

IS HET ONDERZOEK IN STRAFZAKEN OORZAAK VAN OVERBELASTING VAN DE STRAFRECHTER ?

*Rede uitgesproken door de advocaat-generaal Juliaan OCKERS
op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent
op 3 september 1990*

I. Inleiding

1. Dertien jaar geleden werd in deze zittingzaal ter gelegenheid van de plechtige openingszitting van uw Hof het woord gevoerd door waarnemend procureur-generaal Gaston Stévigny, die het had over het beangstigend probleem van de gerechtelijke achterstand ¹.

Bij het herlezen van die vrijmoedige en openhartige openingsrede viel het mij op hoe, toen reeds, werd aangetoond dat de gerechtelijke achterstand een zodanige omvang had genomen dat de essentie zelf van het gerechtelijk ambt erdoor in het gedrang werd gebracht.

Er werd op gewezen dat er geen week voorbijging zonder dat het optreden van het gerecht, in een bepaalde, al dan niet gespecialiseerde, geschreven of gesproken pers aan de kaak werd gesteld en dat meer en meer de opinie veld won dat de rechterlijke macht deerlijk in gebreke bleef bij het vervullen van de overwegend sociale en humane taak, die de hare is.

De spreker onderzocht wat zoal aan de rechterlijke macht wordt verweten, waarbij het vijfde en laatste, niet het geringste verwijt was: de doelmatigheid van het gerecht zou veel te wensen overlaten wegens zijn al te trage werking. Een dubbel aspect kenmerkt nog steeds dit euvel: enerzijds het overmatig aantal gerechtszaken, en anderzijds het al te lang aanslepen van de procesvoering. Het eerste doet zich vooral in strafzaken voor, doordat al te veel zaken voor de strafrechter worden gebracht die op een andere wijze kunnen worden afgedaan. Het tweede aspect teistert voornamelijk de civielrechtelijke gedingen «sensu lato». Vooral in burgerlijke zaken blijft, ook nu nog, de gerechtelijke achterstand het meest onrustwekkend.

Niets liet toen vermoeden dat weldra het accent zou worden verlegd, en dat de aandacht van het groot publiek spoedig zou worden afgeleid naar enkele spectaculaire strafzaken.

Vandaag schijnt de bekommernis om de gerechtelijke achterstand, naar ik vrees ten onrechte, de plaats te moeten ruimen voor de afbrekende belangstelling die het onderzoek in strafzaken heeft gekregen nadat, zoals U allen bekend is, op 21 april 1988 een parlementaire onderzoekscommissie de opdracht kreeg om een onderzoek te doen naar de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en het terrorisme wordt georganiseerd.

Hoewel deze commissie een ontzaglijk werk heeft verricht, waarvan de echte verdiensten onvoldoende naar buiten bekend zijn, blijft het gevaar niet denkbeeldig dat haar

bevindingen misverstaan worden en tot zeer betwistbare beleidsopties aanleiding zouden kunnen geven.

2. Lezen wij niet het volgende in het verslag dat door de volksvertegenwoordigers Van Parys en Laurent, namens de onderzoekscommissie, werd uitgebracht ²:

«Het opsporingsonderzoek, zowat de belangrijkste fase in de strafvervolg, verloopt grotendeels in een juridisch vacuüm.

«Het wetboek van strafvordering dat dateert van 1808 kende het opsporingsonderzoek niet en vertrouwde de leiding van het strafonderzoek volledig aan de onderzoeksrechter toe. Tegenwoordig liggen de zaken anders. Het opsporingsonderzoek is essentieel geworden terwijl het gerechtelijk onderzoek nog slechts in een beperkt aantal gevallen wordt gevoerd.

«In de huidige toestand ligt het vervolgingsbeleid omzeggens volledig in handen van de procureur-generaal bij het Hof van beroep.

«Men is dus zeer ver verwijderd van de grondwettelijke bepaling (artikel 7) die voorschrijft dat niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en *in de vorm die zij voorschrijft*.»

Dit belet niet dat verder in het verslag wordt geschreven ³:

«In de huidige stand van de wetgeving zou het parket de leiding en de controle moeten hebben over het gerechtelijk werk van de politiediensten tijdens het vooronderzoek.»

Over de functie en de opdracht van de onderzoeksrechter wordt onder meer het volgende gezegd ⁴:

«De onderzoeksrechter heeft bovendien de bevoegdheid van officier van gerechtelijke politie. Dit tweeledig karakter blijkt een bron van problemen te zijn. Nochtans, zo zeggen sommige getuigen, kan de onderzoeksrechter de bevoegdheid van officier van gerechtelijke politie die hem in een ondergeschikte verhouding tot het parket-generaal plaatst, best missen.»

Maar er wordt ook vastgesteld dat de onderzoeksrechters overbelast zijn, hetgeen dan weer leidt tot de volgende beschouwing ⁵:

«Bepaalde zaken zouden de onderzoeksrechters uit handen moeten worden genomen, met name, volgens sommigen, door het uitbreiden van de bevoegdheden van de parketten, zodat de procureur des Konings zich kan bezighouden met de minder ernstige gevallen.»

² Kamer van Volksvertegenwoordigers, gewone zitting 1989-90, 30 april 1990, stuk 59/8-1988, p. 305.

³ Verslag namens de onderzoekscommissie, p. 305.

⁴ Verslag namens de onderzoekscommissie, p. 318.

⁵ Verslag namens de onderzoekscommissie, p. 322.

¹ G. STÉVIGNY, *Themis op de helling*, openingsrede van 1 september 1977.

Wanneer we dan nagaan tot welke besluiten de onderzoekscommissie is gekomen in verband met hetgeen in de Nederlandse tekst genoemd wordt het «onderzoek» en in de Franse tekst «l'instruction judiciaire», kunnen wij ons niet van de indruk ontdoen dat er enige begripsverwarring ontstaat; zowel de rol van het openbaar ministerie als de opdracht van de onderzoeksrechter lijken met nevelen omhuld te worden. In de optie van de onderzoekscommissie heeft de onderzoeksrechter nog enkel een controletaak, dit wil zeggen dat hij nog enkel de wettigheid van het onderzoek controleert en in het bijzonder nagaat of de rechten van het individu worden gerespecteerd, en of de bewijzen voldoende zijn. In deze optie van de onderzoekscommissie wordt de onderzoeksrechter gereduceerd tot «de rechter van het onderzoek».

In de Franse tekst wordt «le juge d'instruction» omgedoopt tot «juge de l'instruction»⁶.

II. Het begrip onderzoek in strafzaken

3. De vandaag geboden gelegenheid lijkt mij dan ook passend om ons te bezinnen over wat het onderzoek in strafzaken in ons huidige rechtssysteem eigenlijk is, en hoe dit onderzoek naar de berechting van de strafzaken leidt of toch minstens zou moeten leiden.

Ik ben daarvoor in het bijzonder te rade gegaan bij het *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale* van Jacques Hoeffler⁷. Dit meesterlijk en onovertroffen werk blijft, na meer dan dertig jaar, nog steeds actueel en moet nog immer als leidraad gelden in de doolhof van de strafrechtelijke procedureregelen. Dit boek zou door alle onderzoeksrechters, parketmagistraten en strafpleiters bestendig als onmisbare gids steeds bij de hand moeten liggen. Bij de lezing ervan zouden zij zeker de in kleine letters gedrukte teksten en de noten, die niet zelden van bijzonder belang zijn, niet over het hoofd mogen zien.

4. Hoeffler geeft de volgende definitie van het gerechtelijk strafonderzoek:

«L'instruction préparatoire, en matière pénale, est la procédure ayant pour objet d'identifier l'auteur d'une infraction, de rechercher, de recueillir et de rassembler les preuves de sa culpabilité et enfin de prendre les premières mesures judiciaires destinées à permettre et préparer l'application de la sanction pénale»⁸.

In deze definitie moet het woord «procédure» beklemtoond worden. Al te dikwijls immers wordt over het hoofd gezien dat het gerechtelijk strafonderzoek een rechtspleging is, dit in tegenstelling met het zogenaamde opsporingsonderzoek van het parket.

Het is trouwens de enige vorm van vooronderzoek die ons Wetboek van Strafvordering kent. Het wordt geleid door de onderzoeksrechter en dus, zegt prof. D'Haenens⁹, impliceert het de uitoefening van de strafvordering, omdat een rechter in de zaak betrokken wordt. Dit laatste is van doorslaggevend belang en brengt met zich mee dat dit vooron-

derzoek niet alleen een gerechtelijk karakter heeft, maar ook dat het enkel door een rechterlijke beslissing van het onderzoeksgerechtigd kan worden afgesloten.

Wanneer de procureur des Konings overeenkomstig artikel 54 Sv. de bij hem gedane aangifte, samen met zijn vordering aan de onderzoeksrechter bezorgt, en aldus de onderzoeksrechter vordert om tot een gerechtelijk strafonderzoek over te gaan, dan stelt hij meteen de strafvordering in werking. Door die strafvordering wordt dan niet alleen de onderzoeksrechter, die louter voorbereidende handelingen stelt, gesaisisseerd, maar terzelfder tijd ook het gerecht dat bevoegd is om zich over deze strafvordering zelf uit te spreken, dit is de raadkamer en eventueel de kamer van inbesluidigingstelling (voor de regeling van de procedure) en vervolgens de feitenrechter (voor de beoordeling ten gronde)¹⁰.

Daarentegen wordt het onderzoek dat door het openbaar ministerie wordt gevoerd, beter aangeduid onder de benaming «opsporingsonderzoek», een louter voorbereidend onderzoek: het is een informatie die de uitoefening van de strafvordering voorbereidt¹¹. Door het instellen van dit opsporingsonderzoek worden geen vervolgingen op gang gebracht. Integendeel, het heeft precies als oogmerk aan het openbaar ministerie de gegevens te verschaffen die het mogelijk moeten maken te beslissen of er al dan niet vervolgingen zullen worden ingesteld. Men spreekt onzinnelijke taal wanneer men zegt dat dit opsporingsonderzoek zowat de belangrijkste fase in de strafvervolgung is, nu het er niet eens deel van uitmaakt, maar noodzakelijkerwijze eraan voorafgaat. De bevoegdheid van de procureur des Konings om een opsporingsonderzoek inzake wanbedrijven in te stellen, is sedert de wet van 10 oktober 1967 uitdrukkelijk ingeschreven in artikel 138, eerste lid, Sv.

Alle daden die het openbaar ministerie tijdens dit opsporingsonderzoek stelt of doet stellen, zijn geen daden van vervolging maar daden van opsporing, ook wel eens op minder accurate wijze daden van onderzoek genoemd¹².

Men vergist zich dus wanneer men het doet voorkomen alsof men hiermee ver verwijderd zou zijn van artikel 7 van de Grondwet en dat het openbaar ministerie door het instellen van een opsporingsonderzoek rechtsonderhorigen zou vervolgen in een vorm die niet door de wet is voorgeschreven.

5. Volgens Hoeffler is het grondkenmerk van het gerechtelijk strafonderzoek dat het in zich, en in handen van één enkele magistraat (de onderzoeksrechter), taken, bevoegdheden en functies verenigt die in andere rechtsplegingen nu eens door de partijen, en in het bijzonder de eisende partij, dan weer door de rechter worden uitgeoefend¹³.

Het is in de regel het openbaar ministerie dat deze strafrechtspleging opbrengt, en dat de eisende partij is. Maar daartoe is niet vereist dat het openbaar ministerie reeds over een volledig dossier beschikt waaruit de schuld van de ver-

⁶ Verslag namens de onderzoekscommissie, p. 379.

⁷ Uitgegeven in 1956.

⁸ Hoeffler, *op. cit.*, p. 5, nr. 1.

⁹ J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, 2e druk, 1985, p. 314, nr. 407.

¹⁰ J.-H. SUTENS, «L'instruction — La Chambre du conseil», in *Les Nouvelles, Procédure pénale*, I.1, 1946, p. 385, nr. 30.

¹¹ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 314, nr. 406.

¹² Zie J. MATTHIJS, *Strafwetboek en Wetboek van Strafvordering* — V.T.Sv. art. 22; zie ook J. D'HAENENS, *op. cit.*, pp. 136 en 137.

¹³ J. Hoeffler, *op. cit.*, p. 5, nr. 1.

dachte reeds zou blijken ; het is zelfs niet nodig dat het openbaar ministerie weet wie de verdachte is.

Volgende is dat een wanbedrijf of een misdaad ter kennis wordt gebracht van het parket, opdat de strafrechtspleging in werking kan worden gesteld, waarin niet op het openbaar ministerie maar op de onderzoeksrechter de taak rust om de bewijzen op te sporen die de telastlegging zouden kunnen ondersteunen of ontzenuwen.

Deze geëigende taak van de onderzoeksrechter wordt maar al te dikwijls uit het oog verloren, wat de vele misverstanden verklaart over de onderscheiden rol die hierbij aan het openbaar ministerie en aan de onderzoeksrechter is toebedeeld.

Suetens zegt het zeer duidelijk ¹⁴: «Au ministère public est réservée la poursuite, au juge la constatation.»

In die mate dat, buiten het geval van heterdaad, de onderzoeksrechter zich niet zelf kan adïëren met een strafvordering zonder zich aan machtsoverschrijding te bezondigen.

Daartegenover staat evenwel dat de onderzoeksrechter een dubbele hoedanigheid heeft, wanneer hij als onderzoeksrechter optreedt : enerzijds de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie en anderzijds die van rechter. Het opsporen van de bewijzen is immers essentieel een daad van gerechtelijke politie, hetgeen onmiskenbaar volgt uit de tekst van artikel 8 Sv. Het hoeft dus ook niet te verwonderen dat artikel 9 Sv. de onderzoeksrechters opsomt onder diegenen die de gerechtelijke politie uitoefenen.

Men kan dus aan de onderzoeksrechter zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie niet ontnemen, zonder hem meteen ook zijn bevoegdheid tot het opsporen en vaststellen van de misdrijven en van hun bewijselementen te ontnemen.

6. Het feit dat de onderzoeksrechter handelingen van gerechtelijke politie verricht, maakt volgens Hoeffler ¹⁵ een afwijking uit op het beginsel van de scheiding der machten. Zo ook het recht van toezicht dat het openbaar ministerie heeft op deze activiteit van de onderzoeksrechter. Men zou dus kunnen geloven dat de zwaarste gebreken van het gerechtelijk strafonderzoek te maken hebben met een tekort aan bescherming van het individu tegen de willekeur van de overheid. Welnu, volgens dezelfde auteur, is daar niets van waar, om de eenvoudige reden dat zowel de belangen van de Staat als eisende partij, als de opdracht om in het strafgeding recht te spreken, toevertrouwd zijn aan een korps van onafhankelijke magistraten. Hierbij maakt de auteur geen enkel verschil tussen de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie en die van de onderzoeksrechter. Over beiden zegt hij dat hun actie volledig gericht is «vers l'exercice d'une justice pénale équitable et objective ; l'indépendance du ministère public et de la magistrature d'instruction, corrigent dans une large mesure le défaut de garanties qui entache les formes de procédure».

In dezelfde zin lezen wij bij D'Haenens ¹⁶: «Het inquisitoriaal karakter van het gerechtelijk onderzoek vindt een tegengewicht in de omstandigheid dat het in handen ligt niet van de vervolgende partij maar van de onderzoeksrechter

(scheiding van het recht van vervolging en van onderzoek). Als rechter treedt hij niet op voor de vervolgende partij en tegen de verdachte, maar heeft hij tot plicht om, in volle onafhankelijkheid, alle aspecten van de zaak te onderzoeken : hij onderzoekt derhalve zowel ten laste als ten gunste van de verdachte.»

Het zou, naar onze mening, dan ook een grove vergissing zijn iets aan die onafhankelijkheid, zo van de vervolgende partij als van de onderzoeksrechter, die bovendien ook wederkerig is, te wijzigen.

7. Ook prof. A. De Nauw ¹⁷ noemt de scheiding tussen de bevoegdheid misdrijven te vervolgen en ze te onderzoeken een van de pijlers waarop ons strafprocessueel systeem gegrond is. Hierbij maakt hij scherpzinnig het onderscheid tussen de grote bewegingsruimte van de onderzoeksrechter met betrekking tot te verrichten onderzoekshandelingen en diens beperkte bewegingsruimte met betrekking tot te onderzoeken feiten. M.a.w. de onderzoeksrechter mag alle daden stellen die hij noodzakelijk of nuttig acht voor zijn onderzoek maar dan enkel met betrekking tot de feiten waaromtrent een onderzoek is gevorderd. De artikelen 53, 54, 64 en 70 Sv. stellen volgens deze auteur duidelijk het vereiste van een aanvankelijke vordering die de strafvordering op gang brengt en die aan de onderzoeksrechter het recht verleent om op te treden. Wanneer het onderzoek beëindigd is, moet krachtens artikel 127 Sv. de procureur des Konings nogmaals vorderen, alvorens de raadkamer uitspraak kan doen over het verslag van de onderzoeksrechter. Doch tussen beide vorderingen beweegt steeds, volgens dezelfde auteur, de onderzoeksrechter zich vrij : geadieerd door de vordering tot onderzoek kan hij alle onderzoeksmiddelen aanwenden die de zaak inhoudt en alle maatregelen bevelen die hij aangewezen acht ¹⁸.

Nopens die bewegingsvrijheid van de onderzoeksrechter drukt D'Haenens zich nog als volgt uit ¹⁹:

«In zijn hoedanigheid van rechter handelt hij krachtens een specifieke jurisdictionele bevoegdheid, die hem door de wet wordt verleend, in volle onafhankelijkheid ; het openbaar ministerie kan aan de onderzoeksrechter geen daden van rechtsmacht bevelen, doch enkel ze vorderen en, in geval van weigering (hetgeen geschiedt door een bevelschrift van de onderzoeksrechter), daartegen verzet doen bij de Kamer van Inbeschuldigingstelling.»

In dezelfde zin schreef reeds in 1959 Cyriel Van Camp, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen :

«Ten einde tot de kennis der waarheid te komen mag de onderzoeksrechter gebruik maken van alle onderzoeksmiddelen die niet door de wet verboden zijn en de waardigheid van zijn ambt niet in het gedrang brengen. Hij heeft hiertoe een omzeggens onbeperkte macht. De misbruiken die hiervan kunnen gemaakt worden zijn theoretisch zeer groot. In de praktijk zijn de gevaren onbestaande. Er is de controle van het parket en de procureur-generaal. Er is het steeds weer waargenomen verschijnsel dat de grotere verantwoor-

¹⁴ J.-H. SUETENS, *op. cit.*, p. 381, nr. 3.

¹⁵ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 11, nr. 15.

¹⁶ J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, 2e druk, 1985, p. 329, nr. 428-3.

¹⁷ A. DE NAUW, «Het adïëren van de onderzoeksrechter», in *Actuele problemen van strafrecht*, XIVe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 1987-88, p. 3.

¹⁸ A. DE NAUW, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 324, nr. 418.

delijkheid ook de passende hoedanigheden opwekt om de verantwoordelijkheid te dragen.»

Dezelfde auteur gaat evenwel ook uitvoerig in op de hoedanigheden die de onderzoeksrechter zou dienen te hebben en op de nodige kundigheden waarmee hij gewapend zou dienen te zijn. Hij citeert daarbij rijkelijk uit andere auteurs²⁰. Hier volgen enkele voorbeelden van door hem vertaalde aanhalingen:

«Gans de justitie in strafzaken hangt af van het degelijk onderzoek. De onderzoeksrechter is de onvermoeibare verzamelaar van alle inlichtingen die het geding in zijn waar daglicht moeten plaatsen. Zijn ambt vergt het bezit van bijna tegenstrijdige hoedanigheden; behendigheid en rechtschapenheid, energie en zachtheid, beslistheid in het optreden en overleg, zekerheid van inzicht om van in den beginne tussen verschillende hypothesen de te volgen weg te bepalen, het talent om aan de verhoren en getuigenissen hun ware fysionomie te geven» (Discours de rentrée, proc.-gen. Damay, devant la Cour impériale de Poitiers, 3 nov. 1853).

«Wijsheid (la sapience), zachtheid zonder wreedheid, geduld in het aanhoren van partijen en getuigen, sterke ziel, goede gezondheid, oprechtheid en loyauteit» (Beaumanoir, bailli de Clermont et Beauvoisis, *Coutumes de Beauvoisis*, ch. I).

«Behendigheid, voorzichtigheid om de goede trouw te onderscheiden van de listen van verdachten en getuigen, opmerkingsgave en onpartijdigheid. De zending van de onderzoeksrechter is zodanig belangrijk dat zij slechts aan de verstandigste en de meest gewetensvolle magistraten zou mogen worden toevertrouwd» (Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, III, blz. 104).

«De onderzoeksrechter kan een onderscheid maken tussen hetgeen van belang is en hetgeen beter verzwegen wordt om de uitwerking van een op strafgebied nutteloze, te ver doorgedreven investigatie die nadelig zou kunnen worden voor de private belangen, tegen te gaan. Hij is geen slaaf van om het even welke macht, hij staat niet ten dienste van een of andere camarilla. Hij is de verdediger en beschermer der rechten der burgers» (Béranger, *De l'administration de la justice criminelle*, blz. 275, 276).

Ingevolge artikel 79 van het Gerechtelijk Wetboek is het de Koning die uit de rechters in de rechtbank van eerste aanleg, volgens de behoeften van de dienst, een of meer onderzoeksrechters aanwijst. Hij wijst die aan voor een termijn van drie jaar, die telkens voor vijf jaar kan worden vernieuwd, uit de rechters die gedurende ten minste drie jaar werkelijk een gerechtelijk ambt hebben uitgeoefend. Het is zeer moeilijk om bij die aanwijzing rekening te houden met de bovenaangehaalde hoedanigheden en kundigheden die de aan te wijzen onderzoeksrechter zou moeten bezitten. Vast staat in elk geval dat het geen overbodige luxe of formaliteit is, door middel van de voorgeschreven adviezen, de minister van Justitie zo ruim en omstandig mogelijk in te lichten nopens de persoon, de hoedanigheden en de bekwaamheden van de kandidaten tot dit ambt.

8. Ik wil het nu even hebben over de gebreken waarmee ons systeem van gerechtelijk strafonderzoek behept is. Die gebreken houden verband met het inquisitoriaal karakter

van het gerechtelijk strafonderzoek. Met inquisitoriaal karakter wordt bedoeld dat het een rechtspleging is die schriftelijk is, geheim en niet-contradictoir²¹.

Hoeffler heeft die gebreken vlijmscherp ontleed²². Hij legt er de nadruk op dat de zeer ernstige en gegronde kritiek die tegen onze rechtspleging van onderzoek kan worden aangevoerd, dient te worden gesitueerd in het vlak van de juridische techniek veeleer dan in dat van de bescherming van de grondwettelijke rechten. De ernstige gebreken die deze rechtspleging vertoont, zijn volgens de auteur immers het gevolg van de onmogelijkheid de met elkaar tegenstrijdige vereisten van de gerechtelijke politie en van de strafrechtelijke justitie onderling binnen een zelfde rechtspleging te verzoenen. Die vereisten zijn namelijk radicaal aan elkaar tegengesteld. Het opsporingswerk van de gerechtelijke politie vereist zin voor initiatief en snelheid van optreden, het gerechtelijk onderzoek van de bewijsmiddelen heeft daarentegen behoefte aan kritisch scepticisme en serene analyse. Het ene is uiteraard eenzijdig en geheim, het andere contradictoir. Het ene is vreemd aan de gerechtelijke procedure, het andere vormt er de fundamentele basis van.

Er zijn dan ook in het verleden heel wat voorstellen geweest om het gerechtelijk strafonderzoek te hervormen, zodat Hoeffler het volgende kon schrijven:

«La réforme de l'instruction préparatoire n'est pas un problème nouveau. Elle préoccupe les juristes depuis des décades. Les praticiens, en effet, sont en mesure de diagnostiquer les défauts graves de cette procédure, issue du Haut-Moyen-Age et qui s'est perpétuée jusqu'à nous, à travers les siècles, les régimes et les révolutions, en faisant preuve d'une étonnante stabilité qui paraît défier tous les efforts entrepris pour l'ébranler»²³.

Onder de hervormingen die werden voorgesteld, heeft Hoeffler er slechts twee als essentieel beschouwd en nader besproken; de ene was een ontwerp van de «Raad van Wetgeving» in 1914, dat mocht rekenen op de bijval van procureur-generaal Cornil, de andere is terug te vinden in een ontwerp van het Studiecentrum voor de Hervorming van de Staat van 1939; het werd ontwikkeld in een ontwerp van de Federatie van de Advocaten van België van 1938. In zijn in 1946 voor het Hof van Cassatie uitgesproken openingsrede had procureur-generaal Leon Cornil het probleem van die hervorming opnieuw aangesneden en daarbij de vraag gesteld hoe het mogelijk was dat het instituut van de onderzoeksrechter had kunnen blijven voortbestaan gedurende de hele 19e eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw. Het antwoord van de procureur-generaal was: die lange levensduur kan enkel toegeschreven worden aan de tact en de verdiensten van de magistraten die onderzoeksrechter zijn geweest, alsook aan de tact en de verdiensten van de magistraten van het openbaar ministerie aan wier zijde zij hun ambt hebben uitgeoefend²⁴.

Reeds in 1931, als procureur-generaal van het Hof van Beroep te Brussel, was de heer Cornil opgekomen voor een

²¹ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 328, nr. 428; C. VAN CAMP, *op. cit.*, pp. 22 en 23, nrs. 23 tot en met 28.

²² H. HOFFLER, *op. cit.*, pp. 11 tot en met 19, nrs. 5 tot en met 11.

²³ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 261, nr. 271.

²⁴ «Propos sur le droit criminel», *J.T.*, 1946, 415.

²⁰ C. VAN CAMP, *op. cit.*, p. 102.

hervorming van het Wetboek van Strafvordering, en dit «pour rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdue»²⁵.

In de hervorming die hij voorstond, en die zoals boven is gezegd in 1914 door de «Raad van Wetgeving» was bestudeerd, zouden alle onderzoeksbevoegdheden overgedragen worden aan het parket: een substituut van het onderzoek zou de getuigen en verdachten verhoren, de deskundigen aanstellen, enz., terwijl een «rechter van het onderzoek» de nodige aanhoudings- en huiszoekingsbevelen zou uitvaardigen en een toezicht a posteriori op het onderzoek zou uitoefenen ter gelegenheid van een debat waaraan de partijen zouden deelnemen.

Ik bespaar U de verdere details van het systeem, dat geen genade vindt in de ogen van Hoeffler, ook al heeft het de verdienste een poging te doen om de bovengeschetste onverenigbaarheid tussen de functie van gerechtelijke politie en de hoedanigheid van rechter te verhelpen²⁶. Evenmin vindt Hoeffler een oplossing in het ontwerp van het Studiecentrum voor de Hervorming van de Staat van 1939, dat de gelijkheid tussen partijen zoekt te verwezenlijken door een verzoekrecht in te voeren voor de verdediging als tegenhanger van het vorderingsrecht van het openbaar ministerie; toch ontkent Hoeffler de noodzaak niet om aan de verdediging toe te staan actief bij te dragen tot de vooruitgang van het onderzoek.

De tegenstanders van het eerste voorstel doen volgens Hoeffler terecht gelden dat een systeem dat erin zou bestaan een substituut van de procureur des Konings met het onderzoek te belasten, op excessieve wijze en zonder daadwerkelijk tegenwicht de machten van het parket in de schoot van het onderzoek zou versterken, terwijl het eenvoudig toezicht van een rechter op dit onderzoek het gevaar loopt ontoereikend te zijn en bijgevolg illusoir.

Hoeffler zelf is tegen het systeem gekant omdat hij van oordeel is dat de onderzoeksfunctie, d.i. het horen van getuigen, het bewerkstelligen van expertises, het onderzoeken en optekenen in een geschreven dossier van de bewijzen waarover de onderzoeksgerechten en vonnisgerechten zullen moeten statueren, een van de essentiële attributen is van de rechtsprekende functie, zodat de voorgestelde hervorming geen remedie zou opleveren tegen de vermenging der functies doch deze vermenging nog zou versterken ten voordele van de beschuldiging; m.a.w. ver van een stap vooruit te zijn naar het accusatoir systeem toe, zou een dergelijk systeem het inquisitoriaal karakter van de procedure nog accentueren. Over het systeem van het verzoekrecht merkt hij op dat dit er enkel toe kan leiden het reeds buitensporig formalisme van de onderzoeksrechtspleging te doen toenemen: hoe zou men immers de verdachte kunnen beletten de goede gang van het onderzoek te dwarsbomen door dilatoire verzoekschriften, waaraan gemakkelijk een schijn van ernst kan worden gegeven, en meteen de procedure-incidenten en de bronnen van nietigheden te vermenigvuldigen.

Maar belangrijker voor Hoeffler is dat dit verzoekrecht niet kan worden ingepast in het bestaande inquisitoriaal ka-

der omdat het er op een niet te herleiden dilemma stuit dat hij als volgt formuleert:

«Tout accroissement des prérogatives de la défense ne peut se faire qu'au détriment de l'exercice normal de la police judiciaire et risque de nuire gravement à l'efficacité de celle-ci au mépris de l'intérêt public; l'accomplissement nécessaire de la mission d'information entraîne inévitablement la méconnaissance des droits les plus légitimes de la défense»²⁷.

Hoeffler ziet dan ook slechts één oplossing: de volledige verwerping van het inquisitoriaal systeem en het invoeren van het accusatoir systeem. Hij zegt ook duidelijk waarom.

«Ou bien l'information reste liée à l'instruction au sein d'une même procédure et le système adopté est inquisitorial, ou bien l'information et l'instruction forment deux procédures distinctes, le juge ne pouvant statuer que sur base de sa propre enquête contradictoire, et non sur pied des dépositions relatées dans les procès-verbaux de police et le système est accusatoire»²⁸.

De concrete oplossing die hij voorstelt en die onder meer voorziet in een reorganisatie van het onderzoeksgerecht, lijkt ons echter moeilijk te realiseren. Meer bepaalt stelt Hoeffler de oprichting voor van een onderzoeksgerecht van eerste aanleg waaraan de bevoegdheid wordt toegewezen over te gaan tot een contradictoir onderhoor van de getuigen en een even contradictoir onderzoek van de andere bewijsmiddelen.

Hoewel hij zelf van oordeel is dat zijn voorstel geen grondige wijziging van de bestaande instellingen vereist en gemakkelijk kan worden verwezenlijkt, moeten wij vaststellen dat ruim dertig jaar later dit voorstel onuitvoerbaar is gebleken en nog weinig kans maakt om te worden gerealiseerd. Blijkbaar is er heel wat weerstand tegen de enkele fundamentele omvormingen van de onderzoeksrechtspleging, die in het voorstel van Hoeffler vereist waren om zonder nadeel voor de beschuldiging het contradictoir verhoor van de getuigen ingang te doen vinden en om dit onderzoek ook effectief in praktijk te brengen. Deze omvormingen zouden immers een splitsing van de procedure meebrengen, die, getuigen op de ontwikkeling van de gerechtelijke achterstand, enkel tot bijkomende gerechtelijke overlast kan leiden.

9. Op te merken valt dat de verschillende hervormingen die in het verleden zijn voorgesteld, uit een oogpunt van bewijsvoering en met betrekking tot de rechten van de verdediging, een verfijning van de strafrechtsplegingsvormen nastreefden. Zij hadden niet tot doel de gebrekkige werking van het gerechtelijk apparaat te verhelpen noch een oplossing te vinden voor de gerechtelijke achterstand.

Heel anders waren de bekommernissen van de in 1988 opgerichte parlementaire onderzoekscommissie die, laten wij dat niet vergeten, geconfronteerd was met de problemen gesteld door de bestrijding van het banditisme en terrorisme en met de vaststelling dat een aantal zeer zware misdaden onopgelost zijn gebleven. Het baart dan ook enige verwondering dat in de besluiten van de parlementaire onderzoekscommissie schijnt te worden teruggegrepen naar een van die vroegere hervormingsvoorstellen, meer bepaald door de vervanging van de onderzoeksrechter door een «rechter van het

²⁵ *Revue de droit pénal*, 1931.

²⁶ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 262, nr. 273.

²⁷ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 263, nr. 273.

²⁸ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 267, nr. 280.

onderzoek» te suggereren. Deze suggestie is des te meer vreemdend omdat de commissie zelf heeft gemeend te moeten vaststellen dat «het opsporingsonderzoek essentieel is geworden terwijl het gerechtelijk onderzoek nog slechts in een beperkt aantal gevallen wordt gevoerd».

Die vaststelling vergt overigens enige nuancering, in deze zin dat het beperkt aantal gevallen waarover men het heeft, toch de zwaarste en belangrijkste gevallen omvat, die ook de meeste aandacht verdienen. Juister ware het dus te zeggen dat het opsporingsonderzoek de regel is geworden en het gerechtelijk onderzoek de uitzondering.

Bij een stijgende criminaliteit en een steeds toenemende penalisering en reglementering ligt een dergelijke ontwikkeling onvermijdelijk voor de hand.

Wij haalden reeds de woorden aan van Stévigny, die erop wees dat al te veel strafzaken voor de strafrechter worden gebracht, die ook op een andere wijze kunnen worden afgehandeld ²⁹.

Procureur-generaal Verhegge meende dat de «gerechtelijke achterstand» wellicht juister zou kunnen worden aangewezen als een «gerechtelijke overbelasting». Hij stelde vast dat het seponeringsbeleid beïnvloed wordt door de steeds toenemende werkdruk die op het openbaar ministerie weegt, en dat het seponeren, na voltooid opsporingsonderzoek, soms als een noodzaak wordt aangevoeld, maar dan niet meer ter ontlasting van het parket, maar om te voorkomen dat de strafrechter zou worden overbelast ³⁰.

Wanneer wij vaststellen dat in het gerechtelijk arrondissement Gent in 1975 75,4% van de strafzaken werden geseponeerd, en dat dit cijfer in 1981 tot 78,4% was opgelopen, hoeft het niet te verwonderen dat om diezelfde reden van overbelasting in het grootste deel van de te vervolgen zaken het vooronderzoek beperkt bleef tot een opsporingsonderzoek; het vorderen van een gerechtelijk strafonderzoek kan nog slechts worden overwogen wanneer de ernst van de feiten of de noodwendigheden van het onderzoek en de te bevelen dwangmaatregelen dit noodzakelijk maakt, of wanneer dit volgens de huidige regels van ons strafprocesrecht, de enige wettelijke toegelaten wijze is om de strafrechter te adieren.

10. Laten wij ons thans even afvragen wat de betekenis kan zijn van de vaststelling van de parlementaire onderzoekscommissie (zie supra onder 2), dat in de huidige toestand het vervolgingsbeleid om zo te zeggen volledig in handen ligt van de procureur-generaal bij het hof van beroep.

Wij herinneren er allereerst aan dat, volgens artikel 141 van het Gerechtelijk Wetboek, de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie de strafvordering niet uitoefent, tenzij hij een rechtsvordering instelt waarvan de berechting aan het Hof van Cassatie is opgedragen. Onverminderd deze bepalingen, zo luidt artikel 138 Ger. W., vordert het openbaar ministerie de toepassing van de strafwet, overeenkomstig de regels die de wet stelt. Volgens artikel 143 Ger. W. is er een procureur-generaal bij ieder hof van beroep en voert hij onder het gezag van de minister van Justitie, en door toedoen van de minister die de arbeid in zijn bevoegdheid heeft voor de aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de

arbeidsgerechten, alle opdrachten van het openbaar ministerie uit; en dit, volgens de tekst, niet alleen bij het hof van beroep, het arbeidshof en de hoven van assisen, maar ook bij de rechtbanken van zijn rechtsgebied. Artikel 150, Ger. W. bepaalt overigens dat in ieder arrondissement de procureur des Konings onder het toezicht en de leiding van de procureur-generaal het ambt van openbaar ministerie uitoefent bij de arrondissementsrechtbank, de rechtbank van eerste aanleg, de rechtbank van koophandel en de politierechtbanken van het arrondissement. Hetzelfde geldt voor de arbeidsauditeur ingevolge artikel 152 Ger. W.

Reeds voordat deze regels in het Gerechtelijk Wetboek werden ingeschreven, merkte Hoeffler op dat de procureur-generaal bij het hof van beroep binnen zijn ressort bekleed is met de volheid van de bevoegdheden van het openbaar ministerie ³¹. Terwijl de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, aldus Hoeffler, slechts een doctrinaal toezicht uitoefent op de procureurs-generaal bij de hoven van beroep, is daarentegen de procureur-generaal bij het hof van beroep speciaal en persoonlijk belast met alle functies van het openbaar ministerie: de andere ambtenaren van het openbaar ministerie hebben slechts onder zijn leiding deel aan de uitoefening van die functies; overigens, merkt Hoeffler terecht op, doet de minister van Justitie zijn onderrichtingen rechtstreeks toekomen aan de procureurs-generaal bij de hoven van beroep, en niet door toedoen van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie.

De artikelen 138 en 143 Ger. W. moeten in verband gebracht worden met artikel 1 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, dat het beginsel formuleert dat de rechtsvordering tot toepassing van de straffen niet kan worden uitgeoefend dan door de ambtenaren die de wet daarmee belast.

Die drie teksten hebben het over de uitoefening van de strafvordering, dit is volgens D'Haenens ³² de vervolging van de daders van strafbare feiten voor de rechtbanken die met hun bestraffing belast zijn.

Een heel ander domein evenwel is de gerechtelijke politie, waarvan de functie enkel beoogt de misdrijven op te sporen en de bewijzen ervan te verzamelen met het oog op de vervolging. De procureur-generaal bij het hof van beroep, en de advocaten-generaal en substituten die hem in dit hof bijstaan, zijn geen officieren van gerechtelijke politie. Zij kunnen dus niet zelf de misdrijven opsporen; zij moeten anderen, meer bepaald de parketmagistraten van eerste aanleg in hun ressort, daarmee belasten. Artikel 27 Sv. zegt het zeer duidelijk, waar het de procureurs des Konings verplicht niet alleen bericht te geven aan de procureur-generaal bij het hof van beroep van de misdrijven, zodra zij hun ter kennis komen, maar bovendien zijn bevelen uit te voeren omtrent alle daden van gerechtelijke politie.

Onder de in artikel 9 Sv. opgesomde officieren van gerechtelijke politie zijn alleen de procureurs des Konings en hun substituten tevens magistraat van het openbaar ministerie. Doordat zij, en zij alleen, de dubbele taak hebben enerzijds als officier van gerechtelijke politie de misdaden en wanbedrijven op te sporen, anderzijds als lid van het openbaar ministerie die misdrijven te vervolgen (zie artikel

²⁹ G. STÉVIGNY, *op. cit.*, p. 47, nr. 44.

³⁰ G.J.Y. VERHEGGE, *Beschouwingen bij het beleid van het Openbaar Ministerie*, openingsrede van 1 september 1982, p. 15.

³¹ J. HOFFFLER, *op. cit.*, p. 23, nr. 14, en p. 24, nr. 15.

³² J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 319; nr. 412.

22 Sv.) ontstaat er voortdurend vermenging om niet te zeggen verwarring tussen de begrippen opsporing en vervolging. Opsporing van strafbare feiten en vervolging, zegt D'Haenens³³, zijn twee van elkaar te onderscheiden verichtingen, ook al bestaat er tussen beide een nauw verband. Door de opsporing immers wordt de vervolging voorbereid en mogelijk gemaakt en beide functies werden door de wetgever voor een deel toevertrouwd aan dezelfde ambtenaren.

Het is dus te begrijpen dat ingevolge artikel 279 Sv. alle officieren van gerechtelijke politie, zelfs de onderzoeksrechters doch enkel in deze hoedanigheid, onder toezicht staan van de procureur-generaal van het hof van beroep. Artikel 148 Ger. W. heeft dit bevestigd door te bepalen dat de procureurs-generaal onder het gezag van de minister van Justitie toezicht uitoefenen op alle officieren van gerechtelijke politie en openbare en ministeriële ambtenaren van het rechtsgebied. Dit toezicht is nochtans ten opzichte van de onderzoeksrechters van een heel andere aard dan het toezicht dat de procureur-generaal uitoefent over de procureurs des Konings en hun substituten in zijn ressort.

Aan deze laatsten alleen kan hij immers bevelen geven, wat meer is dan louter onderrichtingen. Hij kan hun die bevelen geven niet alleen omtrent alle daden van gerechtelijke politie op grond van de reeds aangehaalde tekst van artikel 27 Sv., maar ook met betrekking tot de vervolging. Artikel 274 Sv. bepaalt immers dat de procureur-generaal (bij het hof van beroep) aan de procureur des Konings ambtshalve of op bevel van de minister van Justitie opdracht geeft om de misdrijven waarvan hij kennis draagt, te vervolgen.

Ik wil hier nog even de juiste draagwijdte van het woord «vervolgen» benadrukken. D'Haenens zegt zeer gevat³⁴:

«Kenmerkend voor de vervolging is dat de rechterlijke macht (onderzoeksrechter, onderzoeksgerecht of vonnisgerecht) bij een strafzaak betrokken wordt. Er is dus sprake van vervolging zodra op de rechter beroep wordt gedaan.»

In dezelfde zin kon Hoeffler schrijven³⁵ dat het opsporingsonderzoek van de procureur des Konings slechts op twee manieren afgesloten kan worden: door te seponeren of door te vervolgen, hetgeen andermaal het onderscheid tussen opsporen en vervolgen duidelijk maakt. Het recht om te seponeren komt volgens Hoeffler aan de procureur des Konings toe omdat hij de rechter is van de gepastheid der vervolgingen³⁶. Dit recht is evenwel niet zonder uitweg, aangezien zowel zijn hiërarchische meerderen, het hof van beroep, de minister van Justitie, als de benadeelde partij elk het recht en de mogelijkheid hebben toch de vervolging tot stand te doen komen.

Het vervolgen, of volgens de bewoordingen van Hoeffler, het in beweging brengen van de publieke vordering, kan volgens hem op drie manieren gebeuren:

1° door een vordering gericht aan de onderzoeksrechter tot het instellen van gerechtelijk strafonderzoek;

2° door een vordering tot diskwalificatie en verwijzing naar een lagere rechter (correctionele rechtbank in plaats van correcti-

tionele rechtbank), in welk geval de onderzoeksrechter alleen voor verslag en de raadkamer terzelfder tijd voor de regeling van de rechtspleging wordt geadieerd;

3° door rechtstreeks te dagvaarden voor de correctionele rechtbank.

Over die laatste manier van vervolgen schreef wijlen procureur-generaal Bekaert het volgende³⁷:

«Voor het openbaar ministerie is de rechtstreekse dagvaarding een wijze van verzaken aan de geheime, geschreven en niet-tegensprekelijke procedure. Zij brengt het debat over naar de openbare terechtzitting en doet het misdrijf beoordelen volgens de definitieve mondelingen, publieke en tegensprekelijke procedure.

«Het openbaar ministerie mag daartoe zijn toevlucht niet nemen, wanneer de beslissing over het misdrijf de tussenkomst van een onderzoeksrechtsmacht vereist.»

Ik meen door het aanhalen van al die wetteksten en auteurs te hebben aangetoond dat vervolgen uitsluitend de taak is van het openbaar ministerie, buiten enkele zeldzame uitzonderingsgevallen die hier voor het gemak van de uiteenzetting onbesproken worden gelaten. Zo ook dat de procureur-generaal bij het hof van beroep, krachtens de wet, in zijn ressort het hoogste gezag heeft over het openbaar ministerie en de leiding en het toezicht heeft over de vervolging.

Een beleid in verband met de vervolging kan dan ook moeilijk wat anders zijn dan een beleid van het openbaar ministerie, zodat vervolgingsbeleid en beleid van het openbaar ministerie noodzakelijkerwijze identieke begrippen zijn die elkaar volledig dekken. In zijn openingsrede op 1 september 1982 had procureur-generaal Verhegge het onmiskenbaar over het vervolgingsbeleid toen hij zijn uitvoerige beschouwingen ontwikkelde bij het beleid van het openbaar ministerie.

Dit beleid berust vanzelfsprekend, hoe kan het anders, in handen van de procureur-generaal bij het hof van beroep. Het is aan hem om zich te verstaan met zijn ambtgenoten bij de andere hoven van beroep om, onder toezicht van de minister van Justitie, tot een eenvormig beleid te komen in het Rijk. Dit gebeurt trouwens in het college van de procureurs-generaal.

Dit beleid kan er in de praktijk niet toe leiden bepaalde wetten of gedeelten ervan buiten spel te zetten, of de wet op lakse wijze toe te passen, maar heeft als voornaamste oogmerk het koren van het kaf te scheiden en op te tornen tegen de gemakzucht waartoe diegenen die in de eerste linies van de vervolging staan, geneigd zouden kunnen zijn wegens het groot aantal strafzaken waarmee zij belast zijn, en ook overbelast worden.

Overbelasting brengt immers uit zichzelf mee dat men voorrang geeft aan eenvoudige zaken ten nadele van de ingewikkelde, en dat eenvoudige wetten gemakkelijker en vlugger in toepassing worden gebracht, dan meer ingewikkelde en ondoorzichtige wetten. Het vervolgingsbeleid dient oog te hebben voor de nadelige gevolgen van de overbelasting. Maar het dient ook oog te hebben voor de ongelijkheid der gevallen en voor de gelijkheid van de burgers voor de strafwet; gelijkheid van de burgers voor de strafwet bete-

³³ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 319, nr. 412.

³⁴ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 319, nr. 413.

³⁵ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 119, nr. 111.

³⁶ Zie ook R. CHARLES, *Over het Openbaar Ministerie*, openingsrede voor het Hof van Cassatie op 1 september 1982.

³⁷ H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, 1958, p. 80, nr. 83.

kent dat ongelijke gevallen ook ongelijk behandeld worden en gelijke gevallen op gelijke wijze.

De vrees dat de procureur-generaal (bij het hof van beroep) bij het uitstippelen van een vervolgingsbeleid een te grote of te doorslaggevende invloed zou uitoefenen, is ongegrond. Vervolgen is immers, ik heb het reeds gezegd, de rechter betrekken bij de strafzaak. Dit betekent dat niet het openbaar ministerie, noch de onderzoeksrechter, maar de onderzoeks- en vonnisgerechten geroepen worden om de eerste over de redenen en de laatste over de gegrondheid van de vervolgingen te oordelen.

Ook collega De Wilde schreef in dit opzicht: de beslissing van de procureur des Konings met betrekking tot de al dan niet noodzakelijke tussenkomst van de strafrechter is slechts één van de uitingen van het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie. De strafrechter zijnerzijds beoordeelt dan de wettigheid, de regelmatigheid en de gegrondheid van die beslissing ³⁸.

Vanaf het ogenblik dat het openbaar ministerie beslist te vervolgen, ziet het dus af van de mogelijkheid om de zaak buiten de rechter af te doen en onderwerpt het de vervolging aan de rechter. Diens beslissing kan van dan af enkel nog worden aangevochten door de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatieberoep. Zulks is in het bijzonder het geval wanneer een zaak aanhangig wordt gemaakt bij de onderzoeksrechter, en hierdoor noodzakelijkerwijze ook aanhangig is gemaakt bij het onderzoeksgerecht; waaruit volgt, schrijft D'Haenens, dat het openbaar ministerie geen bevoegdheid meer bezit om de zaak zonder meer te seponeren, om aan de verdachte een minnelijke schikking voor te stellen of om hem rechtstreeks voor het vonnisgerecht te dagvaarden ³⁹.

11. Een probleem dat eveneens aan de orde schijnt te zijn, maar dat geen rechtstreeks verband houdt met het vervolgingsbeleid, ook al heeft het indirect zijn weerslag op dit beleid, dient de bezorgdheid van het openbaar ministerie gaande te houden: dat van de misbruiken waartoe de opsporingsbevoegdheid van de gerechtelijke politie aanleiding kan geven.

Ik herinner eraan dat dit informatierecht, voor zover daarbij van geen enkele dwangmaatregel gebruik wordt gemaakt, onbepikt is en mag worden uitgeoefend buiten elke strafvervolging. Volgens Hoeffler mag dit recht niet alleen uitgeoefend worden vooraleer de strafvordering in werking wordt gesteld, maar ook nadien verder uitgeoefend worden, zelfs wanneer de onderzoeksrechter geadieerd is, zelfs wanneer de vonnisrechter geadieerd is, en zelfs in hoger beroep ⁴⁰.

De enige beperking die volgens de auteur voor dit recht kan gelden, is de volstreckte verplichting de Grondwet en de wetten na te leven. In de uitoefening van hun opdracht mogen de officieren en agenten van gerechtelijke politie geen enkele onwettige daad stellen (zoals huisvredebreuk, aanzetting tot het plegen van een misdrijf of het aanwenden van intimidatie of dwang om een getuigenis of bekentenis te krijgen). Het is precies om hen daarvoor te behoeden dat zij

onder het toezicht dienen te staan van de procureur-generaal van het hof van beroep. Dit toezicht, hoe intensief het ook moge worden uitgeoefend, zal wellicht nooit volstreckt kunnen verhinderen dat er zich toch gevallen van onwettig optreden voordoen, gevallen waarin dus een bij de Grondwet of de wet verboden handeling wordt verricht.

Er schijnt een algemene tendens te bestaan om die onaanvaardbare handelingen toe te schrijven aan een gebrekkige wettelijke regeling ter zake, wanneer ze veeleer te verklaren zijn ofwel door een verkeerde opvatting over wat «de wet dienen» betekent, ofwel door menselijke tekortkomingen.

Het komt mij voor dat dit alles klaar en duidelijk is en het moet zijn voor ieder lid van de gerechtelijke politie, zodat hierover geen lange toelichting noodzakelijk voorkomt.

Even duidelijk moet het zijn welke de gevolgen zijn van een onwettige handeling.

Voor degenen die de onwettige handelingen gepleegd hebben, zijn er de strafrechtelijke, naast de civielrechtelijke en de tuchtrechtelijke vervolgingen waaraan ze zich blootstellen. De onwettig verrichte handelingen zelf verliezen elke bewijswaarde en de vaststellingen, getuigenissen of bekentenissen die eruit voortvloeien, worden als niet-bestaande beschouwd. De vervolgingen die van dergelijke onwettige vaststellingen uitgegaan zijn, zijn nietig. Al wat erop volgt, is eveneens nietig, met uitzondering van hetgeen volstreckt buiten de onwettige handelingen staat.

III. De nietigheden en het onderzoek in strafzaken

12. Dit brengt mij tot het probleem van de nietigheden, die bij de regeling van de rechtspleging zo kwistig voor de onderzoeksgerechten worden opgeworpen. Vooral in financiële strafzaken en in zaken van witteboordcriminaliteit zou het van nietigheden wemelen, althans naar de stellingen waarmee de verdediging de rechters van het onderzoeksgerecht overvallen. Het wordt soms onvoorstelbaar hoeveel nietigheden de verdediging weet te ontwaren, in die mate dat het debat bijna uitsluitend daarover wordt gevoerd en nog nauwelijks aandacht wordt gegeven aan de werkelijke inzet van het debat.

Een onoordeelkundig begrip van de invloed van nietigheden op het verloop van het strafrechtelijke onderzoek is beslist een oorzaak van overbelasting van het gerechtelijk apparaat. Daarom past het de juiste taak van de onderzoeksgerechten, en in de eerste plaats van de raadkamer, even te belichten.

Sedert de wet van 25 oktober 1919 is «de raadkamer der rechtbank van eerste aanleg in strafzaken» een kamer met één rechter. De onderzoeksrechter maakt geen deel meer uit van die kamer, ook al kan alleen op zijn verslag uitspraak gedaan worden door de alleenrechtsprekende voorzitter van de raadkamer.

Ingevolge de artikelen 4 en 5 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis ⁴¹ is de raadkamer voornamelijk belast met het periodiek toezicht op de voorlopige hechtenis, hetgeen in de praktijk het grootste deel van haar zittingstijd in beslag neemt; maar ook is de raadkamer belast met

³⁸ L. DE WILDE, «Beschouwingen over beleid in het strafproces», *Panopticon*, 1980, nr. 1, blz. 5.

³⁹ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 334, nr. 435-1.

⁴⁰ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 92, nr. 88.

⁴¹ Met ingang van 1 december 1990 te vervangen door de artikelen 21 en 22 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis.

het bepalen van de verdere richting die na voltooiing van het gerechtelijk strafonderzoek aan de strafzaak dient te worden gegeven, dit krachtens de artikelen 127, 128, 129, 130 en 133 van het Wetboek van Strafvordering.

Men noemt dat de regeling van de rechtspleging of van de procedure, waarbij met rechtspleging of procedure vanzelfsprekend de in de vorm van gerechtelijk strafonderzoek gevoerde rechtspleging wordt bedoeld.

De raadkamer vermag zich niet uit te spreken over de wetmatigheid, de regelmatigheid of de opportuniteit van het gevoerde strafonderzoek. Zij is immers geen appelrechter ten aanzien van de onderzoeksrechter. Zij heeft enkel te beslissen over het verder gevolg dat aan de procedure moet worden gegeven.

Het onderscheid tussen de bevoegdheid van de raadkamer en die van de onderzoeksrechter wordt als volgt verduidelijkt door Suetens ⁴²: de onderzoeksrechter beslist over alle vorderingen en vragen met betrekking tot het onderzoek, stelt de feiten vast, beveelt of verworpt alle ermee verbonden handelingen, in een woord, hij bouwt de rechtspleging op; de raadkamer daarentegen neemt geen kennis van het onderzoek maar van de publieke vordering zelf; zij staat buiten de onderzoeksdaaden en vermag deze niet te wijzigen, maar zij oordeelt wel over hun weerslag op de procedure, en, door ze op hun waarde te beoordelen, verklaart zij de voortzetting van de vervolging al dan niet gegrond.

De raadkamer moet wel nagaan of het gerechtelijk strafonderzoek voltooid is; in het Frans zegt men: «si la procédure est complète». De rechtspleging is voltooid wanneer zij alle gegevens inhoudt die nodig zijn om te kunnen beslissen of de inverdenkingstelling van de verdachte dient te worden uitgesproken en naar welk vonnisgerecht hij eventueel moet worden verwezen ⁴³.

Vooraf dient de raadkamer na te gaan of zij wel bevoegd is *ratione loci, materiae et personae*. Deze bevoegdheid van de raadkamer valt noodzakelijkerwijze samen met de bevoegdheid *ratione loci, materiae et personae* van de onderzoeksrechter die verslag uitbrengt, en van de vorderende parketmagistraat.

Hierbij wordt uitsluitend de bevoegdheid bedoeld volgens de criteria van de artikelen 22, 23, 24 en 138 van het Wetboek van Strafvordering, met de beperkingen voortvloeiend uit de artikelen 479 e.v. Sv. wat het voorrecht van rechtsmacht betreft, en uit bijzondere wetten, zoals uit de wet van 15 juni 1899 op de militaire strafvordering wat de militairen betreft, en uit de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming wat de minderjarigen betreft.

Deze bevoegdheidsvraag is van primordiaal belang want alleen op grond van een volgens die criteria opgeworpen onbevoegdheid van de onderzoeksrechter of van de raadkamer kan een beslissing tot verwijzing naar het vonnisgerecht door de verwezen verdachte voor de kamer van inbeschuldigingstelling aangevochten worden.

Vervolgens dient de raadkamer na te gaan of de strafvordering ontvankelijk of toelaatbaar is. De toelaatbaarheid van de strafvordering mag niet worden verward met de toelaatbaarheid van de burgerlijke vordering. Over deze laatste vermag de raadkamer zich niet uit te spreken.

De strafvordering is niet toelaatbaar, onder meer wanneer zij vervallen is door het overlijden van de verdachte of door verjaring.

Ten slotte dient de raadkamer te oordelen of er voldoende bezwaren tegen de verdachte worden aangevoerd.

De raadkamer kan evenwel de gestelde onderzoeksdaaden niet op nietigheid toetsen. Hoogstens zou zij kunnen besluiten dat zij met nietig geachte onderzoeksdaaden geen rekening zal houden en als gevolg daarvan beslissen dat het onderzoek niet volledig is, of dat er geen voldoende bezwaren zijn om de verdachte naar de rechtbank te verwijzen ⁴⁴.

De vonnisgerechten mogen al evenmin de nietigheid van de daaden van onderzoek uitspreken ⁴⁵. Zij beschikken over geen appreciatiebevoegdheid met betrekking tot de wettigheid van de beslissingen van de onderzoeksgerechten ⁴⁶.

Alleen de kamer van inbeschuldigingstelling, die de volheid van onderzoeksbevoegdheid heeft, en die de rechter in hoger beroep is, zowel wat de beslissingen van de onderzoeksrechter als van de raadkamer betreft, kan zich uitspreken over nietigheden, maar alleen wanneer die rechtsgeldig bij haar zijn aangebracht, dit wil zeggen wanneer het hoger beroep toelaatbaar is.

Dit kan enkel wanneer het hoger beroep wordt ingesteld door het openbaar ministerie of door de burgerlijke partij; voor het openbaar ministerie is het hoger beroep toelaatbaar tegen elke beslissing van de raadkamer die de openbare vordering schaadt, en voor de burgerlijke partij tegen elke beslissing die haar belangen schaadt.

Beslissingen van invrijheidstelling of van buitenvervolginstelling kunnen uiteraard de belangen van de verdachte niet schaden. Hetzelfde geldt voor de beslissingen van verwijzing, nu zij het recht op verdediging onverkort laten. Alleen wanneer de bevoegdheid van de onderzoeksrechter of van het onderzoeksgerecht wordt betwist, kent artikel 539 Sv. aan de verdachte het recht van hoger beroep en onmiddellijk cassatieberoep toe, waarbij dan nog dient verstaan te worden dat de verdachte de exceptie van onbevoegdheid voor het onderzoeksgerecht zelf moet hebben opgeworpen en dat deze exceptie geen betrekking mag hebben op de bevoegdheid van het vonnisgerecht dat ten gronde over de zaak zal oordelen ⁴⁷.

Dit enig geval van ontvankelijk hoger beroep van de verdachte maakt het de kamer van inbeschuldigingstelling enkel mogelijk de bevoegdheid te onderzoeken, maar biedt haar niet de gelegenheid na te gaan of er voldoende bezwaren zijn ⁴⁸ noch op enige andere wijze haar toezicht uit te oefenen. Zij is en kan in dit geval uitsluitend kennis nemen van een bevoegdheidsgeschil, waarbij de ingeroepen onbevoegdheid enkel kan slaan op de overschrijding door de raadkamer of de onderzoeksrechter van hun bevoegdheid *ratione materiae, loci* of *personae*, in de zin dat zij hun be-

⁴⁴ J. VERSTRAETE, «De raadkamer — Bevoegdheid en rechtspleging», *R.W.*, 1968, 1213, nr. 21.

⁴⁵ A. DE NAUW, *op. cit.*, p. 23, nr. 2.4.2.

⁴⁶ J. HOFFLER, *op. cit.*, p. 187, nr. 157; M. DE SWAEF, «Rechtsmiddelen tegen beslissingen van de onderzoeksgerechten in de regeling van de procedure», in *Actuele problemen van strafrecht*, XIVE Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 1987-88, p. 33, nr. 1.

⁴⁷ M. DE SWAEF, *op. cit.*, p. 41, nr. 5.

⁴⁸ M. DE SWAEF, *op. cit.*, p. 42, nr. 5.

⁴² J.-H. SUETENS, *op. cit.*, p. 418, nr. 283.

⁴³ J.-H. SUETENS, *op. cit.*, p. 417, nr. 273.

voegdheid overschrijden wanneer zij zich de bevoegdheid van een ander gerecht hebben toegeëigend.

13. Talrijke arresten van uw Hof en van het Hof van Cassatie hebben deze stelling bevestigd en hebben ervoor gemaakt dat artikel 593 Sv. restrictief wordt geïnterpreteerd⁴⁹.

Zo heeft bij arrest van 1 december 1989 uw Hof, kamer van inbeschuldigingstelling, met betrekking tot een hoger beroep van de verdachten tegen een beschikking van de raadkamer die het verzoek tot verwijzing van de zaak naar een raadkamer met drie rechters had afgewezen, dit hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard op grond van de overweging dat het geschil inzake de samenstelling van de raadkamer geen bevoegdheidsgeschil is, eraan toevoegend «dat immers uit niets blijkt dat de raadkamer zich aldus de bevoegdheid van een ander gerecht zou hebben aangematigd».

In dezelfde zaak had de kamer van inbeschuldigingstelling van uw Hof zich nadien uit te spreken over het hoger beroep van twee verdachten die beiden inriepen dat de raadkamer zich de bevoegdheid van de kamer van inbeschuldiging zou hebben toegeëigend doordat zij, ongeacht het hoger beroep tegen haar vorige beschikking, over de zaak had beslist; de ene verdachte riep bovendien in dat de raadkamer onbevoegd was om, in twee verschillende dossiers, een verwijzing uit te spreken voor dezelfde feiten, maar onder een andere kwalificatie; de andere verdachte riep van zijn kant nog in dat zijn recht van verdediging was geschonden, dat het gerechtelijk onderzoek door nietigheden en onregelmatigheden was aangetast en dat de raadkamer niet bevoegd was om hem naar de correctionele rechtbank te verwijzen, daar hij niet vooraf door de onderzoeksrechter of door het openbaar ministerie in verdenking was gesteld.

Bij twee arresten van 12 januari 1990 heeft uw Hof geoordeeld dat hier geen bevoegdheidsgeschillen voorlagen, ongeacht de kwalificatie welke de appellanten hadden gegeven aan sommige van hun verweermiddelen die in werkelijkheid betwistingen betreffende de ontvankelijkheid van de openbare vordering betroffen.

Het hoger beroep van beide verdachten werd dus niet-ontvankelijk verklaard, behalve wat betreft «de betwisting van de bevoegdheid van de raadkamer wegens behandeling van de zaak ondanks het hoger beroep tegen het tussenvonnissen», dat op dit punt ongegrond werd verklaard.

Een van de verdachten stelde cassatieberoep in tegen beide arresten, maar bij arrest van 27 maart 1990 verwierp het Hof van Cassatie beide voorzieningen met de overweging dat die voorzieningen, «nu zij zijn ingesteld vóór de eindbeslissingen, niet-ontvankelijk zijn». Hierbij werd de interpretatie van het begrip «geschillen inzake bevoegdheid» nog aangescherpt. In het arrest stelde het Hof van Cassatie vast dat de verdachte, ondanks de door hem gebruikte terminologie, in werkelijkheid niet had betwist dat de raadkamer bevoegd was om uitspraak te doen over de vorderingen van het openbaar ministerie strekkende tot verwijzing naar de correctionele rechtbank, maar opwierp, dat zij wegens de ingeroepen omstandigheden daartoe geen rechtsmacht meer had. Volgens het Hof van Cassatie is een betwisting omtrent de rechtsmacht echter geen geschil over de bevoegdheid.

In een andere belangrijke zaak had het Hof van Cassatie zich voordien bij arrest van 4 april 1989 in dezelfde zin uit-

gesproken. Het bestreden arrest was een arrest van uw Hof, kamer van inbeschuldigingstelling, dat op 20 januari 1989 het hoger beroep van sommige verdachten tegen hun verwijzing naar de Correctionele Rechtbank te Brugge niet-ontvankelijk had verklaard. Een van de verdachten had voor het Hof van Cassatie onder meer een schending van de artikelen 127, 130, 135, 199 en 539 Sv., 97 van de Grondwet, 6 en 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, 14 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en miskenning van de algemene rechtsbeginselen van het recht op verdediging inzake strafzaken, ingeroepen.

Maar volgens het Hof hadden alle aangevoerde middelen en grieven alleen betrekking op de ontvankelijkheid van het hoger beroep van verdachte tegen zijn verwijzing naar de correctionele rechtbank, behalve één grief die ook de ontvankelijkheid van het cassatieberoep raakte. In die grief had verdachte aangevoerd dat artikel 416 Sv. in strijd is met artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Het Hof verklaarde deze laatste grief niet-ontvankelijk wegens vaagheid, omdat de verdachte, eiser in cassatie, niet had gepreciseerd op welke wijze artikel 416 Sv. een door artikel 14 van het voormeld verdrag verboden discriminatie opleverde.

Voor het overige stelde het Hof vast dat het bestreden arrest geen uitspraak deed over een geschil inzake bevoegdheid, een voorbereidend arrest en een arrest van onderzoek was in de zin van artikel 416 Sv., en dat derhalve de voorziening, nu zij was ingesteld vóór de eindbeslissing, niet-ontvankelijk was.

In hetzelfde arrest van 4 april 1989 heeft het Hof van Cassatie met betrekking tot een conclusie waarbij drie andere verdachten aan de raadkamer hadden gevraagd de strafvordering niet-ontvankelijk te verklaren wegens het ontbreken van het advies van de bevoegde gewestelijke directeur van de fiscale administratie, ook nog beslist dat zodanige aanvoering niet de bevoegdheid van de onderzoeksrechter of van de raadkamer, maar enkel de ontvankelijkheid van de strafvordering betreft, en dat de kamer van inbeschuldigingstelling het daarop gebaseerd hoger beroep van verdachten ten onrechte ontvankelijk had verklaard.

Deze rechtspraak toont ook het onmiskenbaar verband aan tussen de artikelen 416 en 539 Sv., dat ertoe noopt deze beide artikelen in een enkele context te interpreteren.

Het is precies om een overbelasting door voorbarige voorzieningen te vermijden dat artikel 416 Sv. bepaalt dat beroep in cassatie tegen voorbereidende arresten en arresten van onderzoek of tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen van dezelfde soort eerst openstaat na het eindarrest of het eindvonnis, en dat hetzelfde artikel als enige uitzondering op die regel bepaalt dat het niet toepasselijk is op arresten of vonnissen inzake bevoegdheid.

Om terzelfder tijd de vele dilatoire middelen in te dijken waartoe onder meer de miskenning van die regel aanleiding kan geven, bepaalt artikel 407 Sv. dat de vonnissen en arresten over de strafvordering, buiten die van veroordeling, vrijpraak of ontslag van rechtsvervolg, bij voorraad en niettegenstaande de ingestelde voorzieningen ten uitvoer kunnen worden gelegd, indien de rechters die ze gewezen hebben, aldus bij een speciaal gemotiveerde beschikking hebben beslist.

⁴⁹ Zie o.m. Cass., 12 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 677.

Een analoge bepaling is terug te vinden in artikel 203, § 3, Sv., dat onder meer bepaalt dat de vonnissen over de strafvordering, buiten die van veroordeling, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolg, bij een speciaal gemotiveerde beslissing uitvoerbaar kunnen worden verklaard bij voorraad niet-teenstaande hoger beroep.

Onder speciale motivering dient telkens te worden verstaan dat de motivering in het bijzonder de concrete reden moet aangeven die de rechters ertoe heeft bewogen hun beslissing bij voorraad uitvoerbaar te verklaren.

Voor zover nodig zij nog verduidelijkt dat onder vonnissen en arresten in de artikelen 203, § 3, en 407 Sv. ook de beslissingen van de onderzoeksgerechten begrepen worden.

Voor het overige meen ik te kunnen verwijzen naar de pertinente slotbeschouwingen die M. De Swaef, advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen, aan dit probleem heeft gewijd in een studie over de «rechtsmiddelen tegen beslissingen van de onderzoeksgerechten bij de regeling van de procedure»⁵⁰.

Daarin komt hij terecht tot de conclusie dat er geen noodzaak is om in dit stadium aan de verdachte rechtsmiddelen toe te kennen, afgezien nog van het vereiste van een verantwoorde rechtsbedeling binnen een redelijke termijn die in het gedrang zou kunnen worden gebracht door het te onpas en zuiver dilatoir aanwenden van rechtsmiddelen.

IV. De toerekening van de verzachtende omstandigheden en het onderzoek in strafzaken

14. Ik mag deze uiteenzetting niet besluiten zonder stil te staan bij de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, en de gevolgen die deze wet en haar latere wijzigingen hebben gehad voor de richting die bij de regeling van de rechtspleging aan de vervolging kan worden gegeven.

Oorspronkelijk, dat is vóór de wet van 1867, werd de bevoegdheid van de raadkamer om strafzaken naar het vonnisgerecht te verwijzen uitsluitend geregeld door de artikelen 129, 130 en 133 Sv. Dit betekende dat de raadkamer onderzocht welke straffen op het feit gesteld waren door de strafbepalingen waarin dat feit als misdrijf werd omschreven en eventueel ook door de andere bepalingen die in verband met de strafmaat op het feit toepasselijk waren. Volgens de aard van die straffen werd de verdachte, bij overtreding of wanbedrijf, naar de politierechtbank of de correctionele rechtbank verwezen, of integendeel, wegens de criminele aard der straffen, naar de kamer van inbeschuldigingstelling, opdat deze in voorkomend geval de inbeschuldigingstelling zou kunnen uitspreken, na op haar beurt uitspraak te hebben gedaan nopens de criminele aard der straffen, en de zaak naar een hof van assisen verwijzen.

De al dan niet criminele aard van de op het feit gestelde straffen was dus determinerend voor de richting die door het onderzoeksgerecht aan de vervolging kon worden gegeven, en voor de noodzakelijkheid van een dubbele aanleg bij de regeling van de rechtspleging.

De wet van 4 oktober 1867 heeft aan de onderzoeksgerechten de bevoegdheid verleend te oordelen over de verzachtende omstandigheden en over de gronden van verschooning bij de regeling van de rechtspleging; dit gebeurt dus

nog voordat de grond van de zaak wordt beoordeeld en op een wijze die het vonnisgerecht bindt. Die bevoegdheid wordt enkel verleend om de orde der gerechten te wijzigen door het verzachten van de aard der straffen. Daartoe heeft die wet aan de raadkamer de mogelijkheid verschaft om criminele straffen om te zetten in correctionele straffen, en correctionele in politiestraffen, met als gevolg dat sedertdien de strafzaken in de regel naar de correctionele rechtbank of naar de politierechtbank worden verwezen, en nog maar bij uitzondering naar het hof van assisen. In de regel volstaat dus de beschikking van de raadkamer voor de regeling van de rechtspleging; de waarborg van een tweede instantie voor de kamer van inbeschuldigingstelling bestaat alleen nog wanneer de rechtspleging moet worden geregeld wegens niet correctionaliseerbare misdaden, alsook in de enkele gevallen waarin de beschikking van de raadkamer voor hoger beroep vatbaar is.

Dit terugdringen van de dubbele aanleg der onderzoeksgerechten nam in de loop der jaren nog uitbreiding door de verschillende wijzigingen die de wet van 4 oktober 1867 naderhand onderging onder de druk der omstandigheden.

Het gevolg van die ontwikkeling is dat het gerechtelijk strafonderzoek nog enkel vereist is voor de vervolging van misdaden die niet voor correctionalisering door de onderzoeksgerechten in aanmerking komen, nu een vordering tot correctionalisering, op dezelfde wijze als een vordering tot contraventionalisering mogelijk is zonder voorafgaand gerechtelijk strafonderzoek⁵¹.

15. Om de werking van de wet van 4 oktober 1867 en haar opeenvolgende wijzigingen goed te begrijpen mag men niet uit het oog verliezen dat met toepassing van de artikelen 79 en 80 Sw. alle criminele straffen, ook de zwaarste, wegens verzachtende omstandigheden kunnen worden verminderd tot correctionele straffen. Zo kan doodstraf verminderd worden tot drie jaar gevangenisstraf. Het was dus nodig aan de beoordelingsbevoegdheid van de onderzoeksgerechten met betrekking tot de verzachtende omstandigheden een grens te stellen, wilde men vermijden dat alle misdaden, zonder enige uitzondering, aan de bevoegdheid van de hoven van assisen onttrokken zouden worden, en wilde men geen dode letter maken van de normale procedureregelen die betrekking hebben op de berechting van misdaden.

Om die reden heeft de wet van 14 mei 1937 een tweede lid aan artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 toegevoegd, waarin bepaald wordt dat de raadkamer ten aanzien van de verzachtende omstandigheden van deze bevoegdheid slechts gebruik kan maken voor zover de gestelde straf niet hoger dan vijftien jaar dwangarbeid is, of, wanneer het gaat om zedenfeiten of gewelddadige diefstallen zonder blijvende letsels voor de slachtoffers, niet hoger dan twintig jaar dwangarbeid. Door de wet van 1 februari 1977 werd de begrenzing tot een straf van twintig jaar dwangarbeid de regel. De wet van 6 februari 1985 bracht een nieuwe wijziging, die de huidige tekst van artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 werd, waardoor alle misdaden waarop geen hogere straf staat dan twintig jaar dwangarbeid, door de onderzoeksgerechten we-

⁵⁰ M. DE SWAEF, *op. cit.*, nr. 7, pp. 46 e.v.

⁵¹ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 369, nr. 465; R. DECLERCO, «Procedurale aspecten van de strafverminderende verschooningsgrond», in *Liber Amicorum H. Bekaert*, p. 61, nr. 4 in fine; H. BEKAERT, *op. cit.*, p. 81, nr. 83, 2.

gens verzachtende omstandigheden naar de correctionele rechtbanken kunnen worden verwezen; bovendien ook nog sommige misdaden, waarop een hogere straf dan twintig jaar dwangarbeid staat, maar die naar het oordeel van de wetgever van 1985 niet zwaar genoeg zijn om naar een hof van assisen te worden verwezen, en die op beperkende wijze opgesomd zijn onder de nummers 2 tot en met 6 van het tweede lid van artikel 2.

16. Criminele straffen kunnen in correctionele straffen worden omgezet, niet alleen wegens verzachtende omstandigheden, maar ook wegens verschoning, doch dan enkel in die gevallen waarin krachtens een uitdrukkelijke bepaling van de strafwet de misdaad verschoonbaar is en de daaruit volgende strafvermindering met zich brengt dat een criminele straf vervangen wordt door een correctionele straf.

Reeds de oorspronkelijke tekst, zoals nog steeds, verleent aan de onderzoeksgerechten de bevoegdheid om ook over het bestaan van een grond van verschoning te oordelen wanneer het vaststellen van een wettelijke grond van verschoning tot die strafvermindering leidt.

Zo is doodslag verschoonbaar met toepassing van de artikelen 411, 412 en 413 Sw., en moet de erop gestelde criminele straf van levenslange dwangarbeid vervangen worden door de correctionele straf bepaald bij artikel 414 Sw.: de verdachte moet dan door het onderzoeksgerecht naar de correctionele rechtbank verwezen worden.

Het betreft hier een aspect van het toepassingsveld van de wet van 4 oktober 1867 dat, naar het mij voorkomt, te weinig aandacht geniet, zodat niet zelden wordt voorbijgegaan aan deze beoordelingsbevoegdheid van de onderzoeksgerechten met betrekking tot de verschoningsgronden.

17. Wijlen procureur-generaal Bekaert heeft in zijn boek *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, in 1958, een grondige studie gewijd aan de verschoning in ons positief strafrecht. Deze studie is nog steeds het herlezen waard en werd op verhelderende wijze in 1977 aangevuld door prof. Raoul Declercq, advocaat-generaal in het Hof van Cassatie⁵².

Verschoningsgronden, leren deze auteurs, zijn in het bijzonder door de wet omschreven omstandigheden die het misdrijf laten bestaan⁵³ doch van rechtswege hetzij een vermindering, hetzij zelfs uitsluiting van straf tot gevolg hebben.

De gewone verschoningsgronden zijn strafverminderende verschoningsgronden, ook wel verzachtende verschoningsgronden genoemd. Het zijn alleen die verschoningsgronden die door de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden worden bedoeld. Zij vertonen trouwens enige gelijkenis met de verzachtende omstandigheden maar zijn ervan te onderscheiden door hun wettelijke omschrijving en hun verplicht karakter, zoals verder zal worden aangetoond.

Strafuitsluitende verschoningsgronden, ook nog afdoende of beslissende verschoningsgronden genoemd, vertonen daarentegen meer gelijkenis met de gronden van rechtvaardiging, waarmee zij niet zelden, ten onrechte, worden verward.

Handelend over het onderscheid tussen verzachtende omstandigheden en gronden van verschoning, noemde Bekaert

de ene streng gerechtelijk en de andere streng wettelijk⁵⁴.

Het komt er voor de praktijk op neer dat in alle gevallen waarin dit niet uitdrukkelijk door de strafwet is verboden, verzachtende omstandigheden door de rechter kunnen worden aangenomen, en dat zulks volledig aan het onaantastbaar oordeel van de rechter wordt overgelaten; terwijl voor de gronden van verschoning een strakke gedragslijn wordt opgelegd waardoor de rechter geen andere dan een wettelijke reden van verschoning vermag te aanvaarden (zie art. 78 Sw.) maar bovendien ook wordt verplicht er niet aan voorbij te gaan, wanneer ze voorhanden is.

18. In verband met de strafverminderende verschoningsgronden heeft Declercq uiteengezet hoe een dergelijke verschoningsgrond dient te worden gecombineerd met andere omstandigheden⁵⁵. Hij stelt dat alle gegevens die de kwalificatie van het misdrijf bepalen of kunnen wijzigen, eerst aan de beurt moeten komen vooraleer men over de verschoning oordeelt. Niet alleen de wettelijke verzwarende omstandigheden, maar ook de modaliteiten van uitvoering van het misdrijf zoals de poging, de strafbare deelneming en, wanneer zij een verplichte strafverzwaring met zich brengt, ook de herhaling dienen voor het bepalen van de wettelijke strafmaat aan bod te komen vóór de strafverminderende omstandigheden en onder deze moeten de strafverminderende verschoningen vóór de verzachtende omstandigheden toegerekend worden.

Aldus zal het, naar het oordeel van Declercq, normaal zijn dat de raadkamer bij het regelen van de rechtspleging, eerder op grond van een bestaande verschoningsgrond zal correctionaliseren om aan het vonnisgerecht de beslissing over het al dan niet bestaan van verzachtende omstandigheden over te laten, hoewel dit volgens deze auteur geen wettelijke of absolute verplichting is. Zulks lijkt mij een gedragslijn te moeten zijn waarvan alleen zou mogen worden afgeweken wanneer het bestaan van een verschoningsgrond niet zonder een grondig debat voor het vonnisgerecht kan worden vastgesteld.

De straftoemeting levert immers een heel verschillend resultaat op, naar gelang van de volgorde waarin verschoningsgronden en verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen; op dit stuk een al te grote vrijheid laten aan de rechter zou tot willekeur kunnen leiden.

Declercq wijst er ook op dat de term verschoningsgrond met omzichtigheid moet worden gehanteerd⁵⁶, en dat wat in de omschrijving van het misdrijf geen eigenlijke verschoningsgrond is, ook al vertoont dit als strafverminderende omstandigheid enige gelijkenis ermee, tot de kwalificatie van het misdrijf behoort, en uit het toepassingsveld van artikel 2 van de wet op de verzachtende omstandigheden dient te worden geweerd. Het is de enige manier om te vermijden dat onderzoeksgerechten de perken van hun bindende beoordelingsbevoegdheid inzake de aard van de door de vonnisgerechten toe te passen straffen te buiten gaan.

Even terecht verdedigt Declercq de stelling dat rechtstreekse dagvaarding voor een verschoonbare misdaad niet mogelijk is. Een reden van verschoning hoort immers evenmin als een verzachtende omstandigheid thuis in de wette-

⁵² Zie voetnoot 51.

⁵³ Zie ook Cass., 25 januari 1984, *R.D.P.*, 1984, 591.

⁵⁴ H. BEKAERT, *op. cit.*, p. 48, nr. 47.

⁵⁵ R. DECLERCQ, *op. cit.*, p. 64, nr. 7.

⁵⁶ R. DECLERCQ, *op. cit.*, p. 73, nr. 12.

lijke omschrijving van het misdrijf. Ook Bekaert schijnt die stelling toegedaan ⁵⁷.

19. Men zou geneigd kunnen zijn uit het voorgaande te besluiten dat de onderzoeksgerechten zich niet moeten inlaten met de beslissende of strafuitsluitende verschoningsgronden. Dat is de mening van Bekaert ⁵⁸, maar hij staat hierin vrij alleen, ook al heeft hij een aantal zeer goede argumenten om zijn standpunt te verdedigen, zoals de dissociatie van de vervolgingen waartoe in geval van deelneming de beslissing van het onderzoeksgerecht kan leiden wanneer sommige verdachten de beslissende verschoningsgrond kunnen inroepen en andere niet.

P. Trousse en J. Suetens ⁵⁹ zijn integendeel de mening toegedaan dat de onderzoeksgerechten bevoegd zijn om zowel over de beslissende als over verzachtende verschoningsgronden uitspraak te doen. Ook D'Haenens deelt die mening ⁶⁰. Hij is van oordeel dat de buitenvervolginstelling dient te worden gelast door het onderzoeksgerecht indien bij de regeling van de procedure blijkt dat er een strafuitsluitende verschoningsgrond is, omdat er, ondanks de bestaande bezwaren, toch geen straf kan worden opgelegd.

20. Hetzelfde geldt trouwens ook indien een grond van rechtvaardiging wordt vastgesteld. Hier zijn de auteurs eensgezind om de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten te erkennen ⁶¹. De gronden van rechtvaardiging nemen immers het zedelijk bestanddeel van het misdrijf weg, zodat er geen misdrijf meer is. Bijgevolg eist een logische toepassing van de artikelen 128 en 229 Sv. dat de onderzoeksgerechten de buitenvervolginstelling uitspreken wanneer zij tot de bevinding komen dat er wegens de rechtvaardiging geen misdrijf is gepleegd.

21. Zoals gezegd worden rechtvaardigings- en verschoningsgronden in de praktijk dikwijls met elkaar verward. In het bijzonder worden feiten die de passionele verschoningsgronden van de artikelen 411, 412 en 413 Sv. kunnen opleveren, al te vaak voorgesteld als rechtvaardigingsgronden bepaald bij artikel 71 of de artikelen 416 en 417 Sw.

Bekaert heeft als volgt en zeer treffend het nochtans opvallend onderscheid tussen beide soorten rechtsfiguren in het licht gesteld ⁶²:

«Hij die gerechtvaardigd wordt, is het slachtoffer van een fout of van een maatschappelijk feit; hij handelt onder een psychologische aandrang om een *kwaad te vermijden* dat gepleegd wordt of gepleegd zal worden. Daarentegen heeft, wie de passionele verschoning inroept, een fout bedreven; zijn daad is een uitspatting van passie, een gebrek aan beheersing, waarvan de herhaling de maatschappelijke orde in gevaar brengt. De verschoonbare enkeling heeft niet gehandeld om het kwaad te vermijden; hij heeft gereageerd tegen kwaad, *dat reeds bedreven was*.»

⁵⁷ H. BEKAERT, *op. cit.*, p. 81, nr. 83, 2; R. DECLERCO, *op. cit.*, p. 62, nr. 5.

⁵⁸ H. BEKAERT, *op. cit.*, p. 97, nr. 94.

⁵⁹ P.-E. TROUSSE, «Les principes généraux du droit positif belge», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, Tome I, Volume I, p. 429, nr. 2762, en p. 464, nr. 3023; J.-H. SUETENS, *op. cit.*, p. 421, nr. 293.

⁶⁰ J. D'HAENENS, *op. cit.*, p. 365, nr. 459, 1. In dezelfde zin: Cass., 8 oktober 1985, *Pas.*, 1986, I, 127.

⁶¹ Zie J. VERSTRAETE, *op. cit.*, 1211, nr. 27, b, en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

⁶² H. BEKAERT, *op. cit.*, p. 13, nr. 14.

En verder haalt hij de woorden van Ortolan aan die zeer kernachtig zegt dat in het ene geval gehandeld wordt om zich te verdedigen, in het andere om zich te wreken.

De noodzaak om dit onderscheid in acht te nemen en om begripsverwarring tegen te gaan, doet zich vooral voelen in assisenzaken. De beschuldigde kan hierbij handig gebruik maken van de wijze waarop de vragen aan de jury gesteld dienen te worden. Ingevolge artikel 339 Sv. moet een afzonderlijke vraag worden gesteld, wanneer de beschuldigde een verschonend feit heeft aangevoerd dat als zodanig door de wet wordt aangemerkt. Die vraag luidt als volgt: «Staat dit feit vast», en biedt weinig speelruimte om van de wet of de feiten af te wijken.

Heel anders is het met een grond van rechtvaardiging. De vraag of die grond al dan niet bestaat, ligt besloten in de vraag of de beschuldigde schuldig is of niet, zodat daarover geen afzonderlijke vraag wordt gesteld ⁶³.

Het is dus voldoende een grond van verschoning als een grond van rechtvaardiging voor te stellen opdat de vraag aan de jury niet moet worden gesteld. A fortiori dient geen vraag gesteld te worden wanneer het ingeroepen feit noch het een noch het ander is.

22. Dit doet zich vooral voor wanneer de beschuldigde beweert dat hij gehandeld heeft onder de invloed van een onweerstaanbare drang, en de verdediging aan de juridisch niet onderlegde juryleden wil doen geloven dat dit de rechtvaardigingsgrond is bedoeld in artikel 71 van het Strafwetboek.

De rechtsleer en de rechtspraak oordelen nochtans unaniem en laten er geen twijfel over bestaan dat de zogenaamde onweerstaanbare drang niets te maken heeft met de «macht» waarvan sprake in artikel 71 Sw. en die, volgens de bewoordingen van dit artikel een macht is waardoor de beschuldigde werd gedwongen en waaraan hij niet heeft kunnen weerstaan. Die macht wordt trouwens ook nog «overmacht» of «dwang» genoemd, omdat het een gegeven is dat de dader van buiten uit overvalt, terwijl de drang een inwendige impuls is die opwelt uit het binnenste van de dader en hem drijft tot uitwendig handelen; in het ene geval zwicht de dader voor de overmacht, in het ander geeft hij volop uiting aan passie.

Dwang of overmacht, schrijven Lieven Dupont en Raf Verstraeten in hun onlangs uitgegeven *Handboek Belgisch Strafrecht* ⁶⁴, veronderstelt dat de dader in de *onmogelijkheid* was een strafrechtelijk verboden handeling te vermijden of een strafrechtelijk geboden handeling te verrichten.

In navolging van een vaste leer en rechtspraak maken zij het onderscheid tussen materiële en zedelijke overmacht. De materiële overmacht komt uiterst zelden voor, bijvoorbeeld bij verkeersongevallen wanneer onoverkomelijke en onvoorzienbare slechte weersomstandigheden een ongeval en de daaruit voortvloeiende onopzettelijke verwondingen onvermijdelijk maken. De zedelijke overmacht of zedelijke dwang voortkomende uit een (uitwendige) macht waaraan men niet heeft kunnen weerstaan en die de toerekenbaarheid uitsluit, veronderstelt, volgens de gevestigde rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de vrije wil van de da-

⁶³ Cass., 13 februari 1950, *Pas.*, 1950, I, 406.

⁶⁴ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, p. 275, nr. 483.

der uitgeschakeld werd, of nog dat de dader voor een ernstig en dreigend gevaar niet anders de belangen heeft kunnen vrijwaren die hij verplicht of gerechtigd was te beschermen ⁶⁵.

23. De vraag kan gesteld worden of het geen aanbeveling zou verdienen dat in het debat, dat aan elke inbeschuldigingstelling door de kamer van inbeschuldigingstelling dient vooraf te gaan, uitdrukkelijk gedebatteerd wordt over het al dan niet bestaan van feiten die een rechtvaardigingsgrond kunnen opleveren, in het bijzonder de wel zeer specifieke rechtvaardigingsgrond die de zedelijke dwang of overmacht is.

Ook zou men *de lege ferenda* in overweging kunnen nemen dat de kamer van inbeschuldigingstelling krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling gehouden zou zijn zich over het al dan niet voorhanden zijn van die welbepaalde rechtvaardigingsgrond, zoals hij wordt omschreven in de tweede zinsnede van artikel 71 Sw., uit te spreken alvorens een verwijzing naar het assisenhof te kunnen bevelen. Een dergelijk arrest zou verhelderend zijn voor de jury in haar moeilijke en delicate beoordelingstaak, zonder haar evenwel te kunnen binden; men kan immers de jury niet beletten anders te oordelen dan de kamer van inbeschuldigingstelling.

24. Het praktisch nut van een zodanige ingreep in de rechtspleging der inbeschuldigingstelling is nochtans minder evident. Weliswaar heerst, althans naar een bij een breed publiek verspreide algemene opvatting, de indruk dat in heel wat gevallen doodslag of moord ongestraft blijft, en dat in die gevallen de dader telkens werd vrijgesproken door met succes de zg. onweerstaanbare drang in te roepen.

Maar in werkelijkheid zijn die vrijspraken niet zo talrijk, en kan niet uitgemaakt worden om welke reden de jury ontkennend heeft geantwoord op de schuldvraag; de jury moet immers haar beslissing niet motiveren, terwijl ook bij staking van stemmen haar antwoord ontkennend is.

Bij het overlopen van de verschillende assisenzaken die sedert 5 februari 1986 hun beslag kregen voor de hoven van assisen van Oost- en West-Vlaanderen, stelt men vast dat slechts 5 beschuldigden van moord of doodslag werden vrijgesproken, op een totaal van 67 beschuldigden die terechtstonden ⁶⁶. Drie van die vrijspraken werden op 12 december 1986, 30 oktober 1987 en 29 september 1988 verleend door het Hof van Assisen van West-Vlaanderen. De twee overige vrijspraken volgden kort op elkaar op 14 december 1989 en 14 januari 1990 voor het Hof van Assisen van Oost-Vlaanderen. In al die gevallen had de verdediging telkens artikel 71 Sw. ingeroepen, en had ze aan dit artikel een andere dan zijn juiste wettelijke betekenis gegeven.

Zoals eerder is gezegd, weten wij niet of de jury de verdediging in haar redenering heeft gevolgd. Wel kan niet ontkend worden dat die vrijspraken op heel wat bijval konden rekenen van de aanwezige sympathisanten van de beschul-

digde. Maar erger is dat het rechtsgevoelen van heel wat andere rechtsonderhorigen erdoor werd geschokt, en dat niet zozeer de jury maar wel de magistraten van het hof, die geen deel hadden aan die beslissingen over de schuldvraag, op de korrel werden genomen, en met hen het gehele gerechtelijk apparaat.

Daartegenover kan dan gesteld worden dat die vrijspraken uitzonderingen waren, en dat in de regel door de hoven van assisen passende straffen worden uitgesproken die in overeenstemming zijn met de ernst van de feiten, zoals moge blijken uit de volgende cijfers.

Op de 62 veroordelingen tussen begin februari 1986 en einde juni 1990 waren er:

4 veroordelingen tot de doodstraf

21 veroordelingen tot levenslange dwangarbeid

10 veroordelingen tot 20 jaar dwangarbeid

3 veroordelingen tot 17 jaar dwangarbeid

1 veroordeling tot 16 jaar dwangarbeid

1 veroordeling tot 15 jaar dwangarbeid

5 veroordelingen tot 12 jaar dwangarbeid

4 veroordelingen tot 10 jaar dwangarbeid

2 veroordelingen tot 10 jaar opsluiting

3 veroordelingen tot 8 jaar opsluiting

2 veroordelingen tot 6 jaar opsluiting

2 veroordelingen tot 5 jaar gevangenisstraf

3 veroordelingen tot 3 jaar gevangenisstraf, waarvan: twee met 5 jaar probatie-uitstel en één met 5 jaar gewoon uitstel voor 12 maanden

1 veroordeling tot 2 maanden gevangenisstraf en een geldboete.

In totaal waren er dus 56 veroordelingen tot criminele straffen tegenover slechts 6 veroordelingen tot correctionele straffen. De beschuldigden werden telkens veroordeeld tot betaling van de gerechtskosten die, wat het Hof van Assisen van Oost-Vlaanderen betreft, schommelden tussen 137.067 fr. en 539.360 fr. Aan te stippen valt dat de meeste van die gerechtskosten tot op heden zonder enige afbetaling zijn gebleven.

Uit de hierboven aangehaalde cijfers mag afgeleid worden dat bijna alle strafzaken die tijdens de laatste jaren naar een hof van assisen werden verwezen, ook bij die rechtsmacht voor hun berechting thuishoorden, en dat de dubbele aanleg, die in de rechtspleging van de inbeschuldigingstelling is ingebouwd, behoorlijk werkt.

V. Slotbeschouwingen

25. Uit al wat voorafgaat moge blijken hoe alleen door een oordeelkundige en juiste toepassing van de strafwet overbelasting van de strafrechter kan worden vermeden.

Wanneer de gerechtelijke politie nauwgezet en terstond de misdrijven ter kennis brengt van het openbaar ministerie, zal, in de regel, eerst tot een opsporingsonderzoek worden overgegaan alvorens, zo nodig, tot vervolging te besluiten.

Op de strafrechter moet alleen dan een beroep worden gedaan, wanneer er geen andere uitweg is om de verstoorde rechtsorde te herstellen. In de meeste gevallen, wanneer de mogelijkheid zich niet voordoet om de zaak op een andere wijze af te handelen, zoals door minnelijke schikking of door pretoriaanse aanmaning of berisping, zal, als ultiem middel, de strafvervolging worden aangewend door na volledig opsporingsonderzoek, de verdachten rechtstreeks voor de

⁶⁵ Cass., 17 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2487. Zie ook Cass., 12 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 667.

⁶⁶ In die cijfers zijn niet begrepen een vrijspraak op 30 juni 1989 betreffende een schuldig verzuim, en een arrest van 26 juni 1986 waarbij de beschuldigde wegens ernstige twijfel werd vrijgesproken van moord, maar om andere redenen veroordeeld; beide uitspraken door het Hof van Assisen van West-Vlaanderen.

strafrechter te dagvaarden. Uitzonderlijk zal vooraf een gerechtelijk strafonderzoek gevorderd worden. Aldus kan de onderzoeksrechter gespaard blijven van allerlei eenvoudige routinezaken om zich des te beter te kunnen inzetten voor de zeer belangrijke aangelegenheden die zijn volle aandacht moeten vergen. Dit moet noodzakelijk op termijn tot gevolg hebben dat de overlast in de onderzoekskabinetten gedrukt wordt. De onderzoeksgerechten zelf moeten hun taak naar behoren kunnen uitvoeren, en daarom moeten zij alles wat hen daarin kan hinderen, onder meer de vele en vaak niet ter zake dienende procedurebetwistingen en andere tijdrovende incidenten in hun juiste procedurale context plaatsen en ze alleen in verband daarmee afhandelen.

26. Tot slot van deze uiteenzetting meen ik te mogen wijzen op de belangrijke functie van toevoerregelende sluis in de stroom van strafzaken op hun weg van strafvervolgning naar berechting, waarmee de onderzoeksgerechten zijn belast. Die functie oefenen zij uit op tweeërlei wijze, allereerst door alleen die zaken door te laten die voor berechting door de strafrechter in aanmerking komen, en vervolgens door alleen die zaken naar een hoger gerecht door te laten die niet voor berechting door een lagere rechter in aanmerking komen. Hierbij dienen zij uitsluitend oog te hebben voor de toelaatbaarheid van de vervolging en voor het aanwezig zijn van voldoende bezwaren. Alle andere discussies dienen uit de debatten voor de onderzoeksgerechten geweerd te worden.

Er dient voor gewaakt te worden dat de onderzoeksgerechten die functie verder op adequate wijze blijven vervullen, hetgeen onder meer veronderstelt dat de parketten door hun seponeringsbeleid reeds vooraf een eerste beredeneerde schifting hebben doorgevoerd van de te vervolgen zaken.

Wij mogen daarbij niet vergeten dat artikel 216bis Sv. aan de parketten de mogelijkheid biedt onder bepaalde voorwaarden een hele reeks strafzaken buiten de rechter af te doen tegen betaling van een geldsom.

27. Om dit doel verder verwezenlijkt te zien lijken onmiddellijk geen belangrijke hervormingen van de rechtspleging

vereist. Wel dient men meer dan ooit oog te hebben voor de hoedanigheden en bekwaamheden die mogen worden vereist van diegenen die geroepen zijn om strafrechtelijke functies uit te oefenen.

Zoals de eerste minister verklaarde tijdens zijn regeringsmededeling van 5 juni 1990 voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers⁶⁷, zijn het de personen die een instelling belichamen, die haar maken tot wat ze is, hoe goed die instelling in abstracto ook is opgevat.

Het rapport van de Onderzoekscommissie zou volgens dezelfde regeringsmededeling aangetoond hebben dat leden van het openbaar ministerie en onderzoekrechters hun functies van gerechtelijke politie, van openbare aanklager en van onpartijdige onderzoeker van de feiten verwarren; sommigen zouden daarbij hun autonomie overdrijven en anderen hun onafhankelijkheid misbruiken.

Maar terecht liet de eerste minister ook de volgende waarschuwing horen:

«Veeleer dan te denken aan een wijziging van die mechanismen, omdat ze sommigen te veel zouden beperken of voor anderen te soepel zouden zijn, zou men er beter aan doen ze zowel naar de letter als naar de geest na te leven, en ze toe te passen.»

Dit is ook de wens waarmee ik meen te mogen eindigen. Opdat die wens vervuld kan worden, moge het een voortdurende zorg zijn voor de regering, en in het bijzonder voor de minister van Justitie, dat de kwaliteit van de leden van de rechterlijke orde gaaf en ongeschonden wordt gehouden, en dat alleen diegenen in haar rangen worden opgenomen, die daartoe over alle vereiste hoedanigheden en bekwaamheden beschikken.

⁶⁷ *Beknopt Verslag*, Plenaire Vergadering van 5 juni 1990, 169, p. 1054.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 17 JANUARI 1990

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: mevr. Jeanmart

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaat: mr. Philippe

Bewijs – In strafzaken – Onrechtmatig verkregen bewijs – Diefstal

Uit het enkele feit dat een stuk bedrieglijk is weggenomen van de eigenaar, volgt niet noodzakelijk dat de overlegging ervan in rechte onrechtmatig is.

D.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1989 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het middel: schending van het recht van verdediging en van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, de substantiële regels van de strafrechtspleging en de artikelen 1317, 1318, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest de strafvordering ontvankelijk en de ten laste gelegde feiten bewezen verklaart op grond dat B. weliswaar is veroordeeld wegens huisdiefstal en, te samen met

Van H., wegens afpersing van eiser door het wegnemen van het aantekenboekje; dat nochtans «B. met het plegen van de afpersing het doel dat hij nastreefde met het stelen van het notitieboekje, namelijk chantage te plegen op D., had bereikt»; dat het arrest overweegt dat «de met het onderzoek belaste personen geen enkele onregelmatigheid hebben begaan en de aangever niet hebben gevraagd een misdrijf te plegen om in het bezit te komen van bewijzen»; dat het arrest ten slotte beslist «dat er geen enkel verband, noch in het opzet noch in de feiten, bestaat tussen, enerzijds, de door een derde gepleegde diefstal van het boekje waarvan de overlegging wordt betwist en, anderzijds, het feit dat het boekje op 8 juni 1985 door een ander persoon aan de gerechtelijke overheid is overhandigd»,

terwijl, eerste onderdeel, het hof van beroep, door het bewijsmiddel als regelmatig te beschouwen, ofschoon het, hoewel regelmatig in het bezit gekomen van de gerechtelijke overheid, eerst na verschillende misdrijven kon worden bemachtigd, geen rekening heeft gehouden met het onregelmatig karakter van het bewijsmiddel, dat immers, ook al is het op een wettige wijze in het bezit gekomen van de overheid, pas kon worden overgelegd na het plegen van een misdrijf; niet wordt betwist dat het bewijs wederrechtelijk is verkregen; B. en Van H. immers bij voornoemd vonnis van 6 oktober 1988 zijn veroordeeld wegens diefstal, afpersing en heling; als een stuk door de wijze waarop het verkregen is, op een onrechtmatige wijze is overgelegd in een proces, de overlegging ervan in een ander proces eveneens onrechtmatig is, welke ook de omstandigheden zijn die zich hebben voorgedaan tussen de wederrechtelijke verkrijging van het stuk en de overlegging ervan in rechte; een vertrouwelijk stuk aldus niet kan worden overgelegd, noch door de bestemming ervan noch door enig andere derde, die, direct of indirect, daarvan in het bezit gekomen is; er dus, zoals de eerste rechter trouwens terecht heeft beslist, geen verband hoeft te bestaan tussen de verkrijging van het bewijsmiddel en de overlegging ervan; het arrest bijgevolg, door een bewijsmiddel aan te nemen dat na het plegen van verschillende misdrijven werd verkregen, de substantiële regels van de strafrechtspleging schendt, alsook het recht van verdediging, de artikelen 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit het enkele feit dat een stuk bedrieglijk is weggenomen van de eigenaar niet noodzakelijk volgt dat de overlegging ervan in rechte onrechtmatig is;

Overwegende dat het arrest vooraf wijst op de omstandigheden waarin het aantekenboekje dat de «zwarte» boekhouding bevatte, in het bezit is gekomen van de gerechtelijke instanties en vervolgens vaststelt dat de met het onderzoek belaste personen en de aangever geen enkele onrechtmatige daad hebben gepleegd om in het bezit te komen van dat stuk en dat er geen verband bestaat tussen de diefstal van het litigieuze boekje en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen; dat het hof van beroep zonder het recht van verdediging of de in het middel aangegeven wetsbepalingen te schenden, uit die vaststelling heeft kun-

nen afleiden dat de tegen eiser ingestelde strafvordering ontvankelijk was;

Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen; Overwegende dat voor het overige het middel niet nauwkeurig aangeeft welke substantiële regels van strafrechtspleging zouden zijn geschonden;

Dat het middel in dat opzicht niet ontvankelijk is;

...

NOOT – *Het door de aangever onrechtmatig verkregen bewijs*

1. Het op onrechtmatige wijze verkregen bewijs kan op een brede wijze omschreven worden als het bewijs dat verkregen is of gebruikt wordt met schending van hetzij formele, hetzij substantiële procesregelen, maar ook het bewijs dat verkregen is door middel van een misdrijf of door een verboden of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé. In deze noot gaat het vooral om het onrechtmatig verkregen bewijs in deze laatste betekenis.

De vraag wat er moet gebeuren met het onrechtmatig verkregen bewijs wordt als een van de moeilijkste van het internationaal strafrecht beschouwd. Hier rijst, zegt men, het conflict tussen het belang van de samenleving om de misdadigheid op effectieve wijze te bestrijden en dat van het individu om gerespecteerd te worden als mens. Toch wordt in de meeste rechtsstaten – Engeland is wel de voornaamste uitzondering – aangenomen dat het onrechtmatig verkregen bewijs getroffen wordt met de sanctie van niet-toelaatbaarheid. Minder eenstemmigheid bestaat over het standpunt of elk navolgend bewijs op grond van onrechtmatig verkregen bewijs eveneens moet worden geweerd krachtens de doctrine, die men in de V.S.A. «fruit of the poisonous tree» noemt, m.a.w. dat de vrucht van een giftige boom ook giftig is (Voorbereidend colloquium aan het 12e Internationaal congres over strafrecht, «La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale», Algemeen verslag, *R.I.D.P.*, blz. 567).

De niet-toelaatbaarheid wordt wel schamper bekritiseerd met de vaststelling dat ze meestal een schuldige ten goede komt en niet een onschuldige (Heydon, J.D., «Illegally obtained evidence», *Crim.L.R.*, 1973, 697). En niet onverschillig welke schuldige. Volgens sommigen profiteert in de V.S.A. vooral de gevaarlijke misdadiger van de verhoging van het aantal bewijsregelen en van de gevallen waarin bewijs niet toelaatbaar werd verklaard (Driscoll, J., «Excluding illegally obtained evidence in the United States», *Crim.L.R.*, 1987, 560).

Wat er ook van zij, het onrechtmatig verkregen bewijs waarover men het bijna steeds, zoniet uitsluitend heeft, is het bewijs dat direct of indirect verkregen is door de politie of de vervolging. De vraag is echter of de niet-toelaatbaarheid moet doorgetrokken worden naar het bewijs dat door een derde door middel van een misdrijf of een verboden of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé verkregen werd of waarvan de verkrijging of de overdracht met een misdrijf gepaard ging, zonder dat de politie en/of de vervolging daar direct of indirect bij betrokken was.

2.a. Noch art. 6 E.V.R.M., noch art. 14 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (I.V.B.P.R.), die een «fair trial» of een eerlijk proces waarborgen, definiëren wat dat precies betekent (Fawcett,

J.E.S., *The application of the European Convention on Human Rights*, blz. 148; Noor Muhamed, H.N.J., «Due process of law for persons accused of crime», in *The International Bill of Rights*, blz. 151 e.v.). Art. 6, lid 1, E.V.R.M. stelt de eis van de eerlijkheid van het proces zelf. Art. 6, lid 3, E.V.R.M. bepaalt dat elkeen die vervolgd wordt hierbij een aantal minimumrechten heeft. Art. 6, lid 3, d, E.V.R.M. huldigt het zgn. principe van de equality of arms (Cohen-Jonathan, G., *La convention Européenne des droits de l'homme*, blz. 444). Het voornaamste kenmerk van het eerlijk proces is wel de tegenspraak (De Nauw, A., «L'application et l'interprétation de l'article 6 par. 1 et 3, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale», in *Les droits de la défense en matière pénale*, blz. 318). Anderzijds moet de eerlijkheid van een bepaald proces niet in abstracto of formeel beoordeeld worden, maar in concreto.

Het zou verkeerd zijn om het eerlijk proces te éézijdig te begrijpen. «Bij fair trial in het strafproces moet worden gedacht aan een toepassing van de procesregels in overeenstemming met hun dubbel doel: het aan het licht brengen van de waarheid enerzijds, het beschermen van de grondrechten van de burgers en het erkennen van de verdachte als persoon met rechten anderzijds» (Van Veen, Th. W., «De Hoge Raad en het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal», *N.J.B.*, 1978, 25).

Onder de kwesties in verband met eerlijk proces staat de toelaatbaarheid van bewijzen vooraan. De Commissie van de Rechten van de Mens heeft steeds gesteld dat de vraag naar de toelaatbaarheid uitsluitend beheerst wordt door het interne recht: zij gaat alleen maar na of er geen misbruiken waren (Kohl, A., «Implications de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme en procédure pénale», *J.T.*, 1988, 437, nr. 10).

Dat is ook het standpunt van het Hof van de Rechten van de Mens. De toelaatbaarheid van bewijsmiddelen is in de eerste plaats een aangelegenheid van het interne recht. Het komt in principe de nationale gerechten toe de bewijzen te beoordelen. Het Hof oordeelt niet of bepaalde bewijzen wel terecht zijn toegelaten of juist geïnterpreteerd, maar gaat na of in zijn geheel genomen, hierin begrepen het aanvoeren van bewijzen, het proces wel eerlijk is geweest (zie bv. E.H.R.M., 6 december 1988, zaak Barberà, Messegue en Jabardo, *Publi. Cour*, Série A, Vol. 146, nr. 67; E.H.R.M., 20 november 1989, zaak Kostovski, *Publi. Cour*, Série A, Vol. 166, nr. 39).

2.b. In de Zwitserse zaak Schenk stond het door een aangever/getuige verkregen bewijs centraal (E.H.R.M., 12 juli 1988, zaak Schenk, *Publi. Cour*, Série A, Vol. 140). De garing van het bewijs was niet alleen strijdig met het Zwitserse strafwetboek, dat clandestiene opnames van telefoongesprekken verbiedt, maar werd ook verkregen door list. De door Schenk aangesproken huurmoordenaar Pauty had zijn aangewezen slachtoffer, de echtgenote van Schenk, in kennis gesteld van zijn opdracht. Beiden gingen het feit dan aangeven bij de onderzoeksrechter van het kanton Vaud. Nadien nam Pauty op eigen initiatief een telefoongesprek met zijn opdrachtgever op, waarin hij deze er met list toe bracht de impliciete bevestiging van de gegeven opdracht te vermelden. Mede op grond van deze bandopname veroordeelden de Zwitserse feitenrechters Schenk wegens poging tot aanzetting tot moord tot tien jaar.

De Zwitserse rechters verwezen uitvoerig naar rechtspraak en rechtsleer. Interessant is het onderscheid dat gemaakt wordt naargelang het bewijs verkregen door de onderzoekers dan wel door privé-personen (nr. 28). De Zwitserse auteurs vinden dat de regel van de niet-toelaatbaarheid van het door de onderzoekers onrechtmatig verkregen bewijs zo maar niet kan worden toegepast op privé-personen. Zo kan het voor het slachtoffer van bedreigingen of van een chantage noodzakelijk zijn een clandestiene opname van een telefoongesprek te verrichten, ten einde een moeilijk te leveren bewijs te verkrijgen. Volgens de rechters was bovendien in deze zaak het bewijsmiddel binnen de grenzen gebleven van wat toelaatbaar is voor de strijd tegen de misdaad (nr. 28).

Het E.H.R.M. bevestigde dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. de toelaatbaarheid van bewijzen niet reglementeert: het Hof hoeft slechts na te gaan of het proces in zijn geheel eerlijk is geweest. Te dezen werd het recht van verdediging niet miskend. Anderzijds hechtte het Hof ook belang aan het feit dat de bandopname van het telefoongesprek niet het enige bewijselement was. Andere gegevens waren de op de bandopname gegronde elementen van schuld komen bevestigen. Er was dus geen schending van art. 6, lid 1, E.V.R.M. (nrs. 46, 47, 48 en 49).

3. Ofschoon het geen strafvervolgingen betrof, werd de toelaatbaarheid van een wederrechtelijk door een derde verkregen bewijs ook reeds te berde gebracht voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Het ging om een procedure wegens schending van art. 86 EEG-Verdrag, d.i. wegens – naar Belgische terminologie – economisch machtsmisbruik. Een directeur van een Zwitserse multinational had aan ambtenaren van de Europese Commissie vertrouwelijke inlichtingen over zijn onderneming bekendgemaakt en hen bovendien fotokopieën van interne documenten ter beschikking gesteld. De onderneming betwistte het gebruik van dergelijke stukken. Nadien zag ze van dit middel af en bracht de stukken zelf in het geding, samen met andere. Het Hof heeft zich dus – jammer voor ons – niet over het middel kunnen uitspreken (H.v.J., 13 februari 1979, zaak 85/76 Hoffmann-La Roche, *Jurispr.*, 1979, 461).

De handelingen van de directeur waren misdrijven naar het Zwitsers strafrecht. De betrokkene zou trouwens door de rechtbank in Basel bij verstek veroordeeld worden tot een jaar gevangenisstraf wegens verspreiding van bedrijfsgegevens en schending van het bedrijfsgeheim, m.a.w. wegens economische spionage. Zijn cassatieberoep werd verworpen. Later zou het Hof van Justitie de Commissie veroordelen tot vergoeding van 50% van de schade die de aangever had geleden, «doordat hij kon worden aangewezen als degene van wie de informatie afkomstig was op grond waarvan de Commissie aan verzoekers voormalige werkgever, de Zwitserse vennootschap Hoffman-La Roche, een geldboete heeft opgelegd wegens bepaalde mededigingsvervalsende praktijken» (H.v.J., 7 november 1985, zaak 145/83 Stanley Georges Adams, blz. 3556; zie Eeckman, P., Steenlandt, J. en Vanhees, H., «Overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (1985-1986)», *R.W.*, 1986-87, 1445).

4.a. Zoals bekend, wijkt het Engelse strafproces- en bewijsrecht sterk af van het continentale. In de Engelse hoven was het tot voor enkele jaren de algemene regel dat wanneer

bewijs relevant was voor het strafproces, het toelaatbaar was ongeacht op welke wijze het verkregen werd. Toch werd aanvaard dat, wanneer bv. een document verkregen werd door een truuk, de rechter het als bewijs ontoelaatbaar mocht verklaren. Dit schijnt echter zelden gebeurd te zijn (R. May, *Criminal evidence*, blz. 223, nrs. 9-55).

Art. (section) 78-1 van the Police and Criminal Evidence Act 1984 voerde een nieuwe regel in:

«78. Exclusion of unfair evidence

(1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it».

Net zoals bij het E.V.R.M. en het I.V.B.P.R. kan hier wat fair is en wat niet, niet precies bepaald worden. De rechter heeft dus een vrij beoordelingsrecht. Hij moet zich de vraag stellen of een redelijke persoon het proces waarin een bepaald bewijs toegelaten wordt, als fair zou beschouwen, of niet. Bovendien slaat het vereiste van fairness eerder op het proces zelf, dan op het voorafgaande politieonderzoek (Bevan, V., en Lidstone, K., *A guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984*, blz. 294, nr. 8.17; zie ook, Mirfield, P., «The Evidence Provisions», *Crim.L.R.*, 1985, 573-574).

Niet elke door de politie begane onregelmatigheid leidt automatisch tot de niet-toelaatbaarheid van het bewijs. Was het politieoptreden te kwader trouw, dan normaliter wel. Anderzijds verwierp het hof van beroep in een zaak Samuel de stelling dat, wanneer de politie niet ongepast heeft gehandeld, het bewijs noodzakelijk toegelaten moet worden. Alleen was in dat geval het bewijs wel op ongepaste wijze verkregen (May, R., «Fair play at trial: an interim assesment of section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984», *Crim.L.R.*, 1988, 727-728). Zou de rechter een bewijs niet toelaatbaar verklaren omdat een derde het onrechtmatig verkregen heeft? De auteur van het geciteerde artikel, een circuit judge, zegt hierover niets.

4.b. In de V.S.A. is de regel van niet-toelaatbaarheid van het onrechtmatig bewijs alleen maar van toepassing wanneer dit verkregen werd door een openbaar ambtenaar: hij geldt in principe niet wanneer het bewijs was bekomen door een particulier (Heydon, J.D., «Illegally Obtained Evidence», *Crim.L.R.*, 1973, 611). Toch betekent dit niet dat de politie zo maar gebruik mag maken van een door een derde onrechtmatig verkregen bewijsstuk. Wanneer bv. een derde een niet voor hem bestemd pakket opent en obscene films ontdekt, dan mogen de FBI-agenten die films maar bekijken ingevolge een warrant, d.i. een bevel van de rechter (Cleary, E.W., e.a., *McCormick on evidence*, 3e ed., blz. 469).

4.c. Art. 338-1 van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering bepaalt uitdrukkelijk dat de rechter zijn overtuiging slechts mag gronden op wettige bewijsmiddelen. Die regel richt zich tot de overheid. Toch brengt dit niet mee dat de burger alles mag: als voorbeeld wordt een geval van privé-tortuur aangehaald (Reijntjens, J.M., *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk*, blz. 207).

4.d. In Duitsland verbiedt art. 136aI van het Wetboek van Strafvordering (StPO) de vrije wil van een beklaagde uit te schakelen of te beïnvloeden door mishandeling, door vermoeiing, door een fysieke ingreep, door het toedienen van

middelen, door kwellung, door misleiding of door hypnose. Misleiding bestaat uit arglistige trucs, waarmee gepoogd wordt de vrije wil van de verdachte te beïnvloeden. Het verschalken (*Überlistung*) van de verdachte is evenwel niet verboden (Kleinknecht, Th., *Strafprozeßordnung*, 34e ed., blz. 405). Door dit onderscheid wordt de undercoveroperatie gewettigd.

Het wettelijk verbod van het gebruik van — direct of indirect — onrechtmatig verkregen bewijs richt zich tot de politie en de organen van de strafvervolgning, niet tot de verdediger of andere personen, die niet in ambtelijke opdracht handelen. Wel zijn verklaringen, die door foltering of gijzeling afgeperst zijn, nooit toelaatbaar. In de andere gevallen mag de strafvervolgingsoverheid een door een privé-persoon begane inbreuk op art. 136aI niet gebruiken om van de beklaagde of een getuige een verklaring te eisen (Alsberg, M. en Nüse, K.-H., *Der Beweisantrag im Strafprozeß*, 5 ed., blz. 484).

5.a. Het bewijsrecht in Frankrijk en in België heeft drie kenmerken: het vermoeden van onschuld, de vrijheid van bewijs, de loyauteit in de bewijsgaring (Bouzat, P., «La loyauté dans la recherche des preuves», in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, blz. 156 en 157). Men spreekt in verband met dit laatste ook van «dignité», d.i. waardigheid van het bewijsmiddel (Trousse, P.E., *Novelles, Droit pénal*, I, 2, nr. 3455: Trousse, P.E., «La preuve des infractions», *R.D.P.*, 1958-59, 731 e.v.; Messine, J., «La vie privée et le droit de la preuve en matière pénale», *Ann. Dr. Louvain*, 1984, 408).

Ingevolge de regel van de loyauteit in de bewijsgaring mag een bewijs niet met bedrieglijke middelen verkregen worden en zeker niet door het plegen van een misdrijf (Bouzat, P., en Pinatel, J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2e ed., II, blz. 1133, nr. 1185 in fine), of, anders geformuleerd, het gebruik van onwettige of deloyale bewijsprocédés is verboden (Franchimont, M., Jacobs, A., Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, blz. 59; zie ook rechtspraak en rechtsleer onder het advies adv.-gen. du Jardin, bij Cass., 13 mei 1986, *A.C.*, 1985-86, 1230). Een onregelmatig verkregen bewijs is nietig en het kan niet vervangen worden door een bewijs, dat het gevolg is van het eerste. Die regel wordt door het Hof van Cassatie angstvallig toegepast (Screvens, R., «La preuve pénale en droit belge», in *La présentation de la preuve et le sauvegarde des libertés individuelles*, blz. 85).

5.b. In de oudere rechtsleer viseerde men uitsluitend het onwettige of deloyale bewijs van de politie of van het openbaar ministerie, niet dat van een derde. Dit leek erbuiten te vallen. Zo had ook nog niet zo lang geleden een correctionele rechter het begrepen: de omstandigheid dat de privé-persoon, aangever van een douanemisdrijf, wederrechtelijk bewijsmateriaal had bemachtigd, nl. door diefstal, en dit bij zijn aangifte heeft gevoegd, maakte volgens hem de bewijsvoering van het Bestuur van douane en accijnzen niet onwettig (Corr. Gent, 27 januari 1989, *F.J.F.*, 89/207).

Het Hof van Cassatie trekt de regel van de niet-toelaatbaarheid echter door naar het bewijs dat onrechtmatig verkregen is door een aangever of een klager. Wanneer een burgerlijke partij een bewijs heeft verkregen door een misdrijf — het ging om een bandopname van een telefoongesprek — kan dit niet direct of indirect tegen de beklaagde gebruikt worden (Cass., 29 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 272; zie hierover ook Masset, A., «Limites de certains modes de

preuve», in *Les droits de la défense en matière pénale*, blz. 177). Bijzonder aan dit geval is wel, dat het ging om overspel en medeplichtigheid aan overspel, m.a.w. om klachtmisdriften.

5.c. Ondertussen is men een onderscheid gaan maken tussen :

- het bewijs dat verkregen is door middel van een misdrijf of een verboden of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé, bv. diefstal van een brief of schending van het briefgeheim (art. 460 Sw.);

- de vaststelling die alleen maar gepaard gaat met een misdrijf;

- het bewijs dat voortspuit uit een schending van het beroepsgeheim.

Het bewijs dat verkregen is door een misdrijf of een verboden of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé, is niet-toelaatbaar : de vaststelling die alleen maar gepaard gaat met een misdrijf, is daarentegen niet ontoelaatbaar. Het bewijs dat voortspuit uit een schending van het beroepsgeheim is in principe ontoelaatbaar, tenzij dat de geheimhouder zich in een noodsituatie bevond, die hem geen andere uitweg bood dan zijn beroepsgeheim te schenden (Declercq, R., *La preuve en matière pénale*, blz. 53 e.v.).

5.d. Het verschil tussen het bewijs dat verkregen is door een misdrijf of een verboden of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé, en de vaststelling die gepaard gaat met een misdrijf, noopt tot even rustig doordenken. Men kan het best vergelijken met het onderscheid dat men in Duitsland maakt tussen de list waardoor de wil van de verdachte of de beklaagde beïnvloed wordt, en die waardoor hij alleen maar verschalkt wordt. De cassatierechtspraak geeft twee voorbeelden.

De enkele omstandigheid dat een politieambtenaar bij het vaststellen van een misdrijf er zelf een heeft begaan, tast de rechtsgeldigheid van zijn vaststellingen of verklaringen niet aan, wanneer het onderzoeksprocédé zelf niet door nietigheid was aangetast (Cass., 27 februari 1985, *J.T.*, 1985, 728, noot Garadebian, D., *R.D.P.*, 1985, 694, commentaar in *R.D.P.*, 1986, 526 en 545). In die uitspraak ging het om een undercoveroperatie, waarbij Belgische politieambtenaren aan de Duitse grens 5 kg heroïne in ontvangst namen en naar Brussel brachten ten einde de aflevering aan de beklaagde mogelijk te maken.

De verklaring van een getuige, een particulier, die zelf een misdrijf pleegde om zijn waarneming te doen, werd ook toelaatbaar geacht (Cass., 6 september 1977, *A.C.*, 1978, 23; *Pas.*, 1978, I, 13). Deze getuige had de nummerplaat van een ander voertuig genoteerd, dat 150 km per uur reed. Hij had derhalve net dezelfde snelheidsovertreding begaan als de beklaagde. Het hof nam hier in overweging dat geen enkele wetsbepaling de rechter verbiedt zijn overtuiging te baseren op verklaringen van getuigen die een misdrijf zouden hebben gepleegd.

5.e. In de geannoteerde zaak maakte het O.M. gebruik van een door een chanteur gestolen notitieboekje, waarin de «zwarte» boekhouding van de beklaagde staat opgetekend. De politie ontving het bewijsstuk van een andere persoon : deze had het zelf niet gestolen. Het mocht dus door het O.M. worden gebruikt, daar «uit het enkele feit dat een stuk bedrieglijk is weggenomen van de eigenaar niet noodzakelijk volgt dat de overlegging in rechte onrechtmatig is».

De navolgende overweging van het cassatiearrest stemt tot nadenken : «... dat de met het onderzoek belaste personen en de aangever geen enkele onrechtmatige daad hebben gepleegd om in het bezit te komen van dat stuk en dat er geen verband bestaat tussen de diefstal van het litigieuze boekje en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen».

Wat is de juiste draagwijdte van die overweging ? Het gebruik van de termen «om in het bezit te komen van» en «verband» maken o.i. duidelijk dat niet het bewijsstuk wordt bedoeld, dat de aangever oorspronkelijk op rechtmatige wijze in zijn bezit heeft gehad. Het bewijsstuk dat de werkgever bv. aan zijn werknemer toevertrouwt, is niet onrechtmatig in diens bezit gekomen (met name de situatie in de zaak Hoffman-Laroche). Het aan het politie of gerecht bezorgen kan misschien een misdrijf zijn, maar dan is het geen misdrijf dat gepleegd wordt om een bewijs te verkrijgen en evenmin een verboden of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé. De aangever was namelijk al in het bezit van het stuk. Het kan hoogstens gelijkgesteld worden met een vaststelling die met een misdrijf gepaard gaat.

Wat wanneer het bewijsstuk desbewust gezocht is geweest, maar niet om het te overhandigen aan het gerecht, maar bv. om het te gebruiken als chantagemiddel ? Dit is waarover het in feite ging. Gesteld nu dat de dief/chanteur van gedachte verandert, bv. omdat hij schrik krijgt van zijn gehanteerde, en het stuk aan de politie overhandigt ? Is het dan als bewijsstuk ontoelaatbaar ? Wanneer een particulier een onwettig of onaanvaardbaar onderzoeksprocédé heeft aangewend, is het hierdoor verkregen bewijs niet toelaatbaar : zo is nog recent beslist i.v.m. het gebruik van opnames van telefoongesprekken (K.I., Luik, 22 september 1988, *Pas.*, 1989, II, 47, noot P.M.). Deze opnames zijn in strijd met art. 8, lid 1, E.V.R.M., dat de eerbiediging van het privéleven waarborgt. Bijzonder aan dit geval was dat het een werkgever betrof die zijn personeel had bespioneerd.

Moet dat echter betekenen dat de niet-toelaatbaarheid van een door een particulier op deze wijze verkregen bewijs absoluut moet zijn, wat ook de bijzondere omstandigheden der zaak zijn geweest, wat ook de uitzonderlijke ernst van het misdrijf was ? Zou m.a.w. Schenk in België vrijgesproken zijn ? Dit was in elk geval «l'opinion dissidente» van de Belgische rechter in Straatsburg. Toch mag niet uit het oog verloren worden dat de aangever zich in een noodsituatie bevonden kan hebben, zoals een geneesheer die om die reden terecht had geoordeeld dat hij geen andere uitweg had dan zijn beroepsgeheim te schenden (Cass., 13 mei 1987, *A.C.*, 1986-87, 1203, *VI.T.Gez.*, 1988, 173, noot Van Lil, M.; zie ook Hennau, Chr. en Verhaegen, J., «Recherche policière et secret médical», *J.T.*, 1988, 165).

5.d. Eén bedenking nog. Mocht een benadeelde zich burgerlijke partij stellen en bij die gelegenheid een door hem onrechtmatig verkregen bewijsstuk ter beschikking van de onderzoeksrechter stellen, dan zou deze niet mogen weigeren het gerechtelijk onderzoek uit te voeren (vgl. Verstraeten, R., *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, blz. 141). Er moet inderdaad een onderscheid gemaakt worden tussen het voorwerp van de klacht en het ter hand gestelde overtuigingsstuk. Het zal aan de onderzoeksrechter staan rechtmatige bewijzen in te zamelen.

En zelfs indien ooit aanvaard zou worden dat de burgerlijke-partijstelling om een of andere reden niet ontvankelijk

is, dan zou nog de getuigenis van de aangever in aanmerking kunnen worden genomen (Cass., 24 november 1982, *A.C.*, 1982-83, 408, *Pas.*, 1983, I, 361), voor zover ze natuurlijk geen betrekking heeft op het onrechtmatig verkregen bewijs zelf.

L. Huybrechts

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 FEBRUARI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Matthijs

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en Houtekier

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Verzekeringsinstelling – Subrogatie – Oorzaak – Gerechtigde – Exceptie ontstaan na subrogatie – Tegenwerpbaarheid

De verzekeringsinstelling treedt ingevolge de bepalingen van de Z.I.V.-wet in de plaats van haar gerechtigde doordat zij verzekeringsprestaties heeft verstrekt. De exceptie die tegen de gerechtigde na het verstrekken van die prestaties zijn ontstaan, dat is na de subrogatie, kunnen de verzekeringsinstelling in de regel niet worden tegengeworpen.

L.C.M. t/ N.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 februari 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het middel: schending van artikel 70, § 2, vierde lid, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 19 van 4 december 1978,

doordat het bestreden arrest de vordering van verweerster gegrond acht en die van eiser afwijst op grond van de volgende overwegingen: «Dat de vordering van de L.C.M. gebaseerd is op de subrogatie waarover zij beschikt als ziekenfonds en rechtstreeks is gericht tot (verweerster) als motorrijtuigenverzekeraar; dat (verweerster) terecht stelt dat de vordering van de L.C.M. tot betaling van haar uitgaven ongrond is in de mate waarin deze uitgaven de rechten overschrijden die de L.C.M. ingevolge subrogatie van haar verzekerde heeft overgenomen; dat de rechtstreekse vordering die gericht is tegen (verweerster), noodzakelijkerwijze beperkt is tot de rechten waarover V. zelf beschikte tengevolge van de aanrijding waarvan hij het slachtoffer was, dat is tot het bedrag dat uiteindelijk werd aanvaard als schuldvordering waarover V. beschikte; dat dit de loutere toepassing is van het algemeen principe volgens hetwelk de gesubrogeerde door de betaling gedaan aan de schuldeiser in de plaats wordt gesteld van deze schuldeiser met betrekking tot deze laatste rechten ten opzichte van de verantwoordelijke, in casu G.; dat, hoewel de L.C.M. 162.247 frank aan haar verzekerde betaalde, de rechtstreekse vordering ingevolge subrogatie slechts gegrond kan zijn ten belope van de definitieve schadebedragen die aan V. werden toegekend; dat deze schadebedragen door het arrest van 6 april 1981 van het Hof van Beroep te Brussel op 25.883 frank werden ge-

bracht wat betreft de medische onkosten en op 36.247 frank wat betreft het loonverlies; dat deze schadebedragen de omvang van de rechten die V. uit het verkeersongeval put bepalen; dat de L.C.M. dan ook hoogstens in deze rechten (62.130 frank) en in de mate waarin zij dit bedrag ook daadwerkelijk aan haar verzekerde betaalde, gesubrogeerd kan zijn»; uit die bewoordingen blijkt dat het bestreden arrest oordeelt dat de omvang van de rechten die de in de plaats gestelde verzekeringsinstelling, eiser, put uit de wettelijke subrogatie ex artikel 70, § 2, vierde lid, van de wet van 9 augustus 1963 in de rechten van haar sociaal verzekerde, mede bepaald wordt door het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 6 april 1981, hoewel de in de plaatsgestelde verzekeringsinstelling het hoger beroep niet gevolgd had; het bestreden arrest bijgevolg oordeelt dat een exceptie, ontstaan in de rechtsverhouding indeplaatssteller/schuldenaar ingevolge het arrest van 6 april 1981 van het Hof van Beroep te Brussel, kan worden tegengeworpen aan de in de plaatsgestelde verzekeringsmaatschappij,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser als verzekeringsinstelling in de plaats getreden is van Jenny V., die getroffen was door een door de verzekerde van verweerster veroorzaakt ongeval, dat ten laste van de N.V. J., rechtsvoorganger van verweerster, bij vonnis van 19 februari 1980 van de correctionele rechtbank aan eiser een bedrag van een frank provisioneel werd toegekend met raming van zijn eis op 100.000 frank, en dat, in hoger beroep, bij arrest van 6 april 1981 de schuld van de dader tegenover de getroffene werd vastgesteld, maar dat eiser niet mede optrad in de appelprocedure;

Overwegende dat de verzekeringsinstelling, ingevolge de te dezen toepasselijke tekst van artikel 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963, in de plaats van haar gerechtigde treedt doordat zij verzekeringsprestaties heeft verstrekt; dat de excepties die tegen de gerechtigde na het verstrekken van de verzekeringsprestaties zijn ontstaan, dit is na de subrogatie, de verzekeringsinstelling, in de regel, niet kunnen worden tegengeworpen;

Overwegende dat het arrest ervan uitgaat dat de gerechtelijke vaststelling van het bedrag van de schuldvordering van de getroffene, de gerechtigde van eiser, voor eiser geldt ongeacht het tijdstip waarop die rechterlijke beslissing tegen de gerechtigde is gewezen;

Dat het arrest aldus de voormelde wetsbepaling schendt;

...

NOOT – Zie ook Cass., 22 juni 1988, *R.W.*, 1988-89, 846.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 2 MAART 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Lybeer en Claeys Bouuaert

Inkomstenbelastingen – Geen of ontoereikende voorafbetaling – Vermeeandering – Vrijstelling – Eerste vestiging in een zelfstandig beroep

In art. 89, § 9bis, W.I.B. hebben de termen «personen die de leeftijd van 35 jaar niet hebben overschreden en die zich voor de eerste maal vestigen in een zelfstandig beroep» betrekking op jongere personen die zich als nieuwe zelfstandigen voor eigen rekening vestigen of die in nieuw opgerichte ondernemingen voor de eerste maal een bestuurdersfunctie of een daarmee gelijkgestelde functie opnemen waardoor zij aan het sociaal statuut van de zelfstandigen onderworpen zijn.

Vande V. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 29 maart 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97, 110, 112, 107 van de Grondwet en 89, § 9bis, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, ingevoegd door artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 6 van 15 februari 1982,

doordat het arrest oordeelt: «dat de tekst van de wet zeer duidelijk is en begrepen dient te worden in de gewone betekenis van iemand die als zelfstandige een nieuwe, tot heden nog niet bestaande zaak of activiteit opricht en zulks als zelfstandige; dat de wettelijke bepaling eveneens van toepassing is op zelfstandige activiteit van bestuursfuncties in handelsvennootschappen die voor de eerste maal met ingang van 1 januari 1982 uitgeoefend of opgenomen worden en waardoor mandaten bekleed worden die aan het sociaal statuut van de zelfstandigen onderworpen worden; dat de ratio legis duidelijk de aanmoediging van nieuwe zelfstandigen viseerde teneinde in het raam van een tewerkstellingsbeleid de vestiging van nieuwe zelfstandigen of de oprichting van nieuwe zelfstandige ondernemingen te bevorderen; dat, als zelfstandig beroep, geen nieuwe activiteit of bedrijf wordt gevestigd wanneer zoals te dezen de zelfstandige activiteit in een reeds bestaande onderneming wordt aangevat; dat (eiser) derhalve in zijn redenering niet kan worden gevolgd en zijn vordering dient te worden afgewezen omdat hij niet aan de wettelijke voorwaarden voldoet»,

...

Overwegende dat § 9bis van artikel 89 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen ingevoegd werd bij artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 6 van 15 februari 1982 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen inzake aanmoediging van de vestiging van de jongeren als zelfstandigen; dat het Verslag aan de Koning erop wijst dat de termen «personen die de leeftijd van 35 jaar niet hebben overschreden en die zich (...) voor de eerste maal vestigen in een zelfstandig beroep» dezelfde zijn als in artikel 1, e, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische oriëntering, ingevoegd bij artikel 5 van de Herstelwet van 10 februari 1981 inzake de Middenstand;

Dat uit de voorbereiding en de tekst van de wet van 4 augustus 1978 blijkt dat haar opzet en strekking erin bestaan de economische expansie van de kleine en middelgrote ondernemingen te bevorderen en aldus de tewerkstelling in die ondernemingen aan te moedigen; dat, in dat kader, de hiervoor geciteerde termen betrekking hebben op jongere personen die zich als nieuwe zelfstandigen voor eigen rekening vestigen of die in nieuw opgerichte ondernemingen voor de eerste maal een bestuurdersfunctie of een daarmee gelijkgestelde functie opnemen waardoor zij aan het sociaal statuut van de zelfstandigen zijn onderworpen;

Dat het arrest, door dienovereenkomstig te beslissen, de beslissing wettelijk verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 2 MAART 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Advocaat-generaal: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Dassesse

Verzekering – Motorrijtuigen – Uitsluiting – Ongeval met gestolen auto – Draagwijdte

Voor zover art. 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 van de verplicht te verstrekken verzekering uitsluit «hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft», wordt niet mede van de verplicht te verstrekken verzekering uitgesloten de aansprakelijkheid van de bestuurder die met een motorrijtuig waarvan vaststaat dat het korte of langere tijd voordien was gestolen, de schade heeft veroorzaakt en door welke oorzaak ook onbekend is gebleven.

Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars t/ P. en
Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

Gelet op het bestreden arrest, op 3 maart 1986 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 9 september 1988;

Gelet op het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 16 juni 1989;

...

Overwegende dat artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen van de door de verzekering verplicht te verstrekken dekking uitsluit «de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft en van hen die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken»;

Overwegende dat het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 26 juni 1989, ten aanzien van de bij het cassatiearrest van 9 september 1988 gestelde vragen, voor recht verklaart: «Artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, voor zover het van verplicht te verstrekken dekking uitsluit 'hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft', kan niet in die zin worden uitgelegd dat mede van de verplicht te verstrekken dekking wordt uitgesloten de aansprakelijkheid van de bestuurder die met het motorrijtuig, waarvan vaststaat dat het korte of langere tijd voordien was gestolen, de schade heeft veroorzaakt en door welke oorzaak ook onbekend is gebleven. In de hiervoren omschreven omstandigheden maakt het geen verschil of het gestolen voertuig na de diefstal vóór het ongeval onder het meesterschap van de verzekeringnemer of van een niet van de dekking uitgesloten houder is teruggekeerd (...) of, eventueel, naar nationaal recht inzake verzekering in het algemeen, geen dekking zou kunnen bestaan wanneer de aansprakelijke bestuurder onbekend respectievelijk onbepaalbaar is gebleven (noch) of de benadeelde

staat voor een door de regering toegelaten verzekeraar, dan wel zich moet keren tegen een bureau als bedoeld in artikel 2, § 2, tweede lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen (...);

Overwegende dat het bestreden arrest overweegt: «dat de uitsluiting van dekking, zoals voorzien in artikel 3, eerste lid (van de wet van 1 juli 1956), niet de burgerlijke aansprakelijkheid van het 'voertuig' bedoelt, doch van 'degene' die zich door diefstal of door heling de macht over het voertuig heeft verschafte» en «dat te dezen geen bewijs voorligt dat degene die het voertuig op 3 december 1978 te Antwerpen bestuurde en er een ongeval mee veroorzaakte hetzij de dief, hetzij de heler ervan was»; dat het oordeelt dat eiseres «in de gegeven omstandigheden op grond van artikel 2, § 2, van de wet van 4 juli 1972 gehouden blijft tot vergoeding van de schade geleden door eerste (verweerder)»; dat het, door het beroepen vonnis te bevestigen, eiseres veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan eerste verweerder en de vordering van deze laatste tegen tweede verweerder ongegrond verklaart;

Overwegende dat het bestreden arrest, dat impliciet erkent dat het voertuig dat het ongeval veroorzaakte voordien in Groot-Brittannië gestolen werd, aldus voor de toepasselijkheid «in de gegeven omstandigheden» van artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, aanneemt dat van de door eiseres verplicht te verstrekken dekking niet wordt uitgesloten de aansprakelijkheid van de bestuurder die met een gestolen voertuig de schade heeft veroorzaakt en door welke oorzaak ook onbekend is gebleven;

Dat het derhalve, door te beslissen als voorgaand aangehaald, de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

...

NOOT – Zie Benelux-Gerechtshof, 26 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 76, en de conclusie van de advocaat-generaal H. Lenaerts.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 5 MAART 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Pensioenen werknemers – Rustpensioen – Mijnwerker – Cumulatie – Art. 46, lid 3, EEG-Vo. nr. 1408/71 – Draagwijdte

De anti-cumulatiebepaling van art. 46, lid 3, EEG-Vo. 1408/71 is van toepassing op alle gevallen waarin de som van de overeenkomstig de leden 1 en 2 van dat artikel berekende uitkeringen hoger is dan het hoogste van de theoretische pensioenbedragen, ook indien dat geen gevolg is van een samenvaal van verzekeringstijdvakken, met name inzake rustpensioenen voor mijnwerkers.

Rijksdienst voor Pensioenen t/ C.

Gelet op het bestreden arrest, op 3 oktober 1986 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 12, lid 2, 46, leden 1, 2 en 3 van de (EEG-)verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, 10, § 2, 1°, van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, gewijzigd bij de wet van 10 februari 1981, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, nu de Rijksdienst voor Werknemerspensioenen (R.W.P.) bij beslissing waarvan op 2 april 1982 kennis is gegeven, verweerders rustpensioen als mijnwerker vanaf 1 juni 1981 op 233.122 frank (26/30) heeft vastgesteld, op basis van de periode van 26 jaar tijdens welke hij in België als mijnwerker in de ondergrond heeft gewerkt, waarbij het oordeelt dat hij een rustpensioen geniet voor zijn vorige activiteit als loontrekkende in Italië en dat hij, krachtens de bepaling inzake vermindering van artikel 10, § 2, 1°, van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967, gewijzigd bij de wet van 10 februari 1981, bijgevolg geen bijkomende fictieve jaren tewerkstelling voor de berekening van zijn pensioen kan verkrijgen, beslist dat verweerder ten laste van de Rijksdienst voor Pensioenen recht heeft op het pensioen als loontrekkende, zonder opheffing of vermindering van het aantal bijkomende jaren, zodat het pensioen volledig is, dat wil zeggen niet beperkt en niet verminderd op basis van de vreemde pensioenen, en, met wijziging van het beroepen vonnis, beslist dat verweerder, ongeacht de betaling van buitenlandse pensioenen, recht heeft op een volledig pensioen als mijnwerker op basis van een loopbaan van 30/30, (...)

Overwegende dat, zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het arrest van 17 december 1987 in zake 323/86 Collini versus R.W.P., heeft beslist «de anti-cumulatiebepaling van artikel 46, lid 3, van de verordening nr. 1408/71 van toepassing is in alle gevallen waarin de som van de overeenkomstig de leden 1 en 2 van dat artikel berekende uitkeringen hoger is dan het hoogste van de theoretische pensioenbedragen, ook indien dat geen gevolg is van een samenvaal van verzekeringstijdvakken»;

Dat het arrest dat, ter afwijzing van de toepassing van de bij artikel 46, lid 3, bepaalde vermindering, zegt dat de bijkomende fictieve jaren, waarop de mijnwerker recht heeft die 25 jaar in de mijn is tewerkgesteld en die niet precies in de tijd kunnen worden vastgesteld, niet samenvallen met andere jaren en geen gelijkgestelde jaren zijn, bijgevolg zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

NOOT – Het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1987 waarnaar het geannoteerde arrest verwijst, is gepubliceerd in *J.T.T.*, 1988, 60, met noot.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 MAART 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Simont en De Bruyn

Stedebouw – Verkavelingsvergunning – Vervaltermijn – Schorsing

Met betrekking tot de vervaltermijn van een verkavelingsvergunning wordt door art. 55, § 2, tweede lid, Stedebouwwet, dat krachtens art. 57, § 1, van toepassing is op de verkavelingsvergunning, geen schorsende werking toegekend aan het beroep bij de Koning dat door de verzoeker wordt ingesteld onder de bij die bepaling gestelde voorwaarden.

S. en S. t/ Belgische Staat en Waals Gewest

Gelet op het bestreden arrest, op 22 april 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 55 (oud) van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, inzonderheid het derde, vierde en vijfde lid, 55, § 2, en 74 van de voormelde wet van 29 maart 1962, als gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, voor zoveel nodig, 52 en 73, § 2, 2°, van het Waalse Wetboek voor ruimtelijke ordening en stedebouw, 1317, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de afstand van recht niet wordt vermoed en artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest beslist dat wijlen Georges S., van wie de eisers de erfgenamen zijn, vóór het beschermingsbesluit van 16 december 1976 geen houder was van een geldige verkavelingsvergunning, op grond: «dat het voormalige artikel 55 van de wet van 29 maart 1962 geen schorsende werking toekent aan het door wijlen Georges S. bij de Koning ingestelde beroep; dat artikel 55, § 2, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, alleen maar schorsende werking toekent aan de beroepen die door het schepencollege of de gemachtigde ambtenaar worden ingesteld; dat de bewoordingen van de wet duidelijk en ondubbelzinnig zijn en geen interpretatie behoeven; dat de beschouwingen van de (eisers) dus elk belang missen, omdat ze in strijd zijn met de hierboven vermelde wetsbepalingen; dat de bewering als zou de verkavelingsvergunning definitief zijn, geen doel treft; dat, luidens artikel 74, § 2, 2, van de wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, komen te vervallen de met ingang van 1 januari 1965 afgegeven vergunningen waarvan de voorgeschreven uitvoeringswerken niet voltooid zijn binnen drie jaar te rekenen van 1 oktober 1970, welke termijn eventueel wordt verlengd tot de vijfde verjaardag van de afgifte der vergunning; dat te dezen vaststond dat de verkavelingsvergunning waarop de (eisers) zich beroepen, vervallen was op 1 oktober 1973», en «dat G.S. terecht oordeelde geen houder te zijn van een geldige en definitieve verkavelingsvergunning, zoals blijkt uit de bewoordingen van de opschortende voorwaarde die was bedongen in de op 16 maart 1973 opgemaakte voorlopige koopakte volgens welke de verkoop slechts zou doorgaan indien de vennootschap S. binnen vier maanden na de ondertekening van de voorlopige koopakte in het bezit kwam van de vergunning tot verkaveling van de overgedragen eigendom»,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest enerzijds vaststelt dat wijlen Georges S. op 14 september 1967 een beroep bij de Koning heeft ingesteld tegen de strenge stedebouwkundige voorschriften die gekoppeld waren aan de hem op 18 mei

1977 door de bestendige deputatie afgegeven verkavelingsvergunning en dat over het beroep geen uitspraak is gedaan bij koninklijk besluit, het arrest anderzijds niet betwist dat de eisers eerst op 18 december 1981 kennis hebben gegeven van hun afstand van dat beroep; het beroep bij de Koning tegen de voorwaarden voor de toekenning van de verkavelingsvergunning de vervaltermijn voor de verkavelingsvergunningen, die is bepaald bij artikel 74, § 2, 2°, van de wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, schorst totdat de Koning over dat beroep uitspraak heeft gedaan of, bij gebreke hiervan, totdat de eiser afstand heeft gedaan; het arrest bijgevolg, na te hebben vastgesteld dat wijlen Georges S. op 14 september 1967 bij de Koning beroep had ingesteld tegen de voorwaarden van de verkavelingsvergunning, dat op 1 oktober 1973 over dat beroep geen uitspraak was gedaan en dat de verzoeker er nog geen afstand van gedaan had, niet wettig kon beslissen dat de op 18 mei 1966 aan wijlen Georges S. afgegeven verkavelingsvergunning vervallen was op 1 oktober 1973 (schending van de artikelen 55 (oud) van de wet van 29 maart 1962, inzonderheid het derde, vierde en vijfde lid, 55, § 2, van de wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, 74, § 2, 2, van de wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970 en, voor zoveel nodig, 52 en 73, § 2, 2°, van het Waalse Wetboek voor ruimtelijke ordening en stedebouw);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel niet ontvankelijk is in zoverre het zich beroept op artikel 73, § 2, 2°, van het Waalse Wetboek voor ruimtelijke ordening en stedebouw, aangezien die bepaling niet bestaat en de schending van artikel 74, § 2, 2°, van dat wetboek had moeten worden aangevoerd;

Overwegende dat artikel 55, § 2, tweede lid, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, dat krachtens artikel 57, § 1, van die wet van toepassing is op de verkavelingsvergunning, al evenmin als het vroegere artikel 55 van de wet van 29 maart 1962 schorsende werking toekent aan het beroep bij de Koning dat door de eiser wordt ingesteld onder de bij die bepaling gestelde voorwaarden; dat artikel 52, § 2, tweede lid, van het Waalse Wetboek voor ruimtelijke ordening en stedebouw, dat krachtens artikel 54, § 1, van dat wetboek van toepassing is op de verkavelingsvergunning, evenmin schorsende werking toekent aan het beroep dat de eiser bij de Executieve van het Waalse Gewest instelt onder de voorwaarden van genoemd artikel 52, § 2;

Dat het hof van beroep dus de beslissing dat de op 18 mei 1966 aan wijlen Georges S. verleende verkavelingsvergunning vervallen was op 1 oktober 1973, naar recht verantwoordt;

Dat het derde onderdeel, in zoverre het ontvankelijk is, faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 23 APRIL 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Arbeidsongeval – Rechtspleging – Hoger beroep – Nieuw middel – Arbeidsongevallenverzekeraar – Vonnis conform conclusie

Inzake arbeidsongevallen kan de arbeidsongevallenverzekeraar nieuwe middelen aanvoeren tot staving van zijn hoger beroep, ook al is het beroepen vonnis conform zijn conclusie.

N.V. R. t/ R.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 februari 1989 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 6, 1131, 1134, 1317, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 807, 808, 1042, 1043, 1044, 1045, 1050, 1057, 1063, 1064, 1068 van het Gerechtelijk Wetboek, 6, 24 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en van artikel 97 van de Grondwet, en miskenning van het algemeen rechtsbeginsel inzake afstand van recht,

doordat het arrest vooraf erop wijst dat de eerste rechter de besluiten van de deskundige heeft bekrachtigd en bovendien akte heeft genomen van het feit dat de partijen die bekrachtiging «gezamenlijk hebben gevraagd»; dat eiseres in eerste aanleg daarover enkel mondeling conclusie had genomen; dat zij overigens «in haar verzoekschrift haar hoger beroep had beperkt tot het samenvoegen door de rechtbank van de drie gedeeltelijke blijvende arbeidsongeschiktheiden», welk middel zij in haar eerste conclusie had opgegeven, waardoor zij ook dat hoger beroep opgaf en bijgevolg poogde het deskundigenverslag opnieuw in het geding te brengen en «bij conclusie vroeg om het derde ongeval niet bij de andere te voegen, nu zij oordeelde dat de door de deskundige aangegeven verzwarende met 10% ten gevolge van dat laatste ongeval niet gegrond was (...)», en vervolgens «zegt dat het hoger beroep zoals het is gewijzigd na het opgeven van het oorspronkelijk hoger beroep, niet ontvankelijk is», op grond: «dat die wijziging van het hoger beroep ernstig noch ontvankelijk is, terwijl de arbeidsongevallenverzekeraar tijdens het geding de bekrachtiging van de besluiten van de deskundige heeft (...) gevraagd en niet aantoonde dat zijn overeenstemming gebrekkig was en hij, hoe dan ook, in zijn verzoekschrift van hoger beroep de door de deskundige voor het derde ongeval in aanmerking genomen bijkomende blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van 10% uitdrukkelijk heeft aanvaard»,
terwijl, (...)

Wat het zesde onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de vermeldingen van het arrest blijkt dat eiseres, in eerste aanleg, mondeling de bekrachtiging van de besluiten van de geneesheer-deskundige had gevraagd, dat de eerste rechter die besluiten «na toetsing» had bekrachtigd, waarbij hij «bovendien» vaststelde dat de partijen gezamenlijk die bekrachtiging vroegen, dat eiseres in haar

verzoekschrift van hoger beroep haar voorziening had beperkt «tot de samenvoeging van de drie door de arbeidsrechtbank in aanmerking genomen gedeeltelijke blijvende arbeidsongeschiktheiden», maar dat zij achteraf van haar aanspraken heeft afgezien, nu zij zich bij de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Cassatie neerlegt, en dat zij, met wijziging van de draagwijdte van haar hoger beroep, «heeft gepoogd... het deskundigenonderzoek opnieuw in het geding te brengen en het derde ongeval uit de samenloop te doen lichten... met de overweging dat de door de deskundige vastgestelde verzwarende met 10% ten gevolge van dat laatste ongeval niet gegrond (was)...», en de aanwijzing heeft gevraagd van een college van deskundigen om de beoordeling van dat derde ongeval door de geneesheer-deskundige te onderzoeken; dat het arrest uit die vermeldingen afleidt «(dat) die wijziging van het hoger beroep ernstig noch ontvankelijk is», op grond dat de arbeidsongevallenverzekeraar in eerste aanleg de bekrachtiging van de besluiten van de deskundige had gevraagd, dat hij niet aantoonde dat zijn akkoord door een dwaling was aangetast, en dat hij, hoe dan ook, in zijn verzoekschrift van hoger beroep de bijkomende gedeeltelijke blijvende arbeidsongeschiktheid van 10% uitdrukkelijk had aangenomen die de deskundige wegens het derde ongeval in aanmerking had genomen:

Overwegende dat de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 inzake de berekening van de uitkeringen van openbare orde zijn; dat uit artikel 6, § 3, van die wet volgt dat de rechter bij de uitspraak over de rechten van de getroffene of zijn rechthebbenden, desnoods ambts-halve, naziet of de bepalingen van die wet nageleefd zijn;

Dat eiseres bijgevolg in hoger beroep de door haar aangevoerde middelen kon laten gelden, ook al was de beslissing van de eerste rechter conform haar conclusie;

Dat het arbeidshof bijgevolg, door aldus uitspraak te doen, zijn beslissing niet naar recht heeft verantwoord;

Dat dit onderdeel gegrond is;

NOOT – Het Hof heeft reeds beslist dat de door een arbeidsongeval getroffene het vereiste belang kan hebben om hoger beroep in te stellen tegen een vonnis dat uitspraak doet over zijn recht op arbeidsongevallenvergoeding, ook al is die uitspraak conform zijn conclusie (Cass., 16 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 1481, en *A.C.*, 1985-86, nr. 645).

G.D.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 APRIL 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Openbaar ministerie: de h. Krings, procureur-generaal

Rechten van de mens – Verhaal op de rechter – Vorm

De verplichting, bij een verhaal op de rechter, om het verzoekschrift in cassatie door een advocaat bij het Hof van Cassatie te laten ondertekenen komt niet in strijd met de bepalingen van art. 6, lid 1, E.V.R.M.

G. t/ De M.

Gelet op het verzoekschrift tot verhaal op de rechter, op 18 januari 1990 ter griffie van het Hof ingediend en gericht tegen verweerder;

Gelet op de memorie van antwoord, ingediend door verweerder;

Over de ontvankelijkheid van de vordering:

Overwegende dat het verhaal op de rechter een burgerlijk geding is, zodat krachtens artikel 478 van het Gerechtelijk Wetboek medewerking van een advocaat bij het Hof van Cassatie vereist is; dat eisers verzoekschrift niet door een advocaat bij het Hof is ondertekend;

Overwegende dat, anders dan eiser betoogt, de verplichting om het verzoekschrift in cassatie door een advocaat bij het Hof te laten ondertekenen, niet in strijd komt met de bepalingen van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden; dat artikel 758 van het genoemde wetboek alleen betrekking heeft op de procedure voor de feitenrechter;

Overwegende dat het verzoek derhalve niet ontvankelijk is, zoals verweerder opwerpt;

Over de vordering tot schadevergoeding:

Overwegende dat verweerder, op grond van artikel 1146 van het Gerechtelijk Wetboek, vordert dat eiser tot schadevergoeding wordt veroordeeld;

Overwegende dat, gelet op de omstandigheden van de zaak en de ernst van de aantijgingen, er grond bestaat om de vordering in de hierna bepaalde mate toe te wijzen;

Om die redenen, verwerpt het verzoek; veroordeelt eiser tot betaling aan de verweerder van een schadevergoeding van honderdduizend frank, benevens de gerechtelijke rente; veroordeelt eiser bovendien in de kosten.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 17 MEI 1989

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: mevr. Spinoy en de h. Van de Velde

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Van der Straten en Aernaudts loco Dumez

Rechtvaardiging en verschoning – Dwaling – Advies van geschikt persoon

Een rechtsdwaling kan, wegens bepaalde omstandigheden, door de rechter als onoverkomelijk worden beschouwd als uit die omstandigheden kan worden afgeleid dat de beklaagde heeft gehandeld zoals elk redelijk en voorzichtig persoon zou hebben gehandeld.

De enkele vaststelling dat de beklaagde slecht werd geadviseerd volstaat daartoe niet, zelfs als de raad hem door een geschikt persoon is verstrekt.

Belgische Staat t/ Van den B.

Overwegende dat de feiten van de telastlegging 1 (de onvoldoende aangifte van de huurwaarde) gepleegd zijn op 10

februari 1984 en dat de niet-betaling van de aanvullende openingsbelasting (feit 2) is gepleegd op 29 april 1984;

...

Overwegende dat de eerste rechter de beklaagde heeft vrijgesproken op grond van de overweging «dat de beklaagde klaarblijkelijk in dwaling werd gebracht door de administratie, zie stuk 1 van het strafdossier»;

Overwegende dat een rechtsdwaling, wegens bepaalde omstandigheden, door de rechter als onoverkomelijk kan worden beschouwd als uit die omstandigheden kan worden afgeleid dat de beklaagde heeft gehandeld zoals elk redelijk en voorzichtig persoon zou hebben gehandeld;

Overwegende dat daartoe de enkele vaststelling dat de beklaagde slecht werd geadviseerd niet volstaat, zelfs als deze raad hem is verstrekt door een geschikt persoon;

Overwegende dat te dezen de eerste rechter zich vergeen met te verwijzen naar de aangifte inzake openingsbelasting; dat de beklaagde als jaarlijkse huurwaarde had opgegeven 84.000 frank dat dit bedrag achteraf werd doorstreept en dat een bedrag van 15.000 frank werd ingevuld; dat uit dit formulier geenszins kan worden afgeleid dat de beklaagde haar aangifte heeft gewijzigd op grond van een verkeerde voorlichting die haar werd verstrekt door een loketbediende;

Overwegende dat de beklaagde per aangetekend schrijven van 2 oktober 1985 erover werd ingelicht dat ze voor deze feiten werd bekeurd, en ze de gelegenheid heeft gekregen de lezing van het proces-verbaal bij te wonen, maar ze van deze gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt en ze ook nooit tijdens het vooronderzoek gewag heeft gemaakt van enige verkeerde voorlichting die haar zou zijn verstrekt door een loketbediende van het Bestuur;

Overwegende dat er geen gegevens zijn om aan te nemen dat de beklaagde in een toestand van onoverwinnelijke dwaling werd gebracht;

Overwegende dat de feiten ten laste van de beklaagde bewezen zijn én door de vaststellingen van het Bestuur én door de verklaringen van de beklaagde ter terechtzitting, die de materialiteit van de feiten toegeeft;

...

NOOT – Zie Corr. Brugge, 8 november 1984, *R.W.*, 1985-86, 1229, met noot van P. Arnou; Cass., 19 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 675, met noot van R. Verstraeten.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 7 JUNI 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Mattheessens

Misbruik van vertrouwen – Lening

De beschadiging of het verlies van leesboeken, alsook de vertraging bij de teruggave ervan, geven aanleiding tot schadevergoeding, maar de schending van de bruiklening geeft geen aan-

leiding tot bestraffing, tenzij misbruik van vertrouwen bewezen wordt.

Misbruik van vertrouwen vereist een bedrieglijke verduistering, een verspilling, een vernietiging, een wegmaking of een achterhouden van de ontleende goederen, m.a.w. dat het openbaar ministerie bewijst dat de ontlener die het bezit ter bede heeft van de zaak, dit bezit heeft omgezet in eigendomsrecht.

Openbaar ministerie t/V.

Overwegende dat Andrée V. wordt vervolgd wegens misbruik van vertrouwen door vijf kinderboeken met een totale waarde van 470 fr. te hebben verduisterd ten nadele van de gemeentelijke bibliotheek van Essen;

Overwegende dat de beklaagde heeft uitgelegd dat ze moeder is van vier kinderen, die de boeken hebben geleend van de gemeentelijke bibliotheek te Essen, waar de kinderboeken op haar lezerskaart werden ingeschreven; dat ze toegeeft dat ze herhaaldelijk werd aangemaand de boeken terug te bezorgen, maar dat ze in echtelijke moeilijkheden was verwickeld en ondertussen verhuisd was naar een andere gemeente zodat geen gevolg werd gegeven aan die aanmaningen;

Overwegende dat het uiteindelijk, toen ze werd gedagvaard wegens misbruik van vertrouwen, tot haar is doorgedrongen dat het ernstig werd; dat ze toen de kinderboeken heeft bijeengezocht en naar de bibliotheek heeft teruggebracht, waar ze meteen dan ook de administratieve boete wegens achterstand heeft vereffend;

Overwegende dat de lener van leesboeken aan een bibliotheek overeenkomstig artikel 1875 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, gehouden is als een goed huisvader voor de bewaring en het behoud van de ontleende boeken te zorgen en ze, na lectuur, terug te geven;

Overwegende dat de beschadiging of het verlies van leesboeken, alsook de vertraging bij de teruggave ervan, aanleiding geven tot schadevergoeding, maar dat de schending van de bruiklening geen aanleiding geeft tot bestraffing, tenzij misbruik van vertrouwen zou zijn bewezen;

Overwegende echter dat misbruik van vertrouwen een bedrieglijke verduistering, een verspilling, een vernietiging, een wegmaking of een achterhouden van de ontleende goederen vereist, m.a.w. dat het onontbeerlijk is dat het openbaar ministerie bewijst dat de ontlener, die het bezit ter bede van de zaak heeft, dit bezit heeft omgezet in eigendomsrecht, nl. dat hij zich als eigenaar gedraagt ten aanzien van de zaak die hem werd toevertrouwd of uitgeleend;

Overwegende dat te dezen niet bewezen is dat de beklaagde de boeken heeft vervreemd of ze zich heeft toegeëigend of dat ze zich als eigenares van deze kinderboeken heeft gedragen; dat een zekere nonchalance, een bepaalde nalatigheid of zelfs slordigheid niet te ontkennen vallen, maar dat die houding niet kan worden gelijkgesteld met het bedrieglijk opzet vereist voor de toepassing van artikel 491 van het Strafwetboek;

...

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

8e KAMER — 6 APRIL 1990

Voorzitter: de h. De Sutter

Raadsheren in sociale zaken: de hh. De Ryck en Decroos

Advocaten: mrs. Pyck loco Van den Broucke en Buyse

Arbeidsovereenkomst — 1. Begrip — Huisarbeid — Arbeidsovereenkomstenwet — Toepassing — Voorwaarde — 2. Huisarbeid — Willekeurig ontslag

1. Indien de overeengekomen huisarbeid geschiedt onder het gezag van de werkgever, is het gemene recht van de Arbeidsovereenkomstenwet erop toepasselijk, behalve wat betreft de bepalingen die, wegens het specifieke karakter van een dergelijke tewerkstelling, er niet mee verenigbaar zijn.

2. De bepalingen van art. 63 W.A.O. betreffende het willekeurig ontslag van werklieden die voor onbepaalde tijd zijn aangeworven, zijn niet toepasselijk op huisarbeid.

B.V.B.A. S. t/ V.

Oorspronkelijke eiseres, mevrouw V., was tewerkgesteld als huisarbeidster voor rekening van de B.V.B.A. S. vanaf 1 oktober 1985, tot zij op 8 april 1988 ontslagen werd (C.4).

...

Nopens de verbrekingsvergoeding

Eiseres in hoger beroep stelt dat de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 niet toepasselijk is op de thuisarbeidsters.

Ter zake is er geen uitdrukkelijke wetgeving, zodat moet worden aangenomen dat indien de huisarbeid geschiedt onder het gezag van de werkgever, het gemene recht van de Arbeidsovereenkomstenwet op deze arbeidsverhouding toepasselijk is, behoudens de bepalingen welke, gelet op het specifiek karakter van een dergelijke tewerkstelling, er niet mee verenigbaar zijn.

In casu arbeidde verweerster in hoger beroep onder het gezag van eiseres in hoger beroep, tegen betaling van een loon.

Uit de bijgehouden prestatiebladen blijkt dat de werkgeefster strikte controle uitoefende op de gepresteerde arbeid.

Uit de vermelding op het C.4 blijkt dat verweerster in hoger beroep «ontslagen» werd, hetgeen ook de uitoefening van een gezag impliceert.

Ten slotte blijkt uit een thans overgelegde fotokopie van een arbeidsreglement dat «de stiksters in het atelier onder het statuut van thuisstikster stonden (bij gebrek aan plaats, aankoop machines)».

Uit deze elementen blijkt dat de werkgever een gezag uitoefende en kon uitoefenen, een essentieel element van de arbeidsovereenkomst, terwijl verweerster in hoger beroep in ruil voor de arbeidsprestaties ook loon ontving.

Dat het gezag beperkter is, hetgeen eveneens het geval is voor een handelsvertegenwoordiger, doch potentieel bestond en ook werd uitgeoefend, neemt niet weg dat alle essentiële elementen van een arbeidsovereenkomst als om-

schreven in artikel 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet voorhanden zijn.

Daar, ter uitvoering van artikel 61 van de Arbeidsovereenkomstenwet, de Koning op voorstel van een paritair comité of van de Nationale Arbeidsraad tot op heden geen afwijking inzake opzeggingstermijn voor huisarbeid heeft uitgevaardigd, dient de algemene opzeggingstermijn van vier weken, overeenkomstig artikel 59, te worden toegepast, evenals de erop betrekking hebbende schadeloosstelling in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder inachtneming van een opzeggingstermijn.

De verwijzing naar een brief van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening waaruit blijkt dat deze dienst van oordeel is dat artikel 51 van de Arbeidsongevallenwet op de huisarbeiders niet kan worden toegepast, doet daaraan geen afbreuk.

...

Thans wordt voor het eerst in hoger beroep een fotokopie overgelegd van een arbeidsreglement waarop met de hand vermeld werd «thuisstiksters : opzegging door de werkgever : 0 dagen ; werknemer : 0 dagen».

Ongeacht het feit dat niet aangetoond wordt dat dit arbeidsreglement op de voorgeschreven wijze ter kennis werd gebracht, is de erop aangebrachte geschreven vermelding in strijd met het niet doorgehaalde en gedrukte art. 15 van hetzelfde stuk, dat stipuleert dat «voor huiswerk(st)ers en leerlingen met leercontract de aanwerving en opzegging vastgesteld wordt per individuele overeenkomst die niet mag afwijken van de wettelijke bepalingen».

In elk geval moet worden vastgesteld dat eiseres in hoger beroep, bij ontstentenis van een «wettelijke» uitzondering of specifieke regeling betreffende huisarbeid, niet kan worden afgeweken van de dwingende wetsbepalingen inzake opzeggingstermijnen, zodat elk strijdig beding dan ook als niet geschreven dient te worden aangezien.

De toegekende verbrekingsvergoeding van vier weken is dus verschuldigd.

Nopens de schadeloosstelling wegens willekeurige afdanking

Te dezen dient te worden vastgesteld dat artikel 63 een uitzonderingsbepaling is, slechts geldig voor «werklieden tewerkgesteld voor onbepaalde duur».

Deze wetsbepaling is aldus niet toepasselijk op bedienden, noch op werklieden aangeworven voor een bepaalde duur of voor een bepaald werk.

Artikel 63 dient dus beperkend te worden uitgelegd, zodat, nu de «arbeid verricht thuis» er eveneens niet in is vermeld, de beslissing van het vonnis a quo, waarbij de niet-toepasselijkheid van artikel 63 op de thuisarbeid werd aangenomen, moet worden bekrachtigd.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

8e KAMER — 27 FEBRUARI 1986

Alleenrechtsprekend rechter : de h. Boudolf
Advocaten : mrs. Weymiens, Sierens en Traen

1. Eigendom — Toeëigening — Op de openbare weg geplaatst huisvuil — 2. Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Goederen onbeheerd op de openbare weg achterlaten — Autobestuurder — Niet te voorziene hindernis

1. Het enkele feit dat goederen op de openbare weg zijn geplaatst met het oog op de afvoer ervan door de gemeente met de ophaalronde van het groot huisvuil, doet het bezit of de eigendom van die goederen niet overgaan op een derde, ook niet op de gemeente belast met het ophalen van het huisvuil. Het is pas op het ogenblik dat een derde, in casu de gemeente, het goed tot zich neemt, dat deze bezitter wordt van het goed en vanaf dat ogenblik ook verantwoordelijk is voor alles wat ermee gebeurt.

2. Degene die goederen op de openbare weg zet met het oog op de ophaling ervan als huisvuil en die weet dat deze ophaling is gespreid over verscheidene dagen, zonder nadere aanduiding van uren, moet alle mogelijke en noodzakelijke voorzorgen nemen om te voorkomen en te verhinderen dat dit huisvuil, in afwachting van de effectieve opname ervan door de gemeente, op enigerlei wijze schade aan derden zou kunnen veroorzaken.

Het plotseling opwaaien van een matras die met het oog op het ophalen van het groot huisvuil op de stoep was geplaatst, vormt voor de bestuurder van de wagen die hierdoor wordt gehinderd, een onvoorziene hindernis.

M. t/ M. en Gemeente Ichtegem

Beknpte uiteenzetting van de zaak

Eiseres vordert vergoeding van haar schade ten gevolge van een verkeersongeval te Ichtegem-Eernegem op 3 januari 1984, waarbij zij werd gehinderd door het opwaaien van een aan verweerder toebehorende matras die met het oog op het ophalen van het groot huisvuil op de stoep was geplaatst.

Verweerder roept de gemeente Ichtegem-Eernegem in de zaak op grond dat zij bewaarder was van de zaak die voor groothuisvuilophaling op de stoep was geplaatst.

Beoordeling

Uit de gegevens van het strafdossier blijkt dat de matras, oorzaak van het ongeval, door verweerder op de openbare weg werd geplaatst met het oog op afvoer door de gemeente met de ophaalronde groot huisvuil.

Het eenvoudige feit van het buiten plaatsen van afval doet het bezit of de eigendom van dit afval niet overgaan op een derde, zij het de gemeente belast met het ophalen van huisvuil. Het is pas op het ogenblik dat een derde, in casu de gemeente, het goed tot zich neemt, dat deze bezitter wordt van het goed en vanaf dat ogenblik ook verantwoordelijk is voor alles wat ermee gebeurt.

Ter zake had de gemeente op het ogenblik van het ongeval de matras van verweerder nog niet overgenomen, zodat verweerder, die ze onbeheerd op de openbare weg had achtergelaten, in feite nog de bezitter was en derhalve aansprakelijk voor de schade die door dit goed aan derden werd veroorzaakt.

Bezwaarlijk kan worden beweerd dat de gemeente, door niet nader de uren waarop zij zou langskomen, te specificeren, verantwoordelijk zou zijn voor ongevallen die gebeuren met de door de bewoners buiten geplaatste zaken. Wetende dat de ophaling gespreid is over verscheidene dagen zonder aanduiding van uren, is het aan diegene die huisvuil

op de openbare weg zet met het oog op deze afhaling, alle mogelijke en noodzakelijke voorzorgen te nemen om te voorkomen en te verhinderen dat het huisvuil, in afwachting van de effectieve opname door de gemeente, op enigerlei wijze schade aan derden kan veroorzaken.

In casu was het plicht van verweerder, als hij zelf het toezicht over zijn matras niet kon houden, een derde te belasten met dit toezicht om in voorkomend geval ongevallen te voorkomen. Dit gebrek aan voorzorg is oorzaak van het ongeval en de schade. Het opwaaien van de matras is geen overmacht voor verweerder, die rekening diende te houden, als een goed huisvader, met wisselende weersomstandigheden en stormwinden, gezien de tijd van het jaar.

De vordering van eiseres is dan ook gegrond. In de persoon van eiseres is geen fout bewezen in oorzakelijk verband met het ongeval en de schade. De plotseling voor haar wagen opwaaiende matras was voor haar een onvoorzienbare hindernis.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

5e KAMER – 24 JUNI 1988

Voorzitter : mevr. Six

Advocaten : mrs. Meert loco Debergh en Hertoghs loco Verschueren

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Treinvertraging door fout van derde

Als er ten gevolge van de fout van een derde op een bepaalde spoorlijn een treinvertraging is, bestaat de door de N.M.B.S. geleden schade hierin dat de vertraging moet worden ingehaald en dat deze inhaling extra kosten met zich brengt van energie en van sleet aan materieel. Deze schade moet worden vergoed op basis van de door de N.M.B.S. aangerekende forfaitaire tarieven, ook al wordt de vertraging niet volledig ingehaald, omdat ze op de spoorlijn waar het ongeval gebeurde, eveneens vertraging veroorzaakt op andere lijnen van het spoorwagennet.

N.M.B.S. t/ G.

Overwegende dat de vordering, zoals beperkt bij conclusie, tot doel heeft de veroordeling te verkrijgen van verweerder om aan eiseres de som te betalen van 18.114 frank, vermeerderd met interesten en kosten van het geding;

Overwegende dat op 15 januari 1986 te Kalmthout een boom, die op het eigendom stond van verweerder, omwaaiende en terecht kwam op de bovenleiding van de lijn Antwerpen - Roosendaal; dat eiseres de door haar geleden schade begroot op 51.441 frank volgens haar kostennota van 14 maart 1986;

Overwegende dat verweerder haar aansprakelijkheid niet betwist; dat reeds op 16 augustus 1986 aan eiseres de som werd betaald van 33.297 frank, zodat enkel nog een saldo van 18.114 frank in betwisting blijft;

Overwegende dat dit deel van de vordering betrekking heeft op dat deel van de schade dat veroorzaakt is door de vertragingen op het net ten gevolge van het ongeval;

Dat partijen het er over eens zijn dat de schade dient te worden begroot op basis van forfaitaire tarieven;

Dat er geen discussie over bestaat dat de schade door treinvertraging op de ongevalslijn erin bestaat dat deze vertraging moet worden ingehaald, en dat deze inhaling extra kosten met zich brengt van energie en sleet aan materieel en dat deze schade (extra kosten energie en sleet) dient te worden vergoed op basis van de door eiseres aangerekende forfaitaire tarieven;

Dat evenwel per trein gemiddeld slechts vijf minuten vertraging kan worden ingehaald, zodat verweerder de schade door vertragingen op de ongevalslijn berekende aan de hand van de forfaits, doch beperkt tot vijf minuten per trein, en dat verweerder de schade voor meer vertraging afwijst;

Overwegende dat nochtans, zoals eiseres aanvoert, gerechtelijk dient te worden aangenomen dat, waar de vertraging op de ongevalslijn zelf niet volledig kan worden ingelopen (slechts tot vijf minuten per trein), dit gevolgen van vertraging heeft op andere lijnen van het net; dat aldus ofwel op deze andere lijnen ook een inhaling van vertraging dient te worden uitgevoerd, met de hierboven vermelde daaraan verbonden extra kosten van energie en sleet, ofwel dat extra materieel en personeel dient te worden ingezet, hetgeen ook bijkomende kosten met zich brengt;

Overwegende dat de deskundige, optredend voor verweerder, deze indirecte vertragingen op andere lijnen van het net ook toegaf, doch dat zijn voorgestelde forfaitaire basis tot vergoeding van deze indirecte vertraging van 1.000 frank per uur niet kan worden aanvaard;

Dat, gelet op de hierboven vermelde elementen van de schade door de indirecte vertraging op het net, de door eiseres aangerekende forfaits voor de schade voor de vertraging op de ongevalslijn zelf in acht dienen te worden genomen;

dat de vordering gegrond voorkomt;

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Antwerpen (10e Kamer), 29 juni 1990

Strafvordering – Door de rechtbank benoemde deskundige – Wraking door de beklaagde – Niet ontvankelijk

«Gelet op het verzoekschrift van oorspronkelijke beklaagde strekkende tot wraking van de door het Hof bij tussenarrest van 13 april 1990 aangestelde gerechtsdeskundige;

...

«Overwegende dat het verzoek van beklaagde niet ontvankelijk is; dat de bepalingen van artikel 966 Ger.W. niet van toepassing zijn in strafzaken; dat in het strafprocesrecht, in tegenstelling met het burgerlijk procesrecht, partijen hun persoonlijke voorkeur met betrekking tot de aan te stellen deskundige niet kunnen opdringen aan de aanstellende magistraat; dat in casu het Hof op soevereine wijze beslist heeft wie het meest gekwalificeerd achtte om de opdracht uit te voeren en de mogelijkheid tot wraking in

strijd is met beginsel van soevereiniteit die ter zake aan de feitenrechter werd toegekend.»

(Voorzitter: de h. Craeybeckx – Raadsheren: de hh. Van Houche (rapporteur) en Van Craen – Openbaar ministerie: de h. Willio – Advocaten: mrs. Sol loco Van Damme en Luyten – In de zaak: Van E. t/ R.)

NOOT – *Wraking van de deskundige in strafzaken*

1. Art. 966 Ger. W. bepaalt dat de deskundigen kunnen worden gewraakt om dezelfde redenen als de rechters. Beoeld worden natuurlijk de gerechtelijke deskundigen en niet de technische raadslieden van de partijen (Cass., 14 september 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 88).

2. Nu haalt men meestal een arrest van het Hof van Cassatie van 9 oktober 1973 (*R.W.*, 1973-74, 933) aan om te ponen dat de bepalingen van de artikelen 962 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de deskundigenonderzoeken die in burgerlijke zaken worden bevolen niet toepasselijk zijn op de deskundigenonderzoeken die door een strafgerecht worden bevolen.

Het gaat hier echter om het kopje van het cassatiearrest, waar het arrest aan toevoegt «in zoverre zij de oproeping van de partijen op de verrichtingen van de deskundigen voorschrijven, de partijen toelaten aan de deskundigen alle dienstige vorderingen te doen en de kennisgeving voorschrijven door de deskundigen, na afloop van de verrichtingen, van hun bevindingen aan de partijen wier opmerkingen zij aantekenen». Met andere woorden, het Hof van Cassatie verklaart hier slechts dat het contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken niet geldt in strafzaken.

Het cassatiearrest van 9 oktober 1973 brengt bijgevolg geen uitsluitsel over de onderhavige problematiek van de wraking.

3. Luidens art. 2 Ger. W. zijn de regels van het Gerechtelijk Wetboek echter in beginsel toepasselijk op alle rechtsplegingen, wanneer deze niet geregeld worden door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek.

Nu ligt het voor de hand dat ook in strafzaken de objectiviteit en de onafhankelijkheid van de deskundige wordt gewaarborgd en er is geen rechtsbeginsel in het strafrecht of in de strafvordering dat zich verzet tegen de wraking van een deskundige die zich bevindt in een van de gevallen vermeld in art. 828 Ger. W. (Hof Antwerpen, 28 november 1984, *Pas.*, 1985, II, 47).

4. Impliciet blijkt dat ook uit een arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 1976 (*Pas.*, 1976, I, 932), waar het Hof de toepasselijkheid van art. 828, 8°, Ger. W. onderzoekt en de mogelijkheid van wraking indirect aanvaardt.

De mogelijkheid van wraking tast m.i. het beslissingsrecht van de strafrechter niet aan om zich te laten voorlichten of bijstaan door een deskundige van zijn keuze. Het vereiste van onpartijdigheid, van onbevangenheid en van objectiviteit dat aan een gerechtelijke deskundige gesteld wordt, kan voor de strafrechter geen hinderpaal zijn om op behoorlijke manier te worden voorgelicht.

A. Vandeplass

Rb. Brugge (2e Kamer), 31 mei 1989

Burgerlijke rechtspleging – Gerechtskosten – Aanvullen-de eis – Ingesteld bij wijze van tweede dagvaarding – Kosten ten laste van eiser

Eiser, die eerst bij dagvaarding een vordering tot uitvoering van een overeenkomst had ingeleid, stelde later door middel van een tweede dagvaarding een vordering tot ontbinding in. Over de desbetreffende kosten oordeelt de rechtbank:

«Iedere procespartij dient ervoor te waken op de meest economische wijze het proces te voeren. Eiser had de kosten van de tweede dagvaarding kunnen vermijden door het nemen van conclusies overeenkomstig artikel 807 Ger. W. Deze kosten (5.115 frank) blijven derhalve ten laste van eiser (Fettweis, *Manuel de procédure civile*, 1985, nr. 925).»

(Voorzitter: de h. Van Dorpe – Advocaten: mrs. Devroe, Vanhengel en Mewissen)

NOOT – Zie de bespreking van dit vonnis door M.E. Storme, «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, 353, nrs. 33 e.v., m.b. nr. 35. Tegen het vonnis is hoger beroep ingesteld.

Rb. Antwerpen (37e Kamer), 9 oktober 1990

Burgerlijke rechtspleging – Beslag – Revindicatie – Bij moeder inwonende meerderjarige zoon – Vermoeden van eigendomsrecht van moeder

Eiseres verzet zich tegen het uitvoerend beslag op roerend goed dat door eerste verweerder gelegd is ten laste van tweede verweerder. Het beslag is gelegd in de woning waar moeder en zoon, respectievelijk revindicante en beslagene, gevestigd zijn. De moeder eist de eigendom van de in beslag genomen goederen op.

«Overwegende dat eiseres in verzet komt tegen het uitvoerend beslag op roerend goed gelegd door eerste verweerder lastens tweede verweerder bij exploit dd. 30 november 1989; dat eiseres de eigendom van de in beslag genomen goederen opeist...

«Overwegende dat het beslag gelegd werd op het adres (...); dat daar moeder en zoon, respectievelijk revindicante en beslagene gevestigd zijn;...

«Overwegende dat in dergelijke gevallen in de regel, mede gelet op de aard van de goederen, moet worden aangenomen dat de ouder het bezit en de eigendom heeft van het merendeel van de meubelen en het huisraad en dat die niet eerst verkregen zijn op het ogenblik dat het meerderjarig kind bij hem/haar intrek neemt;

«Overwegende dat ter zake de in beslag genomen goederen vrij elementair zijn zonder enige luxe; dat het geheel ongelooftwaardig is te veronderstellen dat eiseres er niet in geslaagd zou zijn om die goederen te verwerven, maar daarvoor heeft moeten wachten tot haar beroofde zoon bij haar intrek nam.»

(Beslagrechter: de h. Dirix – Advocaten: mrs. Debois, Dehaen loco Peeters en Cleren loco Verhaaren – In de zaak: V. t. D. en M.)

NOOT – Zie ook *R.P.D.B.*, tw. «Saisie mobilière», nr. 472; Beslagr. Antwerpen, 6 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 1638.

BOEKEN

P.J.J. VAN BUUREN, G. BETLEM en T. IJLSTRA (red.), *Milieurecht in stelling. Utrechtse opstellen over actuele thema's in het milieurecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 221 pp., f 41,50

Dat in Nederland het milieurecht volop in de actualiteit staat blijkt wel uit het feit dat steeds meer publikaties op dit gebied verschijnen. Ook de juridische faculteiten wensen zich op dit gebied duidelijk te profileren. Zo meldt het voorwoord bij de te bespreken bundel dat binnen de Utrechtse rechtenfaculteit sinds begin 1989 het milieurechtplatform bestaat. Het eerste resultaat van de samenwerking die in het kader van dit platform tot stand is gekomen, is de voorliggende bundel opstellen over milieurecht.

De eerste bijdrage is van de hand van drie auteurs, mr. W. Th. Braams, prof. mr. F.W. Grosheide en mr. E.A. Messer, en handelt over de handhaving door algemeen-belangbehartigers via het milieu-aansprakelijkheidsrecht (pp. 1-23). Daarbij staan de vragen centraal of op basis van het algemeen belang civiele acties kunnen worden ingesteld wegens (dreigende) milieuverstoring en, zo ja, welke actoren daarbij als eisende partijen kunnen optreden. Aandacht wordt onder meer besteed aan het De Nieuwe Meer-arrest (H.R., 27 juni 1986, *N.J.*, 1987, 743), waarin werd beslist dat het belang bij een niet-verontreinigd milieu via een vordering op grond van art. 1401 B.W. bij de kortgedingrechter behartigd kan worden. Het is dus niet meer noodzakelijk dat een concreet eigen vermogensrechtelijk belang van een particulier bij de actie wordt aangegeven. Belangrijk is wel dat deze De Nieuwe Meer-rechtspraak alleen van toepassing is op rechtspersonen die een vordering ter behartiging van het milieubelang instellen. Maar aan individuele burgers komt voorts nog niet dezelfde processuele bevoegdheid toe als aan rechtspersonen. Dit betekent dat een individueel persoon geen vorderingsrecht heeft om, bijvoorbeeld in kort geding, in het algemeen belang de stopzetting van een milieuverstorende activiteit te eisen. Sinds het Benckiser-arrest (H.R., 14 april 1989, *RvdW*, 1989, 107) staat vast dat ook de overheid ter behartiging van het milieubelang mede gebruik kan maken van het civiele recht. De overheid kan zulks evenwel uitsluitend doen indien de burgerrechtelijke rechtsgang daartoe de meest aangewezen is. Dit hangt onder meer af van de vraag of andere wegen openstaan om hetzelfde doel te bereiken. Deze andere mogelijkheden kunnen bijvoorbeeld in het administratief recht worden gevonden. Naast een overzicht van de jurisprudentie met betrekking tot de mogelijkheden van handhaving van milieurecht door algemeen-belangbehartigers via het civiele recht, wordt in deze eerste bijdrage ook nog aandacht besteed aan het Voorontwerp Vorderingsrecht Belangenorganisaties, dat in detail wordt besproken.

Interessant is eveneens de bijdrage van mr. drs. P.C.M.A. Michiels, «Zullen we handhaven? Beschouwingen over bestuursdwang en gedogen als reacties op de overtreding van milieuwetten» (pp. 24-47). Eén (omstreden) instrument van het Nederlandse milieubeleid, dat evenwel steeds meer in de belangstelling staat, is het *gedogen van milieuovertredingen*. Dit gedogen wordt door Michiels omschreven als het willens en wetens afzien van de handhaving. De auteur acht het gedogen onder omstandigheden aanvaardbaar, omdat de bestuurlijke handhavingsbevoegdheden doorgaans op discretionaire wijze kunnen worden uitgeoefend en omdat een handhavingsplicht in de praktijk ook niet uitvoerbaar zou zijn. Verder onderscheidt Michiels verschillende vormen van gedogen, zoals het stilzwijgend (of passief) gedogen en het actief gedogen door middel

van een (mondelinge of schriftelijke) gedoogverklaring. Aan een dergelijke gedoogverklaring kunnen ook nog voorschriften worden verbonden; dan is er sprake van gekwalificeerd gedogen. Een gedoogverklaring zou zelfs ex ante (voordat er sprake is van overtreding) kunnen worden gegeven. Vanuit het milieurecht gezien is het gedogen vooral problematisch indien voor de gedoogde situatie een vergunning vereist zou zijn, waarvoor normalerwijze inspraak van derden mogelijk is. Men dient immers te vermijden dat door het gedogen de rechten van derden worden beperkt. Uit de jurisprudentie blijkt dat een gedoogverklaring nooit een vergunning kan vervangen indien deze voor de gedoogde activiteit vereist is. Wel kan een gekwalificeerde gedoogverklaring aanvaardbaar zijn, bijvoorbeeld om de periode tot aan de vergunningverlening te overbruggen. De aanvaardbaarheid van het actief gedogen hangt dan van een aantal omstandigheden af, zoals de vraag of de aan de gedoogverklaring verbonden voorschriften milieu-hygiënische belangen voldoende kunnen beschermen en of deze voorschriften de processuele belangen van derden in voldoende mate waarborgen. Wat de gevolgen van het gedogen betreft, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen actief en passief gedogen. Aan stilzwijgend gedogen zijn administratiefrechtelijk gezien geen consequenties verbonden, omdat de overheid de bevoegdheid om alsnog op te treden niet verloren heeft (wel rijst strafrechtelijk de vraag of een jarenlange duldend van een onwettige toestand door de overheid consequenties moet hebben met betrekking tot de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie of met betrekking tot de schuld van de verdachte). Wat het actief gedogen betreft, meent Michiels dat het effect hiervan de *rechtsverwerking* is: de overheid verliest dan de bevoegdheid sancties toe te passen. Hiertegen zou de overheid zich kunnen wapenen door hetzij uitdrukkelijk in de verklaring op te nemen dat het gedogen van tijdelijke aard is of door het voorbehoud op te nemen dat niet langer wordt gedoogd indien de feitelijke omstandigheden zich wijzigen. Michiels gaat niet verder in op de consequenties van een gedoogverklaring voor de strafrechter; hij stelt zich uitsluitend de vraag of de gedoogverklaring tot het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid zou kunnen leiden (p. 46). Strafrechtelijk zijn de gevolgen van een gedoogverklaring inderdaad niet gemakkelijk te bepalen. In de eerste plaats rijst de vraag of het Openbaar Ministerie nog wel ontvankelijk zou zijn indien het een strafvervolguitbrengt ondanks een uitdrukkelijke gedoogverklaring door de administratieve overheid. Dient de overheid ten opzichte van de burger immers niet één gezicht te tonen en zou een vervolging in strijd met een gedoogverklaring geen schending vormen van het vertrouwensbeginsel? Tegen dit standpunt kan men natuurlijk inbrengen dat het Openbaar Ministerie dan volledig afhankelijk wordt van de acties van de bestuurlijke overheid en dat de autonomie van het strafrecht wordt beperkt door de gedoogverklaring van het bestuur. Maar in het milieustrafrecht is de autonomie van het strafrecht nu juist zeer beperkt omdat doorgaans alleen het handelen in strijd met administratieve belangen strafbaar is gesteld (zie Faure, M., *Preadvies Milieustrafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1990, 67-71). Ook zouden de gevolgen van gedogen onderzocht kunnen worden bij het wederrechtelijkheidsoordeel, zoals Michiels suggereert. Bij een stilzwijgend gedogen zou daarvan zeker geen sprake kunnen zijn, omdat het handelen nog steeds onrechtmatig blijft. Wellicht kan dit het geval zijn bij een uitdrukkelijke gedoogverklaring door de vergunningverlenende overheid. Ten slotte zou, zeker bij jarenlang stilzwijgend gedogen, onderzocht kunnen worden in hoeverre de burger daardoor gedwaald heeft over de strekking van het gebod door de dubbelzinnige houding van de overheid; ter zake zou dan een schuldverweer gevoerd kunnen worden.

Prof. mr. P.J.J. Van Buuren en mr. G.T.J.M. Jurgens bespreken de dwangsom in het milieurecht (pp. 48-71). In deze bijdrage komen de recente ontwikkelingen met betrekking tot het gebruik van de dwangsom als sanctiemiddel in het Nederlandse administratieve recht aan bod. Ook wordt ingegaan op het verschil tussen de bestuursdwang en de dwangsom en de keuze die tussen beide administratieve sancties dient te worden gemaakt. Bovendien worden de op handen zijnde wetswijzigingen met betrekking tot de dwangsom, namelijk het Ontwerp Gemeentewet en de ontwerpen met betrekking tot de Wet Algemene Bepalingen Milieuhygiëne besproken en met elkaar vergeleken. De bijdrage eindigt met een overzichtelijk schema betreffende de regelingen van de dwangsom in de huidige Hinderwet en in de besproken ontwerpen.

Het strafrecht komt aan bod in de bijdrage van dr. Th. J.B. Buiting en mr. drs. A.E.H. Huygen, «Milieustrafrecht: een ondoordachte chaos» (pp. 72-95). In dit polemisch geschreven artikel spuien de auteurs veel kritiek op de structuur van het Nederlandse milieustrafrecht. Een eerste punt van kritiek betreft het feit dat de delictomschrijvingen te ruim zouden zijn geformuleerd. De slordige wijze van strafbaarstelling elidit er volgens Buiting en Huygen toe dat de verplichtingen van overheden zelf onder de strafwet worden gebracht. Dit effect wordt bereikt doordat veelal de overtreding van alle bepalingen van een bepaalde milieuwet, bijvoorbeeld de Meststoffenwet, strafbaar wordt gesteld via de Wet Economische Delicten. Hetzelfde fenomeen kan worden gevonden in Belgische wetten en Vlaamse Decreten, waarin zowel verplichtingen voor de burger als voor de overheid worden omschreven en aan het einde één enkele strafbepaling is geformuleerd krachtens welke een ieder die in strijd handelt met de bepalingen van de wet of het decreet wordt gestraft met... De auteurs menen dat, telkens wanneer voor een overheid een plicht wordt geformuleerd om uitvoeringsbesluiten te bepalen en de overheid nalaat zulks te doen, deze zich strafbaar maakt door de aangehaalde algemene wijze van strafbaarstelling. Bij de aanbevelingen (p. 84) merken de auteurs op dat de delictomschrijvingen dienen te worden gewijzigd, zodat vermeden wordt dat overheden formeel onder de strafbepaling vallen. Maar wellicht is deze conclusie wat vlug genomen. Men kan inderdaad met de auteurs aannemen dat het niet de bedoeling van de wetgever was om overheidshandelen via de Milieuwetten uitdrukkelijk strafbaar te maken, maar in de Duitse Bondsrepubliek wordt over deze «Amtsträgerstrafbarkeit» reeds lange tijd discussie gevoerd. Wellicht gaat het te ver om de minister die nalaat uitvoeringsbesluiten uit te vaardigen, strafrechtelijk aansprakelijk te stellen, maar zou dit niet overwogen kunnen worden voor de ambtenaar die (culpoos of opzettelijk) vergunningsvoorwaarden voorschrijft die in strijd zijn met EG-milieurichtlijnen en die tot een gezondheidsschadelijke vorm van milieuverontreiniging leiden? Buiting en Huygen besteden ook aandacht aan de strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht en merken op dat de delictomschrijving van art. 173a en 173b thans dermate ingewikkeld is, dat het, ook bij spectaculaire milieuverontreiniging, vaak moeilijk zal zijn om tot een kwalificeerbare bewezenverklaring te komen. Ook het feit dat de schuldige moet weten dat de stof die hij op of in de bodem, in de lucht of in het oppervlaktewater inbrengt, gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar voor een ander kan opleveren, leidt er volgens de auteurs enerzijds toe dat bepaalde lozingen van verontreinigende stoffen niet onder deze artikelen zullen vallen indien daarbij geen reëel gevaar voor mensen ontstaat en anderzijds dat de Officier van Justitie en de rechter deskundigen te hulp zullen moeten roepen om te bepalen of door het lozen van de stof gevaar te duchten was voor de openbare gezondheid. De auteurs tonen ook aan dat art. 173a zodanig ruim geformuleerd is, dat zelfs een roker of autorijder onder deze bepaling valt: het is bekend dat het roken een reële kans op gevaar oplevert, zowel voor de gezondheid van de roker zelf als ook voor de gezondheid van degenen die «meeroken». Indien dit roken in een openbaar gebouw plaatsvindt of op een andere plaats waar het verboden is, handelt de roker wederrechtelijk en stelt hij zich volgens Buiting en Huygen bloot aan een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren overeenkomstig art. 173a van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht.

De volgende bijdrage is van de hand van mr. G.H. Addink, die in 1987 promoveerde op het proefschrift «Afalstoffenwetgeving en normstelling» en handelt over milieurechtelijke aspecten van bouwen en bodemverontreiniging (pp. 96-123). In deze bijdrage komen uitgebreid alle problemen aan bod die zich kunnen voordoen bij het bouwen op verontreinigde grond. De auteur bestudeert dit probleem zowel vanuit de wettelijke kaders (Wet Chemische Afvalstoffen, Afvalstoffenwet, Interimwet Bodemsanering en Wet Bodembescherming) als vanuit het aansprakelijkheidsrecht.

De bijdrage van mr. drs. A.F. Roorda behandelt de uitvoering van de Nederlandse Grondwaterwet (pp. 124-150).

Drs. Ch. Backes en prof. mr. P.J.J. Van Buuren bespreken in een bijdrage getiteld «Loopt de Grote Peel leeg?» de juridische en praktische problemen bij de handhaving van bijzondere natuurwaarden (pp. 150-157). Het artikel is eigenlijk de bespreking van een casus die in Nederland speelt met betrekking tot het natuurgebied de Grote Peel. Dit gebied, dat volgens de auteurs een bijzondere botanische en ornithologische waarde heeft, bestaat uit le-

vend hoogveen en is van een hoge waterstand afhankelijk om een afsterving van de hoogveenvegetatie te voorkomen. Er dreigt evenwel een daling van het waterpeil, aangezien de omliggende agrariërs hun gronden hebben gedraineerd. De auteurs bespreken alle juridische acties die met betrekking tot dit gebied zijn gevoerd en besteden met name aandacht aan de mogelijke toepassing van art. 12 van de Nederlandse Natuurbeschermingswet. De auteurs betogen dat de drainagehandelingen schadelijk zijn en dat deze daardoor vergunningsplichtig worden.

De laatste drie bijdragen in de bundel handelen over het internationale milieustrafrecht. Mr. G. Betlem bespreekt in zijn bijdrage «Grensoverschrijdend handhaven» de Benckiser-zaak en het EEG-executieverdrag (pp. 158-181). De vraag die hij centraal stelt, is of een door een Nederlandse rechter bevolen dwangsom buiten Nederland en in het bijzonder in Duitsland kan worden tenuitvoer gelegd. De auteur bestudeert daarvoor drie mogelijkheden: het Europees Bevoegdheids- en Executieverdrag, het Nederlands-Duits Executieverdrag en het Duitse Internationaal Privaatrecht. Alle drie de oplossingen kennen bijzondere problemen, zo blijkt uit de bijdrage van Betlem.

Vervolgens wijdt mr. drs. A. Nollkaemper een bijdrage aan de «Toezichthoudende mechanismen in het internationale milieurecht» (pp. 182-199). In zijn bijdrage identificeert en analyseert hij de verschillende wijzen waarop toezichthoudende mechanismen zich manifesteren in het internationale milieurecht en de problemen die daarbij in de praktijk rijzen.

Ten slotte bespreekt mr. T. IJlstra in zijn bijdrage «Wat ligt daar in het water?» de problemen bij de handhaving van lozingsregels voor schepen op zee (pp. 200-218). Hij bestudeert voornamelijk of de handhaving van milieunormen op schepen door de vlaggestaat wel effectief is voor de bestrijding van operationele olielozingen door schepen op zee. IJlstra geeft een goed overzicht van de oorzaken van zeewaterverontreiniging door olie op de Noordzee en schetst eveneens het juridisch kader door onder meer aan te geven welke Noordzeestaten zijn toegetreten tot het Internationaal Verdrag ter Voorkoming van Verontreiniging door Schepen (het zgn. Marpol-verdrag). Formeel wordt na overtreding een proces-verbaal opgemaakt, dat vervolgens naar de vlaggestaat wordt verder gezonden voor verdere afhandeling. IJlstra toont aan dat deze afhandeling in 96% (p. 205) een onvoorwaardelijk seponering betekent. Interessant zijn ook de empirische gegevens die IJlstra dienaangaande heeft verzameld. Zo blijkt onder meer dat van de driehonderd onderzochte meldingen van illegale olielozingen op de Noordzee tussen 1982 en 1987 slechts 51 daarvan werden doorgemeld aan de vlaggestaten (17%). Van deze 51 doormeldingen werd uiteindelijk slechts in 18 gevallen (6%) een vervolging ingezet (p. 213). Terecht pleit IJlstra dan ook voor een uitbreiding van de rechtsmacht van de kuststaten, die tot nu toe immers uitsluitend bevoegdheid hebben voor zover de lozing zich in de territoriale zee van de kuststaat heeft voorgedaan. Een andere reden waarom aan de effectiviteit van de strafrechtelijke handhaving van de zeewaterverdragen kan worden getwijfeld, is dat de meeste nationale wetten op de zeewaterverontreiniging door olie uitsluitend een geldboete als sanctie hebben gesteld, terwijl deze geldboetes door de verenigingen van scheepseigenaren (zgn. P&I-clubs) integraal worden verzekerd (daarover Faure, M., «De verzekering van geldboeten bij zeewaterverontreiniging door olie», in *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 203-221).

Samenvattend biedt het boekje Milieurecht in stelling een mooi aanbod voor de in het milieurecht geïnteresseerde jurist. Terecht stelt Van Buuren in het voorwoord dat de nadruk bij de meeste bijdragen op de handhaving van het milieurecht ligt. Het is interessant vast te stellen dat juist aan dit aspect van het milieurecht thans ook vanuit wetenschappelijke richting meer aandacht wordt besteed en dat bovendien de handhavingproblemen vanuit de verschillende traditionele vakgebieden (privaatrecht, strafrecht, administratief recht) tegelijk worden bestudeerd. Men kan slechts hopen dat het Utrechts Milieuplatform meer publikaties van dit kaliber zal leveren.

M. Faure

AANGEKONDIGD

M. FAURE, *Preadvies milieustrafrecht*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 162 p., 1.450 fr.

Recueil annuel de jurisprudence Belge (Ed. 1990, jurisprudence 1989), Brussel, Larcier, 1248 p., 19.044 fr. (toile).

C.J. VAN ZEBEN, T.A.W. STERK, *Arresten burgerlijk recht met annotaties*, (negende druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 1810 p., 79,50 fl.

Ch. J. ENSCHEDE, *Een uniform Europees strafrecht?*, Arnhem, Gouda Quint, 42 p., 14,75 fl.

A.M. CARLIER, *Bijdragen aan de sociale zekerheid* (De bedrijfsbibliotheek nr. 10), Antwerpen, Kluwer, 198 p., 1.095 fr.

H.G. VAN DER WERF, A.W. JONGBLOED, *De civiele rechter in de praktijk*, Arnhem, Gouda Quint, 254 p., 51 fl.

F.M.J. JANSEN, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 452 p., 135 fl.

Bijzondere overeenkomsten. Huur en pacht (Asser serie, 7e druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 728 p., 120 fl.

J. VERSTRAETE, *Geschiedenis van de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen 1960-1985*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 334 p.

M.C. OOSTERVELD-EGAS REPARAZ, J.B. VUYK-BOSDRIESZ (ed.), *Juridisch woordenboek Nederlands - Spaans*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 404 p., 4.450 fr.

G.H.A. SCHUT, *Onrechtmatige daad volgens B.W. en N.B.W.* (Studiepockets Privaatrecht nr. 21, vierde herziene druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 216 p., 49,50 fl.

M.J.A. VAN MOURIK, *Erfrecht* (Studiepockets Privaatrecht nr. 37, derde herziene druk), 204 p., 49,50 fl.

B.J. ASSCHER, *Meesters der metamorfose: overwegingen van een rechter*, Amsterdam, Balans, 100 p.

J.-M. BAUDEL, *La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, Brussel, Bruylant, 333 p.

H.C.F. SCHOORDIJK, *De vennootschap in oprichting nader belicht*, Deventer, Kluwer, ca. 50 p.

M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling*, in A.P.R.

J. STEYAERT, e.a., *Arbeidsovereenkomsten*, in A.P.R.

P.C. VAN DUYN, *Misdaadondernemingen: ondernemende misdadigers in Nederland*, Arnhem, Gouda Quint, ca. 174 p.

G.P. VAN DEN BERG, *Sovjet staat en recht in beweging*, Nijmegen, Ars Aequi Libri.

MEDEDELINGEN

Internationaal colloquium: «Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht?»

Het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek, de Vrije Universiteit Brussel en de Rijksuniversiteit Gent, organiseren op donderdag 20 december 1990 in de Aula van de R.U.G., een internationaal colloquium met als thema: «Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht? Naar een nieuwe rechtspositie van de minderjarige».

Beknopt programma:

- 9u15 Verwelkoming door de decaan van de Rechtsfaculteit, prof. dr. P. Ghijsbrecht
- 9u30 Inleiding tot het thema door prof. dr. J. Gerlo (R.U.G.)
- 9u50 De minderjarige en het burgerlijk recht: evaluatie van de huidige burgerlijke rechtspositie en enkele modellen tot wijziging door mevrouw A. Wylleman (R.U.G.)
- 11u00 De minderjarige en het strafrecht: een poging tot verandering van zijn strafrechtelijke positie door de heer D. Ballet (V.U.B.)
- 11u40 Een zich wijzigend kindbeeld en de implicaties voor het recht door prof. dr. E. Verhellen (R.U.G.)
- 14u00 Sectievergaderingen:
Sectie I: De minderjarige en het burgerlijk recht
Sectie II: De minderjarige en het strafrecht
Sectie III: Van jeugdbeschermingsrecht naar rechten van het kind
- 16u30 Jeugdrecht: wetenschap en beleid door prof. dr. C. Eliaerts (V.U.B.)

17u00 Slotwoord door de rector van de Rijksuniversiteit Gent, prof. dr. L. De Meyer

Inlichtingen: Seminarie voor Familierecht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (tel. 091/64.69.23).

Studieavond "Ontslagrecht"

Het Postuniversitair Centrum Limburg organiseert een studieavond op donderdag 6 december 1990 op de Universitaire Campus te Diepenbeek.

Mr. W. Rauws, advocaat aan de Balie te Antwerpen en deeltijds docent aan de U.F.S.I.A. en de Handelshogeschool te Antwerpen zal alsdan een overzicht geven van de regels inzake opzegging, ontslag om dringende redenen en de verbreking van de arbeidsovereenkomst.

Inlichtingen: Mevrouw M. Lambrichts, Postuniversitair Centrum Limburg, Universitaire Campus, 3590 Diepenbeek (tel. 011/22.99.61, toestel 146).

Studiecentrum voor ondernemingsgroepen

De v.z.w. Studiecentrum voor Ondernemingsgroepen organiseert op 6 december 1990 te 17u00 in het Auditorium van het Gemeentekrediet, de Lignestraat 2 te Brussel een voordracht over actuele vraagstukken i.v.m. groepen van ondernemingen.

Spreekers zijn de professoren C. Lempereur over "E.E.G.-initiatieven inzake openbaar koopaanbod en hun mogelijke weerslag op het Belgische wettelijk kader: enkele belangrijke aandachtspunten" en E. Wymeersch over "Invloed van de recente hervormingen van de financiële wetgeving op de positie van de ondernemingsgroepen".

Inlichtingen: Studiecentrum voor Ondernemingsgroepen v.z.w., Louizalaan 99, 1050 Brussel.

Alle belangstellenden zijn welkom.

TIJDSCHRIFTEN

Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1990

nr. 3

Lavieille, J.M., Les rapports entre les droits de l'homme, le développement et la paix; Haarscher, G., Les droits collectifs contre les droits de l'homme; Fierens, J., La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; du Bois de Gaudusson, J., Les procédures de garantie et leurs limites dans les Constitutions francophones; Bossuyt, M., Pour une politique intégrée en matière de réfugiés mieux adaptée aux circonstances actuelles; Callewaert, J., Témoignages anonymes et droits de la défense, obs.s. Cour européenne des droits de l'homme, 20 novembre 1989 (Convention européenne - Art. 6, par 3 d) et 1er - Caractère équitable des moyens de preuve); Pettiti, Chr., L'application en droit interne français de l'article 10, 2° de la Convention européenne des droits de l'homme, obs.s. Cour de cassation de France, 31 janvier 1989 (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Art. 10 - Liberté d'expression - Exercice - Limites); Lambert, P., L'impartialité du juge statuant successivement au civil, puis au pénal, obs.s. Cour de cassation de France, 6 février 1989 (Procédure pénale - Magistrats statuant au pénal et au civil - Convention européenne des droits de l'homme art. 6, 1° - Impartialité); Kohl, A., L'indemnisation des victimes d'arrestation ou de détention abusives, en droit belge et selon la Convention européenne des droits de l'homme, obs.s. Cour d'appel de Bruxelles, 21 février 1989 (Détention préventive - Cas où l'autorité publique ne pouvait imposer pareille mesure - Détention irrégulière - Art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme - Recours devant les juridictions ordinaires - Pouvoir d'appréciation du juge civil - Indemnité de 100.000 francs belges allouée en équité).