare feit is ontstaan, terwijl anderzijds kenmerkend voor de dienstverlening, alhoewel geen vrijheidsbenemende straf, aan te merken als een straf die de vrijheid van de veroordeelde in aanzienlijke mate beperkt»⁸⁶.

Ook in Frankrijk is «travail d'intérêt général» een alternatieve straf ten opzichte van de gevangenisstraf⁸⁷.

Zowel in Frankrijk als in Nederland is discussie ontstaan nopens het punt of de dienstverlening waarvan niet ontkend kan worden dat zij een straf uitmaakt, als zodanig in overeenstemming kan worden gebracht met artikel 4, lid 2, van het Verdrag van Rome van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, luidens hetwelk «niemand mag gedwongen worden dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten».

In beide landen heeft men gemeend deze moeilijkheid te kunnen omzeilen door aan de dienstverlening tevens de kenmerken van een contract te verlenen, waarbij door de instemming van de verdachte een overeenkomst tot stand zou komen tussen hem en de justitiële autoriteiten met het oog op toepassing en uitvoering van de dienstverlening⁸⁸.

In Frankrijk heeft de minister van Justitie tijdens het parlementaire debat de toestemming van de verdachte ter zake bestempeld als «juridiquement nécessaire et psychologiquement souhaitable»⁸⁹, enerzijds wegens het bepaalde in het Verdrag van Rome en anderzijds omdat men niet als straf een verplichting kan opleggen om iets te doen.

Ook het Belgisch voorontwerp van Strafwetboek legt, al dan niet om dezelfde redenen, de nadruk op het vrijwillig karakter van de dienst en op de noodzaak van de instemming van de beklaagde⁹⁰.

Het is evenwel de vraag of een dergelijke «contractualisatie» van de straf overeen te brengen is met de beginselen van ons strafrecht en of men anderzijds kan aannemen dat een verdachte vrijelijk beslist de dienstverlening te aanvaarden nu hij weet en beseft dat, indien hij deze weigert, hem een gevangenisstraf zal worden opgelegd.

b) De dienst ten bate van de gemeenschap is luidens het voorontwerp bestemd om in de plaats gesteld te worden van de gevangenisstraf.

Bedoeld wordt blijkbaar de korte gevangenisstraf, nu de dienstverlening niet minder dan vijftig, doch niet meer dan driehonderd uren mag bedragen⁹¹.

⁸³ Nopens de dienstverlening of dienst ten bate van de gemeenschap dient in het algemeen verwezen te worden naar de openingsrede die op 1 september 1981 door advocaat-generaal P. DE CANT voor het Hof van Beroep te Brussel uitgesproken werd onder de titel: «Le travail au profit de la communauté: une peine de substitution?», *R.P.P.*, 1982, blz. 3-31.

Nopens de Engelse «Community Service Order» meer bepaald: «Travail au profit de la communauté par les délinquants en Angleterre et au Pays de Galles — Note du Home Office (Royaume Uni) au Conseil de l'Europe», in *Mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*, Annexe III, Strasbourg, 1976; R. VAN CAMP, «Alternatieve strafrechtelijke sancties in de Criminal Justice Act van 1972», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 42, 18 november 1976; N.F. CAIRNCROSS, «The Community Service Order as an alternative to imprisonment», Fourth Commonwealth Magistrates' Conference — Kuala Lumpur, 11-16 augustus 1975; J.Y. DAUTRICOURT, «Ordre de service de la communauté», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 123 van 1 mei 1978; G. JUNGHER-TAS, «Community Service en dienstverlening: een kritische beschouwing», *Delikt en Delinkwent*, 1981, 5-23; J. HUTCHINGS, «L'évolution récente de la probation et des travaux au profit de la communauté en Angleterre», *R.D.P.*, 1983, 881-887.

Nopens de Nederlandse dienstverlening, meer bepaald: «Dienstverlening — Interimrapport van de Commissie alternatieve strafrechtelijke sancties», 1979; «Dienstverlening — Eindrapport van het onderzoek naar de vervanging van de vrijheidsstraf in het strafrecht voor volwassenen», 1984; A.P.G. DE BEER en A.M. VAN KALMTHOUT, «Dienstverlening — Ook veel zwaluwen maken nog geen zomer», *Delikt en Delinkwent*, 1982, 458-475 en 551-567; A. VAN OORTMERSSEN, «De dienstverlening in het rechtersmodel», *Delikt en Delinkwent*, 1986, 258-271; F. IMKAMP: «Het capaciteitsprobleem bij de dienstverlening», *Delikt en Delinkwent*, 1986, 143-156.

Met betrekking tot het Franse stelsel: J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi du 10 juin 1983», *D.*, 1984, Chron., 111-114; J. PINATEL, «Peines de substitution et criminologie», *Rev. intern. de criminologie et de police technique*, 1984, 471-473.

Met betrekking tot soortgelijke experimenten in het Groot-Hertogdom Luxemburg: F. KIMMEL en A. WAGNER: «Les travaux au profit de la communauté au Grand Duché de Luxembourg de 1976 en 1982», *R.D.P.*, 1983, 888-892.

Betreffende experimenten in die zin in de staat New York: B. LEROY en A. KRAMER: «Le travail au profit de la communauté: substitut aux courtes peines d'emprisonnement», *Revue de sc. crim. et de dr. pénal comparé*, 1983, 37-49.

⁸⁴ Voorontwerp van Strafwetboek, artt. 223 en 225.

⁸⁵ Voorontwerp van Strafwetboek, Memorie van Toelichting, blz. 184.

⁸⁶ A. VAN OORTMERSSEN, «De dienstverlening in het rechtersmodel», *Delikt en Delinkwent*, 1986, 258.

⁸⁷ J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives...», *op. cit.*, noot 83, blz. 113.

⁸⁸ A. VAN OORTMERSSEN, *op. cit.*, blz. 258; J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives...», *op. cit.*, blz. 113.

⁸⁹ *Journal officiel des débats, Sénat*, 7 avril 1983, blz. 80, kol. 2, geciteerd door J. PRADEL, *op. cit.*, blz. 113, noot 33.

⁹⁰ Voorontwerp van Strafwetboek, artt. 226 en 228.

⁹¹ *Id.*, art. 227, tweede lid.

Ook in andere landen is deze dienst bedoeld voor «la petite délinquance» en als alternatief voor korte vrijheidsberovende straffen⁹².

Weliswaar kan de dienst ten bate van de gemeenschap volgens het voorontwerp ook opgelegd worden als voorwaarde aan degenen die het voorwerp van een probatiemaatregel uitmaken⁹³. Daar is evenwel deze dienst van totaal verschillende aard, zodat deze dualiteit in de toepassing van de dienst ten bate van de gemeenschap aanleiding kan geven tot onzekerheid in de doelstelling en bij de uitwerking ervan, des te meer daar in beide stelsels dezelfde probatiediensten met de toepassing en de uitvoering ervan belast worden.

d) De prestaties waaruit deze dienst bestaat, zijn kosteloos en geschieden «ten bate van de openbare dienst, een instelling voor liefdadigheid, ziekenzorg of cultuur»⁹⁴. Ook mogen zij «niet bestaan uit werkzaamheden die gewoonlijk opgedragen worden aan werknemers, maar alleen uit occasionele bezigheden waarvoor niemand vast is aangewezen»⁹⁵.

Het zullen dan ook bij ons de werken en klusjes moeten zijn, die in het buitenland meestal geciteerd en opgelegd worden, met name hulp aan bejaarden en gehandicapten, tuinieren en natuurbehoud, onderhouds- en herstellingswerkzaamheden aan scholen, clubhuizen en andere gebouwen van maatschappelijke aard, enz. Veel zal daarbij afhangen van de verbeelding, om niet te spreken van de fantasie van degene die dergelijke taken aanbiedt, vooral nu het in onze tijd al een heel vraagstuk uitmaakt werkwillige werklozen aan de ene of andere job te helpen.

Ook de graag door de auteurs aangehaalde beslissing van een Engelse rechter die aan een dievegge de straf opgelegd heeft om gedurende honderd uren piano te spelen in een tehuis voor bejaarden, bewijst wel dat een flinke dosis Engelse humor ter zake zal komen ...⁹⁶.

e) Uitvoeringsbesluiten zullen, zoals in het buitenland geschied is, de voorwaarden en modaliteiten moeten bepalen overeenkomstig welke private organismen en de door hen voorgestelde taken door het gerecht aanvaard zullen worden met het oog op uitvoering van de dienst ten bate van de gemeenschap.

De rechter die deze straf wil uitspreken, zal immers op voorhand dienen te weten welke taken beschikbaar zijn in zijn rechtsomschrijving, daar hij aan de beklaagde precieze werken moet opleggen.

Het zou immers niet stroken met ons grondwettelijk legaliteitsbeginsel inzake straffen dat, zoals in Frankrijk het geval is, slechts een principiële en niet nader bepaalde dienst opgelegd wordt, waarvan de aard en de inhoud pas bij de uitvoering worden omschreven en kenbaar gemaakt⁹⁷.

Ook zal de rechter — en zulks is essentieel — vooraf

moeten kunnen uitmaken of de taken die aangeboden worden, passen voor en bij de beklaagde, in het licht van diens persoonlijkheid.

Daartoe is het uitschrijven van een grondig maatschappelijk enkwest onontbeerlijk⁹⁸. Het komt hoogstwenselijk voor dat de verplichting daartoe, in navolging van het Engelse stelsel⁹⁹, opgenomen wordt in het voorontwerp van Strafwetboek.

f) De organisatie van de dienst ten bate van de gemeenschap en het toezicht daarop berusten bij een probatie-assistent¹⁰⁰.

Daar kunnen verschillende bedenkingen aan vastgeknoot worden.

Allereerst is het duidelijk dat, indien men de probatiediensten in België in de mogelijkheid wil stellen deze nieuwe, bijkomende en niet onaanzienlijke taken naar behoren te vervullen, het aantal probatieassistenten in gevoelige mate zal dienen te worden verhoogd¹⁰¹.

Dit is te meer het geval nu het duidelijk tekort aan probatieassistenten een van de voornaamste redenen is waarom het stelsel van de probatie in België niet steeds de verhoopte resultaten opgeleverd heeft.

Het vrij groot succes van de «Community Service Order» in Engeland is immers, samen met de alom geprezen pragmatische aanpak van de Britten, in hoofdzaak te danken aan het voorhanden zijn van een ruim aantal leden van het stevig gestructureerd «probation-office».

Tevens dient te worden vermeld dat zowel in Engeland als in Nederland ondervonden werd dat de probatieassistenten, die in het kader van de probatie hulp en bijstand aan de veroordeelde met het oog op zijn reclassering bieden, vrij onwennig staan waar zij met betrekking tot de dienst ten bate van de gemeenschap dienen te waken over de stipte uitvoering van een straf en daarbij de gebeurlijke tekortkomingen aan de rechter moeten melden¹⁰².

g) De voordelen welke de dienstverlening meer bepaald in Engeland opgeleverd heeft, worden op treffende wijze weergegeven in de «Lord Chancellor's Presidential address to the magistrates' association van 15 oktober 1976». «Among the special qualities of the community service order are that it avoids the disruption of everyday life inseparable from custodial sentences, that it combines elements

⁹⁸ J.Y. DAUTRICOURT, «Ordre de service de la communauté», Commissie herziening Strafwetboek, Doc. nr. 123, blz. 7.

⁹⁹ Criminal Justice Act van 1972, Part. I, Section 15, (2) b.

¹⁰⁰ Voorontwerp van Strafwetboek, art. 229.

¹⁰¹ In 1978 waren er in Engeland 5.000 probation-officers voor een bevolking van 45 miljoen inwoners; in 1980 waren er in België met een bevolking van 10 miljoen inwoners 52 probatieassistenten waarvan 10 in Brussel; zie J.Y. DAUTRICOURT, *op. cit.*, blz. 9 en 10; P. DE CANT, openingsrede, *op. cit.*, blz. 27.

Ook in de Verenigde Staten is met het oog op resocialisatie en heropvoeding van de veroordeelde een zeer aanzienlijk aantal personeelsleden voorhanden, dat meer dan 300.000 bedraagt: zie dienaangaande J. VERIN, «Les Etats-Unis ont-ils abandonné l'objectif de réinsertion sociale des délinquants?», *Rev. sc. crim. et de dr. pénal comp.*, 1986, 462.

¹⁰² A.P.G. DE BEER en A. VAN KALMTHOUT: «Dienstverlening — Ook veel zwaluwen maken nog geen zomer», D. II, nr. 9, *Delikt en Delinkwent*, 1982, 551; J. JONGER-TAS, «Community Service en dienstverlening», *Delikt en Delinkwent*, 1981, blz. 21-22.

⁹² J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives ...», *op. cit.*, blz. 113.

⁹³ Voorontwerp van Strafwetboek, art. 206, en Memorie van Toelichting, blz. 185.

⁹⁴ *Id.*, art. 226.

⁹⁵ *Id.*, art. 227, eerste lid.

⁹⁶ P. DE CANT, openingsrede, *op. cit.*, noot 82, blz. 11-12; J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives ...», *D.*, 1984, Chron., 112.

⁹⁷ J. PRADEL, «Les nouvelles alternatives ...», *op. cit.*, blz. 114.

of reparation and punishment and that it enables the offender to make a contribution towards helping other people which will, as a by-product, turn him into a more responsible person»¹⁰³.

Van de dienst ten bate van de gemeenschap wordt ook bij ons verwacht¹⁰⁴ dat de veroordeelde, zonder de bedervende en stigmatiserende invloed van de gevangenis te ondergaan, zijn schuld ten opzichte van de gemeenschap zal inlossen door een vrijwillig aanvaarde arbeid, die hem het gevoel geeft zich ten nutte gemaakt te hebben en hem als het ware in eer herstelt ten aanzien van zichzelf en van zijn medemens.

Ook stipt men aan dat deze dienst geleverd zal worden buiten de uren van de beroepsuitoefening, zodat ook de nadelige gevolgen van gebeurlijk werkverlies zullen worden uitgeschakeld.

Ten slotte wordt erop gewezen dat de kosten van een dergelijke dienst aanzienlijk lager liggen dan die van de gevangenzetting.

In andere landen waar de dienstverlening geen ingang gevonden heeft — zoals in Duitsland, in Zwitserland, in Zweden en elders — wijst men er evenwel op dat deze dienst bezwaarlijk overeen te brengen is met de behoefte aan rechtszekerheid en aan gelijkberechtiging, nu de inhoud van de aldus opgelegde straf voortdurend verschilt en de strafwaarde ervan, alsook het strafbesef bij de veroordeelde moeilijk te toetsen vallen. Men wijst er tevens op «dat een dergelijke dienstverlening de indruk kan verwekken dat de straf ten slotte ook plezierig, ja zelfs ludiek kan zijn, zodat straf en bestraffing ten slotte verborgen geraken achter een vals uiterlijk en met een misleidend vernis bedekt worden»¹⁰⁵.

h) Opdat de dienst ten bate van de gemeenschap in België zonder meer kans kan hebben op slagen, zou vooraf aan talrijke voorwaarden moeten zijn voldaan.

Allereerst zou blijvend gezorgd moeten worden voor voldoende taken: het is bijvoorbeeld in Nederland gebleken dat de mogelijkheden daartoe mettertijd steeds meer uitgeput raken; er zal een volledige administratie van en toezicht op de werkzaamheden moeten worden georganiseerd; er zullen niet alleen voldoende probatieassistenten, maar ook vrijwillige werkleiders en toezichters moeten worden ingeschakeld; ten slotte en niet het minst zullen daartoe van overheidswege de nodige materiële en geldelijke middelen ter beschikking moeten worden gesteld.

Vooraf ook zal deze dienst ten bate van de gemeenschap ingang en gehoor moeten vinden bij de rechterlijke macht, bij de gemeenschap en ten slotte bij de wetsovertreders zelf.

Het kan dan ook verkieslijk voorkomen, met betrekking tot deze straf en in navolging van wat in andere landen geschied is, vooraf enkele experimenten te wagen teneinde

de eventuele kans op slagen van deze nieuwe sanctie af te wegen.

De Koninklijke Commissaris is geen voorstander van dergelijke experimenten. Hij denkt dat «de publieke opinie die zelfs voorlopige discriminatie in de betoelaging niet zal aanvaarden»¹⁰⁶.

De vraag is evenwel of deze «dienst ten bate van de gemeenschap», indien hij zonder meer in het Strafwetboek ingelast wordt, niet van meet af dode letter dreigt te blijven.

10.a) Het nieuwe voorontwerp van Strafwetboek biedt de rechter een hele waaier van straffen en maatregelen als alternatief voor de gevangenisstraf en in het bijzonder voor de korte vrijheidsberovende straf, zulks met het oog op een betere resocialisering van de delinquent.

Daarbij acht men het evenwel niet uitgesloten dat, door een te aanzienlijke toename van de macht en de beoordelingsvrijheid van de rechter, het beginsel van de legaliteit van de straffen fel afgezwakt zal worden en uiteindelijk slechts een lege schelp meer zal uitmaken — «une coquille vide», zoals professor Jean Pradel het formuleert naar aanleiding van de Franse wet van 11 juli 1975¹⁰⁷.

Ook zou een te gevoelige verhoging van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter bij de rechtsonderhorigen een gevoel van willekeur te hunnen opzichte kunnen doen ontstaan.

Anderzijds wil men de rechter ertoe overhalen de nieuwe sancties daadwerkelijk toe te passen telkens als daartoe aanleiding bestaat.

b) De Koninklijke Commissaris heeft allereerst, zoals door de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek aanbevolen was¹⁰⁸, in artikel 145 van zijn voorontwerp richtlijnen uitgestippeld die de rechter moeten leiden bij de keuze van zijn straf: «Binnen de perken van de wet kiest de rechter de straf overeenkomstig de objectieve zwaarte van het feit en de subjectieve schuld van de dader en met bijzondere inachtneming van de doeltreffendheid van zijn keuze voor de bescherming van de maatschappij en de waarden die zij erkent, alsmede de mogelijkheden van wederaanpassing van de delinquent in de maatschappij en de eerbied voor zijn persoonlijkheid».

Voorts wordt in hetzelfde artikel de nadruk gelegd op de noodzaak om zoveel mogelijk met het oog op een juiste individualisering van de straf een medisch-sociaal enkwest te doen verrichten.

Anderzijds voert de Koninklijke Commissaris in artikel 137 van zijn voorontwerp van Strafwetboek de verplichting in voor de rechter om de keuze van de straf of van de maatregel, alsook de strafmaat uitdrukkelijk te motiveren.

c) Het ligt in de bedoeling van de Koninklijke Commissaris in het Strafwetboek de tekst over te nemen van het wetsontwerp, gedagtekend van 18 mei 1983, dat door de

¹⁰³ Vermeld door R. VAN CAMP in «Alternatieve strafrechtelijke sancties in de Criminal Justice Act van 1972», *op. cit.*, noot 83, blz. 15.

¹⁰⁴ Een voorstel van wet «tot invoering van de dienstverlening als alternatief voor de vrijheidsstraf» werd onlangs ingediend door een aantal senatoren, waaronder de heer D. VERVAET; zie *Parl. Besch., Senaat*, 1985-86, nr. 267/1, 15 mei 1986.

¹⁰⁵ «A new penal system — Ideas and proposals», The National Swedish Council for crime Prevention — Report of a working group for criminal policy, Stockholm, juli 1978, blz. 63-64.

¹⁰⁶ *Voorontwerp van Strafwetboek*, Memorie van Toelichting, blz. 185.

¹⁰⁷ J. PRADEL, «Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi du 11 juillet 1975», *D.*, 1976, Chron., 72.

¹⁰⁸ Commissie herziening Strafwetboek, «Verslag over de voorname gronddelen voor de hervorming», juni 1979, Derde grondslag, 3°, blz. 76-78.

vice-eerste minister en minister van Justitie Jean Gol ingediend werd bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers en dat ertoe strekte in verband met de motivering van de straffen artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering te wijzigen¹⁰⁹.

Het komt vrij duidelijk voor dat de te dien opzichte voorgestelde wetsaanvulling thuishoort in het Wetboek van Strafvordering en niet in het Strafwetboek. Artikel 137 van het voorontwerp van Strafwetboek neemt immers in zijn eerste lid bijna letterlijk de tekst over van artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering en voegt er vervolgens aan toe: «Het vonnis vermeldt nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, de redenen waarom de rechter, als de wet hem daartoe vrije beoordeling overlaat, dergelijke straf of dergelijke maatregel uitspreekt. Het rechtvaardigt bovendien de strafmaat van elke uitgesproken straf of maatregel.»

De aldus voorgestelde wetwijziging houdt geen verscherping in van de motiveringsverplichting die aan de rechter opgelegd is met betrekking tot het al dan niet bewezen zijn van het ten laste gelegde, noch met betrekking tot de strafbaarheid daarvan, noch ten opzichte van de schuld en de strafbaarheid van de dader.

Zij komt evenwel tegemoet aan de wens van diegenen die ernaar streven dat de rechter, nadat hij zijn vonnis wettelijk en overeenkomstig artikel 97 van de Grondwet gemotiveerd heeft, zijn beslissing vanuit een criminologisch oogpunt nader zou toelichten.

Zo schreef onder meer de procureur-generaal Jean Constant in de openingsrede die hij op 1 september 1970 uitsprak voor het Hof van Beroep te Luik en die als titel droeg «Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive»¹¹⁰: «La justice pénale doit s'efforcer d'adapter la sanction au délinquant en tenant compte de sa personnalité. Le choix de la peine ou de la mesure de sûreté et la durée de la sanction doivent s'apprécier en fonction de certains éléments qui sont propres à chaque prévenu ;

d'autre part, pour éviter la césure entre la phase du jugement et celle de l'exécution de la peine, il n'est pas sans intérêt que le juge pénal fasse connaître son opinion motivée sur la 'péculiosité' du prévenu et sur les facteurs criminogènes qui sont à la base de son comportement, qu'il énonce avec clarté et précision les raisons pour lesquelles il a prononcé telle peine ou telle mesure plutôt que telle autre et les motifs détaillés pour lesquels il a cru devoir apprécier avec sévérité ou avec indulgence la conduite du prévenu.»

Het wetsontwerp dat overgenomen wordt in het voorontwerp van Strafwetboek, is door dezelfde bekommernissen ingegeven.

In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van 1983 wordt gewezen op de voordelen van de voorgestelde wetsaanvulling in verband met het motiveren van de strafrechtelijke beslissingen: de rechter wordt zo verplicht de rechtvaardiging van zijn beslissing te zoeken en te vinden, de veroordeelde zal de strafkeuze en de straftoemeting van

de rechter beter begrijpen en ten slotte zal een dergelijke meer precieze en uitgebreide motivering van wezenlijk belang zijn bij de tenuitvoerlegging van de straf en bij het verlenen van advies door diegenen die, zoals het Openbaar Ministerie en de administratie van het gevangeniswezen, daarom zullen worden verzocht¹¹¹.

Blijkbaar zou de verscherpte motiveringsverplichting tevens voedsel bieden aan de studie van hetgeen men in de penologie de «Sentencing» noemt, dit is de wijze waarop bij de rechter de beslissing nopens de straf tot stand komt¹¹².

De uitgebreide motiveringsverplichting geldt volgens het wetsontwerp van de minister, ook voor de hoven van beroep, zulks ingevolge artikel 211 van het Wetboek van Strafvordering, dat verwijst naar de vorige artikelen en onder meer naar die betreffende de vorm van de vonnissen van de correctionele rechtbanken.

Hij geldt evenwel niet voor de politierechtbanken en dientengevolge evenmin voor de correctionele rechtbanken zittend houdende in hoger beroep tegen vonnissen van de politierechtbanken.

Wat dit laatste punt betreft, heeft de Raad van State in zijn desbetreffend advies van 28 maart 1983 de vraag geopend of het niet wenselijk ware de verscherpte motiveringsverplichting tevens te doen gelden voor de politierechtbanken, nu deze toch vrij zware straffen kunnen uitspreken.

d) Nu de Koninklijke Commissaris artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering uit zijn verband ruikt en het als artikel 137 in het Strafwetboek overplant, komt het ons voor dat de aldaar opgelegde verscherpte motiveringsverplichting niet ipso facto kan gelden voor de hoven van beroep, daar voormeld artikel 137 het alleen heeft over «vonnissen».

Anderzijds vermeldt hetzelfde artikel 137 van het voorontwerp van Strafwetboek dat de bepalingen daarvan toepasselijk zijn op «ieder veroordelend vonnis», dit is derhalve ook op de vonnissen van de politierechtbanken. In deze omstandigheden begrijpt men niet waarom de motiveringsverplichting niet zou gelden «wanneer de rechtbank uitspraak doet in hoger beroep».

Ten slotte vermeldt artikel 137 van het voorontwerp dat, indien de verscherpte motiveringsverplichting niet nageleefd wordt, de griffier een geldboete van vijftien frank zal oplopen (vijftig frank in de Franse tekst), die blijkbaar zal dienen te worden aangepast aan de financiële toestand van bedoelde griffier. Reeds in het wetsontwerp van de minister kwam deze bepaling, die door de Raad van State in zijn advies als «hopeloos verouderd» bestempeld werd, niet meer voor.

c) Tegen de aldus aan de rechter opgelegde en verscherpte motiveringsverplichting kunnen verscheidene bezwaren opgeworpen worden, waaraan door de minister van Justitie in zijn wetsontwerp aandacht besteed wordt.

In de eerste plaats kan het gevaar bestaan dat, indien men met betrekking tot de motivering van strafkeuze en

¹⁰⁹ Parl. Besch., Kamer, 1982-83, nr. 668/1, 20 mei 1983; amendementen ter zitting van 6 oktober 1983, nr. 668/2.

¹¹⁰ J. CONSTANT, «Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive», openingsrede Hof van Beroep Luik, 1 september 1970, R.D.P., 1970-71, 279-325, m.b. blz. 320-324.

¹¹¹ Memorie van Toelichting, Parl. Besch., Kamer, 1982-83, nr. 668/1, blz. 5-7.

¹¹² Zie daaromtrent o.m. G. KELLEN, «La détermination de la sentence pénale de la lunette au microscope», *Déviance et société*, Genève, 1978, vol. 2, n° 1, blz. 77-95.

strafmaat te hoge eisen stelt, zulks het werk van de rechter en tevens de reeds bestaande gerechtelijke achterstand in aanzienlijke mate zal doen toenemen.

Deze bedenking wordt ook geuit door de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, die er tevens op wijst dat een dergelijke verscherpte motiveringsverplichting het aantal cassatieberoepen wegens een beweerd ontbreken van dergelijke motivering of wegens een beweerd gebrek in dat opzicht, gevoelig zou verhogen¹¹³.

Daartegenover merkt de minister van Justitie op en vermeldt de tekst van het voorontwerp van Strafwetboek dat de motivering met betrekking tot strafkeuze en strafmaat «nauwkeurig dient te zijn, doch op een wijze die beknopt mag zijn».

«Het is de taak van de rechtspraak», luidt verder de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp, «om de grenzen van deze vereisten af te bakenen, zulks onder het toezicht van het Hof van Cassatie.»

De Commissie voor de herziening van het Strafwetboek uit de wens dat de toepassingsmodaliteiten van het beginsel van de motivering van strafkeuze en strafmaat zullen worden bepaald, teneinde de overbelasting van de rechtbanken en hoven, alsook een te hoog aantal vernietigingen van rechterlijke beslissingen door het Hof van Cassatie uit dien hoofde te vermijden.

De tweede overwerping is dat de voorgestelde wetshervor-

¹¹³ Commissie herziening Strafwetboek, Algemene vergadering van 23 april 1986, Doc. nr. 194, blz. 2.

ming slechts zal leiden tot sterotiepe en vage overwegingen en formuleringen. Daartegenover merkt de heer minister van Justitie op dat men ervan moet uitgaan dat de rechter gegronde redenen heeft om een bepaalde straf op te leggen en dat hij zich ook bij de straftoemeting ernstig bezint, zodat het hem niet al te zwaar moet vallen deze redenen nauwkeurig te formuleren.

Men kan te dien opzichte een passus aanhalen uit de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse wet op de vermogenssancities: «Men moet van de verzwaarde motiveringseisen niet verwachten dat deze ertoe zullen leiden dat men voortaan in een strafvonnis met mathematische trefzekerheid zal kunnen vinden waarom een bepaalde strafsoort en een bepaalde strafmaat is gekozen en geen andere. Het gaat nu eenmaal vaak om imponderabilia, die niet gemakkelijk in woorden zijn vast te leggen. Wel kan verhoopt worden dat de nieuwe wetsformulering ertoe zal leiden dat de rechter zich voortaan in nog sterkere mate dan thans zal bera- den over de vraag waarom hij een bepaalde straf oplegt en geen andere en voorts dat hij zijn beweegredenen op een voor de veroordeelde zo duidelijk mogelijke wijze in het vonnis zal neerleggen»¹¹⁴.

(Slot in volgend nummer)

¹¹⁴ Wet vermogenssancities — Memorie van Toelichting, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1977-78, 15012, nr. 1-3, blz. 37. Zie ook A. DE NAUW, «De ruime bevoegdheden van de rechter bij de strafvorming», *Panopticon*, 1980, 213-223.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS — 2 JUNI 1986

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

**Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordiger —
Uitwinningsvergoeding — Voorwaarden — Tewerkstelling
van één jaar — Begrip.**

*De tijd dat de handelsvertegenwoordiger niet heeft ge-
werkt ten gevolge van een schorsing van zijn arbeidsover-
eenkomst, komt in aanmerking voor de berekening van de
tewerkstelling van één jaar welke vereist is voor het ont-
staan van het recht op een uitwinningsvergoeding.*

Van de P. t/ V.

Conclusie van de advocaat-generaal H. Lenaerts

Artikel 101, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomsten-
wet bepaalt dat de handelsvertegenwoordiger maar aan-

spraak op een uitwinningsvergoeding kan maken na een
tewerkstelling van één jaar. Volgens de rechtspraak van het
Hof worden de periodes van schorsing van de arbeidsover-
eenkomst meegerekend voor de vaststelling van de duur
van die tewerkstelling¹.

Nu de rechter op verwijzing deze rechtspraak niet heeft
gevolgd, dient de gestelde rechtsvraag opnieuw te worden
onderzocht.

Het bestreden arrest bevat geen nieuwe klemmende argu-
menten om de rechtspraak te herzien.

Doorslaggevend voor het arbeidshof is kennelijk dat de
wet de term «tewerkstelling» gebruikt. Volgens het Sociaal-
rechtelijk Woordenboek betekent deze term inderdaad
«iemand daadwerkelijk arbeid doen verrichten» en is hij
wel degelijk te onderscheiden van het «in dienst zijn» of het
bestaan van een dienstbetrekking. Daarmee is echter niet
gezegd dat de wetgever dat onderscheid in artikel 101,
tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet tot uitdruk-
king heeft willen brengen en voor de toepassing van deze
bepaling als voorwaarde heeft willen stellen dat de handels-

¹ Cass., 12 september 1983 en 30 januari 1984, A.C., 1983-84,
nrs. 18 en 287.

vertegenwoordiger een volledig jaar daadwerkelijk arbeid moet hebben verricht, met uitsluiting van elke periode gedurende welke de arbeidsovereenkomst niet werd uitgevoerd.

De besproken bepaling stamt uit artikel 15 van de wet van 30 juli 1963. Deze tekst werd opgesteld in 1959. Op dat ogenblik was de eerste uitgave van het Sociaalrechtelijk Woordenboek pas verschenen. Uit die uitgave blijkt dat de term «tewerkstelling» toen in zeven verschillende betekenissen in de sociale wetgeving werd gebruikt. Maar de aanbeveling luidde niet hieraan de betekenis te geven van «daadwerkelijk arbeid doen verrichten». Als eerste aanbevolen betekenis werd toen vermeld: het tot stand brengen van een arbeidsovereenkomst, synoniem met indienstneming. En «tewerkgesteld zijn» werd omschreven als «een dienstverband hebben», synoniem «in dienst zijn».

Zo de wetgever de aanbevelingen van het Sociaalrechtelijk Woordenboek heeft gevolgd, zal hij door het gebruik van de term «tewerkstelling» eerder op het bestaan van de dienstbetrekking dan op de daadwerkelijke arbeidsverrichtingen hebben willen wijzen.

Ongetwijfeld had de wetgever die term dan in 1978 niet mogen handhaven. Maar de lectuur van de parlementaire voorbereiding van de wet van 3 juli 1978 leert dat de wetgever zich op dat ogenblik weinig zorgen maakte over precieze en nauwkeurige teksten. Die wet is hoofdzakelijk een compilatie van bestaande artikelen, zonder diepgaande studie tot stand gebracht, en waarbij grondige verbeteringen naar later werden verschoven. Het woordgebruik in de wet van 3 juli 1978 is zeker geen veilige en betrouwbare gids om de bedoeling van de wetgever te achterhalen.

Die bedoeling kan evenmin met zekerheid worden afgeleid uit de voorbereiding van de wet. In de commentaar die de memorie van toelichting bij de besproken bepaling geeft, worden de termen «in dienst zijn van» en «tewerkgesteld zijn» in dezelfde zin gebruikt en is daarnaast ook sprake van anciënniteit². Enig houvast biedt die commentaar niet.

De memorie van toelichting en het senaatsverslag verantwoordt het vereiste van een jaar tewerkstelling door de overweging dat het recht op uitwinningvergoeding gegrond is op een werkelijke aanbreng of uitbreiding van cliënteel en dat zulk resultaat niet in enkele maanden kan worden behaald³.

Indien de tewerkstelling van één jaar het — zelfs weerlegbaar — vermoeden zou scheppen dat de handelsvertegenwoordiger cliënteel heeft aangebracht, dan zou kunnen worden aangenomen dat zulk een vermoeden maar reden van bestaan heeft, zo de vertegenwoordiger ook effectief aan de aanbreng of de uitbreiding van de cliënteel heeft gewerkt. Dat is echter niet het geval. De handelsvertegenwoordiger moet in beginsel bewijzen dat hij cliënteel heeft aangebracht. Alleen het concurrentiebeding schept, volgens artikel 105, zulk een vermoeden, niet de duur van de tewerkstelling. Een zelfs langdurige schorsing van de arbeids-

overeenkomst — bijvoorbeeld wegens ziekte of militaire dienst — leidt op zich zelf dus nog niet tot een mogelijk misbruik dat de handelsvertegenwoordiger zijn uitwinningvergoeding al te gemakkelijk heeft verdiend. Hij moet bewijzen dat de tijdelijke inactiviteit hem toch niet belet heeft cliënteel aan te brengen; en dat bewijs is des te moeilijker te leveren, naargelang de schorsing langer heeft geduurd.

Ook onder oogpunt van het doel van de besproken bepaling is er dus geen bezwaar om de periodes van schorsing als tewerkstelling in aanmerking te nemen, zelfs al gaat het om een schorsing van langere duur.

Er is geen reden om de rechtspraak te wijzigen.

Het eerste onderdeel van het middel is gegrond.

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 2 mei 1985 door het Arbeidshof te Antwerpen op verwijzing gewezen;

Gelet op het arrest, op 12 september 1983 door het hof gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1349, 1350, 1352, 1353, 1376 tot 1381 van het Burgerlijk Wetboek, 4, 6, 28, 1°, en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, en van het algemeen rechtsbeginsel van de verrijking zonder rechtmatige oorzaak,

doordat het arrest de door eiser tegen verweerder ingestelde vordering tot betaling van een uitwinningvergoeding van 130.941 frank ongegrond verklaart op grond: dat verweerder, zich beroepend op de motieven van het gecasseerde arrest, aanvoert dat de term «tewerkstellen» niet louter het bestaan van een dienstbetrekking aanduidt, doch betekent dat de werkgever de aangeworven persoon daadwerkelijke arbeid doet verrichten; dat de juiste betekenis van deze term met de finaliteit van de wet overeenkomt; dat de uitwinningvergoeding een vergoeding is voor het aanbrengen van cliënteel en een dergelijke aanbreng van cliënteel daadwerkelijke arbeid vergt; dat, nu de wetgever een vermoeden van aanbreng van cliënteel met een tewerkstelling van één jaar verbindt, dit vermoeden logischerwijze «geen plaats heeft na het verblijf van de handelsvertegenwoordiger op de personeelslijst gedurende een jaar, terwijl hij een min of meer omvangrijk gedeelte van de tijd niet zou hebben gewerkt ingevolge een wettelijke of conventionele schorsing van de arbeidsverhouding»; dat het arbeidshof zich bij het standpunt van verweerder aansluit; dat de uitwinningvergoeding een toepassing is van het begrip van de vergoeding voor verrijking zonder oorzaak, aangezien de handelsvertegenwoordiger een element van het handelspatrimonium van de werkgever heeft opgebouwd; dat het wettelijk vermoeden, dat een opbouw verwezenlijkt is, niet voortvloeit uit de loutere anciënniteit zoals voor de berekening van de opzeggingsvergoeding, doch uit de tewerkstelling als daadwerkelijke inzet gedurende de minimumtijd van één jaar, ten gevolge waarvan trouwens ook de tewerkstelling gedurende de opzeggingstermijn wordt meegeteld; dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door het feit dat artikel 101, derde lid, van de wet van 3 juli 1978, zij het met een afwisselend gebruik van termen, bepaalt dat de uitwinningvergoeding

² Senaat, 1958-59, *Gedr. St.*, nr. 313, bl. 7 en 8.

³ Senaat, 1958-59, *Gedr. St.*, nr. 313, bl. 7 en 8, en 1962-63, *Gedr. St.*, nr. 185, bl. 76.

verhoogd wordt met het loon van één maand per vijfjaarlijkse dienstperiode bij dezelfde werkgever, in de zin van een anciënniteit omdat het hier gaat om de relatie over de langere periode gedurende welke de verworven cliënteel verder wordt onderhouden en uitgebreid; dat dit alles tot gevolg heeft dat de vordering van eiser tot het verkrijgen van een uitwinningvergoeding niet kan worden toegekend, (...)

Overwegende dat de beslissing waartegen het middel gericht is, onverenigbaar is met het verwijzend arrest;

Overwegende dat het middel in zijn eerste onderdeel hetzelfde is als het middel dat door het verwijzend arrest is aangenomen;

Dat de zaak derhalve door de verenigde kamers van het Hof moet worden beslist;

Overwegende dat artikel 101, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten bepaalt dat, wanneer de overeenkomst wordt beëindigd door de werkgever zonder dringende reden of door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden, een vergoeding wegens uitwinning verschuldigd is aan de handelsvertegenwoordiger die een cliënteel heeft aangebracht, tenzij de werkgever bewijst dat uit de beëindiging van de overeenkomst geen enkel nadeel voor de handelsvertegenwoordiger volgt; dat, luidens het tweede lid van dat artikel, die vergoeding pas verschuldigd is na een tewerkstelling van één jaar;

Overwegende dat de laatstvermelde bepaling niet inhoudt dat een periode van schorsing van de arbeidsovereenkomst niet mag worden meegerekend bij de berekening van de tewerkstelling van één jaar;

Overwegende dat het bestreden arrest derhalve op onwettige wijze oordeelt dat de tijd gedurende welke de handelsvertegenwoordiger niet werkelijk gearbeid heeft ten gevolge van een schorsing van zijn arbeidsovereenkomst, niet in aanmerking komt bij de berekening van de in voormeld artikel 101, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bedoelde tewerkstelling van één jaar;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

Om die redenen, vernietigt het bestreden arrest; beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest; houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over; verwijst de zaak naar het Arbeidshof te Brussel; zegt dat dit arbeidshof, overeenkomstig artikel 1120 van het Gerechtelijk Wetboek, zich moet voegen naar de beslissing van het Hof betreffende het beslechte rechtspunt.

NOOT—Het verwijzend cassatiearrest van 12 september 1983 is gepubliceerd in *R.W.*, 1983-84, 2957.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

9e KAMER — 17 APRIL 1985

Voorzitter: de h. Vossen

Raadsheren: de hh. Durant (rapporteur) en De Smedt

Advocaat-generaal: de h. Dubois

Advocaten: mrs. Jeurissen en Corthouts

Stedebouw — Herstelmaatregel — Overschrijding van macht — Art. 107 Grondwet.

Wanneer het Bestuur van Stedebouw en het college van burgemeester en schepenen in de omschrijving van de bouw- en aanpassingswerken die zij vorderen ter uitvoering van art. 65, § 1, eerste lid, Stedebouwwet, een «rechttrekking» opnemen van een scheidingslijn tussen twee erven, doen zij impliciet maar zeker uitspraak over private rechten.

Deze uitspraken behoren overeenkomstig art. 92 Grondwet bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken.

Administratieve overheden vermogen niet een dergelijke «herstelmaatregel» te vorderen.

De herstelmaatregel moet worden geweigerd met toepassing van art. 107 Grondwet.

L. t/ B.

(...)

Overwegende dat de telastlegging, die de eerste rechter bewezen achtte, bewezen is gebleven na onderzoek van de zaak in hoger beroep; dat hierbij wel het volgende te preciseren valt: a) dat de feiten van in stand houden van de niet vergunde werken, waarvoor de vervolging werd ingesteld, zich hebben voorgedaan van 1 december 1977 tot 24 februari 1983, datum van het bevel tot dagvaarding van de procureur des Konings te Leuven; b) dat nu de onderscheiden feiten van de telastlegging, te weten het ongeoorloofd bouwen enerzijds en het handhaven van het bouwwerk anderzijds, door een zelfde strafbaar opzet opgeleverd werden zonder onderbreking van meer dan drie jaar, de openbare vordering nog steeds voortgang kan vinden ten aanzien van het geheel van deze feiten;

Overwegende immers dat de eerste rechter met reden opmerkt dat beklaagde niet betwist de bestaande open veranda, zonder de vereiste vergunning, te hebben afgesloten door o.m. twee muren op te richten; dat de Stedebouwwet aldus overtreden werd; dat het hier niet ging om werk van geringe omvang waarvoor geen vergunning nodig was;

Dat de door de eerste rechter uitgesproken geldboete wettelijk is en aangepast aan de gepleegde feiten; dat er ten deze evenwel geen aanleiding bestaat tot toepassing van de wet van 29 juni 1964;

Overwegende dat het openbaar ministerie verder, conform de eis van de gemachtigde ambtenaar en met akkoord van het bevoegde college van burgemeester en schepenen, toepassing vraagt van artikel 65, § 1, eerste lid, b, van de wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970;

Dat de uit te voeren «bouwwerken of aanpassingswerken» beschreven worden in de notulen van het schepencollege van de gemeente G. d.d. 4 maart 1980; dat het eerste punt van deze beslissing voorziet: «rechttrekking scheidingslijn volgens lijn y-z, wat de vermoedelijke bedoeling was van de verkoper en koper»;

Overwegende dat beklaagde zich tegen deze herstelmaatregel verzet en o.m. doet gelden:

— dat het Bestuur van Stedebouw voorheen akkoord ging om een vergelijk te treffen met betaling van een transactiesom (artikel 65, § 3, Stedebouwwet);

— dat de achteraf gekozen herstellvorm, te weten de uit-

voering van aanpassingswerken, geïnspireerd werd door de burgerlijke partij, die gemeentesecretaris is van de gemeente G., dat deze beslissing vandaar tegen de elementaire beginselen van behoorlijk handelen indruist, alsook dat zij van machtsafwendings en machtsoverschrijding getuigt; dat beklagde op die grond tot toepassing van artikel 107 van de Grondwet concludeert;

Overwegende dat ter zake, in strijd met wat partijen respectievelijk stellen, niet dienend zijn:

a) het feit dat het Bestuur van Stedebouw eerst de toepassing van artikel 65, § 3, Stedebouwwet overwoog, en nadien toepassing vroeg van artikel 65, § 1, van deze wet; dat de in artikel 65 genoemde overheden hun vraag tot herstel mogen wijzigen totdat ofwel een vonnis ter zake kracht van gewijsde krijgt, ofwel de openbare vordering vervalt door de *betaling* van de geldsom bedoeld in artikel 65, § 3, van de wet;

b) het feit dat de betrokken partijen geen beroep aantekenden bij de Raad van State tegen de beslissing van de gemachtigde ambtenaar en het schepencollege; dat annulatieberoepen i.v.m. een dergelijke beslissing niet tot de bevoegdheid van dit hoog rechtcollege behoren (R.v.St., nr. 22.494, 21 september 1982), ook al werd de beslissing genomen tijdens het voorbereidend onderzoek van de strafprocedure;

c) het feit dat de burgerlijke partij L. zelf, als gemeentesecretaris en samen met de burgemeester, een voor eensluidend uittreksel ondertekende van de beslissing van 4 maart 1980 van het schepencollege van G.; dat uit de beslissing zelf blijkt, — wat nodig maar voldoende is —, dat de heer L. niet aanwezig was op het ogenblik dat zij genomen werd;

Overwegende verder, dat de burgerlijke partij ten onrechte stelt dat de strafrechter elke bevoegdheid mist om het hier besproken wettelijkheidsonderzoek uit te voeren;

Dat de Stedebouwwet aan de strafrechter weliswaar geen beoordelingsbevoegdheid toekent m.b.t. de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel (zie Cass., 8 september 1982, *Pas.*, 1983, I, 33); dat zulks echter het recht niet aantast dat elke rechter, ook de feitenrechter in strafzaken, in artikel 107 van de Grondwet vindt;

Overwegende dat, hoewel er ten deze geen de minste aanduiding van afwendings van macht door het college van burgemeester en schepenen van G. bestaat, overschrijding van macht echter wel bewezen is;

Dat, nu het Bestuur van Stedebouw en het schepencollege bij de omschrijving van de bouw- en aanpassingswerken die zij vorderen ter uitvoering van artikel 65, § 1, Stedebouwwet, immers een «rechtstrekking voorzien van een scheidingslijn tussen twee erven», zij op die wijze impliciet doch noodzakelijk uitspraak doen over private rechten; dat deze geschillen, overeenkomstig artikel 92 van de Grondwet, bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren; dat administratieve overheden niet vermogen te beslissen een dergelijke «herstelmaatregel» te vorderen, ook al zal het uiteindelijk de rechter zijn die deze maatregel beveelt.

Overwegende dat de eerste rechter dan ook met reden, met toepassing van artikel 107 van de Grondwet, weigerde het geheel van de gevorderde herstelmaatregelen te bevelen; dat nu één punt van deze maatregelen onwettig is, deze

onwettigheid in de gegeven concrete omstandigheden van de zaak, de gehele beslissing aantast;

Overwegende dat het vonnis a quo dan ook, in de aangegeven mate, te bevestigen is wat de openbare vordering betreft;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 14 MEI 1986

Voorzitter: de h. Vanderhoeft

Raadsheren: de hh. Vandeplas en Van de Velde (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Reard

Jacht — Genodigde in jachtzaken — Aaneengesloten oppervlakte.

De rechtspraak en de rechtsleer hebben de rechtsfiguur van de «genodigde» in jachtzaken uitgebouwd ter bescherming van de bona fide jager die op uitnodiging van de jachttheer deelneemt aan een jachtpartij. Aangenomen wordt dat een genodigde die zich verlaat op de eerbaarheid van zijn gastheer en op de weidelijke gebruiken geen schuld heeft als hij, de richtlijnen van de houder van het jachtrecht volgend, te goeder trouw het jachtrecht van derden schendt of jaagt op een revier waarvan de aaneengesloten oppervlakte gelegen ten noorden van Samber en Maas minder dan 25 hectaren bedraagt.

D.

Overwegende dat de beklagde vervolgd wordt ter zake dat hij met het geweer gejaagd heeft op een terrein waarvan de aaneengesloten oppervlakte minder bedraagt dan 25 hectaren, welk terrein gelegen is ten noorden van Samber en Maas;

Overwegende dat de beklagde niet betwist dat hij op 15 oktober 1984 te Henis-Tongeren gejaagd heeft in gezelschap van Jozef R.

Overwegende dat hij beweert dat hij op het ogenblik van de feiten «een genodigde was van R., die houder was van de jachtrechten»; dat beklagde van deze omstandigheid noch tijdens het vooronderzoek, noch tijdens de behandeling van de zaak voor de eerste rechter melding heeft gemaakt en dat ook Jozef R. met geen woord heeft gerept over een dergelijke «uitnodiging»;

Overwegende dat de rechtspraak en de rechtsleer de rechtsfiguur van de «genodigde» in jachtzaken hebben uitgebouwd ter bescherming van de bona fide jager die op uitnodiging van de jachttheer deelneemt aan een jachtpartij; dat alzo wordt aangenomen dat een genodigde die zich verlaat op de eerbaarheid van zijn gastheer en op de weidelijke gebruiken geen schuld heeft als hij, de richtlijnen van de houder van het jachtrecht volgend, te goeder trouw het jachtrecht van derden schendt of jaagt op een revier waarvan de aaneengesloten oppervlakte gelegen ten noorden van Samber en Maas minder dan 25 hectaren bedraagt;

Overwegende dat ten deze de beklagde niet kan worden beschouwd als de genodigde van R., daar er van uitnodiging blijkbaar nooit sprake is geweest vooraleer de zaak in hoger beroep aanhangig werd gemaakt; dat natuurlijk niet kan worden volstaan met het samen jagen om als genodigde te worden beschouwd; dat het in het onderhavige geval niet ging om een uitnodiging, maar wel om een afspraak, een deelneming aan een jachtpartij, een gezelschapsbedrijf;

Overwegende dat, om de goede trouw van de genodigde en vooral de afwezigheid van alle schuld te kunnen aanvaarden, het onontbeerlijk is dat de jager zich niet heeft vergewist van het strafbaar karakter van zijn jachtdaad;

Overwegende dat de beklagde en R. geregeld samen gingen jagen op bepaalde gronden die ze als hun gemeenschappelijk jachtrevier beschouwden; dat ze trouwens beiden reeds werden vervolgd wegens samen jagen op jachtgronden die in de onmiddellijke omgeving lagen van die waarvoor ze nu worden vervolgd; dat beklagde zeer goed de plaatsgesteldheid kende en bijgevolg zich niet diende te verlaten op het jachtrecht van R. of op diens weidse kennis, te meer daar hij reeds zelf dienaangaande moeilijkheden had ondervonden vanwege het gerecht;

Overwegende dat de kwade trouw van de beklagde onder meer blijkt uit de omstandigheid dat hij ontkend heeft gejaagd te hebben op het perceel nr. 684 terwijl een onafhankelijke getuige, B.T., die op een nabijgelegen veld aardappelen aan het rooien was, duidelijk heeft gezien dat hij op dat terrein gejaagd heeft en dat ook onder eed heeft bevestigd; dat A.T. eveneens gezien heeft dat de beklagde op stuk 686 heeft gejaagd; dat de getuigenissen van beide personen, die in de onmiddellijke nabijheid aan het werk waren op het veld, oprecht, geloofwaardig en precies voorkomen en aantonen dat de beklagde, in strijd met zijn beweringen, wel degelijk op de terreinen rechts van de plaats waar deze personen werkten heeft gejaagd; dat de beklagde geen reden had om deze feiten te ontkennen, zo hij niet had beseft dat deze percelen geen aaneengesloten jachtterrein van ten minste 25 hectaren vormden;

Overwegende dat de beklagde maar al te goed wist dat hij in strijd met de voorschriften van de Jachtwet handelde en dat zulks de enige reden is waarom hij eerst ontkend heeft op de percelen 684 en 686 te hebben gejaagd en achteraf heeft beweerd «de genodigde» van R. te zijn geweest; dat in deze omstandigheden er dan ook geen reden is om de beklagde vrij te spreken van alle schuld;

Overwegende dat het geen twijfel lijdt dat de percelen 684 en 686 geen aaneengesloten jachtterrein van ten minste 25 hectaren vormen; dat in strijd met de beweringen van de beklagde dit probleem wel degelijk werd onderzocht en dat uit dat onderzoek gebleken is dat de aaneengesloten oppervlakte van het jachtrevier bij lange geen 25 hectaren bedraagt;

Overwegende dat in het strafdossier enkele documenten voorkomen die door R. werden overgelegd, waaruit blijkt dat hij het jachtrecht over enkele uiteenliggende kleine percelen bezit, maar die geen aaneengesloten oppervlakte van 25 hectaren vormen;

Overwegende dat door het onderzoek ter terechtzitting voor het hof de schuld van de beklagde aan het feit van de telastlegging B bewezen is gebleven en dat de eerste rechter een gepaste straf heeft opgelegd;

(...)

HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER — 16 MEI 1986

Voorzitter: de h. Laurens

Raadsheren: de hh. Casier (rapporteur) en Decorte

Advocaat-generaal: de h. Colpaert

Advocaten: mrs. Van Tyghem en De Vits

Stedebouw — Pyloon — Voor zend- en ontvangstmast — Mensenrechten — Art. 10.1 E.V.R.M.

Voor het plaatsen van een 18 meter hoge pyloon voor zend- en ontvangstmast, verankerd in een betonvoet, is ingevolge art. 44, § 1, sub 1, Stedebouwwet een voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen vereist.

Die door de Stedebouwwet opgelegde verplichting is geen aantasting van het recht van vrijheid en meningsuiting en van de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zoals die beschermd zijn door art. 10.1 E.V.R.M.

C.V. B. t/ V.

1. De beklagde woont in een wijk van sociale woningen die opgetrokken en nadien individueel verkocht werden tegen strikt bepaalde voorwaarden door de C.V. B., thans burgerlijke partij (B.P.). In zijn tuin heeft hij op 1,75 meter van de achterste perceelsgrens en op 3,15 meter van de linker perceelsgrens een pyloon opgericht in ronde buisprofielen van ongeveer 18 meter hoogte, verankerd in een betonvoet van 2m³ en dienstig als zend- en ontvangstmast. Het oprichten van die pyloon in de tuin dient, al werd het niet uitdrukkelijk in de parlementaire voorbereiding van de Stedebouwwet vermeld als vallend onder toepassing van deze wet, toch beschouwd te worden als het gebruiken van een grond voor het plaatsen van een vaste inrichting die in de grond is ingebouwd en bestemd is om ter plaatse te blijven staan, waarvoor ingevolge artikel 44, § 1.1, van de wet van 29 maart 1962, houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedebouw (verder vermeld als Stedebouwwet), als vervangen bij artikel 4 van de wet van 22 december 1970, een voorafgaande schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het College van Burgemeester en Schepenen (G.B.S.) vereist is, al is voor een dergelijk werk ingevolge artikel 1.17 van het K.B. van 16 december 1971 de medewerking van een architect niet verplicht, maar daarvoor wel, gelet op de hoogte (18 meter) en de inplanting op minder dan 4 meter van de perceelsgrenzen, ingevolge artikel 3.17 van voornoemd K.B. het advies van de gemachtigde ambtenaar vereist is. Het geldig verklaren van de aan beklagde op 25 april 1968 door de R.T.T. verleende vergunning tot het opstellen en gebruiken van een radio-elektrisch zend- en ontvangststation van de 5e categorie voor zijn nieuwe woning ontsloeg hem niet van de verplichting een vergunning aan te vragen op grond van de Stedebouwwet.

Deze laatste vergunning is vereist, niet ingevolge de artikelen 44, § 2, en 59 van de Stedebouwwet waarop de beklagde alludeert, maar wel ingevolge artikel 44, § 1. Alle overwegingen en beschouwingen van de beklagde in ver-

band met de draagwijdte en de interpretatie van artikel 59 van de Stedebouwwet zijn dan ook niet ter zake dienend.

2. Het bestaan van gelijkaardige pylonen op andere plaatsen van het Rijk en in de streek — de beklaagde haalt enkele concrete voorbeelden aan — verleent hem ook niet het recht om zelf een dergelijke vaste inrichting op te trekken en ze in stand te houden zonder vergunning op grond van de Stedebouwwet.

Allereerst staat het niet eens vast dat in de aangehaalde gevallen de omstandigheden dezelfde zijn als in zijn geval, maar daarenboven gaat het in veel gevallen om personen die wederrechtelijk een mast hebben opgetrokken zonder vergunning en aldus zelf blootstaan aan strafvervolgning.

Het door de beklaagde aangehaald geval waarin de Correctionele Rechtbank Dendermonde vrijspraak verleende, is blijkbaar wel verschillend van het geval, voorwerp van de thans ingestelde strafvordering. Uit het overgelegd vonnis is het ten andere niet mogelijk alle aspecten van deze zaak te kennen.

3. De in casu opgelegde verplichting van de Stedebouwwet is ook geen aantasting van het recht van vrijheid van meningsuiting en van de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven zoals die beschermd zijn bij artikel 10.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De uitoefening van die vrijheden mag niet gelijkgesteld worden met een bandeloos, anarchistische en ordeloze uitoefening van die vrijheden. Zoals artikel 10.2 van het verdrag zelf bepaalt, brengt de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich, en zij kan onderworpen worden aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen en sancties welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn tot vrijwaring en beveiliging van de gemeenschapsbelangen die het verdrag opsomt. Welnu, de regeling van de ruimtelijke ordening zoals ze voorkomt in de Stedebouwwet, beoogt niets anders dan een redelijke en met de voornoemde vrijheden verzoenbare bescherming van o.m. de openbare orde zoals ze in artikel 10.2 van het verdrag voorzien is.

4. De beklaagde heeft gepoogd de toestand te regulariseren door lange tijd na het optrekken van de pyloon een aanvraag tot het verkrijgen van een bouwvergunning in te dienen bij het C.B.S. van de gemeente. Zij werd geweigerd door dit college. Nadat hij op alle administratieve rechtsmiddelen een beroep had gedaan, werd zijn aanvraag uiteindelijk afgewezen bij M.B. van 28 juni 1985.

De beklaagde heeft thans een procedure tot nietigverklaring van dit M.B. ingesteld bij de Raad van State bij verzoekschrift van 29 oktober 1985. Deze procedure is thans nog hangende. Ze heeft geen schorsing van de strafvordering tot gevolg, maar daarenboven, gelet op het zeer storend karakter voor de omgeving van de wederrechtelijk opgetrokken zend- en ontvangstantenne, is het noch gepast, noch redelijk te wachten op de uitspraak van de Raad van State om over de strafvordering te beslissen.

5. De telastlegging zoals ze onder punt 1 van de motivering van het tussenarrest van 29 november aangevuld werd, is bewezen gebleven en ze slaat op een periode die loopt tot minstens op 29 november 1985. Ze werd door de eerste rechter op een rechtmatige wijze bestraft. Door de gemachtigde ambtenaar wordt als herstelmaatregel gevorderd, met toepassing van artikel 65, §1, a, van de Stedebouwwet, het

herstel van de plaats in de vorige staat, hetgeen concreet inhoudt de volledige verwijdering van de wederrechtelijk opgerichte antennemast (draagconstructie in vakwerk 18 m hoogte) met de bijhorende zendantenne. Die herstelmaatregel dient bevolen te worden en is uit te voeren binnen een termijn die het hof bepaalt op zes maanden en die een aanvang neemt op de datum van de uitspraak van het arrest.

Op civielrechtelijk gebied

Als bouwmaatschappij die als verkoper opgetreden is van de woonhuizen die zij opgetrokken heeft en die zich ten opzichte van de kopers contractueel verbonden heeft tot de naleving van bepaalde voorschriften van stedebouwkundige en esthetische aard, lijdt de B.P. een eigen morele schade die bestaat in de aantasting van haar faam wanneer zij belemmerd wordt, zoniet in de onmogelijkheid gesteld wordt en blijft, als gevolg van het door V. gepleegde misdrijf, haar contractuele verplichtingen na te leven. Die schade, door de B.P. op 1 frank begroot, mag toegekend worden. Het gevraagd voorbehoud dient echter afgewezen te worden daar de B.P. niet nader aangeeft voor welke rechten zij voorbehoud vraagt.

(...)

CORRECTIONELE RECHTBANK TE ANTWERPEN

VAKANTIEKAMER — 8 AUGUSTUS 1985

Voorzitter: de h. Van Craen

Rechters: de hh. Gregoir en Marck

Openbaar ministerie: de h. Snelders

Voorlopige hechtenis — Voorlopige invrijheidstelling — Nieuwe aanhouding.

De beklaagde die ofschoon regelmatig opgeroepen niet verschijnt op een proceshandeling na zijn voorlopige invrijheidstelling, kan door de correctionele rechtbank op grond van art. 18 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis onder bevel van aanhouding worden geplaatst.

B.

Gelet op de voorlopige invrijheidstelling van beklaagde op 2 augustus 1985;

Gelet op het feit dat de beklaagde opgeroepen was om te verschijnen voor de zitting van heden alwaar de zaak, waarvoor hij initieel was aangehouden, diende te worden behandeld;

Gehoord de procureur des Konings;

Overwegende dat de beklaagde, ofschoon regelmatig opgeroepen, niet verschijnt op de proceshandeling die plaats heeft na zijn invrijheidstelling;

Overwegende dat in casu de beklaagde zich klaarblijkelijk wenst te onttrekken aan verdere vervolging en berechting.

Overwegende dat de beklaagde zich derhalve in de toestand bevindt die omschreven wordt in art. 18 van de wet van 20 april 1874 met betrekking tot de voorlopige hechtenis (cf. Timmermans, *Etude sur la détention préventive*, p. 324, nr. 436);

Overwegende dat het, inzake gepast is toepassing van bovenvermelde wetsbepaling te maken ;

Om die redenen, verleent een bevel tot aanhouding tegen (...)

NOOT—Over het verstek in strafzaken

1. Zowel onder vigueur van de revolutionaire strafwetgeving van 1791 en van de Code van 3 brumaire als van de ordonnance criminelle van 1670 was de beklaagde verplicht voor de strafrechter te verschijnen wanneer hij regelmatig was gedagvaard. Artikel 12 van het decreet van 16 september 1791 bestrafte trouwens de onwillige beklaagde, zelfs in geval van vrijspraak, met een gevangenisstraf van acht dagen en de rechter mocht hem bovendien publiekelijk berispen «pour avoir douté de la justice et de la loyauté de ses concitoyens».

In het intermediair recht vormde het verstek zoniet een bewijs dan toch een vermoeden van schuld. De toelichting bij het decreet van 4 thermidor jaar II liegt er trouwens niet om : «Le contumax s'est jugé lui-même.»

2. Artikel 185 van het Wetboek van Strafvordering is nog in dezelfde geest opgevat. De samenstellers van de Code d'instruction criminelle leefden nog in de sfeer van 1791. Tegenspraak voeren was wel een verworvenheid sedert de Franse revolutie, maar de afwezigheid van de beklaagde werd nog steeds aangevoeld als een gebrek aan eerbied, als een blijk van minachting, ja als een belediging t.a.v. de strafrechter.

Als de beklaagde geen gevolg geeft aan een regelmatige dagvaarding of oproeping wordt hij nu niet meer met straf bedreigd, maar artikel 186 van het Wetboek van Strafvordering, bepalend dat «hij bij verstek wordt gevonnist», werd opgevat als een sanctie tegen de verstekdoende beklaagde.

3. Verstek laten gaan wordt thans beschouwd als een recht van verdediging, maar de opstellers van het Wetboek van Strafvordering dachten er blijkbaar anders over. Trouwens ook in onze buurlanden wordt dit recht beknot of miskend.

Van een sanctie heeft het verstek zich ontwikkeld tot een recht van verdediging. Het recht van verstek is een jurisprudentiële creatie die dagtekent uit de tijd van Lodewijk XVIII. Het Franse Hof van Cassatie erkende bij arrest van 7 december 1822 het recht van de beklaagde om verstek te laten gaan (*Journal. Pal.*, XVII, 716). Geleidelijk werd dat recht ook toegekend aan gedetineerden en aan beklaagden die aanwezig waren ter terechtzitting, maar die weigerden tegenspraak te voeren (Cass. fr., 8 september 1824, *Journ. Pal.*, XVIII, 1033; Cass. fr., 12 december 1834, *Journ. Pal.*, XXVI, 1127; Cass., 23 februari 1837, *D.P.*, 1837, 1, 256; Cass. fr., 11 november 1841, *Bull. crim.*, nr. 316).

Later werd zelfs aangenomen dat een beklaagde verstek kan laten gaan bij de behandeling van een zittingsmisdrijf (Cass. fr., 26 januari 1854, *Bull. crim.*, nr. 20).

3. De Franse rechtsleer heeft zich bij deze zienswijze aangesloten (F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e ed., VI, p. 700, nr. 2956; A. Laborde, *Cours élémentaire de droit criminel*, nr. 1343; A. Morin, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, tw. «Comparution», nr. 8; J. Carnot, *De l'instruction criminelle*, 3e ed., III, pp. 47-52).

De Belgische rechtspraak en rechtsleer hebben zonder aarzelen deze interpretatie overgenomen, hoewel het Wetboek van Strafvordering geen gewag maakt van enig recht van verstek. Al wat de rechtbanken en hoven beschouwden als behorende tot het recht van verdediging werd ook bij ons in ruime mate beschermd, zelfs als stond het niet altijd met zoveel woorden in de wet.

4. Een verdachte die in vrijheid wordt gesteld hetzij door de onderzoeksrechter, hetzij door de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling, is luidens artikel 6 van de wet van 20 april 1874 verplicht «om bij alle proceshandelingen te verschijnen zodra zulks van hem gevorderd wordt».

Ook als de invrijheidstelling afhankelijk wordt gemaakt van de verplichting om zekerheid te stellen, waarborgt de borgsom, naar luid van artikel 10 van bovenvermelde wet, «de verschijning van de verdachte, wanneer zulks van hem gevorderd wordt, bij alle proceshandelingen, alsook ter uitvoering van de vrijheidsstraf».

5. Indien de verdachte, na zijn voorlopige invrijheidstelling verkregen te hebben, wordt opgeroepen of gedagvaard en niet verschijnt, dan kan de onderzoeksrechter, de rechtbank of het hof, al naar het geval, op grond van artikel 18 van de wet op de voorlopige hechtenis, een bevel tot aanhouding of een beschikking tot gevangenneming tegen hem uitvaardigen.

Vereist is dus dat de verdachte in voorlopige hechtenis verkeerde en in voorlopige vrijheid werd gesteld. Een ontvluchte gevangene is geen in vrijheid gestelde gedetineerde (E. Boutmans, *Voorlopige hechtenis*, p. 154, nr. 352).

Is een verdachte die in vrijheid is gesteld nadat zijn onmiddellijke aanhouding op grond van artikel 21 van de wet van 20 april 1874 was bevolen, een verdachte die zijn voorlopige vrijheid heeft verkregen in de zin van artikel 18, zoals E. Boutmans beweert (E. Boutmans, *o.c.*, p. 217, nr. 579)?

6. Ik aarzel enigszins om me aan te sluiten bij deze zienswijze omdat artikel 18 bedoeld was als een sanctie tegen de verdachte die zijn verplichtingen niet is nagekomen : de verdachten die gedetineerd zijn krachtens een bevel tot aanhouding, kunnen slechts in vrijheid worden gesteld op voorwaarde dat ze zich, overeenkomstig artikel 6 van deze wet, verbinden te verschijnen bij alle proceshandelingen ; worden ze onder borg in vrijheid gesteld, dan wordt hun overeenkomstig artikel 10 een gelijkaardige verplichting opgelegd.

De verdachten aangehouden op grond van artikel 21 kunnen eveneens in vrijheid worden gesteld overeenkomstig artikel 7, maar in dat geval legt de wet hun geen verplichting tot verschijning op. Indien ze evenwel in vrijheid werden gesteld onder borgsom, lopen ze het risico hun zekerheid te verliezen.

Men kan zich afvragen of de toepassing van artikel 18 mag worden uitgebreid tot de gevallen die door de wetgever niet expliciet waren bedoeld. De toepassing van artikel 7 op de enkel ingevolge een bevel tot onmiddellijke aanhouding gedetineerde verdachten is een analogische wetstoepassing (R. Declercq, «Actuele problemen inzake voorlopige hechtenis», *R. W.*, 1974-75, 291 ; R. Van Camp, «Onmiddellijke aanhouding», nr. 39 in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*). Geldt dan ook hier niet het adagium : «Odiosa sunt restringenda»?

7. Hoewel artikel 18 bepaalt dat alleen de onderzoeksrechter, de rechtbank of het hof het bevel tot aanhouding tegen de onwillige verdachte mag uitvaardigen, moet deze bevoegdheid ook worden uitgebreid tot de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling wanneer deze als feitenrechter optreden inzake internering of opschorting.

Het bevel tot aanhouding kan bij de internering het bevel tot onmiddellijke aanhouding vervangen, daar ingevolge een vergetelheid van de wetgever de onmiddellijke tenuitvoerlegging van deze maatregel niet kan worden bevolen (Cass., 19 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 703, met noot van A. Vandeplass).

8. De verdachte die in vrijheid is gesteld en die geen gevolg geeft aan de dagvaarding is wellicht op de vlucht of, zoals Ch. Flamand het uitdrukt: «En tous cas, il est présumé être en faute» (*De la détention préventive et de la liberté provisoire en droit français*, p. 184).

Bij de toepassing van artikel 18 wordt natuurlijk uitgegaan van de veronderstelling dat de verdachte regelmatig werd gedagvaard. De Nederlandse tekst van art. 18 vermeldt: «opgeroepen of gedagvaard», terwijl de Franse tekst melding maakt van: «cité ou ajourn  ». «Citer» en «ajourner» is een pleonasme beweert E. Boutmans, want «ajourner» heeft geen andere betekenis dan «dagvaarden» (*o.c.*, p. 217, nr. (587)).

Uit de commentaar verstrekt bij het trefwoord «Ajournement» in de *Pandectes belges*, waarnaar E. Boutmans verwijst, zou inderdaad afgeleid kunnen worden dat de wetgever hier een tautologie gebruikt, maar men mag niet systematisch uitgaan van de veronderstelling dat de opstellers van een wettekst zich hebben vergist.

9. «Citation», «assignation» en «ajournement» kunnen in beginsel doorgaan voor synoniemen, maar met dit onderscheid dat «assignation» en «ajournement» veeleer in het burgerlijk procesrecht werden gebruikt, terwijl de term «citation» tot het strafprocesrecht beperkt bleef (*Nouveau dictionnaire Bescherelle*, tw. «Citation»).

Onder invloed van de Engelse parlementaire terminologie, waar «ajournement» een verdaging van de Kamer betekende, heeft «ajourner» ook in het Frans de betekenis gekregen van «verdagen», «uitstellen» of «naar een latere datum verschuiven» en sedert 1755 is deze tweede betekenis algemeen aanvaard (P. Imbs, *Trésor de la langue française*, tw. «Ajournement»). Ook in de rechtsterminologie was «ajourner» in de zin van «verdagen» in de 19e eeuw reeds algemeen aangenomen; de betekenis van «dagvaarden» was integendeel reeds verouderd.

In onze wetgeving ontmoeten we uitsluitend de term «ajourner» of «ajournement» in de betekenis van «verdagen of verdaging». Zo kan de Koning de verdaging van de Kamers bevelen (art. 72 van de Grondwet), zo kan de vrederechter de vergadering verdagen (art. 414 van het Burgerlijk Wetboek), zo kunnen de curatoren hun beslissing verdagen bij betwisting van een schuldvordering (art. 500 van de Faillissementswet) en zo mag de rechter-commissaris bij gerechtelijk akkoord de raadpleging van de schuldeisers uitstellen (art. 16 van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord). Telkens gebruikt onze wetgever de termen «ajourner» of «ajournement» in de zin van «uitstellen» of «verdagen».

10. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat de wetgever een pleonasme heeft gebruikt als er een eenvoudi-

ge, algemeen aanvaarde interpretatie van «ajourn  » in de betekenis van «uitgesteld» of «verdaagd» gangbaar was. In de onderhavige context is deze uitleg trouwens volkomen gerechtvaardigd.

Immers, de verdachte dient niet alleen aanwezig te zijn wanneer hij regelmatig is gedagvaard, maar ook op alle terechtzittingen waarnaar de zaak regelmatig is uitgesteld of verdaagd. Als een strafzaak op tegenspraak wordt uitgesteld — hetzij voor verdere behandeling, hetzij zelfs zonder de behandeling aan te vatten — dan is er geen nieuwe dagvaarding vereist om de zaak opnieuw voor te brengen op de latere terechtzitting.

De verdachte die in persoon aanwezig is op de terechtzitting of die vertegenwoordigd wordt, heeft kennis van de nieuwe datum waarop de zaak opnieuw voorkomt. Blijft hij afwezig op de volgende terechtzitting, dan wordt de zaak bij verstek afgehandeld en als hij in voorlopige vrijheid werd gesteld, loopt hij het risico dat een bevel tot aanhouding tegen hem wordt uitgevaardigd. Werd zijn invrijheidstelling afhankelijk gemaakt van een zekerheidstelling, dan loopt hij bovendien het gevaar dat zijn zekerheid wordt verbeurdverklaard.

11. De verdachte die de behandeling van de zaak hoort uitstellen is voldoende ervan op de hoogte gebracht dat zijn zaak op een latere terechtzitting zal dienen en er is geen enkele reden om hem bovendien nog extra bij gerechtsdeurwaardersexploot op te roepen (*anders*: E. Boutmans, *o.c.*, p. 218, nr. 581).

Een nieuwe dagvaarding zou in deze omstandigheden slechts frustratoire kosten opleveren (E. Trebutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, 2e ed., II, p. 363, nr. 504; F. Hélie, *o.c.*, IV, p. 701, nr. 2006).

Artikel 18 verschaft aan de strafrechter de mogelijkheid om de verdachte onder bevel tot aanhouding te plaatsen, niet alleen als hij geen gevolg geeft aan de dagvaarding, maar ook als hij bij regelmatig uitstel niet meer verschijnt op de terechtzitting. De vertaling van de in artikel 18 gebezigde term «ajourn  » door «uitgesteld» of «verdaagd» geeft alzo een zinvolle betekenis aan deze uitdrukking.

De Nederlandse vertaling van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis die dagtekent van 10 juli 1967 laat op dit punt te wensen over.

12. Het is niet de voorzitter van de correctionele rechtbank of van het hof, maar de rechtbank of het hof die het bevel tot aanhouding uitvaardigen (G. Le Poitevin, *Code d'instruction criminelle annot  *, art. 125, nr. 3). Het is een mogelijkheid, geen verplichting (J. E. Boitard, *Leçons de droit criminel*, 13e ed., p. 621, nr. 634; G. Timmermans, *Etude sur la détention préventive*, I, p. 325, nr. 439).

De strafrechter kan slechts een bevel tot aanhouding uitvaardigen indien hij aanneemt dat de verdachte geen wettige reden had om verstek te laten gaan (G. Timmermans, *o.c.*, p. 325, nr. 441; F. Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, 3e ed., II, p. 402, nr. 420; J. Mangin, *De l'instruction écrite et du règlement de compétence en matière criminelle*, nr. 199; *Pand. B.*, tw. «Détention préventive», nr. 322).

13. Het bevel tot aanhouding moet worden gemotiveerd, m.a.w. het moet vermelden dat de verdachte in voorlopige vrijheid werd gesteld en dat hij, regelmatig gedagvaard, verstek heeft laten gaan (G. Timmermans, *o.c.*, p. 325, nr. 442; *R.P.D.B.*, tw. «Détention préventive», nr. 164; *enigs-*

zins anders: E. Boutmans, o.c., p. 218, nrs. 584-585). Bovendien moet het feit waarvoor het wordt uitgevaardigd, een correctionele straf van drie maanden of een zwaardere straf ten gevolge kunnen hebben (R. Hayoit de Termicourt, «De la loi sur la détention préventive», *R.D.P.*, 1924, 402).

Het bevel tot aanhouding kan worden uitgevaardigd zonder voorafgaand verhoor van de verdachte (G. Timmermans, o.c., p. 326, nr. 444); meestal zal hij trouwens op de vlucht zijn.

14. Wanneer het bevel tot aanhouding wordt uitgevaardigd door de onderzoeksrechter, dan moet het natuurlijk overeenkomstig artikel 4 van de wet op de voorlopige hechtenis binnen vijf dagen na de ondervraging van de verdachte worden bevestigd.

Wordt het bevel tot aanhouding uitgevaardigd door een vonnisgerecht of door een onderzoeksgerecht dat optreedt als vonnisgerecht, dan moet het niet worden bevestigd maar blijft het van kracht tot op het ogenblik van de eindbeslissing.

Daar het bevel tot aanhouding gepaard kan gaan met de verbeurdverklaring van de zekerheid en het een beslissing is van een vonnisgerecht die niet kan worden gelijkgesteld met een beslissing of maatregel van inwendige aard in de zin van artikel 1046 van het Gerechtelijk Wetboek, kan de verdachte alle rechtsmiddelen aanvoeren tegen dit bevel (*Pand. B.*, tw. «Détention préventive», nr. 348; anders: E. Boutmans, o.c., p. 219, nr. 586).

15. De verdachte kan natuurlijk ook zijn voorlopige invrijheidstelling vragen bij verzoekschrift overeenkomstig artikel 7 van de wet op de voorlopige hechtenis (R. Hayoit de Termicourt, o.c., p. 402; R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, III, p. 182, nr. 882). Hij mag zelfs de voorlopige invrijheidstelling vragen vooraleer hij is aangehouden (Hof Antwerpen, 5 mei 1981, *R.W.*, 1983-84, 1288, en de in noot vermelde rechtspraak en rechtsleer).

De mogelijkheid om de voorlopige invrijheidstelling te krijgen ontnemt de verdachte niet het recht van hoger beroep tegen het bevel tot aanhouding (cf. A. Vandeplass, «De voorlopige invrijheidstelling», *R.W.*, 1977-78, 328). Ook in dit geval kan de invrijheidstelling afhankelijk worden gemaakt van het stellen van een zekerheid, al staat het niet met zoveel woorden in artikel 10 van de wet van 20 april 1874.

16. E. Boutmans beweert dat de strafrechter geen bevel tot aanhouding zou mogen uitvaardigen tegen een verstekdoende verdachte en tegelijkertijd beslissen de zaak meteen verder af te handelen (o.c., p. 219, nr. 588). De auteur voegt hier blijkbaar een voorwaarde toe aan de toepassing van art. 18, waarvoor noch in de wet, noch in de parlementaire voorbereiding enige aanwijzing of steun kan worden gevonden.

Terecht wijst hij erop dat het, door toepassing te maken van artikel 18, mogelijk is een verdachte aan te houden terwijl tegen hem geen onmiddellijke aanhouding kan worden uitgesproken omdat de straf geen zes maanden belooft. We mogen echter niet uit het oog verliezen dat de in voorlopige vrijheid gestelde verdachte niet in dezelfde toestand verkeert als een gewone beklaagde die nooit het voorwerp van een voorlopige hechtenis heeft uitgemaakt. De verplichting om te verschijnen bij elke proceshandeling is nauw verbonden met de invrijheidstelling: art. 18 is opge-

vat als een sanctie tegen de verdachte die deze verplichtingen niet naleeft.

17. Kan een verdachte die in vrijheid is gesteld en die ingevolge de voorschriften van artikel 6 of 10 van de wet van 20 april 1874 verplicht is bij elke proceshandeling te verschijnen, dan nog wel gebruik maken van zijn recht om verstek te laten gaan? Met andere woorden, wordt hij in de uitoefening van zijn recht van verdediging niet geremd door de dreiging in geval van verstek zijn zekerheid te verbeuren en bovendien nog onder bevel tot aanhouding te worden geplaatst?

Een arrest van het Franse Hof van Cassatie heeft dien-aangaande voor heel wat beroering gezorgd. Het dagtekent uit de tweede helft van de negentiende eeuw, een periode waarin het recht van verstek heel wat tegenstanders had en er weer werd aangedrongen op maatregelen tegen het misbruik van het recht van verstek.

18. Een zeker Thérèse Reymondon werd voor de Correctionele Rechtbank te Chambéry vervolgd wegens eenvoudige bankbreuk. Ze was tijdens het gerechtelijk onderzoek enige tijd aangehouden gebleven, maar ze werd in vrijheid gesteld tegen een borgsom van 3.000 fr. Toen de zaak voor de rechtbank kwam, verscheen ze in persoon en vroeg een uitstel ten einde zich te laten bijstaan door haar raadsman die belet was op de zitting aanwezig te zijn. De rechtbank weigerde in te gaan op haar verzoek omdat ze reeds eerder om dezelfde reden uitstel had gekregen. Daarop verklaarde ze dat ze dan verstek liet gaan en ze verliet de rechtszaal.

De Correctionele Rechtbank te Chambéry veroordeelde haar bij verstek, verklaarde de zekerheid verbeurd en vaardigde een bevel tot aanhouding tegen haar uit.

In hoger beroep verscheen ze voor het hof en voerde aan dat ze gevolg had gegeven aan de dagvaarding, maar dat ze gebruik had gemaakt van haar recht om verstek te laten gaan, een recht dat aan elke verdachte, zelfs aangehouden, toekomt. Het Hof van Beroep te Chambéry verwierp haar argumentatie bij arrest van 16 november 1866 (*D.*, 1867, 2, 4).

Ook bij het Hof van Cassatie vond ze geen gehoor en bij arrest van 1 februari 1867 werd haar interpretatie van haar verplichting om te verschijnen verworpen (*D.*, 1867, 1, 191).

19. «Le pourvoi objecte», argumenteerde het Franse Hof van Cassatie, «que la fille Reymondon a comparu, puisqu'elle s'est présentée à l'audience du tribunal correctionnel pour demander une remise. Mais dans le sens légal du mot, la comparution ne peut s'entendre que d'une comparution ayant pour objet de contredire au débat. Ce qui prouve que la fille Reymondon n'a pas comparu, c'est qu'elle a été et qu'elle a dû être jugée par défaut» (Cass., fr., 1 februari 1867, *D.*, 1867, 1, 191).

Inderdaad, «verschijnen» is niet louter in persoon aanwezig zijn op de terechtzitting, maar ook tegenspraak voeren, zich verdedigen, deelnemen aan de proceshandeling. Ook de artikelen 6, 10 en 18 van onze wet op de voorlopige hechtenis verplichten de in vrijheid gestelde verdachte om te verschijnen, maar in vertaling luidt het dat de verdachte gehouden is «de se présenter» en dat de zekerheid aan de Staat vervalt bij niet-verschijning («Le défaut de s'être présenté»)...

Met een dergelijke gebrekkige wetsomschrijving, waarvan de Franse tekst de verdachte verplicht «tegenwoordig

te zijn» en de Nederlandse te «verschijnen» kunnen we alle kanten uit...

20. Maar keren we nog even terug naar de Franse rechtspraak... Ook het Franse Hof van Cassatie was er zich terdege van bewust dat het recht om verstek te laten gaan in strijd was met de verplichting te verschijnen bij elke proceshandeling. «Sans refuser d'une manière absolue, à l'inculpé mis en liberté provisoire, le droit de faire défaut, la loi a pu soumettre les individus admis au bénéfice de la liberté provisoire, à certaines garanties sans lesquelles l'instruction des procès criminels deviendrait difficile et presque impossible. Ces garanties ne consistent pas uniquement dans le dépôt et la confiscation possible du cautionnement, mais dans l'engagement spécial et personnel de l'inculpé. Cet engagement est absolu et général, et il en résulte, en retour des avantages qu'il procure, une restriction au droit de faire défaut. L'inculpé ne saurait garder pour lui le bénéfice de la liberté provisoire, et rejeter les conséquences légales nées de son engagement et les restrictions que le législateur lui a imposées.»

Met andere woorden: de verdachte behoudt het recht van verstek, maar hij heeft vrijwillig afstand gedaan van dat recht door zijn verbintenis om te verschijnen bij elke proceshandeling.

21. Onnodig te zeggen dat deze beslissing heel wat protest heeft uitgelokt (A. Morin, «Observations» bij Cass., fr., 1 februari 1867, *Journal de droit criminel*, 1867, 96; Ch. Flamand, o.c., pp. 162-163). Het lijkt geen twijfel dat deze interpretatie veel te streng is, maar ze weerspiegelt de geest van haar tijd. Dalloz, Dutruc, Ch. Berriat-Saint-Prix en talloze andere juristen aanvaardden de stelling van het Franse Hof van Cassatie en ook in ons land gingen er stemmen op om het recht van verstek te beperken (G. Timmermans, o.c., I, p. 304, nr. 392).

We leven echter in 1986 en elke restrictieve interpretatie van het recht om verstek te laten gaan moet worden beschouwd als een beperking van het recht van verdediging. De wetgever heeft aan de verdachte die in voorlopige vrijheid is gesteld, de verplichting opgelegd aanwezig te zijn bij alle proceshandelingen, m.a.w. de normale werking van het gerecht niet te dwarsbomen door zich te onttrekken aan de strafvervolgning. Van de in vrijheid gestelde verdachte kan worden geëist dat hij aanwezig is ter terechtzitting, maar hij behoudt zijn recht om verstek te laten gaan indien hij van oordeel is dat zulks past bij zijn recht van verdediging (E. Boutmans, o.c., p. 219, nr. 589).

22. De Correctionele Rechtbank te Antwerpen heeft ten deze toepassing gemaakt van een sanctie waarvan velen gedacht zullen hebben dat ze in onbruik was geraakt. Het bevel tot aanhouding was een passende maatregel omdat ze het mogelijk maakt de verdachte onmiddellijk op te sporen en te vatten krachtens het rechterlijk bevel zonder de einduitspraak te moeten afwachten en zonder zich te moeten bekommeren over de strafmaat.

A. Vandeplass

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

1e KAMER — 16 JUNI 1986

Voorzitter: de h. Petit

Rechtters in sociale zaken: de hh. Wijsberghe en Goethals
Advocaat: mr. Bracke

Arbeidsovereenkomst — Werklieden — Einde — Willekeurig ontslag — Ziekte van werkman.

Willekeurig is het ontslag dat een normaal presterende handarbeider gegeven wordt omdat hij aan suikerziekte lijdt.

G. t/ P.V.B.A. E.

Bij exploit van dagvaarding op 8 oktober 1985 vordert eiser de veroordeling van verweerster tot betaling van 215.773 fr. schadevergoeding wegens willekeurig ontslag, met de wettelijke en de gerechtelijke interest evenals de kosten van het geding.

(...)

Wat betreft het bodemgeschied

a) *Zienswijze van verweerster*

Eiser verzweeg bij zijn aanwerving dat hij aan suikerziekte leed. Toevallig vernam verweerster dit toen de zware suikerziekte dagelijkse injecties vereiste. Meteen werd het duidelijk voor de werkgever dat eiser de nodige fysieke krachten niet had om de zware arbeid, waarvoor hij aangeworven was, te verrichten.

Tijdens de eerste maanden van tewerkstelling liep eiser twee opeenvolgende ernstige arbeidsongevallen op die meerdere weken arbeidsongeschiktheid veroorzaakten en die hun oorzaak vonden in de zwakke gezondheid en fysieke toestand van eiser.

Het ontslag geschiedde dan ook in het belang van het bedrijf, maar ook van eiser zelf, wiens gezondheidstoestand het zware werk niet toeliet.

b) *Zienswijze van eiser*

In dienst getreden als arbeider-magazijnier-hulpchauffeur, heeft eiser, die via de RVA aangeworven werd, over zijn werk geen opmerkingen gekregen.

Op 16 januari 1985 verrichte hij overwerk en was hierdoor verplicht, zoals elke dag, zich rond 18 uur in te spuiten. De ploegbaas vroeg hieromtrent uitleg en daarop volgde het ontslag.

Eiser ontkent bij zijn aanwerving iets verzwegen te hebben, daar hij geen enkel doktersonderzoek moest ondergaan.

Hij bewist ook getroffen te zijn door twee opeenvolgende ernstige arbeidsongevallen te wijten aan zijn zwakke gezondheid. Slechts eenmaal, bij het lossen van een vrachtwagen met vaten chemische produkten van ongeveer 200 kg kwam hij met zijn hand tussen twee vaten terecht. Daarbij brak hij zijn pink en was tijdelijk algeheel arbeidsongeschikt.

Van een tweede arbeidsongeval is er geen sprake.

Daarbij heeft verweerster, in strijd met artikel 104, § 2, A.R.A.B., nooit de arbeidsgeneeskundige dienst geraadpleegd omtrent zijn arbeidsgeschiktheid.

Eiser concludeert dat het derhalve om een willekeurig ontslag gaat.

c) *Wederantwoord van verweerster*

Verweerster meent dat een ontslag wegens gezondheidsredenen niet noodzakelijk na een grondig medisch onderzoek moet geschieden.

Zij herhaalt dat eiser bij zijn aanwerving zijn ziekte verzweg en dat hij een arbeidsongeval opliep omdat hij de voor zijn fysieke toestand te zware lasten liet vallen en een pinkbreuk opliep. Hierdoor was hij van 16 november 1984 tot 1 januari 1985 op het werk afwezig.

Van 22 januari tot 25 januari 1985 was hij nogmaals om gezondheidsredenen op het werk afwezig.

Verweerster heeft dan ook geoordeeld dat het niet opportuun was eiser verder in haar bedrijf te laten werken, dit om verdere ongevallen te vermijden.

Het toezicht van de rechter is daarbij beperkt tot het bestaan van een motief voor het ontslag en betreft niet de opportuniteit ervan.

d) *Bespreking*

De omstandigheden van het ontslag worden niet betwist.

Toevallig verneemt de werkgever dat eiser aan suikerziekte lijdt en daarop wordt hij ontslagen.

De ingeroepen argumenten om de arbeidsongeschiktheid van eiser te bewijzen lijken onjuist op meerdere punten: 1° eiser werd niet getroffen door twee arbeidsongevallen doch door één enkel; 2° het ging niet om een zwaar arbeidsongeval; 3° het is verre van bewezen dat én het arbeidsongeval én de ziekte van eiser te wijten waren aan suikerziekte; 4° eiser heeft niets verzwegen, aangezien er geen medisch onderzoek bij de aanwerving plaatsvond.

Uit de overgelegde gegevens blijkt intengendeel dat eiser gedurende elf maanden bij verweerster gearbeid heeft zonder dat deze enige opmerking over het werk had of enige vaststelling van fysieke zwakte had gemaakt. Het is slechts door de «ontdekking» van de insputing dat eiser ineens arbeidsongeschikt werd geacht.

Verweerster is dus minstens voorbarig opgetreden.

Een lange duur van afwezigheid wegens ziekte kan een geldige reden tot ontslag worden, zonder dat er sprake is van willekeurig ontslag (Cass., 19 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 266; Arbrb. Bergen, 19 december 1975, *T.S.R.*, 1976, 310; Arbrb. Nijvel, 12 april 1985, *J.T.T.*, 1986, 67). Eveneens herhaalde opeenvolgende ziekteperiodes (Arbh. Luik, 19 december 1984, *J.T.T.*, 1985, 225, *Jur. Liège*, 1985, 316; Arbrb. Nijvel, 13 januari 1984, *J.T.T.*, 1986, 413).

Doch in de onderhavige zaak is dit niet het geval. Eiser werd eerder bij wijze van voorzorg dan uit noodzakelijkheid ontslagen. Niets laat echter vermoeden dat eiser veel afwezig zou zijn geweest ten gevolge van zijn ziekte en niets bewijst dat het werk voor hem te zwaar zou zijn uitgevallen. Geen enkel medisch advies verklaarde eiser ongeschikt voor zijn arbeid.

Eiser, die zich op lovenswaardige wijze op 53-jarige leeftijd ingespannen heeft om aan werkloosheid te ontsnappen, heeft tot de laatste dag van zijn tewerkstelling zijn werk naar behoren verricht.

Er was op 17 januari 1985 geen geldige reden in verband met de gezondheidstoestand van eiser aanwezig om hem te ontslaan.

Het ontslag was derhalve willekeurig.

(...)

REACTIE

A. Euthanasie — Rechtsethische beschouwingen — Een reactie

1. Het artikel van F. Van Neste s.j. (*R.W.*, 1986-87, 209-214) is om meer dan één reden merkwaardig. Het is tevens bewonderenswaardig omdat bij mijn weten het de eerste maal is dat een katholiek gezagdrager expliciet de legitimiteit fundeert voor de behandelende geneesheer om in naam van de menselijke waardigheid euthanasie toe te passen.

Deze houding is merkwaardig omdat het absoluut verbod van interfereren in Gods levensplan nu gemodereerd wordt door aan de geneesheer een verantwoordelijkheid toe te kennen zodat hij in geweten — ook als hij katholiek is — een einde kan maken aan nutteloos lijden.

Tot vandaag kon alleen instemming betoond worden vanuit kerkelijke gezaghebbende bronnen met kritiek op medisch achternemen: een dokter hoefde niet tot elke prijs en tot de laatste technologische snufjes een leven te verlenen. De heer Van Neste gaat duidelijk een stap verder: een dokter mag *actief* ingrijpen om een einde te maken aan menselijk onwaardige situaties.

2. Over dit principe ben ik het volledig eens met de heer Van Neste, ook in zijn gevolgtrekking. De volle verantwoordelijkheid berust bij de geneesheer, die uitgaat van zijn medische ethiek en bewust een keuze maakt in naam van de menselijke waardigheid al dan niet een lijdend mens actief te verlossen uit een uitzichtloze toestand. De mens — en nu citeer ik — komt er groter uit als hij zelf in volle verantwoordelijkheid mag en kan uitmaken wat het meest aangewezen is. In rechtsregels omgezet gaan de schakeringen van het ethisch oordeel verloren.

3. Nu verworpt de heer Van Neste echter deze eigen vooropstelling wanneer hij op onderzoek gaat naar de mogelijkheid euthanaserend handelen te funderen op een recht op zelfbeschikking.

Zijn tegenargumenten steunen hierop:

— een recht (in casu een subjectief recht) stelt zich ten aanzien van de ander die dit recht dient te eerbiedigen. De ander dient, zo zegt de auteur, ervoor te zorgen dat de rechthebbende aan zijn recht komt;

— de auteur heeft bezwaar tegen het «zelf», waarbij dit zelf als een zaak wordt beschouwd;

— dit recht brengt mee dat de mens macht heeft over het einde van zijn leven, maar, zo zegt de auteur, het recht op de dood, is kleinerend voor de mens, zoals een recht op terreur of op onrecht;

— euthanaserend handelen wordt gebanaliseerd omdat het gelijkgesteld wordt met alle andere therapeutische ingrepen; in deze context plaatst de auteur het voorstel tot wijziging van het Nederlands Strafwetboek.

Ik wil argument per argument tegenspreken:

4.1. Het is niet de bedoeling van de voorstanders van het recht op euthanasie, dat de behandelend geneesheer verplicht zou worden over te gaan tot euthanaserend handelen. Integendeel, het recht op zelfbeschikking wordt rigoreus verdedigd voor elk individu, ook voor een geneesheer. Wat gevraagd wordt, is dat de patiënt, die voor zichzelf uitgemaakt heeft dat verder leven zinloos is geworden, in

de mogelijkheid verkeert op medisch verantwoorde wijze, zelf een einde kan maken aan dat zinloos leven. Constructies zijn mogelijk en concreetiseerbaar: het ter beschikking stellen van juiste, effectieve, niet-agressieve chemische middelen, mits met volledige en duidelijke informatie over de gevolgen van het gebruik ervan. Het zelfbeschikkingsrecht is zo geen subjectief recht maar een objectief recht op informatie en op toegang tot de middelen (Bernheim J., «De beleving van de levensbedreigende ziekte», in *Nota's lezingencyclus Brugge*, Brussel, 1981).

4.2. Het «zelf» is niet te verdingelijken maar is precies de dynamische factor in elke persoon: het is de motor van de zelfontplooiing, het procesmatige in elk uniek wezen dat in de exploratie van de mogelijkheden, zich toetst aan de reële situatie van zijn menszijn. Zoals helden de eigenheid overstijgen door op bepaalde momenten te kiezen voor «hogere» waarden, zo kan ieder individu zijn situatie toetsen aan zijn omgeving en komen tot het bewust besluit dat zijn ontplooiingskansen nihil zijn.

Het zelf is het vermogen van nabijheid en afstand ten overstaan van de wereld. Dit proces is zeker niet de verzakelijking van een individu, integendeel. In die zin, en hier zal de katholieke auteur wellicht grondig van mening verschillen met de vrijdenker, heeft iedere mens, individueel, het vermogen zichzelf te situeren in zijn groep. Deze verantwoordelijkheid dient niet teruggeworpen te worden op een geneesheer, die als een God, de verantwoordelijkheid van de ander zal bepalen.

Ieder mens kan die voor zichzelf bepalen in relatie met de wereld waarin hij functioneert. Deze «enculturatie» is eigen aan de geschiedenis van elke mens en bepaalt zijn waarde in die geschiedenis (Vanlandschoot, J., «Over betrokkenheid en distantie bij leven en dood», in: Dethier, H. (red.), «Secularisatie, religie, vrijzinnigheid», *Tijdschrift van de Studie van de Verlichting van het Vrije Denken*, Brussel, 1987, nr. 1 — in druk).

4.3. Het recht op zijn eigen dood is niet kleinerend, want dood gaan we allemaal. Doodgaan is niet een einde maken aan alle menselijke relaties, want alle mensen staan in relatie met hun doden. De waarde van die relatie over de dood heen, maakt het waard de eigen dood te kiezen. Ik heb geen perspectief over een nieuw leven na de dood, ik heb wel perspectief op een waardevol zelfbeeld ten overstaan van de anderen na mijn dood. Het is merkwaardig dat de heer Van Neste zo een negatief en «doods» beeld heeft van doodgaan. Wanneer zijn beeld van de dood als negatie van alle relaties correct zou zijn, hoe verklaart hij dan de betekenis van Christus' dood? Maar, die theologische discussie wens ik niet aan te gaan met een eminent vertegenwoordiger van de sociëteit van dezelfde Jezus.

4.4. Natuurlijk hebben we niet het recht op alles wat in onze macht ligt. Wat wel in onze mogelijkheden ligt, is het zingeven aan onze eigen gedragingen, dus ook aan ons eigen sterven. Dit is niet zomaar een bagatel, want irreversibel, eenmalig en definitief — althans voor mij. Nu neemt de auteur aan dat de mens groter wordt als hij zelf in volle verantwoordelijkheid mag en kan uitmaken wat het meest aangewezen is. Deze verantwoordelijkheid wenst hij niet om te zetten omdat schakeringen van het ethisch oordeel verloren zouden gaan. Maar waarom geeft de auteur deze kans tot grote daden wel aan de geneesheer en niet aan de patiënt zelf? Creëert hij zo niet een nieuwe Godsfiguur,

niet meer de Vader maar de Dokter, die zal beslissen over wat waardig leven en sterven is? Ik ben niet zo pessimistisch in mijn mensbeeld: de dokter is de hulpverlener, de heel-maker, niet in de betekenis dat hij bepaalt wat een mens nodig heeft, noch hoe de mens «heel» is, maar wel de mogelijkheid biedend aan die patiënt zich bewust te zijn of te worden wat zijn situatie in zijn omgeving is, welke mogelijkheden die situatie hem nog biedt, welk perspectief hij heeft om in zijn situatie nog zinvol te zijn als een zich zelf-ontplooiend wezen.

5. Zo ook pleit deze auteur, vanuit andere levensbeschouwingen, voor het centraal stellen van het menselijk geweten en de menselijke mogelijkheden. Ik ook verwerp argumenten van eugenetisch-politiek en economische aard omdat die in mijn wereld- en mensbeeld aan het fundamenteel recht op geluk, op leven, op gezondheid en op welzijn van ieder individu ondergeschikt blijven.

T. Van Loon

Wetenschappelijk medewerker Vrije Universiteit Brussel
moraalwetenschappen - criminologie

B. Reacties op Van Neste en Van Loon

Hugo Van Den Enden duidt drie morele waarden aan die in het debat over waardig sterven en vrijwillige euthanasie centraal staan (H. Van Den Enden, «Waardig sterven en vrijwillige euthanasie in het licht van het menselijk zelfbeschikkingsrecht», *De Moralist*, p. 31, m.i., februari 1986, nr. 149, pp. 233-237).

De eerste waarde is die van de *menselijke waardigheid*, de tweede immoraliteit van elke *artificiële instandhouding of verhoging van uitzichtloos lijden*. De derde meest fundamentele waarde is het *zelfbeschikkingsrecht* over leven en sterven. Niemand kan immers voor anderen uitmaken wat wel en niet met de waardigheid van hun persoon in overeenstemming te brengen is, noch wat binnen of buiten de grenzen van aanvaardbaar leed valt. Het zelfbeschikkingsrecht wordt dus voorondersteld bij de waarde van menselijke waardigheid en het eventueel in stand houden van uitzichtloos lijden. Het is dan ook eigenaardig dat Van Neste in zijn argumentatie de zelfbeschikking loskoppelt van het uitzichtloos lijden en de menselijke waardigheid. Waarom? Dit leidt tot moeilijkheden zoals Van Loon in 4.1 en 4.2 aangetoond heeft. Meer nog, het brengt Van Neste ertoe (om uitzichtloos lijden en waardigheid te redden) een arts/patiënt-relatie te construeren, waar er van gelijkwaardigheid geen sprake is. Iets wat bij het aannemen van het zelfbeschikkingsrecht voor de patiënt (de mens) minder problemen zou opleveren.

Deze vraag is: waarom weigert Van Neste het zelfbeschikkingsrecht? Kon hij zich geen relatie tot God indenken waar individuen als autonome wezens hun eigen zinsgevingsproces kunnen bepalen?

— Voor Van Neste kan het recht maar betrekking hebben op een of andere relatie, vooronderstelt relatie en is wezenlijk relatiebevorderend, het zogenaamde recht op zelfbeschikking vooronderstelt de negatie van alle relaties en zo ontstaat een innerlijke tegenspraak.

Dat lijkt me niet juist of beter 't is maar hoe je het bekijkt: een patiënt die gebruik maakt van zijn zelfbeschikking is toch relationeel bezig!

Maar ook de definitie van recht van Van Neste lijkt me niet juist. Recht is niet enkel wat hij opnoemt, recht is ook het uitdrukken van machtspositie, het installeren van onderdrukking, het negeren van alle relaties...

— Het lijkt me naar het handelingsniveau van de arts die in Van Neste's oplossing binnen de medische ethiek moet oordelen en handelen onjuist de stok achter de deur te houden van de «strafbaarheid van actieve euthanasie». Het is zeer de vraag of artsen zullen durven handelend op te treden in die situatie; de praktijk zal min of meer in het duister plaatsgrijpen en de patiënt zal slechts bij toeval (als hij bij de goede arts terecht komt die helpt) geholpen worden. Door zelfbeschikking i.v.m. vrijwillige euthanasie af te wijzen en toch een oplossing te suggereren komt de arts dubbel onder *druk* te staan, enerzijds blijft alles wat actieve euthanasie is strafbaar, anderzijds mag hij van Van Neste de menselijke waardigheid en het uitzichtloos lijden niet negeren (hij *moet* actief ingrijpen).

Hoe weet de arts of hij te actief of te weinig actief bezig is. Een wettelijke regeling die het zelfbeschikkingsrecht erkent, lijkt de beste uitweg uit Van Nestes impasse. Daar pleit Van Loon voor.

Jaak Vanlandschoot
Moraalwetenschappen - Vrije Universiteit Brussel

C. Naschrift

Allereerst wil ik de heren T. Van Loon en J. Vanlandschoot zeer oprecht bedanken voor de welwillende aandacht die zij besteedden aan mijn bijdrage over euthanasie. In het hier volgend antwoord op hun reacties zal ik eerst hun bezwaren behandelen en dan in een slotbeschouwing mijn standpunt ter zake nog wat toelichten.

a. Antwoord op de bezwaren

Ik heb begrepen dat de meeste bezwaren betrekking hebben op mijn kritiek omtrent de theorie van het *recht* op zelfbeschikking. In nrs. 2 e.v. van mijn bijdrage had ik erop gewezen dat men, op grond van deze theorie, regelrecht naar de erkenning gaat van een *subjectief recht* op euthanaserend handelen. Ik heb rechtsfilosofische bezwaren (nrs. 3 en 4) tegen dit nieuw subjectief recht en wijs ook op de verregaande gevolgen die de erkenning van dit subjectief recht kan hebben op de mentaliteit én de beleving en houding van de mensen t.o.v. ziekte en lijden en dood (nr. 5).

— In zijn reactie (onder 4.1) stelt de heer T. Van Loon dat het zelfbeschikkingsrecht niet moet worden begrepen als een subjectief recht maar als «een objectief recht op informatie en op toegang tot de middelen». Ik zou hierop antwoorden: als het zelfbeschikkingsrecht uiteindelijk niet meer betekent dan een recht op informatie, waarom moet dan *per se* dit nieuwe begrip gelegitimeerd worden? Maar ik ben niet zo zeker dat de voorstanders van het zelfbeschikkingsrecht met dit begrip niet meer dan dat bedoelen.

— In 4.2 legt de heer T. Van Loon uit wat het «zelf» betekent, en meent dat ik eigenlijk bezwaar heb tegen dit begrip. Ik ben wel wat verwonderd over deze reactie: ook voor mij is het «zelf», de kern van de persoon, de vrijheid en de mogelijkheid tot zelfontplooiing; en de zelfbepaling

of zelfdeterminering, in de betekenis van *zelf vrij* mogen *beslissen* wat men doet of niet doet, vloeit voort uit de zedelijke autonomie van de persoon. Ik heb er echter bezwaar tegen dat volgens de theorie van zelfbeschikking het begrip «beschikken», in het geval van euthanaserend handelen, eigenlijk een zakenrechtelijke betekenis krijgt, en neerkomt op zelf-doden, en t.o.v. het *recht* op zelfdoding heb ik inderdaad een aantal rechtsfilosofische bezwaren besproken onder nr. 4 van mijn bijdrage.

— Volgens 4.3 zou ik een negatief en «doods» beeld hebben van doodgaan. Ik moet toegeven dat ik als mens niet zonder meer opgetogen ben over het doodgaan, maar in nr. 5 van mijn bijdrage, *in fine*, ga ik ervan uit dat de mens in ziekte en lijden en dood als mens wellicht innerlijke hoogtepunten van menselijke ervaring kan bereiken die hij anders zelden bereikt. Vandaar mijn ongerustheid als dit belevingsmoment gebanaliseerd, gestandaardiseerd zou worden, wat het erkennen van een subjectief recht in dit verband wel eens met zich zou meebrengen.

— In 4.4 wordt mij verweten dat ik de mogelijkheid tot ethische verantwoording slechts toeken aan de geneesheer en niet aan de patiënt. Ik meen echter dat mijn tekst onder de nrs. 7 en 8 zeer duidelijk is: telkens worden arts én patiënt samen vermeld bij iedere stap in deze ethische vraagstelling. Tot in de eerste paragraaf van nr. 9 worden patiënt en arts samen vermeld. Nadien niet meer, in dit zelfde nummer, omdat het dan gaat over de eventuele deontologische en juridische verantwoordelijkheid van de geneesheer (alleen) betreffende de ethische beslissing die hij samen met de patiënt heeft genomen.

— In de reactie van de heer J. Vanlandschoot wordt de vraag gesteld: «Waarom weigert Van Neste het zelfbeschikkingsrecht? Kan hij zich geen relatie tot God indenken waar individuen als autonome wezens hun eigen zingevingsproces kunnen bepalen?»

Volgens de heer J. Vanlandschoot is er blijkbaar een verband tussen deze twee vragen, en zou in de tweede vraag wel eens de reden kunnen gelegen zijn waarom ik bezwaren heb tegen de theorie van het zelfbeschikkingsrecht. Mijn antwoord is: het erkennen van een verhouding tot God sluit niet uit dat de mens een zedelijk autonoom wezen is. Mijn bezwaren tegen het *recht* van zelfbeschikking zijn echter van heel andere aard (zie nr. 4 van mijn bijdrage), en we hebben niets te maken met het al of niet erkennen van een Godsverhouding.

— Ten slotte meent de heer J. Vanlandschoot dat ik terecht in een impasse, en meent dat «een wettelijke regeling die het zelfbeschikkingsrecht erkent» de enige uitweg biedt. Hierop zou ik nu in een slotbeschouwing willen antwoorden.

b. Slotbeschouwing

In het debat over euthanasie — zoals trouwens over nog menig ander onderwerp — dient duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen het zuiver ethische vlak waar het euthanaserend handelen als *gewetensvraag* wordt behandeld, en het rechtsethische (of natuurrechtelijke) vlak waar de vraag omtrent de *rechtsregeling* inzake euthanaserend handelen wordt behandeld.

In mijn bijdrage heb ik geprobeerd aan te tonen welke voorwaarden moeten vervuld zijn om euthanasie op zuiver

BOEKEN

A.J.J. SPRUYT, «Base companies»: fiscaaljuridische analyse, Brussel, Bruylant, 1986, 308 p.

Laten wij, van meet af aan en om onze verdere kritische bedenkingen in het juiste perspectief te stellen, duidelijk maken dat wij het werk interessant en leerrijk vonden. Wij zouden het ook onrecht aandoen indien we het wegens detailpunten op de korrel zouden nemen.

Zoals prof. E. Krings in zijn voorwoord, zien we de originaliteit van het werk tot uiting komen in de probleemstelling en in de verdedigde stellingen. Er wordt door de auteur en prof. Krings gewezen op het feit dat het onderwerp in de Belgische rechtsleer eigenlijk maar in één enkel tijdschriftartikel systematisch is behandeld. Het betreft ons artikel gewijd aan «De basis- en brievenbusvennootschappen in het Belgisch belastingrecht» (A.F.T., 83.4, 85—98). De auteur betreurt dat onze bespreking het begrip situeert in de sfeer van zijn aanwending in tax haven operaties en van belastingmaatregelen die ertegen worden angewend. De algemene strekking van zijn werk is integendeel dat het begrip zorgvuldig moet worden onderscheiden van de niet-wezenlijke fiscaal geïnspireerde toepassingen en de negatieve appreciatie ervan.

De boodschap van de auteur wordt reeds aangekondigd in zijn terminologie. Hij wijst erop dat de Duitse teksten spreken van «Basisgesellschaft», de Franse van «société de base», de Europese Gemeenschap van «société relais» en de Nederlandse van «basisvennootschap». Doch zelf verkiest hij de Engelse uitdrukking «base company», omdat het fenomeen zich afspeelt in het kader van het grensoverschrijdend ondernemingsgebeuren. De voorkeur voor een universele uitdrukking vormt aldus een eerste aanduiding van de bedoeling van de auteur om het begrip te omschrijven als zelfstandige constructie, los van zijn reglementering in nationale belastingwetteksten of van zijn concrete bespreking in de literatuur in termen van internationaal belastingprobleem. Omschrijvingen als «schuil(plaats)vennootschap» of «vennootschap in goedkope belastinglanden (tax havens)» (Wisselink), enz. passen niet in zijn vocabularium en definitieve stellingen.

De twee eerste hoofdstukken, gewijd aan uitweidingen over de beginselen van territoriale afbakening van het nationaal belastingrecht en aan de economische betekenis van de basisvennootschap voor het bedrijfsleven, zijn het meest uitgesponnen doch bevatten weinig nieuws. De eerste vormen een samenvatting van traditionele opvattingen van het internationaal belastingrecht, en voor de tweede is de auteur schatplichtig aan auteurs zoals Rädler e.a. Ze zijn nochtans toonaangevend voor zijn betoog voor een zuiver-economische omschrijving van het begrip in het derde hoofdstuk: geboren uit de behoefte om de internationale relatie van de uitdrukkende ondernemingsactiviteiten en -financiering te vrijwaren tegen de belemmeringen van de ruimtelijk afgebakende belastingmachtssfeer van de betrokken Staten, is deze rechtsconstructie wezenlijk gekenmerkt door een dubbele grensoverschrijdende relatie: de basisvennootschap is gevestigd in een (basis-)land buiten de belastingsfeer waartoe de controlerende belangen behoren, en ze oefent haar activiteit uit onder de beroering van nog een ander land, waarmee ze geen subjectieve band vertoont. Als dusdanig is het begrip wezenlijk economisch en vreemd aan elke fiscale appreciatie.

In een vierde hoofdstuk verstrekt de auteur nochtans een goed overzicht van de fiscale mogelijkheden van de basisvennootschap, te weten de omleiding van inkomen eventueel met omzetting van de aard ervan en het uitstel van belasting ingevolge winstaccumulatie in het basisland. Hij vermeldt ook de winstverschuivingen naar zulke basisvennootschappen toe, maar onderstreept dat deze niet specifiek zijn aan basisvennootschapoperaties. Hij staat praktisch niet stil bij het frauduleus en geveinsd gebruik ervan en bij de praktische moeilijkheid om het belastingontwijkend gedrag concreet af te bakenen tegenover de internationale belastingontduiking. Hij stelt zich tevreden met de definitieve stelling dat zijn economische versie fiscaal neutraal is en principieel onderscheiden is van het verwerpelijk fiscaal begrip van brievenbusvennootschap.

De opvattingen van de auteur zijn interessant, doch zeker niet exhaustief en niet overheersend. Er is ongetwijfeld plaats voor een

ethisch vlak te kunnen verantwoorden (zie nrs. 7 en 8). Deze voorwaarden zijn rigoureuze, maar dat mag ons niet verwonderen; we wijken immers af van het beginsel van «eerbied voor het leven» en dit afwijken veronderstelt een zeer gegronde reden die opweegt tegen het prijsgeven van een zo belangrijke maatschappelijke waarde. Heel deze gedachtengang stoelt op wat in de grote moraaltheologische traditie genoemd wordt het proportionaliteitsbeginsel. Maar deze mogelijkheid tot verantwoording op zuiver *ethisch* vlak, betekent niet dat men op *rechtsethisch* vlak meteen gaat concluderen tot de niet-wederrechtelijkheid van euthanaserend handelen in het algemeen, laat staan tot het erkennen van een subjectief recht ter zake.

Op het rechtsethische vlak waarbij naar een *verantwoording van de rechtsregeling* betreffende een bepaald handelen wordt gezocht, is in vele gevallen de hoofdvraag uiteindelijk: in welke mate moet in de rechtsregel (van wetgever of rechter) rekening gehouden worden met het *belang van allen* (het ordeningsbeginsel) en in welke mate met het *belang van het individu* (het vrijheidsbeginsel). M.a.w. hét probleem in de rechtsethiek (of het natuurrecht) is een redelijk verantwoorde dosering vinden van wat door deze beide beginselen vereist is.

Euthanaserend handelen wordt rechtsethisch in de eerste plaats beschouwd als een inbreuk op de belangrijke maatschappelijke waarde, met name «eerbied voor het leven». In het belang van allen, d.i. volgens het ordeningsbeginsel, wordt euthanasie rechtsethisch dan ook als wederrechtelijk beschouwd en traditioneel strafbaar geacht. In het strafrecht primeert immers van oudsher het ordeningsbeginsel, terecht trouwens. Toch gaan er in de rechtsethiek meer en meer stemmen op voor een strafrecht met een menselijk gelaat, d.i. men pleit ervoor dat ook het vrijheidsbeginsel aan bod zou komen. Voor het euthanaserend handelen betekent dit dat voor de *zedelijke beslissing* waartoe arts en patiënt in noodsituaties kunnen komen (vgl. nrs. 7 en 8 van mijn bijdrage), er in de rechtsregeling ruimte zou worden gecreëerd.

Het recht staat hier voor een onontgonnen terrein, moet hier nieuwe vormen van rechtsregeling vinden. Het recht, en zeker het strafrecht, heeft eeuwenlang zwart-wit gereedeneerd: alle abnormaal gedrag werd repressief behandeld. Hier wordt gepleit voor een meer humane benadering van wat, in 't algemeen, maatschappelijk abnormaal gedrag is, maar wat in uitzonderlijke noodsituaties toch ethisch verantwoord kan zijn.

Dit pleidooi voor een strafrecht met een meer menselijk gelaat, wordt door de heer J. Vanlandschoot beschouwd als terechtkomen in een impasse. De oplossing die hij voorstelt is als gedachtengang even zwart-wit als de voormalige rechtsregeling: waar vroeger het repressieve zonder meer primeerde, zou nu het permissieve zonder meer primeren. Van echte rechtsverfijning is er m.i. dan nog steeds geen sprake.

F. Van Neste

begrip dat uitsluitend in verband met bedrijfseconomische oogmerken en effecten en zonder fiscale inhoud is geconcipeerd. De vraag is alleen of zulk een begrip realistisch is in de belastingcontext. In haar gangbare betekenis is de basisvennootschap veeleer een belastinggeladen constructie, die namelijk bij de internationale (en nationale) onderneming fiscale opportuniteiten tot voornaam oogmerk of alvast tot voornaam effect heeft, en meteen voor de overheid van de betrokken landen een signaalwerking heeft. Toch hoeft de fiscale kwalificatie van zulk een constructie niet pejoratief of «emotioneel» te zijn. Internationale belastingontwijking is neutraal en wordt alleen ongeoorloofd als ze onttaardt in internationale belastingontduiking, eventueel wegens veinzing, of nog als ze door bijzondere wetgeving als ongeoorloofd ontwijkingsmaneuver wordt bestempeld. Het feit dat uiteraard meer sympathie mag worden verwacht van de wetgever van het basisland dan van die van het land waar de economische en vooral de controlerende belangen zijn gevestigd, is nog geen grond om het begrip zelf van zijn fiscale inhoud te ontdoen.

Het risico van een theoretische en wereldvreemde «belasting-naakte» begripsdefinitie als uitgangspunt, ligt vooral in het bijsturen van de besluiten de *lege ferenda* naar een abstentionistische oplossing (of zelfs belastingvriendelijke wetgeving?). Men mag aannemen dat de wetgever, bewust van de praktische uitvoeringsmoeilijkheden en de principiële bezwaren tegen elke afwijking van traditionele territorialiteitsbegrippen, een zo radicale wetgeving als de «Zugriffsbesteuerung» en ook wel de bijzondere rectificatietechnieken in de aard van de artt. 24, 46 en 250 W.I.B. alleen invoert omdat zij nodig zijn om de hem territoriaal-toehorende belastingmaterie te beschermen tegen erosiemaneuvres. De auteur is overigens wel bereid om in sommige omstandigheden een uitzondering te aanvaarden, die de invordering regelt van nationale belastingsschulden van de buitenlandse basisvennootschap in de persoon van de inlander controlerende aandeelhouders.

Het lijkt ons dat de vruchtbare fiscale discussie begint waar de abstracte en principiële problematiek van de auteur eindigt. Het is zaak om, uitgaand van een pragmatisch begrip van basisvennootschap, in het positief belastingrecht de concrete afbakening te situeren tussen zijn wettelijk en onwettelijk (doch telkens fiscaal) gebruik en, in het licht van de (in-)adequatie van de gemeenschappelijke oplossing, eventueel de implicaties van bijzondere anti-maatregelen te onderzoeken, zowel in het nationale recht als in het verdragsrecht. We keren a.h.w. terug naar de (niet-toevallige) constatering van de auteur bij de aanvang van zijn studie: hij hoorde de uitdrukking voor het eerst gebruiken in een vergadering van belastingdeskundigen waar gesproken werd over de problemen van belastingvermijding, -ontduiking en tax havens en waar een lans werd gebroken voor anti-maatregelen in nationaal en Europees verband.

Deze belastingproblematiek en haar concrete vertolking en oplossing in de gemeenschappelijke of bijzondere belastingwetten en verdragsbepalingen lijken ons meer wezenlijk, realistisch en vruchtbaar in de fiscale context, dan het zoeken naar de bestanddelen van een belastingschoon begrip, hoe interessant deze conceptuele zoektocht ook moge zijn in andere opzichten. Zeker is de economische versie geen vereiste voor een «gedesemotionaliseerde en serene» approach tot de fiscale problematiek, waarin overigens ook de eventuele economische en technische bijdragen van de constructie als relevante omstandigheden kunnen worden erkend.

In deze optiek ging onze belangstelling vooral uit naar de hoofdstukken inzake de behandeling van het begrip in internationale en nationale werkzaamheden.

De op fiscaal gebied actieve internationale organisaties situeren de basisvennootschap wel degelijk in de problematiek van de internationale belastingontwijking, -ontduiking en belastinghavens. De auteur betreft deze negatieve benadering in het EEG-holdingrapport (1973) en de daarin aanbevolen anti-maatregelen. Hij is nog niet bekend met het rapport van het OESO-Comité van Fiscale Zaken, dat zeer specifiek gewijd is aan het misbruik van belastingverdragen vanwege de «société relais» zoals vanwege de «société-écran». Hij zal door deze associatie van beide structuren in een gemeenschappelijke negatieve belastingbeoordeling allicht even erg gestoord zijn als door onze gezamenlijke bespreking van de basis- en brievenbusvennootschap. Het valt overigens op dat deze fiscale probleemstelling van het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen via de basisvennootschap ten enenmale ontbreekt in zijn studie. Deze basisvennootschapaanwending werd nochtans vroeger

behandeld in de — door de meeste landen zonder voorbehoud onderschreven en intussen toegepaste — uitleg door het OESO-Comité voor Fiscale Zaken van de verdragstermen «uiteindelijk gerechtigde» («beneficial owner») (Commentaar tot het Modelverdrag 1977, art. 10, § 21). Het is manifest dat de fiscale ontleding en negatieve appreciatie en beteugeling van het fenomeen door de internationale organisaties en door de verdragslanden (zowel bron- als domiciliestaat) niet passen in de zuiver economische wezensuitleg en abstentionistische conclusies van de auteur.

Hetzelfde is waar voor de nationale werkzaamheden. De auteur ontsnapt niet aan de vaststelling dat het fenomeen praktisch uitsluitend in de belastingwetgeving en dito -rechtspraak en -rechtsoleer is omschreven. Hij doet een poging om de negatieve appreciatie in het land van de controlerende belangen te ontzenuwen en tegen te stellen aan de positieve invalshoek van het basisland. Zijn pleidooi wordt zeker niet gesteund door de Amerikaanse en Duitse (verweer-)wetgeving, die hij overigens maar zeer summier beschrijft. Maar ook zijn analyse van de Belgische wetgeving lijkt ons georiënteerd en weinig overtuigend.

Vanuit de optiek van België als land van economische belangen en bedrijfsactiviteiten betrokken in triangulaire base-company operaties, ontwaart de auteur geen echt specifieke wetgeving. Maar waar gemeenschappelijke belastingregels toegepast worden, had de auteur in de administratieve praktijk en zelfs in de rechtspraak inzake Belgische inrichting concrete aanwijzingen kunnen vinden van de grotere achterdocht tegenover Belgische activiteiten via basis- (en brievenbus-)vennootschappen in vluchtlanden. De auteur geeft ook toe dat ook het eerste lid van de artt. 24 en 46 W.I.B. wel geen uitsluitende maar toch geliefkoosde toepassing vindt op verichtingen met basisvennootschappen, al dan niet getypeerd aan de hand van zijn definitie. Een zelfde achterdocht is nawijsbaar in de wet van 19 juli 1979 houdende bijzondere taxatie van het inkomen van onroerende goederen te lande van buitenlandse rechtsconstructies en uitdrukkelijk in de wet van 25 juni 1973 die aan de artt. 24 en 46 W.I.B. een tweede lid toevoegde. Ofschoon dit lid geen verbondenheid vereist, had onze wetgever met deze uitbreiding zeer uitgesproken de basisvennootschappen in de tax havens voor ogen. Voor de auteur is deze laatste notie nog verschillend van de wettelijke terminologie (elk land waar de inkomsten aan een aanzienlijk gunstiger belastingregeling zijn onderworpen); maar dit onderscheid lijkt ons semantisch en wordt niet gevolgd door de Administratie die deze bepaling uitvoerde door middel van een voorlopige lijst van «vluchtlanden». Het is betekenisvol dat de minister van Financiën, in antwoord op parlementaire vragen, in de bepalingen van de artt. 24, 46 en 250 W.I.B. zelfs een verwantschap ontdekte met de strekking van de Duitse anti-basisvennootschapwetgeving.

In de wetgeving op de coördinatiecentra (K.B. nr. 187) wordt België dan wel gepropageerd als basisland voor basisvennootschapsoperaties. Om dit positieve inzicht te staven en op zijn definitie toe te passen, legt de auteur het tewerkstellingsvereiste uit, niet als een wezenlijke bepaling van deze wetgeving, doch als een middelje om aan gebeurlijke verwijten van derde landen te ontkomen (op dezelfde voet als de belasting van de voordelen verleend aan zulke centra, hetgeen dan weer een negatieve belastingappreciatie van het fenomeen inhoudt zelfs waar België als basisland optreedt). Voor hetzelfde doeleinde onderstreept hij de dubbele grensoverschrijdende relatie van deze centra; al beoogde de wetgever de vestiging in België van ondernemingen en de ontwikkeling van inwaartse investeringen, en al slaat het KB-vereiste van het internationaal karakter niet op de centrum-activiteit maar alleen op de groep, die overigens Belgisch mag zijn mits zij (vooralsnog) alleen voldoet aan de luttel voorwaarde dat zij één enkele verbonden onderneming in het buitenland bezit.

Doch het is vooral als het land van de controlerende belangen in basisvennootschap-operaties dat België normaal fiscaal kwetsbaar is en dat de belastingwetgeving deugdelijk moet zijn. Het afscheidingseffect zou nochtans bij ons nooit een punt van discussie zijn geweest. Dit zou niet alleen volgen uit de uit het privaatrecht afgeleide erkenning van fiscaal recht. Het zou ook nog fiscaal versterkt zijn door de vrijstelling naar verdrag van sommige inkomsten van in België gevestigde personen, die aldus volgens het territorialiteitsbeginsel i.p.v. het universaliteitsbeginsel belast worden; en door de logica en de samenhang die men mag verwachten van de Belgische wetgever, die de coördinatiecentra begunstigt waar België als basisland optreedt. Deze redenering kan ons niet overtuigen.

Wij onderschrijven het inzicht dat een anti-wetgeving, gelet op haar praktische uitvoeringscomplicaties en afwijking van traditionele territorialiteitsregels normaal onwenselijk is. Doch alleen voor zover en zolang de gemeenrechtelijke regeling toereikend is om basisvennootschapoperaties binnen redelijke grenzen te houden. Wij vinden in sommige recente administratieve en jurisprudentiële beslissingen, doch niet bij de auteur, concrete aanduidingen dat in het «imbroglio» van sommige basisvennootschapoperaties de af-scheiding minder *de plano* en sacraal wordt aanvaard, hetzij in opzicht van het afzonderlijk bestaan van de rechtsconstructie tegenover de persoon van haar Belgische oprichter-eigenaar-bestuurder, hetzij in opzicht van haar personele extraneïteit (feitelijke werkelijkheid van buitenlandse zetel). En de rappe verspreiding van specifieke, op «Zugriffbesteuerung» berustende, verweer-wetgeving in vele landen blijft niet zonder echo in België. Zelfs onze parlementariërs beginnen onze minister van Financiën te ondervragen over de frequentie van deze handelwijze van Belgische ondernemers en de wenselijkheid van een systeem als in Amerika, Frankrijk, West-Duitsland, Groot-Brittannië, Canada en Japan (Vr. nr. 109, 10 februari 1986, Anthéunis). Onverminderd de principiële afwijzing, hadden we graag een bespreking gelezen over de positiefrechtelijke implicaties en concrete toepassingsmoeilijkheden in ons belastingrecht van zulk een stelsel, dat eventueel gepaard zou gaan met een wijziging van het DBI-stelsel voor dividenduitkeringen door buitenlandse basisvennootschappen aan Belgische groepen.

Daarmee zij zeker niet verstaan dat wij zulk een wetgeving als een onvermengde weldaad zouden verwelkomen. Alleen menen we, ook na de lezing van het betoog van de auteur en in lijn met de overheersende hedendaagse nationale en internationale opvattingen, dat de fiscale problematiek van dit algemeen verspreide verschijnsel en tegelijk de appreciatie ervan als internationale belastingontduiking of -ontwijking, niet uit de weg worden gegaan door middel van een conventionele, belastingnaakte definitie ervan of een zelfstandige en universele terminologie. Het is wel juist dat in deze gemeenrechtelijke appreciatie, zoals eventueel ook in de discussie van de opportuniteit van bijzondere belastingwetgeving, zal gelet worden op de positieve bijdragen o.a. voor het bedrijfsleven, die deze rechtsconstructie kunnen schragen en die voortreffelijk in het voorliggend werk zijn beschreven.

Luc Hinnekens
Buitengewoon hoogleraar UIA

BALIE

Conferentie van de Jonge Balie te Ieper — Samenstelling van het bestuur

Voorzitter: mr. Sylvain Colaert; secretaris: mr. Johan Houtman; penningmeester: mr. Marie-Christine Durieu; past-voorzitter: mr. Michel Ryde.

MEDEDELINGEN

Prijs van de Auschwitz-Stichting 1987

De Auschwitz-Stichting, studie- en documentatiecentrum heeft beslist een «Prijs van de Auschwitz-Stichting» uit te schrijven ter nagedachtenis van de slachtoffers van de concentratiekampen onder het nazisme. Deze prijs bedraagt 50.000 fr. en zal uitgereikt worden ter bekroning van een onuitgegeven en origineel werk dat een belangrijke bijdrage levert tot het politiek, economisch, sociaal en historisch onderzoek van de nazi-concentratiekampen.

Voor 1987 suggereert de Auschwitz-Stichting het onderwerp «België en het Proces van Nuerenberg» (Studie van de Belgische

publieke opinie en de specifieke Belgische bijdrage tot dit proces). Dit onderwerp is gekozen in verband met de 40ste Verjaardag van de uitspraak van het Proces van Nuerenberg (1 oktober 1946), waaraan de Auschwitz-Stichting een zo groot mogelijke ruchtbaarheid wil geven.

De Auschwitz-Stichting beschikt over een wel gevulde bibliotheek en een documentatiecentrum, alsook over competente wetenschappelijke medewerkers. De Stichting kan aldus op een efficiënte wijze bijdragen tot de research en de opzoekingen van de wed-strijddeelnemers.

Voor alle verdere inlichtingen betreffende het reglement van de «Prijs van de Auschwitz-Stichting» en van de voornoemde wedstrijd, gelieve men zich te wenden tot het secretariaat van de Auschwitz-Stichting, Huidevettersstraat 65, 1000 Brussel, tel. 02/512.79.98.

BERICHTEN

Recht en economie

Op 21 november 1986 organiseert de Handelshogeschool Antwerpen een werkvergadering «Recht en Economie». Er worden vijf rapporten gepresenteerd, waarover in parallele werksessies wordt gediscussieerd. De onderwerpen zijn:

Dr. B.A. Wickström, Universiteit Bergen: «The Scandinavian Social Security System. Present state and future prospects».

Dr. J.C. Bongaerts, Wissenschaftszentrum Berlin: «Milieuschade en Verzekering».

Prof. dr. G. Skogh, Universiteit Lund: «Liability and Direct Regulation of Safety».

Prof. dr. D. Heremans, K.U.Leuven: «De noodzaak van een Belgische Economische en Monetaire Unie».

Prof. dr. G. Priest, Yale University Law School: «Modern Tort Law and the Insurance Crisis».

Tijd: 14.00-18.00 uur.

Plaats: Generale Bankmaatschappij aan de Meir, ingang Wap- per, Antwerpen.

Inlichtingen: mevr. Vera Kiekens, tel. 03/232.74.52.

Studiedagen Arbeidsrecht Antwerpen 1987

Aan de redactie van dit tijdschrift werd een vooraankondiging toegezonden, waaruit zou blijken dat de «Studiedagen Arbeidsrecht Antwerpen» enkel door de U.I.A. worden georganiseerd. We wensen dit recht te zetten en te onderstrepen dat het gaat om een gezamenlijk initiatief van het Arbeidshof te Antwerpen, de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen en het Departement Rechten U.I.A., onder het algemeen voorzitterschap van M. Van Coppenolle, eerste voorzitter bij het Arbeidshof te Antwerpen.

M. Rigaux

ERRATA

Merk

In het arrest van het Hof van Cassatie, 7 maart 1986, *R.W.*, 1986-87, 479, dient de eerste zin van de eerste overweging als volgt te worden gelezen:

«Overwegende dat het arrest, hoewel het oordeelt dat de drie door eiseres gedeponeerde merken 'Centre Lessive St. Marc', 'Onderhoud St. Marc' en 'St. Marc Ménage', enkel 'waren en niet de herkomst aanduiden', niettemin aanneemt dat die merken rechts-geldig zijn;

TIJDSCHRIFTEN

Rechtsgeleerd magazijn Themis, 1986

nr. 3,

Nieuwenhuis, J.H., Redactionele kanttekeningen: de stelling van Protagoras; Van Engelen, B.J., De rol van de wettelijke gedragsnorm bij het onrechtmatigheidsoordeel op grond van artikel 1401 B.W.; Boekbeshouwingen; Van Veen, Th. W., Krabbe, H.G.M. en Balkema, J.P., Kroniek van het strafrecht over 1985.

Recueil général de l'enregistrement et du notariat, 1986

maart,

X., noot onder Rb. Brugge, 14 mei 1985 (internationaal privaatrecht en huwelijksvermogensregime — echtgenoten van Nederlandse nationaliteit die in België zonder huwelijkscontract zijn gehuwd en zich hier definitief hebben gevestigd — toepassing van de Belgische wet).

april,

A.C., noot onder Gent, 19 december 1985 (registratierechten — kleine landbouwonderneming — begrip).

mei,

A.C., noot onder Cass. fr., 4 juli 1985 (rechten en plichten tussen echtgenoten — depositorekening geopend op naam van een van de echtgenoten — overlijden van deze echtgenoot — gevolgen); A.C., noot onder Rb. Marche-en-Famenne, 7 november 1985 (verkoop op lijfrente — uitdrukkelijk ontbindend beding — beding dat, in geval van ontbinding, de achterstallen en het reeds betaalde gedeelte van de prijs in kapitaal, aan de verkoper zullen verworven zijn als schadevergoeding — nietig).

Revue trimestrielle de droit civil, 1986

nr. 1, januari-maart,

Topor, L., La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil; Chaumette, P., La subrogation personnelle sans paiement?; X., Bibliographie des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires; Jurisprudence française en matière de droit civil: Rubellin-Devichi, J., Personnes et droits de famille; Mestre, J., Obligations en général; Huet, J., Responsabilité civile; Rémy, P., Contrats spéciaux; Patarin, J., Successions et libéralités; Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé: Normand, J., Organisation judiciaire et juridiction; Perrot, R., Procédure, jugements et voies de recours; Zénati, F., Législation française et communautaire en matière de droit privé (17 octobre - 29 décembre 1985); Najjar, I., Chronique de droit privé libanais (1982-1984).

Tijdschrift voor agrarisch recht, 1986

nr. 1, maart,

Hudault, J., Propriété et exploitation dans l'évolution récente de la législation agricole française; Hofkens, F., Organisation juridique des agriculteurs en vue de la mise sur le marché de la production, Rapport national belge.

nr. 2, juni,

Vanavermaete, P., Grasduinen in landelijk zakenrecht.

Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht, 1986

nr. 2, maart-april,

Couwenberg, S.W., Realistische contra traditionele staatsrechtbeoefening; Van Impe, H., Is het wenselijk in België een Grondwettelijk Hof op te richten?; Coppens, A., De nieuwe reglementering op de gewetensgezwaarden; Mulder, L., Artikel 6, lid 1, E.V.R.M.: De Nederlandse garagehouder en de Belgische artsen; Berckx, P., Vlaamse Gemeenschap en Gewest; Berckx, P., Kroniek Onderwijs; Daenens, M., Kroniek Gemeentewezen; Daenens, M., Kroniek O.C.M.W.; De Roover, W., Uittreksel uit het verslag voor R.v.St., nr. 24.667, 21 september 1984, inzake Buyle t/B.R.T. (journalisten van de B.R.T. — deontologie — objectiviteitsplicht); X., noot onder R.v.St., nr. 24.937, 20 december 1984, inzake Broeckx t/ Belgische Staat (havenarbeiders — intrekking van de erkenning — juridische aard — burgerlijk recht in de zin van art. 6 E.V.R.M.); Van Assche, W., Advies voor R.v.St., nr. 25.852, 14 november 1985, inzake Micholt en Martens t/ Bestendige Deputatie Provincie West-Vlaanderen (krankzinnigenwet — invrijheidstelling gecolloqueerde — bevoegdheid voorlopige bewindvoerder); Ceuleurs, J., Objectiviteit in de radio- en televisie-

nieuwsuitzendingen; Raad van State, afdeling administratie, advies inzake de gewetensbezwaarden.

nr. 3, mei-juni,

Alen, A., De «bijzondere machten»: een nieuwe «besluitenregering» in België?; Bocken, H., Laurijsen, L. en Vanden Bon, A., Het juridisch statuut van de verwerver van giftig afval; Kistenkas, F., Voorontwerp tot herziening van de Woningwet in Nederland; Berckx, P., Vlaamse Gemeenschap en Gewest; Ghesquière, N., Statuut overheidspersoneel: het begrip «graadancienniteit» in de regionale openbare instellingen; Berckx, P., Kroniek Onderwijs; Daenens, M., Kroniek Gemeentewezen; Daenens, M., Kroniek O.C.M.W.

nr. 4, juli-augustus,

Steiger, H., Abstracte normtoetsing door het Bundesverfassungsgericht; De Reede, J.L., De aan de gang zijnde grondwetsherziening in Nederland; Berckx, P., Vlaamse Gemeenschap en Gewest; Berckx, P., Kroniek onderwijs; Daenens, M., Kroniek Gemeentewezen; Daenens, M., Kroniek Provincie; Daenens, M., Kroniek O.C.M.W.; Velaers, J., Het taalgebruik en de taalkennis van de gemeentelijke overheid in het Nederlands taalgebied na het arrest van het Arbitragehof van 26 maart 1986.

Tijdschrift voor notarissen, 1986

nr. 3, maart,

Vanderslagmolen, L., Het recht van bewoning ter voldoening van de onderhoudsplicht: burgerrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten.

nr. 4, april,

Boes, M., Stedebouwkundige voorschriften en privaatrechtelijke erfdienstbaarheden; Lamot, B., Terugvordering van het O.C.M.W. op de begunstigde en naastbestaanden. Vade-mecum voor notarissen.

nr. 5, mei,

Du Faux, H., Huwelijksgift en standverschaffing in verband met het nieuw wettelijk huwelijksstelsel; Bouckaert, F., noot onder Cass., 6 maart 1986 (natuurlijke afstamming — strijdigheid van art. 756 B.W. met art. 8, lid 1, E.V.R.M. — geen rechtstreekse werking); Bouckaert, F., noot onder Gent, 16 december 1985 (aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken die men onder zijn bewaring heeft — omvallen van boom bij stormweer — geen overmacht — toezicht op de boom door vruchtgebruiker overgedragen aan pachter — pachter aansprakelijk als bewaarder); Bouckaert, F., De wet van 21 februari 1985 op het bedrijfsrevisoraat en de overgangsbepalingen. Draagwijdte van het K.B. van 7 april 1-86.

De Verzekering, 1985

nr. 3, september-december,

Ernault, J., Les assurances et le droit de la faillite; Forges-Grignard, P. en Van Gossum, L., L'assujettissement à la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail; L.V.G., noot onder Arbh. Luik, 19 november 1981 (arbeidsongeval — aan clepsie lijdende werknemer die op het werk in mekaar stort — val niet verzwaard ingevolge het werk — geen arbeidsongeval); L.V.G., noot onder Cass., 21 maart 1984 (arbeidsongeval — regresvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar tegen de aansprakelijke derde — vergoedingen wegens tijdelijke en blijvende arbeidsongeschiktheid — herstel van eenzelfde schade); L.V.G., noot onder Antwerpen, 26 november 1984 (arbeidsongeval — regresvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar tegen de aansprakelijke derde — tijdelijke arbeidsongeschiktheid — subrogatie voor de bruto-bedragen); L.V.G., noot onder Arbh. Antwerpen, 12 december 1984 (arbeidsongeval — verplichting voor de arbeidsongevallenverzekeraar de mutualiteit te verwittigen — bepaling in het belang van het slachtoffer — geen sacramentele bewoordingen vereist); L.V.G., noot onder Arbh. Brussel, 11 maart 1985 (arbeidsongeval — esthetische schade — litteken in het aangezicht — geen vergoeding in de Arbeidsongevalwet indien geen weerslag op het concurrentievermogen van de werknemer); J.R., noot onder Cass., 12 maart 1984 (gezag van gewijsde van strafvonnis — twee afzonderlijke straffen, één voor een verkeersovertreding en één wegens alcoholintoxicatie — geen noodzakelijke beslissing over het oorzakelijk verband tussen de alcoholintoxicatie en het ongeval); Inhoudsopgave jaargang 1985.