

HULPVERLENING AAN OORLOGSSLACHTOFFERS: ENKELE JURIDISCHE KANTTEKENINGEN VAN SARAJEVO NAAR MOGADISHU EN TERUG * (slot)

6. Twee juridische knelpunten

Tot nu toe zijn we in deze uiteenzetting uitgegaan van een gewapend conflict waarbij de partijen zich niet hebben onttrokken aan hun verplichting om toestemming te verlenen aan humanitaire organisaties tot het organiseren van hulpverlening. We hebben gezien dat die toestemming in principe niet kan worden geweigerd, tenzij in uitzonderlijke omstandigheden.

Nu gaan we over tot de behandeling van de situatie waarin de toestemming tot hulpverlening ongegrond is geweigerd door de partijen en alle andere betrokkenen, waarbij we een onderscheid maken tussen de voortdurende afwezigheid van principiële toestemming als zodanig (a) en omstandigheden waarin, na het oorspronkelijk verlenen van de toestemming de hulpverlening wordt gehinderd, bemoeilijkt of verder onmogelijk wordt gemaakt (b).

a. *Recht tot hulpverlening, ook zonder toestemming?*

Over deze vraag – waarop het antwoord van vitaal belang is voor de burgerbevolking – is de afgelopen jaren een uitvoerig debat gevoerd dat nog altijd niet is uitgewoed en waarop we meteen ingaan.

Vooraf past evenwel een cruciale opmerking in verband met de positie van het Rode Kruis en V.N.-organisaties in dezen.

Door hun mandaat of statuten zullen V.N.-organisaties of het CICR slechts kunnen overgaan tot hulpverlening aan oorlogsslachtoffers met toestemming van de betrokken partijen, ook al betekent dit een verdaging of opschorting van de activiteiten. Zo was het CICR in staat zijn hulp aan de slachtoffers van het conflict in Cambodia pas te hervatten na de verovering van de hoofdstad door Vietnamese troepen in januari 1979¹.

Derhalve beperkt de bespreking in subparagraaf a zich tot hulpverlening door andere humanitaire organisaties.

Het dilemma waarvoor de hulpverleners zich geplaatst zien is duidelijk: geen hulpverlening aan de burgerbevolking zonder uitdrukkelijke toestemming van wettige regering of rebellen, of organisatie van hulpverlening zonder uitdrukkelijke toestemming met alle veiligheidsrisico's daaraan verbonden, zowel voor de bevoorrading als voor de hulpverleners.

Het debat dat hierover wordt gevoerd, heeft zich niet beperkt tot hulpverlening aan oorlogsslachtoffers; ook hulpverlening aan slachtoffers van natuurrampen werd voorwerp van discussie, ofschoon soms het onderscheid tussen beide situaties zolang mogelijk wordt volgehouden. Deze verruiming van de discussie vormt ongetwijfeld een complicerende factor, waarbij zeker niet uit het oog mag worden verloren dat de rechtsontwikkeling die zich momenteel voltrekt op het hele terrein van de hulpverlening, nog geen afgerond proces is. Bovendien is het op dit ogenblik nog niet mogelijk om met de nodige precisie de weerslag aan te geven van die ontwikkeling op de toepasselijke rechtsregels inzake hulpverlening aan oorlogsslachtoffers.

Een andere belangrijke opmerking betreft de rol en functie van de praktijk in dezen door NGO's. Gelet op het feit dat zij, door de principiële houding van V.N. en Rode Kruis, aan de actieve kant van de hulpverlening, exclusief verantwoordelijk zijn voor het ontstaan en groei van praktijk – hulpverlening aan oorlogsslachtoffers zonder toestemming – dient het argument dat het gaat om niet-statelijke entiteiten gerelativeerd te worden, wanneer deze praktijk gewaardeerd moet worden volgens het ontstaan van gewoonterecht in dezen. Met andere woorden: deze NGO-praktijk vormt een belangrijk element in de discussie, soms als katalysator, maar meestal met een corrigerende werking. Niettemin moet hieraan onmiddellijk worden toegevoegd dat het CICR en de nationale Rode-Kruisverenigingen nog steeds een hoofdrol spelen in de internationale hulpverlening tijdens gewapende conflicten.

1° De theoretische discussie

Steeds meer, en terecht, wordt in de discussie het onderscheid doorgevoerd, zoals we reeds eerder deden, tussen «humanitaire interventie» en «humanitaire bijstand of hulpverlening».

Belangrijk is het uitgangspunt dat hulpverlening aan oorlogsslachtoffers (geen slachtoffers van natuurrampen) ondernomen door een NGO zonder de vereiste toestemming «cannot constitute a violation of international law because no State is under a duty to prevent such relief operations to be undertaken by its nationals or from its territory»². Reeds eerder hebben we erop gewezen dat in dergelijke situaties de humanitaire organisatie geen claim kan doen gelden op respect en bescherming volgens de bepalingen van het humanitair recht.

Hoe heeft de discussie zich dan verder ontwikkeld? Er heeft zich een convergerende evolutie voltrokken.

* Uitgewerkte versie van de lezing op uitnodiging van het Belgische Rode Kruis, Vlaamse Gemeenschap, gehouden als slot van de cursus Internationaal Humanitair Recht (22-26 augustus 1993).

¹ *Bulletin ICRC*, nr. 167.

² M. BOTHE, *op.cit.*, in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 95.

Eenzijds werd vastgesteld dat het internationaal humanitair recht niet in een vacuum opereert, maar in het kader van het systeem van het volkenrecht, zodat andere bepalingen en regels van het volkenrecht ook in de beschouwingen moeten worden betrokken³; het traditionele onderscheid met de rechten van de mens werd progressief opgeheven⁴. Hierdoor is de juridische onderbouw van hulpverlening in het algemeen verdiept en verbreed door aanvoering van o.a. het recht op leven, en het recht om niet onderworpen te worden aan onmenselijke behandeling.

Anderzijds heeft een combinatie van privé- en regerings-initiatieven geleid tot de aanvaarding van een aantal resoluties door de Algemene vergadering der Verenigde Naties over het probleem van dringende humanitaire bijstand⁵.

Het resultaat van deze ontwikkeling kan als volgt worden samengevat⁶. Van een daadwerkelijke erkenning door de staten van een absoluut recht voor slachtoffers van oorlogen en andere rampen om hulp te krijgen en een daaraan corresponderend recht voor staten en humanitaire organisaties om tot die hulpverlening over te gaan ook zonder toestemming van het «gastland» is (nog) geen sprake. Wel werden op een juridisch niet-bindende wijze, principes geformuleerd die als leidraad zouden moeten dienen bij humanitaire hulpverlening onder alle omstandigheden. De aanvaarding hiervan vormt een belangrijke indicatie van de groeiende rechtsovertuiging in dezen, aangevuld door en berustend op al aanwezige praktijk⁷.

De primaire rol van de betrokken staat in de start, organisatie, coördinatie en uitvoering van de hulpverlening wordt benadrukt. Humanitaire bijstand zou moeten worden verleend met de instemming en in principe op basis van een oproep van het betrokken land. Toegang tot de slachtoffers wordt als essentieel beschouwd in de hulpverlening, door intergouvernementele en niet-gouvernementele organisaties, die zoveel mogelijk door Staten moet worden vergemakkelijkt. Ook transit van hulpverlening moet door buurlanden

worden vergemakkelijkt; toch is het stadium van de erkenning van een «recht op humanitaire doortocht» (beperkt in tijd, ruimte en doelstelling) nog niet bereikt. De instelling van «relief corridors for the distribution of emergency medical and food aid» wordt overwogen⁸. Alle deelnemers aan hulpverlening moeten uiterste aandacht schenken aan de principes van menselijkheid, neutraliteit en onpartijdigheid.

Dat zijn, tot op heden, de krachtlijnen en richtinggevende principes van wat kan worden genoemd «internationaal rampenrecht», ook omvattende gewapende conflicten als «similar emergency situations», en voor zover ze worden ondernomen door of in samenwerking met de V.N.

2° De praktijk

Eenzijdige hulpverlening door staten met dreiging of gebruik van geweld zonder toestemming van het betrokken land of partijen behoort tot de categorie van «humanitaire interventie» en blijft dus verder buiten beschouwing.

Verder is het van belang er vanaf het begin rekening mee te houden «that the prevailing military situation provides the immediate context for all action, including humanitarian action»⁹.

Naar aanleiding van zijn 40-jarig bestaan organiseerde Dutch Interchurch Aid op 24 september 1992 een belangwekkend internationaal colloquium waaraan de volgende gegevens worden ontleend¹⁰.

Hulpverlening kan geschieden terwijl de bevoegde autoriteiten ervan op de hoogte zijn en geen uitdrukkelijke toestemming verlenen, maar de operatie verder ongemoeid laten. Het is ook mogelijk dat de hulpverlening plaatsvindt zonder medeweten van de autoriteiten (afgelegen en/of niet meer aan centrale controle onderworpen gebieden). Het kan ook gebeuren dat de autoriteiten onaanvaardbare voorwaarden opleggen aan hulpverlening door NGO's (bv. discriminatoire distributie)¹¹.

In Ethiopië, het meest sprekende voorbeeld, konden grote delen van de bevolking niet worden bereikt, omdat de centrale regering de stroom van hulp beperkte die bestemd was voor de gebieden onder controle van het EPLF. Via de traditionele kanalen, en onder V.N.-coördinatie, verliep een hulpoperatie ten voordele van Eritrese bevolking in regeringsgebied; anderzijds liet de Soedanese regering een grensoverschrijdende operatie toe vanop haar grondgebied, uit te voeren door NGO's ten voordele van een groter deel van de bevolking, op voorwaarde een «low profile» te houden¹². De V.N. waren, door hun opdracht, niet in staat hulp

³ J. PATRNOGIC tijdens de I.L.A. Conferentie te Belgrado, *Report* 1980, 469.

⁴ R.J. DUPUY, «L'action humanitaire», in *Essays Kalshoven*, (67-77), 71. In een vroegere periode werd alleen de complementariteit tussen beide onderstreept: zie o.m. CALAGERONPOLOS-STRAIS, *op.cit.*, 661.

Zie over de verhouding tussen beide eveneens o.m. J. MENRANT, «Humanitarian law and human rights law. Alike yet distinct, *International Review of the Red Cross*, 1993, 89-93, en L. DOSWALD-BECK en S. VITE, «International Humanitarian Law and Human Rights Law», *ibidem*, 94-119. En eveneens D. WEISSBRODT en P. HICKS, «Implementation of human rights and humanitarian law in situations of armed conflict», *ibidem*, 120-138.

⁵ Resoluties 43/131, 45/100, 46/182, 47/168.

⁶ Zie verder voor uitvoeriger beschouwingen o.a. M.J. DOMESTICI-MET, *op.cit.*, en M. BETTATI, «Un droit d'ingérence», *R.G.D.I.P.*, 1991, 640-670, en van dezelfde auteurs, «Souveraineté et assistance humanitaire. Réflexions sur le portée et les limites de la résolution 43/131 de l'Assemblée Générale de l'ONU», in *Humanité et Droit International. Mélanges René-Jean Dupuy*, Parijs, Pedone, 1991, 382 pp., pp. 34-45.

⁷ Zie de in noot 102 vermelde resoluties. De V.N. worden in hun hulpverleningsoperaties altijd door die beginselen geleid: zie het rapport van de secretaris-generaal, «Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations» (A/47/595, § 4). Hetzelfde geldt uiteraard voor het CICR.

⁸ Zie verder in dit verband M. BETTATI in zijn bijdrage tot de *Mélanges Dupuy* (noot 105), 42-43. In resoluties 834 en 851 spreekt de Veiligheidsraad zijn waardering uit voor de inspanningen van de Secretaris-Generaal «to establish agreed humanitarian relief corridors in Angola».

⁹ P. MACALISTER-SMITH, in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 100. Zo verhinderden de onveilige situatie en voortdurende gevechten dat schepen hun hulpgoederen naar Mogadishu konden brengen. Schepen van het CICR bereikten Somalië op 18 januari 1992 (*Bulletin ICRC*, nr. 193).

¹⁰ Zie de referentie in noot 51.

¹¹ E. FERRIS, *op.cit.*, in *Renkum Convergence*, 65.

¹² G. SMITH, «Intervention in Eritrea: help or hindrance», in *Renkum Conference*, (43-53), 43-44. Hiervan moeten duidelijk on-

te verstrekken aan Eritrea en donorlanden waren niet bereid om, in 1984/1985, een voedselluchtbrug aan te leggen¹³. Voorbeelden van NGO-operaties zonder toestemming zijn uiteraard talrijker en worden, om begrijpelijke redenen, pas aan de openbaarheid prijsgegeven na afloop ervan.

Dat geldt dan weer niet voor Artsen zonder Grenzen en Médecins du Monde, die «adopted as their set policy to render assistance to victims, if necessary, without permission of the governmental authorities»¹⁴.

Anderzijds was het CICR, in het voorjaar van 1989, de enige organisatie die werkte in zones die niet volledig door de regering van Mozambique werden gecontroleerd. Het CICR verstreekte hulp aan de slachtoffers van het gewapend conflict sinds 1985¹⁵.

Het CICR was ook aanwezig in gebieden van Afghanistan onder controle van oppositiebewegingen¹⁶.

In juni 1991 begon het CICR, na een onderbreking van zes maanden, een luchtbrug met hulpgoederen naar steden in Zuid-Soedan, zowel in regeringsgebied als in zones onder controle van het SPLA¹⁷.

Vanuit de NGO's werden ook de volgende, bruikbare criteria ontwikkeld die kunnen worden gehanteerd bij hulpverlening zonder toestemming van de betrokken autoriteiten. We vermelden ze hier: massale sterfte zonder hulpverlening; de hulpverlening mag het conflict niet verergeren of tot represailles leiden; de hulpoperatie kan ruimte scheppen voor dialoog en herstel van de vrede; overleg met de lokale bevolking die geholpen wordt is essentieel; permanente beoordeling van motieven en noodzaak van de operatie; aard en motieven moeten doorzichtig zijn; werk van V.N. en andere organisaties wordt niet ondermijnd en de operatie moet logistiek mogelijk zijn zonder onnodig persoonlijk risico voor de staf¹⁸.

Slechts twee opmerkingen mogen hier volstaan. Hulpverlening door NGO's zonder toestemming zal zich verder als praktijk blijven ontwikkelen omdat en zolang regeringen een verkeerd gebruik maken van de vrijheid om toestemming te weigeren. De formulering van de criteria voor een dergelijk NGO-optreden, nader uitgewerkt in een «Protocol on the Right to humanitarian assistance in Conflict Situations»¹⁹ vormt potentieel het juridische kader, dat complementair is maar ook verder reikt dan de principes vervat in de hierboven vermelde resoluties van de Algemene Vergadering.

derscheiden blijven de hulpverleningsacties aan oorlogsslachtoffers die het geweld en het land ontvlucht zijn. Deze acties dragen geen grensoverschrijdend karakter, maar dat sluit hun omvang niet uit. Zo beschikte het CICR over meer dan 450 distributiepunten in Ivoorkust langs de 1000 km lange grens met Liberia, in maart 1991 (*Bulletin ICRC*, nr. 169).

¹³ E. FERRIS, *op.cit.*, in *Renkum Conference*, 67.

¹⁴ «Summary of discussion», in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 202.

¹⁵ *Bulletin ICRC*, nr. 160 en 174.

¹⁶ *Bulletin ICRC*, nr. 164.

¹⁷ *Bulletin ICRC*, nr. 187.

¹⁸ E. FERRIS, *op.cit.*, in *Renkum Conference*, 67.

¹⁹ *Renkum Conference*, 12-28. Ook de Federatie van Rode-Kruisverenigingen stelt een Gedragscode voor om NGO's te helpen aan een kader voor hun activiteiten: Verslag 17e Round Table of the International Institute of Humanitarian Law (San Remo, september 1992), *International Review of the Red Cross*, 1992, 595.

In de zoektocht naar ontstaan en aanvaarding van een eventueel gewoonterechtelijk recht tot hulpverlening aan slachtoffers van oorlog en andere rampen, bevinden we ons vooralsnog in het dubbele spanningsveld tussen gouvernementele en niet-gouvernementele hulpverlening, en tussen vorming van rechtsovertuiging en gedeeltelijk andersluidende praktijk.

Wat de hulpverlening aan oorlogsslachtoffers betreft, heeft bovenstaande schets ook duidelijk gemaakt dat op het strikt conventionele vlak de toestemming van de verdragsluitende partij nog steeds de *conditio sine qua non* blijft voor de start van een operatie, tenminste indien ze aanspraak wil maken op het respect en de bescherming die de Conventies en de Protocols bieden. Tegelijk worden belangrijke uitoefeningsmodaliteiten nu ook overgeheveld naar de sfeer van de hulpverlening in het algemeen.

b. Militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening

Alvorens in paragraaf 7 nog aandacht te besteden aan enkele andere aspecten van operationele aard, gaan we nu nader in op de situatie waarbij de toestemming tot hulpverlening wel degelijk werd verleend, maar de operatie zelf, in aanvoer en distributie gehinderd, bemoeilijkt of onmogelijk gemaakt wordt, en dit in strijd met de eerder vermelde toepasselijke rechtsregels (§ 2).

Geconfronteerd met dergelijke problemen staan de hulpverleners opnieuw voor een dilemma: opschorting of beëindiging van de operatie, of voortzetting ervan maar dan met militaire begeleiding en/of bescherming van aanvoer- en transportroutes, van de hulpgoederen en de konvoien, van het hulpverlenend personeel en indien nodig ook van de distributiecentra en de eigenlijke distributie aan de bevolking.

We betreden hierbij niet alleen een uiterst complex terrein, maar belanden tevens in het voorportaal van de «humanitaire interventie». We gaan eerst algemeen in op het vraagstuk, keren dan terug naar de relevante resoluties van de Veiligheidsraad, om uiteindelijk na te gaan of zich ook in verband met militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening al gedragsregels aftekenen.

Eerder hebben we reeds aangegeven wat de verplichting tot respect en bescherming van de hulpverlening en de hulpverleners inhoudt voor de bij het conflict betrokken partijen, en dit in het kader van Conventies en Protocols. Tevens dienen ze in een internationaal gewapend conflict de nodige faciliteiten te verlenen aan het CICR, Rode-Kruisverenigingen en andere toegelaten humanitaire organisaties.

Indien die verplichting niet of onvoldoende wordt nageleefd of kan worden nageleefd, rijst de vraag of elke actie door militair personeel, voertuigen of vliegtuigen een «militaire» operatie is in de zin van «humanitaire interventie»²⁰. Bothe stelt verder terecht dat «it... can be argued that flights by unarmed (although military) transport aircraft do not constitute a use of force, but rather a 'simple' border violation and may thus be justified taking into account the previous illegal conduct of the other State»²¹. Daarentegen had het Institut de Droit International, in 1989 – dus vóór de inval in Koeweit, de gebeurtenissen in voormalig Joego-

²⁰ M. BOTHE, *op.cit.*, in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 96.

²¹ *Ibidem*.

slavië en Somalië en de ermee samenhangende resoluties van de Veiligheidsraad – in de reeds vermelde resolutie gesteld dat «offers of assistance shall not, particularly by virtue of the means to implement them, take a form suggestive of a threat of armed intervention or any other measure of intimidation»²².

De vraag naar militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening wordt natuurlijk bepaald door de concrete militaire situatie, maar ook door het nog aanvaardbare risiconiveau, dat sterk verschillend kan zijn. In sommige situaties komt het voor dat internationale NGO's nog doorgaan met de operatie zelfs na terugtrekking van V.N.-personeel²³. Het overwegen van militaire begeleiding en bescherming wordt acuut als blijkbaar voor de meeste hulpverlenende organisaties de drempel (ver) is overschreden.

Een eerste oplossing die zich aandient voor niet-gouvernementele hulporganisaties, is over te gaan tot het in dienst nemen van lokale gewapende krachten om opslagplaatsen, voedselkonvooien en distributiecentra te beschermen; dit is in Somalië gebeurd, waar een aantal hulporganisaties vroeg om 24 uur bescherming, maar niet wenst geassocieerd te worden met buitenlandse militairen. De praktijk heeft de nadelen en ontoereikendheid getoond die verbonden waren aan die oplossing.

De tweede oplossing bestaat erin dat gouvernementele en niet-gouvernementele hulporganisaties op zoek gaan naar militaire begeleiding die door troepen uit het buitenland kan worden geboden. Met uitzondering van een rechtstreekse, unilaterale «humanitaire interventie», belanden we hiermee opnieuw bij de Veiligheidsraad, en de twee markante voorbeelden van het voormalige Joegoslavië en van Somalië.

1° Voormalig Joegoslavië

Gelet op de dringende behoefte aan humanitaire bijstand en herhaalde oproepen in dit verband door de president van Bosnië-Herzegovina verzoekt de Veiligheidsraad, op 15 mei 1992, de secretaris-generaal «to keep under active review the feasibility of protecting international humanitarian relief programmes... and of ensuring safe and secure access to Sarajevo airport ...» (resolutie 752, § 9). Op 30 mei 1992 vraagt de Veiligheidsraad «that all parties and others concerned create immediately the necessary conditions for unimpeded delivery of humanitarian supplies to Sarajevo and other destinations in Bosnia and Herzegovina, including the establishment of a security zone encompassing Sarajevo and its airport...» (resolutie 757, § 17). Na de tijdelijke heropening van de luchthaven van Sarajevo, betreurt de Veiligheidsraad dat de voortdurende gevechten in Bosnië-Herzegovina de distributie van humanitaire hulp in en om Sarajevo onmogelijk maakt. Het mandaat van UNPROFOR wordt uitgebreid en omvat nu ook het verzekeren van de veiligheid en functionering van de luchthaven en de controle op verstrekking van humanitaire hulp (resolutie 758 van 8 juni 1992).

Het «Sarajevo Airport agreement» van 5 juni 1992 voorziet o.a. in de opening van «security corridors between the airport and the city, under UNPROFOR's control, to ensure the safe movement of humanitarian aid and related person-

nel». Het akkoord werd voortdurend geschonden. In resolutie 764 van 13 juli 1992 geeft de Veiligheidsraad toelating de sterkte van UNPROFOR uit te breiden (§ 2). De secretaris-generaal wordt verzocht «to keep under continuous review any further measure that may be required to ensure unimpeded delivery of humanitarian assistance» (§ 11).

Op 13 augustus 1992 roept de Veiligheidsraad in resolutie 770 Staten op «to take nationally or through regional agencies or arrangements all measures necessary to facilitate in coordination with the United Nations the delivery by relevant United Nations humanitarian organisations and others of humanitarian assistance to Sarajevo and wherever needed in other parts of Bosnia and Herzegovina» (§ 2).

Hiermee maakte de Veiligheidsraad niet alleen de weg vrij voor verdere militaire begeleiding en bescherming van de hulpverlening door individuele staten, in coördinatie met de V.N., maar tevens voor eventuele rechtstreekse militaire interventie om hulpverlening mogelijk te maken.

Eveneens op 13 augustus 1992, in resolutie 771, beslist de Veiligheidsraad, in het kader van hoofdstuk VII, dat «all parties and others concerned in the former Yugoslavia, and all military forces in Bosnia and Herzegovina, shall comply with the provisions of the present resolution» (§ 7) o.a. ophouden met «impeding the delivery of food and medical supplies to the civilian population».

Het belang van het verbod op militaire vluchten – afgesproken op de Conferentie van Londen – voor de versterking van de veiligheid van humanitaire activiteiten in Bosnië-Herzegovina, wordt door de Veiligheidsraad onderstreept op 14 september 1992 in resolutie 776. Veel belangrijker evenwel is de toegestane uitbreiding van UNPROFOR's mandaat (§ 2): steun te verlenen aan de pogingen van UNHCR om hulpgoederen te leveren door heel Bosnië-Herzegovina en in het bijzonder om bescherming te verlenen wanneer en waar UNHCR dat nodig vindt. Deze bescherming betreft konvooien naar regionale distributiecentra en vandaar naar lokale verdeelpunten. Geweld mag worden gebruikt in zelfverdediging en hieronder vallen ook situaties waarin gewapende elementen met geweld pogen UN-troepen te verhinderen hun opdracht uit te voeren²⁴.

In resolutie 781, op 9 oktober 1992, neemt de Veiligheidsraad kennis van de bereidheid van de partijen om de nodige stappen te nemen om de veiligheid van humanitaire vluchten te verzekeren. Het verbod op militaire vluchten boven Bosnië-Herzegovina wordt nu een «essential element for the safety of the delivery of humanitarian assistance...» genoemd, en door de Veiligheidsraad formeel afgekondigd (§ 1). Vluchten voor humanitaire hulpverlening vereisen toestemming van UNPROFOR (§ 3 en resolutie 786, § 4).

Op 16 november 1992 verzocht de Veiligheidsraad in resolutie 878 de secretaris-generaal om de mogelijkheid en de vereisten te bestuderen voor de instelling van «safe areas for humanitarian purposes» (§ 19).

Op 16 april 1993 veroordeelt de Veiligheidsraad, in resolutie 819, «the deliberate interdiction by Bosnian Serb paramilitary units of humanitarian assistance convoys». De Veiligheidsraad vraagt, in het kader van hoofdstuk VII, dat «all parties and others concerned treat Srebrenica and its

²² Institut de Droit International, *Report 1989*, 339.

²³ E. FERRIS, *op.cit.*, in *Renkum Conference*, 71.

²⁴ S/24540, §§ 6-9.

surroundings as a safe area which should be free from any armed attack or any other hostile act» (§ 1).

In resolutie 820, aanvaard op 17 april 1993, vraagt de Veiligheidsraad o.a. respect voor het recht van UNPROFOR «and the international humanitarian agencies to free and unimpeded access to all areas...» (§ 5).

«The denial or the obstruction of access of civilians to humanitarian aid and services such as medical assistance and basic utilities» wordt in resolutie 824 op 6 mei 1993 opnieuw veroordeeld. Verder worden Sarajevo en een aantal andere steden uitgeroepen tot «safe areas» (§ 3) waar o.a. vrije en ongehinderde toegang moet heersen voor internationale humanitaire organisaties.

De Veiligheidsraad besluit dan op 4 juni 1993 in resolutie 836 het mandaat van UNPROFOR nogmaals uit te breiden om in de safe areas «to deter attacks against the safe areas... to occupy some key points on the ground, in addition to participating in the delivery of humanitarian relief to the population as provided for in resolution 776...» (§ 5). Bij de uitvoering van dit nieuwe mandaat wordt UNPROFOR gemachtigd «acting in self-defence, to take the necessary measures, including the use of force, in reply to bombardments against the safe areas by any of the parties or to armed incursion into them or in the event of any deliberate obstruction in or around those areas to the freedom of movement of UNPROFOR or protected humanitarian convoys» (§ 9). UNPROFOR mag daarbij geholpen worden door lid-staten «through the use of air power», onder gezag van de Veiligheidsraad en in nauwe coördinatie met de secretaris-generaal en UNPROFOR (§ 10).

Voor ons is relevant vast te stellen dat de maatregelen van de Veiligheidsraad neerkomen op daadwerkelijke militaire begeleiding en bescherming van aanvoer, doorvoer en distributie van de hulpverlening, met inbegrip van de centra en de konvoien, later aangevuld met militaire bescherming van een aantal zones; dit alles ondersteund door een militair vliegverbod boven Bosnië-Herzegovina. Bovendien beschikken lidstaten over de toestemming alle nodige maatregelen te nemen om de hulpverlening te vergemakkelijken en mogelijk te houden (met inbegrip van het gebruik van geweld). Ten slotte neemt UNPROFOR zelf deel aan de hulpverlening²⁵.

In Bosnië-Herzegovina werden dus alle mogelijkheden tot militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening aan oorlogsslachtoffers benut dan wel opengesteld, met uitzondering van een militair offensief om de hulpverlening af te dwingen²⁶.

2° Somalië

Een overzicht van de situatie in Somalië levert het volgende beeld op.

²⁵ Ook de (voorgestelde) internationale troepenmacht voor de situatie in Rwanda zou worden belast o.m. met het verstrekken van humanitaire hulp aan de burgerbevolking: resolutie 812.

²⁶ Door Sandoz de derde optie genoemd tussen mislukking van humanitaire hulp zoals door het humanitair recht voorzien, en gewapende interventie om tijdelijk militaire controle over de situatie te verwerven: Y. SANDOZ, «Droit' or 'evoir d'ingérence' and the right to assistance: the issues involved», *International Review of the Red Cross*, 1992, (216-227), 223.

In resolutie 751, op 24 april 1992, beslist de Veiligheidsraad in principe tot de oprichting van UNOSOM, a United Nations Operation in Somalia en van een United Nations Security Force (§ 2 en § 4). De opdracht van deze laatste omvat: «to provide for UN personnel, equipment and supplies at the port of Mogadishu and to escort deliveries of humanitarian supplies from there to distribution centres... to provide UN convoys of relief supplies with a sufficiently strong military escort to deter attack and to fire effectively in self-defence if deterrence should not prove effective»²⁷.

Op 27 juli 1992 stelt de Veiligheidsraad vast dat «sporadic outbreak of hostilities in several parts of Somalia» een risico oplevert voor het personeel van o.a. NGO's en andere humanitaire organisaties en hun operaties ontwricht. De secretaris-generaal mag alle middelen inzetten om de hulpverlening te vergemakkelijken (resolutie 767, § 2). Zonder samenwerking van alle partijen, bewegingen en facties met het oog op de ontplooiing van «United Nations security personnel» sluit de Raad «other measures to deliver humanitarian assistance to Somalia» (§ 4) niet uit. Een beëindiging van de vijandelijkheden en behoud van een staakt-het-vuren zijn wel nodig om dringende hulpverlening te vergemakkelijken (§ 8).

Een maand later stelt de Veiligheidsraad een verslechtering van de situatie vast, spreekt zijn bezorgdheid uit over de wapenvoorraden en het wijd verspreide gewapend banditisme en verwelkomt de initiatieven tot een voedselluchtbrug (resolutie 775, van 28 augustus 1992) en de materiële en logistieke steun van een aantal lidstaten (§ 6). Volledige bewegingsvrijheid voor hulpverleners moet worden gegarandeerd door alle partijen en facties (§ 7).

Op 3 december 1992 beschouwt de Veiligheidsraad de situatie in Somalië als uniek en met een «deteriorating, complex and extra-ordinary nature, requiring an immediate and exceptional response» (resolutie 794). Het optreden van de Veiligheidsraad is ook een antwoord op de «urgent calls from Somalia for the international community to take measures to ensure the delivery of humanitarian assistance in Somalia». Er zijn ook constant berichten over schendingen van het internationaal humanitair recht o.a. «deliberate attacks on... relief facilities; and impeding the delivery of food and medical supplies...» De Veiligheidsraad spreekt zijn verontwaardiging uit over o.a. «looting of relief supplies destined for starving people, attacks on aircraft and ships bringing in humanitarian relief supplies».

De situatie in Somalië kan niet worden geduld en maakt het nodig «to review the basic premises and principles of the United Nations effort in Somalia». De Veiligheidsraad neemt kennis van het aanbod door lidstaten «aimed at establishing a secure environment for humanitarian relief operations in Somalia as soon as possible».

De Veiligheidsraad herhaalt zijn verzoek tot een staakt-het-vuren «in order to promote the process of relief distribution» (resolutie 794, § 1). Alle partijen moeten de nodige maatregelen nemen om de hulpverlening te vergemakkelijken en veiligheid van het betrokken personeel te garanderen (§ 2-3). De schendingen van het internationaal humanitair recht worden veroordeeld (§ 5).

²⁷ S/23829, § 27-28. De taak van UNOSOM I betreft «to monitor the cease-fire» (S/23829, § 22).

Met de aanbeveling van de secretaris-generaal dat actie in het kader van hoofdstuk VII zou moeten worden ondernomen om een veilige omgeving te scheppen voor hulpverlening, wordt door de Veiligheidsraad ingestemd (§ 7).

In een brief van 29 november gericht aan de president van de Veiligheidsraad had de secretaris-generaal de verschillende opties uiteengezet, gaande van de status-quo (ontplooiing van UNOSOM met akkoord van de *de facto* autoriteiten; geen gebruik van militair personeel om humanitaire activiteiten te beschermen; een machtsdemonstratie door UNOSOM in Mogadishu; een «enforcement action» door een groep lidstaten over het hele grondgebied met toestemming van de Veiligheidsraad; en een dergelijke operatie maar dan onder V.N.-bevel (S/24868).

Het aanbod van de V.S. een operatie op touw te zetten om die veilige omgeving te creëren wordt verwelkomd (§ 8) evenals deelname daaraan door andere lidstaten (§ 9).

Deze lidstaten en de secretaris-generaal krijgen de toelating alle mogelijke middelen te gebruiken om dat te bereiken (§ 10). Lidstaten worden opgeroepen strijdkrachten ter beschikking te stellen voor die gezamenlijke operatie (§ 11).

Een volgende stap wordt door de Veiligheidsraad gezet op 26 maart 1993 in de resolutie 814. De raad erkent de noodzaak van een snelle en soepele overgang van de Unified Task Force (UNTAF) naar een uitgebreidere V.N.-operatie in Somalië (UNOSOM II). Een alomvattende en effectieve ontwapening van alle partijen, bewegingen en facties is van het grootste belang. Herstel van «law and order» zal bijdragen tot humanitaire hulpverlening.

In dezelfde resolutie wordt de secretaris-generaal verzocht humanitaire hulp te verlenen (§ 4).

De omvang en het mandaat van UNOSOM worden uitgebreid, alvast voor een eerste periode tot 31 oktober 1993: o.a. verhindering van hervatting van het geweld, controle op zware wapens; veiligheid verzekeren en behouden in alle havens, luchthavens en vervoerslijnen die nodig zijn voor de aanvoer van humanitaire hulp; personeel van V.N. en o.a. CICR beschermen desnoods met geweld tegen dreigende of daadwerkelijke aanvallen.

UNOSOM II krijgt de verantwoordelijkheid «for the consolidation, expansion and maintenance of a secure environment throughout Somalia» (§ 14) en beschikt hiervoor over «enforcement power».

In resolutie 837 van 6 juni 1993 maakt de Veiligheidsraad nogmaals duidelijk dat het herstel van «law and order throughout Somalia would contribute to humanitarian relief operations».

Een vergelijking met het optreden in voormalig Joegoslavië, uitsluitend in verband met militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening aan oorlogsslachtoffers, toont meteen het veel verderreikende karakter van de operaties aan die dan ook plaatsvinden in het kader van hoofdstuk VII. Het verschil in omvang en mandaat van UNOSOM wordt gerechtvaardigd door het unieke karakter van de situatie. De V.N.-operatie werd voorafgegaan door een toegestane militaire actie ondernomen door een beperkte coalitie van lidstaten.

De vrees door P. De Visscher in 1989 uitgesproken werd bewaarheid «qu'une aide humanitaire puisse être ache-

minée sur des navires de guerre dont les canons sont pointés sur les côtes de l'Etat qu'on prétend aider»²⁸.

3° Enkele opmerkingen

De voorbeelden van daadwerkelijke militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening waartoe lidstaten (na machtiging door de Veiligheidsraad) en de internationale gemeenschap (UNPROFOR, UNOSOM II) daadwerkelijk zijn overgegaan, doet de vraag rijzen naar hun verhouding met het internationaal humanitair recht.

Y. Sandoz heeft terecht in dit verband opgemerkt «that even on the basis of United Nations resolutions, the use of armed force to get relief supplies through cannot be justified by international humanitarian law since... the obligation 'to ensure respect for' this law rules out the use of force»²⁹. Derhalve is de kwestie «not one of implementing international humanitarian law but of using force to terminate serious and mass breaches of this law»³⁰. Dat is ook duidelijk gemaakt door de Veiligheidsraad in de hierboven geciteerde considerans van resolutie 794.

Voor het CICR is belangrijk «that this question should be clearly regarded as coming under *ius ad bellum*. It is not simply a matter of relief actions such as those provided for in Article 23 of the Fourth Geneva Convention or in Article 70 of its Additional Protocol I»³¹. Uitspraken van het CICR m.b.t. de verantwoordelijkheid in dezen zouden zijn actieve rol van hulpverlening aan de oorlogsslachtoffers zelf in het gedrang kunnen brengen. Associatie met of dekking door een van de troepen in het conflict zou het CICR zijn geloofwaardigheid doen verliezen als neutraal bemiddelaar³². Maar in uitzonderlijke situaties, zoals Somalië en voormalig Joegoslavië «where widespread anarchy and hazardous conditions prevailed the ICRC was prepared to accept a minimum of protection from the armed forces in order to reach the victims. However, such measures should be the exception rather than the rule»³³.

Samenwerking door Rode-Kruisverenigingen kan gebeuren met de medische diensten van hun eigen nationale troepen, of van vreemde troepen, met toestemming van hun eigen nationale overheid, maar dient beperkt te blijven tot de taken voorzien in artikel 24 van de Eerste Conventie en onder verantwoordelijkheid van de medische diensten van de strijdkrachten³⁴.

Intergouvernementele organisaties die samenwerken in dergelijke militaire acties treden dan op «as humanitarian auxiliaries of armed forces and not within the context of re-

²⁸ Institut de Droit International, Report 1989, p. 231.

²⁹ Y. SANDOZ, *op.cit.*, 220. Contre: M. BOTHE, *op.cit.*, in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 95.

³⁰ *Ibidem*. Het afzonderlijke vraagstuk van de toepasselijkheid van het humanitaire recht op gewapende acties door V.N.-troepen blijft hier verder buiten beschouwing.

³¹ *Ibidem*.

³² Y. SANDOZ, *op.cit.*, 221.

³³ Head ICRC Legal Division at the Round Table (noot 116), *International Review ICRC*, 1992, 597. Zie eveneens de President van het CICR voor de A.V. der Verenigde Naties: *International Review ICRC*, 1993, 53.

³⁴ Y. SANDOZ, *op.cit.*, 221-222.

lief actions which are humanitarian and impartial in character and conducted without any adverse distinction»³⁵.

Voor de NGO's dient te worden gekeken naar de regels zoals vervat in hun statuten.

De praktijkvoorbeelden hebben ondertussen de brede waaijer aangetoond van omstandigheden waarmee humanitaire organisaties, al of niet mede op eigen verzoek, kunnen worden geconfronteerd, gaande van militaire aanwezigheid om aanvallen op hulpverlening af te schrikken, over militaire bescherming ervan via het uitoefenen van het recht op zelfverdediging, tot militaire actie ofwel om de doortocht mogelijk te maken of uiteindelijk ook de hulpverlening te doen plaatsvinden.

We keren tot slot nog even terug naar het eerste en laagste niveau, nl. dat van militaire begeleiding en bescherming van hulpverlening als zodanig.

Uit de praktijk van de Veiligheidsraad tot op heden blijken zich de volgende voorwaarden te ontwikkelen voor aanwezigheid en beperkt optreden van V.N.-troepen (of door de V.N.-troepen geautoriseerde) troepen³⁶.

Het internationaal humanitair recht moet ernstig en massaal geschonden worden, zoals blokkeren van konvoien, aanvallen op hulpverlenend personeel en de konvoien; deze voorwaarden waren al vervuld in Angola: resoluties 823 (30 april 1993) en 834 (1 juni 1993).

Alle andere middelen om die schendingen te doen ophouden moeten vruchteloos zijn geweest (bv. het afkondigen van selectieve sancties).

De toestemming van de betrokken partijen en facties in het conflict is vereist, tenzij elke vorm van gezagsstructuren volledig is verdwenen (Somalië), of een echte «enforcement action» wordt uitgevoerd tegen partij(en) die de uitvoering van het mandaat van reeds aanwezige V.N.-troepen verhinderen (eveneens Somalië: offensieve acties medio juni en juli 1993 tegen de wapendepots en het hoofdkwartier van generaal Aidid).

Ten slotte kan niet genoeg het belang worden beklemtoond van een duidelijk omschreven mandaat en «rules of engagement» voor de troepen.

7. Enkele aspecten van operationele aard

In deze laatste paragraaf gaan we nog kort in op een aantal problemen van operationele aard die zich voordoen bij hulpverlening aan oorlogsslachtoffers.

Allereerst zij herinnerd aan een basisvoorwaarde van operationele aard: in een internationaal gewapend conflict moet de burgerbevolking «inadequately supplied» zijn of, in een niet-internationaal gewapend conflict «undue hardship» ondergaan «owing to a lack of supplies», dit wil zeggen de hulpverlening moet werkelijk noodzakelijk zijn, en kan om die reden alleen niet geweigerd worden³⁷.

³⁵ Y. SANDOZ, *op.cit.*, 222, en art. 70, Protocol I.

³⁶ Zie ook T. VAN BAARDA, *De doos van Pandora. De militaire begeleiding van humanitaire hulp*. Pax Christi studie voor het symposium *De doos van Pandora*, Utrecht, maart 1993, 78 pp.

³⁷ De bepaling van de «emergency needs» is niet altijd eenvoudig. Zo kunnen met betrekking tot het voormalige Joegoslavië niet dezelfde criteria worden gehanteerd als met betrekking tot de Hoorn van Africa, aldus het Hoofd van de Relief Division van het CICR (*Bulletin*, nr. 194).

Meteen rijst ook de vraag tot wanneer de hulpverlening dient te worden volgehouden. Gelet op de juridische context van het gewapend conflict waarin de hulpoperatie zich afspeelt, zou het voor de hand liggende antwoord ook moeten zijn: zodra de net beschreven voorwaarde van noodzaak is weggefallen of uiterlijk zodra de vijandelijkheden zijn stopgezet³⁸. En hier doet zich de vraag voor naar de verhouding tussen humanitaire hulpverlening in oorlogstijd en ontwikkelingshulp in vredetijd, een verhouding die zowel in theorie als in praktijk nog verder dient te worden ontwikkeld³⁹.

«In order to ensure a smooth transition from relief to rehabilitation and development, emergency assistance should be provided in ways that will be supportive of recovery and longterm development», aldus de Algemene Vergadering der Verenigde Naties⁴⁰.

In Soedan verlegde het CICR het accent gaandeweg van voedselbedeling naar het verstrekken van zaad voor landbouwgewassen «in order to leave something behind»⁴¹. Doel van de rehabilitatieprogramma's is het herstel van de zelfvoorzieningsgraad.

Omdat het conflict in Angola de normale landbouwcyclus had doorbroken ging het CICR ook daartoe over, maar het diende later de voedselbedeling opnieuw op te voeren⁴².

Het CICR «cannot satisfy more general needs resulting from circumstances such as a catastrophic economic situation»⁴³.

Anderzijds is het niet eenvoudig voor het CICR het moment te kiezen voor de beëindiging van zijn hulpverlening aan oorlogsslachtoffers: «as there is always the fear that a situation of newly restored peace may rapidly revert again. Angola is just one of many recent examples»⁴⁴.

In oktober 1989 werd een akkoord gesloten tussen het CICR en de Federatie van Rode-Kruisverenigingen over een taakverdeling: de algemene leiding voor alle Rode-Kruisactiviteiten in situaties van gewapend conflict berust bij het CICR, terwijl de activiteiten van de nationale verenigingen in vredetijd een verantwoordelijkheid is van de Federatie⁴⁵.

Het probleem van de coördinatie doet zich uiteraard ook voor bij internationale hulpverlening aan oorlogsslachtoffers in het algemeen. Het hoeft geen betoog dat de effectiviteit van de actie er alleen maar door kan toenemen. Een juri-

³⁸ Zie evenwel de uitspraak van de President van Nicaragua dat het CICR ook verantwoordelijk is «for dealing with the aftermaths of a conflict, even when the conflict is over» (*Bulletin ICRC*, nr. 199). Andere aspecten van humanitaire activiteiten zoals uitwisseling van krijgsgevangenen en tracing operaties en terugkeer van vluchtelingen komen dan pas meestal goed op gang.

³⁹ P. MACALISTER-SMITH, *op.cit.*, in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 112.

⁴⁰ Resolutie 46/182, § 9. Over deze globale problematiek zie vooral het in juli 1993 uitgegeven werk van I. MACALISTER, *Sustaining Relief with Development, Strategic issues for the Red Cross and the Red Crescent*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, 280 pp.

⁴¹ *Bulletin ICRC*, nr. 166.

⁴² *Bulletin ICRC*, nr. 167.

⁴³ *Bulletin ICRC*, nr. 195. In dat licht was de kritiek o.a. op het CICR, geuit door de staatssecretaris voor Ontwikkelingssamenwerking op een persconferentie van 17 juni 1993 dan ook niet terecht.

⁴⁴ *Bulletin ICRC*, nr. 205 (Editorial).

⁴⁵ Zo werkten tijdens het Golfconflict 21 Rode-Kruis- en Rode-Halve-Maanverenigingen samen met het CICR op het terrein (*Bulletin ICRC*, nr. 187).

disch kader begint zich ook hier af te tekenen, evenwel niet zonder problemen ⁴⁶.

Eenzijds krijgt het juridisch kader voor coördinatie alrengs gestalte in de relevante, eerder vermelde, resoluties van de Algemene Vergadering. Uitgangspunt daarbij is dat intergouvernementele, gouvernementele en niet-gouvernementele hulporganisaties verzocht wordt zo nauw mogelijk samen te werken met «the Office of the United Nations Disaster Relief Co-Ordinator or any other *ad hoc* mechanism set up by the Secretary-General in the coordination of aid» ⁴⁷.

De Algemene Vergadering aanvaardde op 19 december 1991 een alomvattende resolutie over «Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations». Daarin wordt de centrale en unieke rol van de V.N. onderstreept «in providing leadership and coordinating the efforts of the international community to support the affected countries» ⁴⁸. De «Coordinator for Humanitarian Emergency Operations» (in december 1991 als nieuwe functie gecreëerd), zal de leidende rol van de secretaris-generaal versterken, en verantwoordelijk zijn voor de coördinatie van hulpverlening door het V.N.-systeem ⁴⁹. Hij moet ook nauw samenwerken met het CICR, de Federatie van Rode-Kruisverenigingen en relevante NGO's ⁵⁰. Het CICR en de Federatie hebben een permanente uitnodiging om deel te nemen aan de activiteiten van een Inter-Agency Standing Committee, relevante NGO's kunnen op *ad hoc* basis worden uitgenodigd ⁵¹.

Anderzijds kent ook de Veiligheidsraad in concrete situaties een aparte rol toe aan de secretaris-generaal: zijn goede diensten gebruiken om aanvoer en verdeling van voedsel in Irak en Koeweit te vergemakkelijken ⁵².

De Veiligheidsraad dringt er bij hulpverlenende organisaties op aan dat de hulpverlening «be undertaken through arrangements that assure their equitable distribution to meet humanitarian needs» ⁵³. Het Sanctiecomité dient bijzondere aandacht te besteden aan de rapporten en aanbevelingen van o.a. het CICR over de voedselsituatie in Irak: nauwe samenwerking wordt verwacht ⁵⁴.

Met betrekking tot het voormalige Joegoslavië dringt de Veiligheidsraad er bij de secretaris-generaal op aan zijn humanitaire inspanningen voort te zetten om de noden van de bevolking te lenigen «in liaison» met het CICR, UNHCR en UNICEF ⁵⁵. In een latere fase moet de mogelijkheid tot het instellen van «sage areas» bestudeerd worden «in consultation» met UNHCR en andere relevante internationale humanitaire organisaties ⁵⁶. Op het terrein krijgt UNHCR een leidende rol toebedeeld over de humanitaire activiteiten in het voormalige Joegoslavië en het zal ook verzoeken coördineren van NGO's en andere organisaties om deel uit te maken van konvooien door UNPROFOR beschermd ⁵⁷.

In verband met de situatie in Somalië wordt de secretaris-generaal opnieuw verzocht de V.N. humanitaire hulpverlening uit te breiden «in liaison with the other international humanitarian organisations»; maar ditmaal dient er een coördinator te worden aangesteld «to oversee the effective delivery of this assistance» ⁵⁸. De humanitaire organisaties wordt verzocht samen te werken met V.N.-hulpverlening ⁵⁹. Het belang van coördinatie van de hulpverlening wordt later door de Veiligheidsraad nog eens onderstreept ⁶⁰.

Deze enkele voorbeelden illustreren hoe ook de Veiligheidsraad overleg en samenwerking tussen V.N.-hulpverlening en bijstand door andere humanitaire organisaties aanbeveelt, en in Somalië V.N.-coördinatie organiseert.

En hier ligt een probleem gelet op het standpunt van het CICR dat aan duidelijkheid niets te wensen overlaat: «Since the ICRC needs to be totally independent and neutral in order to act as a neutral intermediary between parties to a conflict, it would be inconsistent for its work to be coordinated by an intergovernmental body» ⁶¹.

Artikel 70, § 5 (Protocol I) voorziet trouwens in een verplichting om effectieve coördinatie te bevorderen, maar zonder een bepaalde procedure aan te bevelen. Gelet op de traditionele rol van het CICR treedt het op als natuurlijke maar niet als automatische coördinator. De omstandigheden zul-

merely kept the Committee informed of its activities. It did not ask for permission to act on behalf of the victims in Iraq... The ICRC was concerned with exercising its right, derived in particular from Article 23 of the Fourth Geneva Convention, to supply food for the civilian victims of a conflict. We kept the Sanctions Committee informed merely to ensure the safe passages of our convoys and to carry out our humanitarian work openly» (*Bulletin ICRC*, nr. 188).

⁵⁵ Resolutie 724, § 8.

⁵⁶ Resolutie 787, § 9.

⁵⁷ Rapport Secretaris-Generaal 10 september 1992, S/24540, §§ 3-4. De Working Group on Humanitarian Issues in het kader van de Internationale Conferentie over het voormalige Joegoslavië wordt trouwens ook voorgezeten door de UNHCR.

⁵⁸ Resolutie 733, § 2 en § 7. Ook met betrekking tot de situatie in Angola dient de speciale vertegenwoordiger van de secretaris-generaal de coördinatie van de hulpverlening op zich te nemen: resoluties 811, § 10, en 834, § 11.

⁵⁹ Resolutie 746, § 5.

⁶⁰ Resolutie 775, § 9.

⁶¹ *Bulletin ICRC*, nr. 191 (Editorial). De toespraak van de president van het CICR was overigens gewijd aan «Strengthening of the Coordination of Humanitarian Emergency Assistance of the United Nations Organization», *International Review of the Red Cross*, 1993, 49-56.

⁴⁶ Zie hierover o.a. P. MACALISTER-SMITH, *International humanitarian Assistance. Disaster Relief Actions in International Law and Organisations*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 129-147.

⁴⁷ Resolutie 43/131, § 7; Resolutie 45/100.

⁴⁸ Resolutie 46/182, § 12. In het najaar van 1991 en voorjaar 1992 liet het CICR weten dat de V.N. en de internationale gemeenschap een massale hulpoperatie op touw dienden te zetten omdat het CICR en de NGO's niet meer in staat waren de voedselbehoeften te dekken (*Bulletin ICRC*, nrs. 189 en 194).

⁴⁹ Resolutie 46/182, § 33, § 35 (b). Het Department of Humanitarian Affairs begon zijn activiteiten officieel op 1 april 1992.

⁵⁰ *Ibidem*, § 36.

⁵¹ *Ibidem*, § 38. Het CICR beschikt ook als officieel waarnemer over een standing invitation om deel te nemen aan de vergaderingen van UNHCR.

⁵² Resoluties 666, § 7 en 674, § 7 (Irak/Koeweit).

⁵³ Resolutie 712, § 9 (Irak).

⁵⁴ Verklaring Veiligheidsraad 3 maart 1991. Volgens het hoofd van de International Organisation Division van het CICR is het niet juist te spreken over samenwerking; «Although the ICRC was perfectly open with the Sanctions Committee, it never considered cooperating with it as that would have been tantamount to acting as the humanitarian branch of a political body of the UN... The ICRC

len ook bepalen of die rol misschien eerder toekomt aan UNHCR of UNICEF⁶².

Anderzijds verlenen de gemeenschappelijke artikelen 9 (van de eerste drie Conventies) en artikel 10 (van de Vierde Conventie) door de erkenning van het «recht van initiatief», aan het CICR geen «formal supervision capacity such as that which has been assigned to Protecting Powers»⁶³.

Met de V.N.-coördinator «a pattern of operational co-operation has been established with continuous changes of information and collaboration in the field. But it is clearly understood on both sides that the ICRC is independent and does not belong to the group of agencies whose operations must be coordinated»⁶⁴.

De taakverdeling met het UNHCR verhindert uiteraard niet dat het CICR hulp verleent aan vluchtelingen voor oorlogsgeweld in de initiële fase van de noodsituatie, zoals gebeurde ten voordele van voormalige leden van de Ethiopische strijdkrachten, na de val van het Menghistu-regime die hun toevlucht hadden gezocht in Soedan⁶⁵. De samenwerking met het UNHCR kan als voorbeeldig worden omschreven.

Gedurende de afgelopen jaren werden ook talrijke voorstellen geformuleerd voor het sluiten van bilaterale of multilaterale akkoorden met het oog op de opheffing van technische hinderpalen bij de hulpverlening (douanerechten, vervoerskosten, visaverplichting enz.), zoals de modelovereenkomst opgesteld door de International Law Association⁶⁶ en de UNITAR Model Rules for Disaster Relief Operations uit 1982⁶⁷. In 1984 werd door UNDRO een ontwerp tekst ingediend van een «Convention on Expediting the delivery of emergency relief»⁶⁸, maar voorlopig zonder verder gevolg.

De steeds toenemende behoefte aan hulpverlening aan oorlogsslachtoffers en bijstand in geval van natuurrampen levert wellicht het momentum op om tot een voor de staten aanvaardbare codificatie over te gaan van het juridisch kader voor deze technische aspecten, met behoud van voldoende flexibiliteit voor aanpassing aan de concrete omstandigheden.

Voor Rode-Kruisoperaties gelden uiteraard de «Principles and Rules for Red Cross Disaster Relief», aanvaard op de XXII Internationale Rode Kruis Conferentie en herhaaldelijk geamendeerd⁶⁹.

Ten slotte zijn er de operationele vragen die alleen door de hulpverleners te velde kunnen worden beantwoord, aan de hand van wat in deze bijdrage werd uiteengezet en in het licht van de op hun organisatie toepasselijke regels en statuten; het zijn ook vragen die de grens tussen recht en ethiek overschrijden: wordt de duur van een intern gewapend conflict verlengd door hulp aan de burgerbevolking in gebied onder controle van rebellen? Is het wel mogelijk uit te sluiten dat hulp bijna altijd meer in het voordeel van een bepaalde partij zal zijn? Hoe groot moet de minimale omvang van de hulp initieel zijn om te voorkomen dat de strijd toeneemt vanwege beperkte bevoorradingsmiddelen?

Slotbeschouwing

Aan het einde van deze bijdrage (afgesloten op 30 juli 1993) mogen we volstaan met enkele beschouwingen, nadat we boven voldoende zijn ingegaan op een aantal knelpunten en hebben gewezen op enkele tendensen die zichtbaar worden in theorie en praktijk van de hulpverlening aan de burgerbevolking, in gewapende conflicten, maar ook daarbuiten.

In deze bijdrage zijn we niet ingegaan op de bescherming en hulpverlening aan vluchtelingen tijdens gewapende conflicten, met als belangrijkste vragen: personeel toepassingsgebied, algemene en bijzondere bescherming, plaatsing van en aanvallen op vluchtelingenkampen⁷¹.

Het gewapend conflict in het voormalige Joegoslavië toont aan dat hulpverlening aan de burgerbevolking ondanks verklaringen, toezeggingen van en akkoorden met de betrokken partijen⁷², één van de regels blijft van het humanitair recht die in de praktijk niet zonder ernstige risico's en moeilijkheden, en zeker ook niet zonder periodes van opschorting, kunnen worden nageleefd. Dat leidde ook tot de gezamenlijke oproep van UNHCR en de president van het CICR, in oktober 1992, tot de partijen bij het conflict én tot de internationale gemeenschap om de naleving van het humanitair recht te verzekeren zodat humanitaire organisaties toegang krijgen tot de oorlogsslachtoffers.

Midden juli 1993 waarschuwde de V.N.-Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen dat V.N.-konvooien niet mogen bezwijken voor de verleiding om zich «een weg te schieten».

De situatie en de gebeurtenissen in Somalië tonen aan dat, indien alle andere middelen hebben gefaald, en onder de uitzonderlijke omstandigheden dat de staatkundige infrastructuur volledig is verdwenen, hulpverlening aan de bur-

⁶² M. BOTHE, *New Rules*, 436.

⁶³ F. KALSHOVEN, *Constraints*, 62-63.

⁶⁴ C. CARATSCH, *op.cit.*, 307. Dit beeld wordt ook bevestigd in het al vermelde rapport van de secretaris-generaal (A/47/595, § 17).

⁶⁵ *Bulletin ICRC*, nr. 186.

⁶⁶ Zie de rapporten van de ILA vanaf 1972. De tekst is opgenomen in het ILA rapport van 1980, 521-527.

⁶⁷ Zie hierover o.a. J. TOMAN, «Towards a disaster relief law. Legal aspects of disaster relief operations», in F. KALSHOVEN, *Assisting*, (181-199), 188.

⁶⁸ Tekst opgenomen als Annex H in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 248-256. Zie eveneens de Recommendations of an operational nature geformuleerd door een werkgroep en opgenomen als Annex I bij het rapport van de secretaris-generaal A/45/587 van 24 oktober 1990.

⁶⁹ Tekst opgenomen als Annex D, in F. KALSHOVEN, *Assisting*, 234-240.

⁷⁰ L. MINNER geciteerd door E. FERRIS, *op.cit.*, in *Renkum Conference*, 69.

⁷¹ Zie verder o.a. R. KOSIRNIK, «Droit international humanitaire et protection des camps de réfugiés», in *Essays Pictet*, 387-393. En ook J. DE COURTEN en F. MAURICE, «ICRC Activities for Refugees and Displaced Persons», *International Review ICRC*, 1991, 9-21.

⁷² Zoals het Memorandum of Understanding met betrekking tot Kroatië (27 november 1991) en het akkoord in verband met Bosnië-Herzegovina (22 mei 1992). In beide afspraken was vrije doortocht van konvooien met geneesmiddelen, essentiële voedingswaren en kleding voorzien, naast toestemming tot en samenwerking met hulpverleningsoperaties met uitsluitend humanitair en onpartijdig karakter. Alle faciliteiten zouden worden verleend in het bijzonder aan het CICR.

gerbevolking alleen nog via daadwerkelijk militair optreden kan worden verzekerd.

Meteen is ook het belang duidelijk van de stelling dat «respect for neutral, impartial and unarmed humanitarian work is the best barrier holding back those who are advocating armed intervention on humanitarian grounds»⁷³.

Maar anderzijds geldt in sommige omstandigheden «humanitarian assistance is not a soldier's job, but only a soldier can do it»⁷⁴.

De beste waarborg voor de overlevingskansen van een burgerbevolking in gewapende conflicten is en blijft de absolute naleving door alle partijen van de bestaande regels

⁷³ *Bulletin ICRC*, nr. 201. President Izetbegovic van Bosnië-Herzegovina verklaarde in mei 1993 liever een humanitaire interventie te hebben dan humanitaire hulp.

⁷⁴ R. SIEKMANN tijdens het Pax Christi Colloquium (noot 135).

uit de Conventies en de Protocols⁷⁵, aangevuld met progressieve ontwikkeling van het humanitaire recht met betrekking tot «protection of humanitarian convoys and personnel» en «access and the security of relief supplies»⁷⁶.

Een politieke doorbraak in de richting van het operationeel maken van het instrument van de beschermende mogendheid biedt wellicht het alternatief voor humanitaire interventie met gebruik van geweld, al of niet onder V.N.-vlag.

K. C. WELLENS
Hoogleraar Volkenrecht en Recht
der Internationale Organisaties
K.U. Nijmegen

⁷⁵ Zie ook de Resoluties van de Council of Delegates, *International Review of the Red Cross*, 1992, 56-58.

⁷⁶ A/47/595, § 77.

HET RECHT OP LEVEN EN DE STRAFBAAR- STELLING VAN ABORTUS

*Twee bedenkingen bij een «terloops» cassatiearrest**

1. In een op het eerste gezicht onopvallende uitspraak verwerpt het Hof van Cassatie een voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel waarin een geneesheer veroordeeld wordt wegens de uitvoering van een aantal zwangerschapsafbrekingen. In het licht van de sinds de feiten gewijzigde abortuswetgeving, lijkt de relevantie van de uitspraak op het eerste gezicht beperkt. De vraag luidt echter precies of het Hof van Cassatie geen rekening moet houden met die wetwijziging. Door ze niet te berde te brengen beantwoordt het Hof deze vraag impliciet ontkennend. Nochtans verplicht de regel van de terugwerkende kracht van de mildere strafwet de cassatierechters, het arrest van het hof van beroep te vernietigen (2-9). Daarnaast vraagt ook de lapidaire overweging van het hof dat artikel 2 E.V.R.M. de bescherming van het leven van het kind vóór zijn geboorte behelst, om commentaar, in het bijzonder omdat de motivering van die stelling – een beroep op de wordingsgeschiedenis van de verdragsbepaling – geen steek houdt (10-18).

I. De terugwerkende kracht van de mildere strafwet

2. Wanneer de strafwet wordt gewijzigd tussen het ogenblik waarop de feiten gepleegd zijn en het ogenblik van de rechterlijke beoordeling, wordt dit wetsconflict in de tijd opgelost volgens een bedrieglijk eenvoudige regel: indien de nieuwe strafwet strenger is dan de oude wet, geldt de oude

wet; indien ze daarentegen milder is, geldt de nieuwe wet. Deze regel staat ingeschreven in art. 2, tweede lid, Sw.¹, een bepaling die ruimer moet worden uitgelegd dan haar enge formulering te verstaan geeft. Elke verandering in de strafwet die de situatie van de verdachte of beklagde verbetert, heeft terugwerkende kracht². De wetwijziging van 3 april 1990³ strekt de vervolgte geneesheer ongetwijfeld tot voordeel. Ze heft de verzwarende omstandigheid van art. 353 Sw. op en vermindert de strafmaat in art. 350 Sw. Bovenal voegt ze in hetzelfde artikel het begrip «noodsituatie» in, dat de strafbaarstelling aanzienlijk inkrimpt⁴. De nieuwe strafwet is milder en heeft dus terugwerkende kracht.

¹ «Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast.»

² Zie o.a. HAUS, J.J., *Principes généraux du droit pénal*, I, Gent, Librairie générale de Ad. Hoste, 1879, 124-125; BELTJENS G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, I, Brussel, Bruylant, 1901, 15, nr. 11; TROUSSE, P.-E., in *Novelles*, v° *Droit pénal*, I-1, nr. 265-266; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, I, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1976, 150-151; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 132; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 1991, 87-88.

³ Wet 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking tot wijziging van de artt. 348, 350, 351 en 352 van het Strafwetboek en tot opheffing van art. 353 van hetzelfde wetboek, B.S., 5 april 1990.

⁴ Zie over het begrip «noodsituatie», Nys, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1991, 198-211.

* Zie het verderop in dit nummer gepubliceerde arrest van Cass., 22 december 1992, 464 e.v.

3. De vraag luidt echter hoe ver de retroactieve werking van de nieuwe strafwet zich uitstrekt. Kan de geneesheer zich beroepen op de mildere strafwet die in werking treedt na de veroordeling door het hof van beroep (7 december 1988), maar vóór de uitspraak over de voorziening in cassatie (22 december 1992)? Volgens de klassieke rechtsleer profiteert de beklaagde van de terugwerkende kracht, zolang geen in kracht van gewijsde gegane beslissing is gegeven. Ook indien de mildere strafwet in werking treedt tijdens de cassatieprocedure, komt ze de beklaagde ten goede; het Hof vernietigt de vóór de wetwijziging gewezen beslissing ⁵.

4. Het Hof van Cassatie zelf denkt daar anders over. Wanneer de strafwet op grond waarvan de beklaagde is veroordeeld, tijdens het cassatiegeding wordt opgeheven (*a fortiori* indien ze slechts wordt verzacht), kan het enkele feit van die opheffing (verzachting) niet de vernietiging van de bestreden beslissing tot gevolg hebben ⁶. Het Hof beperkt zich in dat geval tot de opmerking dat «de beslissing overeenkomstig de wet is geweest». De impliciete motivering is eenvoudig: de feitenrechter kon onmogelijk een nog niet geldende wet schenden; het Hof vernietigt zijn beslissing niet, daar ze niet strijdig is met de (op het ogenblik van zijn beslissing toepasselijke) wet ⁷.

5. De houding van het Hof van Cassatie leidt tot onbillijke onderscheiden. Indien het Hof de bestreden beslissing om een andere reden vernietigt, zal het bij de (eventuele) verwijzingsbeslissing wél rekening houden met de wetwijziging en profiteert de beklaagde van de verzachting (of opheffing) van de strafwet ⁸. De strikt formalistisch-procedu-

rele zienswijze van het Hof lijkt ook moeilijk verzoenbaar met het schorsende karakter van het cassatieberoep in strafzaken en de vaststelling dat nieuwe omstandigheden (bv. het overlijden van de beklaagde) hun invloed op de strafvoordeeling blijven uitoefenen ⁹.

Nog belangrijker is echter dat het Hof van Cassatie zelf afwijkt van zijn formalistische standpunt. In een geval van regeling van rechtsgebied heeft het Hof – uitdrukkelijk verwijzend naar art. 2, tweede lid, Sw. – een vonnis van een correctionele rechter, waarin die zich terecht onbevoegd verklaard had om kennis te nemen van een niet correctionaliseerbare misdaad, vernietigd, omdat de feiten ten gevolge van een latere wetwijziging wél gecorrectionaliseerd konden worden ¹⁰. Het Hof vernietigt dus wel degelijk beslissingen die geen schending van de (op het ogenblik van de beslissing toepasselijke) wet inhouden ¹¹.

6. Een blik over de grenzen leert dat het Duitse *Revisionsgericht* ¹², de Nederlandse Hoge Raad ¹³ en het Franse Hof van Cassatie ¹⁴ beslissingen vernietigen wegens hun strijdigheid met een latere, mildere strafwet. In Frankrijk heeft de Conseil constitutionnel deze zienswijze in 1981 uitdrukkelijk bevestigd. De raad verklaarde de bepalingen van een mildere strafwet die haar terugwerkende kracht uitsloten ten aanzien van hangende cassatiegedingen, ongrondwettig, omdat ze indruisen tegen de regel dat de wet alleen maar straffen mag stellen die strikt en klaarblijkelijk noodzakelijk zijn (schending van art. 8 van de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ¹⁵.

⁵ In die zin uitdrukkelijk: HAUS, J.J., *o.c.*, 126-127; BELTIJNS, G., *o.c.*, 15-17; *Pand.B.*, v° «Peines (matières pénales)», nr. 189; NYPELS, J.-S.-G. en SERVAIS, J., *Le code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, Brussel, Bruylant, 1938, 35-37; le chevalier BRAAS, *Précis de droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1946, 73; COLLIN, F., *Strafrecht*, Brussel, Larcier, 1948, 71; SIMON, J., *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Bruylant, 1948, 84-87; TROUSSE, P.-E., in *Novelles*, v° *Droit pénal*, I-1, nr. 319; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *o.c.*, 151.

⁶ Cass., 2 mei 1932, *Pas.*, 1932, 145, noot P.L.; Cass., 25 november 1987, *A.C.*, 1987-88, 396 (bevestiging van een één maand vóór de opheffing van art. 387 Sw. uitgesproken veroordeling wegens overspel); zie ook de noot van W.G. onder Cass., 25 september 1969, *A.C.*, 1969-70, 94.

⁷ Wellicht om dezelfde reden wijst het Hof van Cassatie arresten waarin het vaststelt dat er geen reden meer is om uitspraak over de voorziening te doen en beslist dat het bestreden arrest «geen gevolg heeft». Het Hof volgde deze oplossing bij een cassatieberoep tegen een arrest waarin de beklaagde veroordeeld werd op grond van een ministerieel besluit dat tijdens de cassatieprocedure door de Raad van State nietig verklaard werd (Cass., 22 oktober 1973, *A.C.*, 1974, 214) en bij cassatievoorzieningen tegen een veroordeling wegens overspel, indien de echtscheiding nadien in de registers van de burgerlijke stand werd overgeschreven (verwijzingen bij DECLERCQ, R., *De cassatieprocedure in strafzaken*, Leuven, Wouters, 1988, 213, noot 3).

⁸ Zie noot 3 onder Cass., 17 mei 1926, *Pas.*, 1926, I, 377; RUBBRECHT, J. en DECLERCQ, R., «Het niet-terugwerken van strafwetten», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1950, (125), 146; TROUSSE, P.-E., *o.c.*, nr. 319. Vanzelfsprekend past – in voorkomend geval – de verwijzingsrechter de mildere wet toe.

Ook een snelle behandeling van zijn zaak of het ontbreken van (andere) cassatiemiddelen – waardoor de eindbeslissing in kracht van gewijsde treedt (verwerping van de voorziening of verstrijken

van de appeltermijn) vóór de wetwijziging – benadelen de beklaagde, maar dergelijke onbillijkheden kan alleen de wetgever verhelpen. Zie de (onduidelijke) oplossing voorgesteld in art. 25 van het voorontwerp van strafwetboek (LEGROS, R., *Voorontwerp van strafwetboek*, uitgave van het Belgisch Staatsblad, 1985, 14). Vgl. het nog minder bevredigende voorstel in het ontwerp van het nieuwe Franse strafwetboek (art. 112-4, al. 2), ROBERT, J.-H., *Droit pénal général*, Parijs, PUF, 1992, 175.

⁹ NYPELS, J.-S.-G. en SERVAIS, J., *o.c.*, 35; SCHUIND, G. en VANDEPLAS, A., *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Swinnen, losbl., 88.

¹⁰ Cass., 6 december 1937, *Pas.*, 1937, I, 368.

¹¹ Overigens wordt aanvaard dat de nieuwe wet het Hof van Cassatie ertoe kan verplichten rekening te houden met de verzachting (DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 133-134). Ook dan zal het hof een correct gewezen beslissing moeten vernietigen.

¹² JACOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, Walter de Gruyter, 1991, 100; RUDOLP, H.-J., HORN, E. en SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, Allgemeiner Teil* (§§ 1-79b), Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, losbl., § 2, Rn. 7.

¹³ KNIGGE, G., *Verandering van wetgeving. Beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr.*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 619-624, en de verwijzingen. Ook tegen deze rechtspraak werd ingebracht dat de (toenmalige) wetgeving enkel bij «verkeerde toepassing of schending der wet» in cassatie voorzag. De Hoge Raad meende echter dat het zijn taak is erover te waken dat in het geding, waarin hij de hoogste rechter is voor wat de door het cassatieberoep opgeworpen rechtsvragen betreft, de beslissing in overeenstemming met de wet is.

¹⁴ Zie de uitgebreide rechtspraak aangehaald door MERLE, R. en VITU, A., *o.c.*, 338, noot 3.

¹⁵ «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires», zie Conseil constitutionnel (Fr.), 19 en 20 januari 1981, *J.C.P.*, 1981, I, 19701.

7. De uitspraak van de Franse raad geeft aan hoe de hier verdedigde stelling strafrechtstheoretisch onderbouwd wordt. Het beginsel dat de wet geen onnodige straffen mag opleggen, ligt ten grondslag aan elk liberaal (straf)rechtstelsel. Het is een materieel rechtsstaatsbeginsel¹⁶, dat op dezelfde voet staat als het formele rechtsstaatsbeginsel «*nulum crimen, nulla poena sine lege*» (legaliteitsbeginsel).

Art. 2 Sw. drukt — niet erg helder geformuleerd — beide beginselen uit. Het eerste lid verwoordt het legaliteitsbeginsel, dat de retroactieve *strafbaarstelling* of *strafverzwaring* verbiedt¹⁷. De rechtsleer leest in dat lid echter — ten onrechte — een veel ruimer beginsel van de niet-retroactiviteit van de *strafwet* en beschouwt bijgevolg de terugwerkende kracht van de mildere strafwet (tweede lid) als een uitzondering op de in het eerste lid geformuleerde regel¹⁸. Noch uit de tekst van art. 2 Sw., noch uit de correcte interpretatie van het daarin opgenomen legaliteitsbeginsel, kan echter afgeleid worden dat het beginsel van de niet-retroactiviteit van de *wet* (art. 2 B.W.) ook in het strafrecht geldt¹⁹. Het legaliteitsbeginsel en het beginsel van de terugwerkende kracht van de mildere strafwet zijn geen regel en uitzondering, maar twee gelijkwaardige²⁰ toepassingen van het liberale strafrechtelijke principe dat een strafbepaling slechts gerechtvaardigd kan worden door haar maatschappelijke noodzakelijkheid²¹.

¹⁶ Vgl. de terminologie bij JACOBS, G., *o.c.*, 93.

¹⁷ Vgl. de juistere formulering in art. 7, lid 1, E.V.R.M. en art. 15, lid 1, eerste en tweede zin, BuPo.

¹⁸ BEKAERT, H., *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch strafrecht*, Antwerpen, Ontwikkeling, 1965, 86-87; le chevalier BRAAS, *o.c.*, 68-69; NYPELS, J.-S.-G. en SERVAIS, J., *o.c.*, 32; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *o.c.*, 150; VAN DEN WIINGAERT, C., *o.c.*, 82-85. Ook de Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek (*Beschouwingen van de commissie over het voorontwerp van strafwetboek*, uitgave van het Belgisch Staatsblad, 25-27) beschouwt de terugwerkende kracht van de mildere wet als een uitzondering op het beginsel van de niet-retroactiviteit van de strafwet.

¹⁹ Nochtan verwijst ook de noot van procureur-generaal Walter Ganshof van der Meersch (W.G.) onder Cass., 25 september 1969, gecit., zonder onderscheid naar precedenter uit het burgerlijk en uit het strafrecht. Het geannoteerde arrest (weigering een beslissing te vernietigen wegens schending van een latere regel van *gerechtelijk recht*) wordt verdedigd, omdat de vernietiging «tot gevolg (zou) hebben aan de wet terugwerkende kracht te geven, hoewel de nieuwe wetgeving dit juist niet heeft». De mildere strafwet onderscheidt zich echter precies van elke andere wetgeving, omdat ze principieel wél terugwerkende kracht heeft.

²⁰ De strafrechtstheorie levert zelfs even goede argumenten om de niet-retroactiviteit (van de strengere strafwet) als een door het legaliteitsbeginsel ingegeven uitzondering op het principe van de onmiddellijke toepasbaarheid van de recentere — en dus maatschappelijk nuttiger en wenselijker geachte — strafwet te beschouwen. Voor een beknopt overzicht van de theorievorming, zie bv. MERLE, R. en VITU, A., *Traité de droit criminel*, I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Parijs, Ed. Cujas, 1988, 328-331; zie ook de uitgebreide (Duitstalige) literatuurverwijzing bij JACOBS, G., *o.c.*, 90-91.

²¹ Zie HAUS, J.J., *o.c.*, 121-123; vgl. ook voor Frankrijk, JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, Parijs, Montchrestien, 1991, 148: «La rétroactivité *in mitius* n'est pas une exception au principe de la non-rétroactivité ni son prolongement mais un des aspects de la légalité criminelle et donc une manifestation de l'inspiration libérale qui anime le droit criminel.»

8. De terugwerkende kracht van de mildere strafwet is geen door billijkheidsoverwegingen ingegeven blijk van welwillendheid tegenover de beklaagde, maar een recht dat hij (ten minste) gedurende de volledige procestermijn — d.w.z. zolang de uitgesproken straf niet in kracht van gewijsde treedt²² — geniet. Deze zienswijze kan niet alleen logisch, rechtsvergelijkend en strafrechtstheoretisch gestaafd worden (*supra*), maar vindt ook uitdrukkelijk steun in het geldende recht. Zelfs indien art. 2 Sw. door zijn enge formulering nog enige ruimte voor twijfel zou laten, duldt art. 15, lid 1, derde zin, BuPo, dat deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde en rechtstreekse werking heeft, geen tegenpraak: «Indien, na het begaan van het straffbare feit de wet mocht voorzien in een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren²³.» De weigering van het Hof van Cassatie om de beklaagde te laten profiteren van een verzachting van de strafwet, indien de wetswijziging zich pas voordoet tijdens de cassatieprocedure, vormt een inbreuk op art. 2, tweede lid, Sw. en het door art. 15, lid 1, derde zin, BuPo gewaarborgde grondrecht.

9. Toegepast op het besproken geval, betekent dit dat de geneesheer wel degelijk kan profiteren van de nieuwe strafwet. Daar de regel van de terugwerkende kracht van de mildere strafwet (art. 2, tweede lid, Sw. en art. 15, lid 1, derde zin, BuPo) van openbare orde is, had het Hof van Cassatie het middel van ambtswege kunnen opwerpen. Het Hof had het arrest van het Hof van Beroep te Brussel kunnen vernietigen en de zaak verwijzen, opdat de nieuwe strafwet zou worden toegepast²⁴. De verwijzingsrechter moet de feiten toetsen aan de nieuwe strafbaarstelling. Vanzelfsprekend blijft een (even zware) veroordeling mogelijk, indien hij zou vaststellen dat de zwangerschapsafbrekingen niet plaatsvonden in de in art. 350 Sw. omschreven omstandigheden. Uit de in het arrest van het Hof van Beroep te Brussel beschreven feiten blijkt overigens dat deze mogelijkheid niet uitgesloten kan worden.

II. De uitlegging van artikel 2 E.V.R.M.

10. In een haast terloopse overweging sluit het Hof van Cassatie zich aan bij de zienswijze van het hof van beroep, dat artikel 2 E.V.R.M.²⁵ ook de bescherming van het leven van het kind vóór zijn geboorte inhoudt. Als argument voor deze stelling wordt de «wordingsgeschiedenis» van die verdragsbepaling aangehaald. Volgens het Brusselse Hof van

²² Vgl. de houding van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bij de beoordeling van de redelijke duur van een strafproces. De strafrechtspleging eindigt met de afwikkeling van de volledige procedure, met inbegrip van alle rechtsmiddelen (Hof E.H.R.M., 15 juli 1982, *Eckle v. Duitse Bondsrepubliek*, *Publ. Cour Eur. D.H.*, Série A, nr. 51.K).

²³ Net zomin als art. 2, tweede lid, Sw. mag deze bepaling té letterlijk geïnterpreteerd worden. Ook hier wordt bedoeld dat elke wijziging in voor de beklaagde gunstige zin terugwerkende kracht heeft.

²⁴ Indien de strafwet opgeheven is, kan het Hof zonder verwijzing vernietigen (of beslissen dat de bestreden uitspraak geen gevolg heeft, cf. *supra*). Vgl. de door het Franse Hof van Cassatie gemaakte onderscheiden: JEANDIDIER, W., *o.c.*, 152.

²⁵ «Het recht van een ieder op het leven wordt beschermd door de wet» (art. 2, lid 1, eerste zin, E.V.R.M.).

Beroep moet het begrip «een ieder» in art. 2 E.V.R.M. in het licht van de Verklaring van de rechten van het kind van 20 november 1959 geïnterpreteerd worden. Het E.V.R.M. beoogt immers de daadwerkelijke erkenning en toepassing te verzekeren van de rechten die zijn neergelegd in de Universele Verklaring van de rechten van de mens (10 december 1948)²⁶ en de Verklaring van de rechten van het kind vormt op haar beurt een verlengstuk van die Universele Verklaring. Volgens de appelrechters bewijst de verklaring van 1959 dat (niet alleen de zwangere vrouw, maar ook) de vrucht, vanaf het ogenblik van de innesteling in de baarmoeder, deel uitmaakt van de mensheid en daarom de bescherming geniet die voortvloeit uit de Universele Verklaring van de rechten van de mens (en bijgevolg ook de bescherming van het E.V.R.M.)²⁷. Het Brusselse Hof van Beroep bedoelt blijkbaar dat de Verklaring van de rechten van het kind *post factum* bewijst dat (ook reeds bij de redactie van het E.V.R.M. in 1950) in het in art. 3 van de Universele Verklaring gewaarborgde recht op leven ook de bescherming van het ongeboren leven gelezen moest worden. De opstellers van het E.V.R.M. hebben die bescherming stilzwijgend overgenomen in artikel 2.

11. Die redenering is betwistbaar en niet alleen omdat het hof een tekst uit 1959 (Verklaring van de rechten van het kind) gebruikt om de betekenis van een in 1950 opgestelde verdragsbepaling (art. 2 E.V.R.M.) te achterhalen.

12. In de eerste plaats druist een beslissend beroep op de wordingsgeschiedenis van een bepaling om de betekenis ervan te achterhalen, in tegen de regels voor de uitlegging van verdragen.

In het Verdrag inzake verdragenrecht²⁸ krijgen de voorbereidende werkzaamheden slechts een beperkte aanvullende rol als interpretatiemiddel. De hoofdregel luidt dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag (art. 31.1). Op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten, kan slechts een beroep worden gedaan om de betekenis die uit de toepassing van de hoofdregel voortvloeit, te bevestigen, of om de betekenis te bepalen, indien de uitlegging volgens de hoofdregel de betekenis dubbelzinnig of duister laat of tot een duidelijk ongerijmd of onredelijk resultaat leidt (art. 32). Alleen al om die reden dient de verwijzing naar de wordingsgeschiedenis van art. 2 E.V.R.M. als doorslaggevend argument voor de stelling dat die verdragsbepaling het ongeboren leven beschermt, afgewezen te worden.

²⁶ Deze overweging van het hof van beroep berust op een onnauwkeurige lezing van de preambule van het E.V.R.M. In de derde paragraaf staat dat de *Universele Verklaring* «ten doel heeft de algemene en daadwerkelijke erkenning en toepassing van de Rechten welke daarin zijn nedergelegd te verzekeren». Met het E.V.R.M. willen de regeringen van de verdragsluitende staten «de eerste stappen doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde Rechten» (zesde paragraaf).

²⁷ Brussel, 7 december 1988, onuitg., nr. 1630, p. 34; vgl. Gent, 14 november 1988, *VI.T.Gez.*, 1988-89, (245), 252.

²⁸ Verdrag van Wenen van 23 mei 1969 inzake het verdragenrecht. België heeft het verdrag niet geratificeerd, maar vermits het algemene beginselen van volkenrecht formuleert, moet de Belgische rechter er toch rekening mee houden.

13. Bovendien kan uit de ontstaansgeschiedenis van art. 2 E.V.R.M. niet afgeleid worden dat de opstellers van de verdragsbepaling ook het ongeboren leven wilden beschermen. Bij de voorbereiding van de tekst van art. 2 kwam dit vraagstuk blijkbaar op geen enkel ogenblik ter sprake²⁹.

De vraag kwam wel aan bod bij de voorbereiding van art. 3 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens³⁰. Voorstellen om het recht op leven vanaf het ogenblik van de verwekking te waarborgen of om ongeboren kinderen uitdrukkelijk als houder van het recht op leven te vermelden, werden verworpen³¹. Een vertegenwoordigster van de Commissie voor de toestand van de vrouw merkte daarbij op dat deze voorstellen niet verzoenbaar waren met bestaande wetgevingen die in een aantal gevallen een recht op abortus erkenden³²⁻³³. Het debat herleefde bij de voorbereiding van de tekst van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BuPo), dat een nadere uitwerking van de Universele Verklaring vormt. Een aantal landen, waaronder België, diende een amendement in dat het in art. 6 gewaarborgde recht op leven³⁴ wilde beschermen «vanaf het ogenblik van de verwekking». Ook dit voorstel werd verworpen³⁵.

²⁹ RAMCHARAN, B.G., «The Drafting History of Article 2 of the European Convention on Human Rights», in *The Right to Life in International Law*, RAMACHARAN, B.G. (red.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, 57-61.

³⁰ «Elk individu heeft recht op het leven, de vrijheid en de veiligheid van zijn persoon.»

³¹ De woordkeuze in art. 3 («individu»; in de verworpen alternatieven was dit begrip vervangen door «homme» en «être humain») en de openingszin van art. 1 («Alle menselijke wezens worden vrij en gelijk in waardigheid en in rechten geboren.») kunnen evenmin de stelling dat de Universele Verklaring het ongeboren leven beschermt, hard maken.

³² VERDOODT, A., *Naissance et signification de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme*, Leuven, Nauwelaerts, s.d., 97-98.

³³ Met dezelfde argumenten — de schrapping van een veel explicietere ontwerp-bepaling en de vaststelling dat bij de aanneming van de verklaring in 1948 verschillende Amerikaanse staten zwangerschapsafbreking onder bepaalde voorwaarden toelieten — wees de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens de interpretatie van de hand, dat het in art. 1 van de Amerikaanse verklaring van de rechten en de plichten van de mens («Every human being has the right to life, liberty, and the security of his person») gewaarborgde recht op leven zou bestaan vanaf het ogenblik van de verwekking. Resolutie nr. 23/81, zaak 2141 (United States of America), 6 maart 1981 (de zgn. «Baby Boy»-zaak), *H.R.L.J.*, 1981, 110.

³⁴ «Een ieder bezit een inherent recht op het leven. Dit recht wordt door de wet beschermd. Niemand mag naar willekeur van zijn leven worden beroofd» (art. 6, lid 1, BuPo).

³⁵ Tegenstanders van het voorstel wezen erop dat de staat onmogelijk het ogenblik van de verwekking kan bepalen, om, vanaf dat ogenblik, in te staan voor de bescherming van het leven. Bovendien bracht het voorstel vragen met zich mee over de rechten en plichten van de beoefenaars van medische beroepen. De relevante wetgeving berust in verschillende landen op uiteenlopende principes, zodat een bepaling hierover in een internationaal instrument ongepast leek (BOSSUYT, M., *Guide to the «travaux préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, 120-121; RAMCHARAN, B.G., «The Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights», in *The Right to Life in International Law* (aangehaald), 42-56).

De totstandkoming van die teksten bewijst *niet* dat het ongeboren kind de bescherming van het recht op leven wordt ontzegd ³⁶. Ze toont wel aan dat in de wordingsgeschiedenis van art. 2 E.V.R.M. (en verwante bepalingen) geen steun gevonden kan worden voor de stelling dat deze bepaling ook de bescherming van het leven van het kind vóór zijn geboorte inhoudt.

14. In het licht van die (door het hof van beroep verzweegen) geschiedenis, lijkt de verwijzing naar de Verklaring van de rechten van het kind, afgekondigd door de algemene vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1959, een geforceerde poging om een persoonlijke overtuiging te onderbouwen. In deze verklaring is het recht op leven overigens niet opgenomen ³⁷. In het vierde beginsel worden weliswaar «prenatale zorgen» vermeld, maar dit beginsel waarborgt het kind de voordelen van de sociale zekerheid en de mogelijkheid op te groeien en zich te ontwikkelen in goede gezondheid. Met dat doel moeten hem én zijn moeder bijzondere zorg en bescherming worden verleend, met inbegrip van doeltreffende pre- en postnatale zorgen. Terecht ligt de klemtoon op de opgave van de overheid om de (aanstaande) moeder te beschermen en niet op het vertoog van de *pro-life*-beweging, waarin de zwangere vrouw en de vrucht als twee verschillende persoonlijkheden en potentiële tegenstanders worden bestempeld ³⁸.

15. Zoals bekend, heeft de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens ³⁹ de vraag of art. 2 E.V.R.M. het ongeboren leven beschermt, steeds ontweken.

In een zeldzame (gepubliceerde) inhoudelijke uitspraak over de verenigbaarheid van (de legalisering van) de zwangerschapsafbreking met artikel 2 ⁴⁰, overweegt de commissie dat het algemene gebruik van de term «een ieder» in het ver-

drag, dat in bijna alle bepalingen uitsluitend op geboren mensen toegepast kan worden, en – meer in het bijzonder – de context waarin de term voorkomt in art. 2, dat enkel beperkingen regelt die uit hun aard slechts betrekking hebben op het geboren leven, de zienswijze lijken te bevestigen dat deze term de ongeboren vrucht niet behelst.

Vreemd genoeg onderzoekt de commissie vervolgens of onder het woord «leven» in dezelfde bepaling ook het «ongeboren leven» van de foetus begrepen moet worden. Als de commissie aanneemt dat alleen geboren mensen houder kunnen zijn van het in art. 2 gewaarborgde recht, is het zinloos – en verwarring stichtend – na te gaan of dit (aan geboren mensen toekomende) recht ook de bescherming van ongeboren leven omvat: de invulling van het begrip «leven» kan niet losgekoppeld worden van de afbakening van het begrip «een ieder»; de bepaling moet *in haar geheel* geïnterpreteerd worden ⁴¹.

De commissie sluit de hypothese uit dat art. 2 de ongeboren vrucht een absoluut recht op leven toekent; ze laat in het midden of dit betekent dat de vrucht een impliciet beperkt recht op leven toekomt, dan wel dat ze volledig buiten het beschermingsgebied van art. 2 valt ⁴²⁻⁴³.

16. De vraag naar de toepasselijkheid van art. 2 E.V.R.M. op de ongeboren vrucht is in verschillende lidstaten van de Raad van Europa aan de hoogste nationale rechtscolleges voorgelegd. In Oostenrijk kwam het Verfassungsgerichtshof op basis van de lectuur van het volledige artikel tot het besluit dat de bescherming van art. 2 E.V.R.M. zich niet tot het ongeboren leven uitstrekt ⁴⁴. In Frankrijk daarentegen wordt in een arrest van de Conseil d'Etat de impliciete erkenning gelezen dat art. 2 van toepassing is op de ongeboren vrucht, maar dat het recht op leven slechts een relatief karakter heeft ⁴⁵.

³⁶ Zie nochtans in die zin LEENEN, H.J.J., *Handboek gezondheid-recht. Rechten van de mens in de gezondheidszorg*, Alphen a/d Rijn, Samsom, 1988, 126-127; VAN LIL, M., «Abortus: noodtoestand en de individuele rechten van embryo en foetus» (noot onder Gent, 14 november 1988), *VI.T.Gez.*, 1988-89, 256; DINSTEIN, V., «The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty», in *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, HENKIN, L. (red.), New York, Columbia University Press, 1981, 122.

³⁷ In het recentere Verdrag inzake de rechten van het kind (verdrag van 20 november 1989, goedgekeurd bij wet van 25 november 1991, *B.S.*, 17 januari 1992) wordt wel erkend dat ieder kind het inherente recht op leven heeft (art. 6, eerste lid). Uit niets blijkt echter dat dit recht ook aan de ongeboren vrucht toekomt; de omschrijving van een kind als «ieder mens jonger dan achttien jaar» (art. 1) maakt overigens duidelijk dat het verdrag alleen van toepassing is op geboren kinderen.

³⁸ Voor een (genuanceerde) vertolking van het «pro-life»-standpunt, zie PEUKERT, W., «Human rights in international law and the protection of unborn human beings», in *Protecting Human Rights. The European Dimension*, MATSCHER, F. en PETZOLD, H. (red.), Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1988, 511-519. Voor een felle kritiek: HOLTRUST, N. en DE HONDT, I., «Het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw», *Ars Aequi*, 1992, 576-584.

³⁹ In een recent arrest heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens evenmin de gelegenheid aangegrepen om zich over deze vraag uit te spreken. E.H.R.M., 29 oktober 1992, Open Door en Dublin Well Woman v. Ierland, *Publ. Cour Eur. D.H.*, Série A, nr. 246, § 65-66; zie ook de *separate opinion* bij dit arrest van rechter Jan De Meyer.

⁴⁰ Verzoekschrift nr. 8416/79 (X. v. V.K.), ontvankelijkheidsbeslissing van 13 mei 1980, *D. & R.*, 1980, nr. 19, 244.

⁴¹ Ook de commissie zelf belijdt formeel dat «particular regard must be had to the context of the Article as a whole» (§ 16), maar ontleedt niettemin de bepaling in twee afzonderlijke schijfjes («een ieder» als gerechtigde; «leven» als inhoud van het beschermde recht).

⁴² Zie o.a. DE BLOIS, M., «Abortus en artikel 2 van de Europese Conventie voor de rechten van de mens», *Nederlands Juristenblad*, 1981, 141-150, wiens kritiek op de argumentatie van de commissie ik deel, zonder het eens te zijn met zijn uitgangspunten en conclusies.

⁴³ Volgens de commissie vloeit uit art. 2 alvast *niet* voort dat alleen de bescherming van het leven van de moeder een zwangerschapsafbreking zou kunnen rechtvaardigen: «If one assumes that (Article 2) applies at the initial stage of the pregnancy, the abortion is covered by an implied limitation, protecting the life and health of the woman at that stage, of the 'right to life' of the foetus» (§ 23, cursivering toegevoegd).

⁴⁴ Verfassungsgerichtshof (Oos.), 11 oktober 1974, *EuGRZ*, 1975, 74. Het Spaanse Tribunal Constitucional (arrest van 27 juni 1984, aangehaald in C.M., F.D. en Y.A., «Le Conseil d'Etat, le droit à la vie et le contrôle de la conventionnalité», *A.J.D.A.*, 1991, (91), 93) deelde deze zienswijze. Het Noorse Hooggerechtshof stelde in 1983 laconiek vast dat art. 2 E.V.R.M. niet in alle verdragsstaten op dezelfde manier werd uitgelegd en in elk geval een ruime beoordelingsmarge liet aan de nationale wetgevers (*ibid.*).

⁴⁵ Conseil d'Etat (Fr.), 21 december 1990, *A.J.D.A.*, 1991, 158-159, en de bespreking van het arrest door de auditeurs C.M., F.D. en Y.A., *l.c.*, 94-95. Toch lijkt een andere lezing van het arrest ook mogelijk. De raad beperkt zich immers tot de overweging dat de

In België heeft het Arbitragehof, bij de beoordeling van (een aantal bepalingen van) de nieuwe abortuswetgeving in het licht van het discriminatieverbod van art. 6bis Gw., erop gewezen dat uit bepalingen van het internationale verdragsrecht (waaronder art. 2 E.V.R.M.) niet kan worden afgeleid dat de instemming die de Belgische Staat ermee heeft betuigd, de grondwettelijke waarborg van identieke rechten voor levende personen en ongeboren kinderen inhoudt, ook al houden sommige bepalingen voor de verdragsluitende staten de verplichting in om maatregelen te nemen, waardoor een zwangerschap in optimale omstandigheden normaal tot een einde kan worden gebracht en al bestaan er wetsbepalingen die de belangen en de gezondheid van het ongeboren kind beschermen vanaf zijn verwekking⁴⁶.

17. Ten slotte mag ook een recente uitspraak van het Bundesverfassungsgericht over de grondwettigheid van de Duitse abortuswetgeving niet onvermeld blijven⁴⁷. Het hof herhaalt zijn bekende standpunt⁴⁸ dat het ongeboren leven vanaf het begin van de zwangerschap principieel beschermd moet worden, zodat de wetgever een zwangerschapsafbreking – zelfs indien die tijdens de eerste twaalf weken wordt uitgevoerd – nooit als «niet wederrechtelijk» mag beschouwen⁴⁹.

In 1975 baseerde het hof zijn uitspraak op het in art. 2 (2), eerste zin, Grundgesetz geformuleerde recht op le-

ven⁵⁰. De ruime uitlegging van dit recht werd afgeleid uit de tekst van de grondwetsbepaling en gemotiveerd door een verwijzing naar de ontstaansgeschiedenis ervan⁵¹. In 1993 verlaat het hof echter die benaderingswijze; het gaat niet langer uit van het recht op leven, maar van art. 1 (1), dat de staat verplicht de menselijke waardigheid te eerbiedigen en te beschermen⁵²⁻⁵³. Hoewel geen van beide arresten een uitspraak over art. 2 E.V.R.M. inhoudt, is de accentverschuiving veelbetekenend.

18. Ook in het licht van de (minstens) terughoudende rechtspraak over het recht op leven, verbaast de laconieke overweging van het Hof van Cassatie dat art. 2 E.V.R.M. de bescherming van het leven van het kind vóór zijn geboorte behelst. Ze doet dat des te meer, omdat ze wellicht niet eens noodzakelijk was. De kern van de veroordeling door het hof van beroep ligt in de overweging dat «alleen als rechtvaardigingsgrond voor vrijwillige abortus kan worden aanvaard: de noodtoestand die volgt uit een *objectief* gegeven, namelijk de absolute noodzakelijkheid van een abortus om het beschermde belang, het recht op leven van de moeder (...) te redden». In *casu* luidde de belangrijkste interpretatievraag dan ook *niet* wie de houders van het recht op leven zijn (de aangevoerde rechtvaardigingsgrond is het recht op leven van de zwangere vrouw), maar wel of dit recht uitgebreid kan worden tot een recht op een menswaardig leven. Het negatieve antwoord van het Hof van Cassatie op die vraag had volstaan.

Mark WOUTERS
Assistent UIA

Franse abortuswetgeving, rekening houdend met de door de wetgever gestelde voorwaarden (de wet waarborgt «le respect de tout être humain dès le commencement de la vie», een principe waaraan slechts geraakt mag worden «en cas de nécessité et selon les conditions et limites définies par la (...) loi», art. 1, wet 17 januari 1975), niet onverenigbaar is met art. 2 E.V.R.M. De impliciete redenering van de raad zou – net zoals bij de Europese commissie (*supra*) – kunnen luiden, dat, *indien* art. 2 ook het ongeboren leven beschermt, het toegekende recht op leven zeker geen absoluut karakter heeft en de door de Franse wet toegelaten zwangerschapsafbrekingen verzoenbaar zijn met de impliciete beperkingen van dit recht.

⁴⁶ Arbitragehof, 19 december 1991, *B.S.*, 24 januari 1992, 6.B.3.

⁴⁷ Bundesverfassungsgericht (D.), 28 mei 1993, *EuGRZ*, 1993, 229.

⁴⁸ Cf. Bundesverfassungsgericht, 25 februari 1975, *EuGRZ*, 1975, 126.

⁴⁹ De principiële wederrechtelijkheid belet de wetgever niet bijzondere omstandigheden (*Indikationen*) als rechtvaardigingsgrond te aanvaarden. Bovendien kan hij ook daarbuiten, voor het beginstadium van de zwangerschap, afzien van strafdreiging voor zwangerschapsafbrekingen die uitgevoerd worden na een op de bescherming van het ongeboren leven geörienteerde procedure van voorlichting en aanmoediging (*Beratungsregelung*).

⁵⁰ «Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.»

⁵¹ BVerfG, 25 februari 1975, *l.c.*, 138-139; bijkomend verwijst het Hof naar art. 1 (1) GG (*ibid.*).

⁵² Art. 1 (1): «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.»

⁵³ BVerfG, 28 mei 1993, *l.c.*, 242-243; over art. 2 (2) zegt het Hof enkel dat deze bepaling het voorwerp en de maat van de menselijke waardigheid nader bepaalt (*ibid.*).

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 22 DECEMBER 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. D'Haenens

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Tytgat, Meyns en Decroo-Desguin

1. Bewijs – In strafzaken – Geneesheer – Beroepsgeheim – Vertrouwelijke bescheiden – Ziekenfonds – Inbeslagneming – 2. Vruchtafdrijving – Moreel bestanddeel – 3. Rechten van de mens – Art. 2, lid 1, E.V.R.M.

1. Wanneer een geneesheer ervan verdacht wordt een misdrijf te hebben gepleegd in de uitoefening van zijn beroep en dienaangaande een strafvervolgning is ingesteld, verliezen de bescheiden en documenten die als bewijsmiddel van dat misdrijf in aanmerking kunnen komen, het vertrouwelijk karakter dat zij eventueel bezitten.

Dat geldt niet alleen voor de bescheiden en documenten die in het bezit zijn van de verdachte geneesheer zelf, maar ook voor die welke op regelmatige in het bezit zijn van derden, met name van ziekenfondsen.

Niet vereist is dat de geneesheer dan reeds formeel in verdenking is gesteld of dat hij persoonlijk kennis heeft van de ingestelde vervolging.

2. Het moreel bestanddeel van vruchtafdrijving bestaat niet in enig bijzonder opzet, maar in het algemeen opzet.

3. Art. 2 E.V.R.M. includeert ook de bescherming van het leven van het kind vóór zijn geboorte.

D.

Gelet op de (...) bestreden arresten, op 26 april 1988 en 7 december 1988 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Gelet op het arrest van de tweede Franse kamer van het Hof van 11 december 1991;

...

Over het derde middel:

Overwegende dat, wanneer een geneesheer ervan verdacht wordt een misdrijf te hebben gepleegd in de uitoefening van zijn beroep en dienaangaande strafvervolgingen zijn ingesteld, de bescheiden en documenten die als bewijsmiddel van dat misdrijf in aanmerking kunnen komen het vertrouwelijk karakter dat zij eventueel zouden kunnen bezitten, verliezen; dat zulks geldt, niet enkel voor de bescheiden en documenten die in het bezit zijn van de verdachte geneesheer zelf, maar ook van die welke op regelmatige wijze in het bezit zijn van derden;

Overwegende dat in een en ander geval niet is vereist dat de geneesheer die van het misdrijf is verdacht reeds formeel in verdenking zou zijn gesteld of dat hij persoonlijk kennis moet hebben van de ingestelde vervolging; dat evenmin vereist is dat hij reeds bij name bekend is;

Overwegende dat het arrest constateert dat te dezen het ging – ook wat de bescheiden en documenten betreft die

door de ziekenfondsen aan de gerechtelijke politie werden overhandigd – om het verzamelen van bewijselementen betreffende diverse gevallen van abortus waartoe in een geneeskundig centrum was overgegaan en vanaf het begin van het strafonderzoek moest worden aangenomen dat die ingrepen door een geneesheer waren verricht, en vervolgens releveert dat van «een geïndividualiseerde strafvervolgning mag worden gesproken zodra, in de loop van een strafonderzoek, ten aanzien van een bepaalde, niet noodzakelijk met name maar toch reeds voldoende geïdentificeerde persoon, zulke verdenkingen geuit worden of zulke maatregelen genomen worden dat men, redelijkerwijze, aanvaarden kan dat dit bij voldoende bezwaren, tot vervolging leiden zal»;

Overwegende ten slotte dat het arrest er nog op wijst – zonder op dit punt te worden bekritiseerd – dat de bescheiden en documenten die in het raam van die strafvervolgingen vrijwillig aan de gerechtelijke politie werden overhandigd door de ziekenfondsen, door deze laatste op regelmatige wijze waren verkregen;

Overwegende dat de appelrechters met die redengeving – en ongeacht de vraag of bescheiden en documenten die in het bezit zijn van ziekenfondsen, door het beroepsgeheim beschermd zijn – wettig beslissen dat de overhandiging ervan aan de gerechtelijke politie geen schending van het beroepsgeheim oplevert;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

Over het vijfde middel:

Overwegende dat eiser onder verwijzing naar de voorbereidende teksten van het Strafwetboek betoogde dat voor het bestaan van vruchtafdrijving als moreel element wordt vereist het aanwezig zijn van bijzonder opzet;

Overwegende dat de appelrechters oordelen dat die opvatting «nog steeds onverenigbaar is met de thans bestaande en nog steeds vigerende wetgeving in dezen»; dat zij aldus beslissen dat het moreel bestanddeel van vruchtafdrijving bestaat, niet in bijzonder opzet, doch in algemeen opzet;

Dat zij door aldus eisers verweer te verwerpen zijn conclusie beantwoorden en hun beslissing naar recht verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het zesde middel:

Wat het eerste en het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, enerzijds, artikel 2, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bepaalt dat het recht van een ieder op het leven wordt beschermd en dat niemand opzettelijk van het leven mag worden beroofd, tenzij bij wege van een vonnis, dat is uitgesproken door een rechtbank, wegens een misdrijf waarop de wet de doodstraf heeft gesteld; dat, anderzijds, artikel 2, lid 2, van hetzelfde verdrag de gevallen opsomt waarin de beroving van het leven wordt geacht niet in strijd te zijn met de verdragsbepaling;

Overwegende dat hieruit volgt dat, zoals de appelrechters oordelen, met het recht op leven, zoals bepaald in artikel

2 van het verdrag, enkel het recht op fysiek leven in de gebruikelijke betekenis van het woord is bedoeld en niet wat men volgens eigen subjectieve opvatting zou kunnen achten een al of niet menswaardig leven te zijn;

Overwegende dat artikel 2 van het verdrag ook de bescherming van het leven van het kind voor zijn geboorte includeert, zoals de appelrechters het beslissen met verwijzing naar de wordingsgeschiedenis van die verdragsbepaling;

Overwegende dat de appelrechters, enerzijds, door te beslissen zoals in beide onderdelen is vermeld, de artikelen 2 en 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet schenden, anderzijds, door in antwoord op de in deze zaak door eiser genomen conclusie die motieven te formuleren, geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking;

...

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen;

...

NOOT – Zie supra, 458 e.v. in dit nummer het artikel van Mark Wouters, «Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus».

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 5 APRIL 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Gérard en De Bruyn

Arbeidsovereenkomst – Bedienden – Proeftijd – Duur – Loon – Jaarloon – Begrip – Verkregen voordelen – Begrip – Dertiende maand – Verbintenis – Opschortende voorwaarde – Gevolg

Het jaarlijks loon, in de zin van art. 67, § 2, eerste lid, W.A.O., omvat, benevens de bezoldiging, alle voordelen die krachtens de arbeidsovereenkomst zijn verkregen en waarvan het recht bestaat op het tijdstip waarop de proeftijd in de arbeidsovereenkomst wordt bepaald. Daar een recht onder opschortende voorwaarde bestaat hangende de voorwaarde, behoren daartoe alle verkregen voordelen waarvan de opschortende voorwaarde wordt vastgesteld op het tijdstip waarop de proeftijd in de arbeidsovereenkomst wordt bepaald.

S. t/ N.V. E.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 november 1991 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het middel: schending van artikel 67, inzonderheid 67, § 2, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, doordat het arrest beslist dat in de zin van artikel 67, § 2, van de wet van 3 juli 1978 «het loon niet alleen de bezoldigingen omvat, maar ook de voordelen die krachtens de overeenkomst zijn verkregen» en vaststelt dat te dezen

«krachtens de collectieve arbeidsovereenkomsten van 19 maart 1979 (K.B. 22 november 1979) en van 18 december 1980 (K.B. 3 april 1981), gesloten in het Aanvullend Nationaal paritair Comité voor de bedienden (Paritair Comité 218) een dertiende maand moest worden betaald, vanaf het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst voor bedienden zes maanden heeft geduurd» en dat eiseres «vanaf 22 februari 1989 (de overeenkomst dagtekende van 22 augustus 1988) de zekerheid had dat haar een dertiende maand zou worden betaald», waarna het beslist dat «eiseres op de dag van haar indiensttreding dus een virtueel recht had op dat geldelijk voordeel», op grond dat de «betaling ervan niet afhangt van een latere beslissing van de werkgever», en vervolgens dat «rekening moet worden gehouden met de dertiende maand, om te oordelen of het beding van proeftijd geldig was», dat «de jaarlijkse basiswedde op 22 augustus 1988 dus 831.000 frank bedroeg, dit is meer dan 821.000 frank, waarmee rekening is gehouden om uit te maken of het beding van proeftijd van twaalf maanden geldig was», en het beroepen vonnis wijzigt door aan eiseres haar vordering tot betaling van een compensatoire opzeggingsvergoeding te ontzeggen en ze in de kosten te verwijzen,

...

Overwegende dat het middel aanvoert dat, als in een collectieve arbeidsovereenkomst voor de toekenning en de betaling van de dertiende maand zes maanden anciënniteit wordt vereist en dat, zoals uit de vaststellingen van het arrest blijkt, de werknemer pas na 31 december van het jaar tijdens hetwelk de proeftijd is aangevangen, de zekerheid heeft dat hem de dertiende maand wordt betaald, het virtueel recht op het geldelijk voordeel van de dertiende maand niet bestaat op het ogenblik van de indiensttreding;

Overwegende dat artikel 67, § 2, eerste lid, tweede volzin, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, zoals het te dezen toepasselijk is, bepaalt dat de proeftijd niet meer mag belopen dan respectievelijk zes of twaalf maanden, naargelang het jaarlijks loon niet hoger of hoger is dan 821.000 frank;

Overwegende dat, in de zin van die bepaling, het loon niet alleen de bezoldigingen omvat, maar ook alle voordelen die krachtens de arbeidsovereenkomst zijn verkregen; dat het recht op die voordelen moet bestaan op het tijdstip waarop de proeftijd in de arbeidsovereenkomst wordt bepaald;

Overwegende dat een recht onder opschortende voorwaarde bestaat hangende de voorwaarde, ook al is de uitvoering van de verbintenis geschorst;

Overwegende dat het loon dat in aanmerking komt voor de vaststelling van de maximale proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bedienden, dus alle krachtens de arbeidsovereenkomst verkregen voordelen omvat waarvan de opschortende voorwaarde wordt vastgesteld op het tijdstip waarop de proeftijd in die overeenkomst is bepaald;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 5 APRIL 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Tournicourt en De Bruyn

Inkomstenbelastingen — Aanslagprocedure — Bezwaar — Beslissing van de directeur — Rechtsmacht

De directeur der belastingen gaat zijn rechtsmacht niet te buiten en werpt geen rechtspunt op zonder enig verband met het door de belastingschuldige aangevoerde bezwaar, wanneer hij de aanslag handhaaft om andere redenen dan die van de taxatieambtenaar en zich daarbij baseert op feitelijke gegevens waarmee die ambtenaar rekening heeft gehouden.

H. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 5 mei 1992 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het eerste middel: Wat het eerste en tweede onderdeel, samen, betreft:

Overwegende dat het middel betoogt dat de directeur der belastingen, door de ten name van eiseres belaste inkomsten anders te kwalificeren dan de taxatieambtenaar had gedaan, de grenzen van het bij hem aanhangige geschil te buiten is gegaan en een rechtspunt heeft opgeworpen zonder enig verband met wat eiseres in haar bezwaarschrift aanvoert;

Overwegende dat het arrest vaststelt «dat (eiseres) bij de verkoop van een onroerend goed als bijzonder lasthebber is opgetreden; dat zij zodoende 2.150.000 frank als commissieloon heeft ontvangen; dat de taxatieambtenaar in zijn bericht van wijziging van 17 mei 1988 heeft gezegd dat volgens hem dit bedrag een honorarium was en (eiseres) heeft belast op dit bedrag verminderd met de in artikel 51 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalde forfaitaire bedrijfslasten; dat (eiseres) tegen die aanslag bezwaar heeft ingediend, op grond dat het bedrag van 2.150.000 frank geen bedrijfsinkomen kon zijn, als bedoeld in artikel 20 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen; dat (eiseres) immers gepensioneerd is en geen bedrijfs- en winstgevendende activiteit meer uitoefent; dat de gewestelijk directeur die stelling in zijn aangevochten beslissing heeft aangenomen, maar de inning van 2.150.000 frank als diverse inkomsten, in de zin van artikel 67, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen heeft bestempeld; dat hij voor een bedrag, gelijk aan het verschil tussen de litigieuze aanslag en dat van de aanslag inzake diverse inkomsten, dus een gedeeltelijke ontheffing heeft verleend»;

Overwegende dat het te dezen toepasselijke artikel 276, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar uitspraak doet bij met redenen omklede beslissing nopens de door de belastingschuldige aangevoerde bezwaren;

Overwegende dat de directeur der belastingen zijn rechtsmacht niet te buiten gaat en geen rechtspunt opwerpt zonder enig verband met het door de belastingschuldige aan-

gevoerde bezwaar, wanneer hij de aanslag handhaaft om andere redenen dan die van de taxatieambtenaar, nu hij zich baseert op feitelijke gegevens waarmee deze rekening had gehouden;

Dat het arrest dat oordeelt dat de directeur der belastingen, die het door eiseres ontvangen bedrag als diverse inkomsten kwalificeert, uitspraak heeft gedaan over een feitelijk gegeven waarmee de taxatieambtenaar rekening had gehouden en geen rechtspunt heeft opgeworpen zonder enig verband met het door eiseres aangevoerde bezwaar, de in het middel aangewezen wetsbepaling niet schendt;

...

NOOT — Zie Cass., 3 mei 1991, *R.W.*, 1991-92, 622.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 MEI 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. Bützler

Gewaarborgd inkomen — Bestaansminimum — Bestaansmiddelen — Invloed — Werkloosheidsuitkering — Beslag — Gevolg

Ingevolge het bepaalde in art. 5 Bestaansminimumwet moeten als in mindering te brengen bestaansmiddelen worden aangemerkt werkloosheidsuitkeringen waarop beslag is gelegd wegens niet-nakoming van verplichtingen tot levensonderhoud.

O.C.M.W. Kortrijk t/ C.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 mei 1992 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge gewezen;

Over het middel: schending van artikelen 1, § 1, eerste lid, en 5, §§ 1 en 2 (gewijzigd bij de wet van 5 januari 1976 en het koninklijk besluit van 19 november 1988), van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum, en 12 van het koninklijk besluit van 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum (gewijzigd bij koninklijke besluiten van 8 juli 1988 en 14 augustus 1989),

doordat het arbeidshof, na te hebben vastgesteld dat de betwisting betrekking had op «de bij de berekening der bestaansmiddelen met het oog op de toekenning van het bestaansminimum, al dan niet mede in te calculeren werkloosheidsuitkeringen waarop beslag is gelegd tot gedwongen uitvoering van onderhoudsverplichtingen», oordeelt dat verweerder niet over voldoende bestaansmiddelen beschikte en derhalve gerechtigd was op het bestaansminimum, (...)

Overwegende dat, naar luid van artikel 5, § 1, van de Bestaansminimumwet van 7 augustus 1974, voor het berekenen van de bestaansmiddelen «alle bestaansmiddelen in aanmerking komen van welke aard en oorsprong ook, waarover de belanghebbende echtgenoten, de samenwonende persoon of de alleenstaande persoon beschikken, met inbegrip van alle uitkeringen krachtens de Belgische of buitenlandse

sociale wetgeving. Eveneens kunnen in aanmerking worden genomen binnen de perken bepaald door de Koning, de bestaansmiddelen van de personen met wie de aanvrager samenwoont»;

Overwegende dat artikel 5, § 2, van de Bestaansminimumwet inkomsten vermeldt waarmee bij het berekenen van de bestaansmiddelen geen rekening mag worden gehouden; dat de artikelen 12 en volgende van het koninklijk besluit van 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum, nog andere inkomsten aanwijzen die, hetzij voor het geheel, hetzij gedeeltelijk, niet in aanmerking komen; dat in deze uitzonderingsbepalingen niet zijn begrepen de verworven inkomsten die in beslag worden genomen wegens schulden, zij het verschuldigd onderhoudsgeld of achterstallen;

Overwegende dat derhalve voor de berekening van de in acht te nemen bestaansmiddelen alle inkomsten van de aanvrager in rekening dienen te worden gebracht, ongeacht hun aard of oorsprong en vóór elk beslag verricht wegens onderhoudsverplichtingen als bedoeld in artikel 1412 van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat de appelrechters, door de werkloosheidsuitkeringen waarop verweerder gerechtigd is, niet in aanmerking te nemen voor het berekenen van de bestaansmiddelen van verweerder omdat «ten aanzien van (verweerder) onmiskenbaar in acht moet worden genomen dat hij te dien einde eigenlijk niet beschikt over werkloosheidsuitkeringen aangezien deze volledig in beslag zijn genomen», een uitzondering toevoegen aan de in het middel vermelde wettelijke bepalingen welke in de wet niet is bepaald, mitsdien deze wettelijke bepalingen schenden;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 23 JUNI 1993

Voorzitter: de h. Ghislain

Raadsheer-rapporteur: de h. Willems

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Huiszoeking – Taak van de politie – Woning

Huiszoekingen en inbeslagnemingen in de ruime betekenis van het woord vallen onder de algemene opdracht van de politie, ofwel van de gerechtelijke politie voor de opsporing van misdrijven en het verzamelen van bewijsmateriaal, ofwel van de bestuurlijke politie ter vrijwaring van de openbare veiligheid. Binnen dat kader en zonder braak of dwang verricht, zijn ze wettig.

De wet onderwerpt die politieopdracht, ter vrijwaring van bepaalde fundamentele rechten, waaronder de onschendbaarheid van de woning, aan beperkende voorwaarden.

Onder woning moet worden verstaan de plaats, met inbegrip van de erdoor omsloten eigen aanhorigheden, die een persoon bewoont om er zijn verblijf of zijn werkelijke verblijfplaats te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privé-leven.

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen t/ C.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 januari 1993 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

...

Overwegende dat de huiszoekingen en inbeslagnemingen in de ruime betekenis van het woord vallen onder de algemene opdracht van de politie, ofwel van de gerechtelijke politie voor de opsporing van misdrijven en het verzamelen van bewijsmateriaal, ofwel van de bestuurlijke politie ter vrijwaring van de openbare veiligheid; dat zij binnen dat kader en zonder braak of dwang verricht, wettig zijn;

Overwegende dat de wet die politieopdracht, ter vrijwaring van bepaalde fundamentele rechten, waaronder de onschendbaarheid van de woning, aan beperkende voorwaarden onderwerpt;

Dat onder woning moet worden verstaan, de plaats, met inbegrip van de erdoor omsloten eigen aanhorigheden, die een persoon bewoont om er zijn verblijf of zijn werkelijke verblijfplaats te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privé-leven;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder te Marcinelle woont en dat de B.O.B. binnen het kader van een andere procedure met een tweede sleutel verschillende garages te Gosselies, waaronder de door verweerder gehuurde box nr. 37 heeft doorzocht, alwaar voorwerpen van de ten laste gelegde misdrijven naast andere van twijfelachtige herkomst werden aangetroffen;

Overwegende dat het arrest door de enkele overweging dat het niet is bewezen dat «de B.O.B. de door (verweerder) gehuurde garage doorzocht ofwel ter uitvoering van een bevel tot huiszoeking, ofwel op grond van één van de andere bij de wet bepaalde uitzonderingen op het beginsel van de onschendbaarheid van de woning», de beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 18 MAART 1993

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: de h. Michiels en mevr. Transaux

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaat: mr. Houbrechts

Wapens – 1. Jachtwapens – 2. Proefbank voor vuurwapens

1. Een oorlogswapen dat door vervanging of wijziging van de kamer en van de loop uitsluitend geschikt is gemaakt voor het afschieten van munitie voor jacht- of sportwapens, dient te worden ingedeeld bij de jacht- of sportwapens.

2. Oorlogsvuurwapens dienen na wijziging of aanpassing te worden aangeboden aan de Proefbank voor Vuurwapens te Luik, maar het verzuim daarvan, dat onder de toepassing van de strafwet valt, heeft geen invloed op de indeling bij de categorie jacht- of sportwapens.

N.

Overwegende dat Joseph N. wordt vervolgd wegens het bezit van een Russisch geweer, model Mosin-Nagant, kaliber 7.62 mm Russian, dat niet meer wordt gebruikt in een geregeld leger ;

Overwegende dat de origineel getrokken loop werd uitgeboord of gevijld zodat de trek over de gehele lengte werd verwijderd en het geweer thans een gladde loop vertoont ; dat bovendien de kamer werd gewijzigd en aangepast zodat een jachtpatroon, kaliber 410 ermee kan worden afgevuurd, maar geen oorlogsmunitie nog kan worden aangewend ;

Overwegende dat een oorlogswapen dat door vervanging of wijziging van de kamer en van de loop uitsluitend geschikt is gemaakt voor het afschieten van munitie voor jacht- of sportwapens, dient te worden ingedeeld bij de jacht- of sportwapens ;

Overwegende dat dergelijke vuurwapens, na wijziging of aanpassing, weliswaar dienen te worden aangeboden aan de Proefbank voor Vuurwapens te Luik, maar dat de overtreding van dit voorschrift, zelfs al valt het verzuim onder de toepassing van de strafwet, geen invloed heeft op de indeling bij de categorie jacht- of sportwapens ;

Overwegende dat het bezit van een jacht- of sportwapen niet onder de toepassing van de strafwet valt, maar dat de beklaagde eveneens wordt vervolgd wegens het dragen van dit wapen zonder wettige reden ; dat hiervan echter geen bewijs werd geleverd en dat Annette T., die een klacht heeft ingediend wegens bedreiging met behulp van dit vuurwapen, heeft verklaard dat het ging om een tweeloop die niet gelijk is op het bewuste wapen van Russische makelij ; dat bijgevolg ook het dragen van het wapen niet bewezen is gebleven ;

...

NOOT—*De problematiek van de classificatie van een oud en gewijzigd oorlogsvuurwapen*

1. De Wapenwet (wet van 3 januari 1933 op de vervaardiging van, de handel in en het dragen van wapens en op de handel in munitie, *B.S.*, 22 juni 1933, en *N.F.B.W.*, IV.2, datum) is door de wet van 30 januari 1991 (*B.S.*, 21 september 1991), ingrijpend gewijzigd (voor een overzicht van de wijzigingen : Demanet, G., «Actualisation et adaptation de la loi du 3 janvier 1933 relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et au commerce des munitions», *R.D.P.*, 1992, 141-206).

Het hier besproken arrest biedt de gelegenheid aan de hand van een wapen dat prima facie een oorlogsvuurwapen lijkt te zijn, even in te gaan op de classificatie van een oud en (gewijzigd) oorlogsvuurwapen. Een correcte rangschikking van een wapen is immers van fundamenteel belang aangezien dit, zoals uit bovenstaand arrest blijkt, het op het wapen toepasselijke stelsel bepaalt.

2. Uit de overwegingen van het arrest blijkt dat het besproken wapen een Russisch geweer is van het model «Mosin-Nagant». Dit geweer werd vanaf 1891 door het keizerrijk Rusland gebruikt. De werking ervan werd ontwikkeld door kolonel S.I. Mosin van het Russisch keizerlijke leger, terwijl het magazijn dat vijf patronen kon bevatten, ontwikkeld werd door Nagant, een Belg. Het was een repeetergeweer met kaliber 7,62 mm en ontwikkeld als cavaleriekarabijn, infanterie- of dragondergeweer. De Mosin-Nagant had een

groot succes, zowel in het toenmalige keizerlijke leger als in het latere Sovjet-Russische leger. Achtereenvolgens werden verschillende types ontwikkeld die, hoewel ze alle sterk geleken op het originele type van 1891, toch op een aantal punten verschilden. Het laatste type, de MI944-karabijn, werd op het einde van de tweede wereldoorlog door de U.S.S.R. in gebruik genomen en was — is? — nog gedurende verscheidene jaren in gebruik in verschillende toenmalige communistische staten (Ezell, E.C., *Small arms of the world*, Londen, Arms & Armour Press, 1977, 482 e.v.).

3.1. In de regel is iedere karabijn of geweer van het type «Mosin-Nagant» een oorlogsvuurwapen : het is een vuurwapen bestemd voor de bewapening van troepeneenheden in de zin van artikel 3, derde lid, Wapenwet. Dit begrip wordt niet verduidelijkt in de Wapenwet. Na opgemerkt te hebben dat niet duidelijk is wat diende te worden verstaan onder de voorgaande categorie van oorlogswapens, stelde de Raad van State, afdeling wetgeving, in zijn advies dat er daarom een gerede aanleiding bestaat om in de wettekst de overheid aan te wijzen die zou hebben te bepalen welke vuurwapens bestemd zijn voor de bewapening van de troepeneenheden. Een dergelijke precisering zou voorkomen dat de verschillende bevoegde overheden zonder duidelijke criteria een oordeel moeten uitbrengen en dat de rechtbanken in het ongewisse moeten beslissen over de wettigheid van die oordeelsvellingen (*Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 978/1, 24). De minister van Justitie antwoordde dat op dat punt de tekst van de wet niet werd gewijzigd en dat, bij twijfel, de Koning steeds een wapen van twijfelachtig model kan indelen bij de oorlogswapens (*Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 978/6, 40). De beoordeling van deze categorie van oorlogswapens blijft dus bij uitstek een feitenkwestie waarover de feitenrechter op onaanastbare wijze oordeelt. De interpretatieve circulaire van de minister van Justitie nr. 1260/I/7 van 20 september 1991 inzake de verschillende categorieën wapens (*B.S.*, 21 september 1991, 20783), verduidelijkt deze categorie van oorlogswapens aan de hand van het criterium van het kaliber. Aldus worden door die circulaire beschouwd als bestemd voor de bewapening van troepeneenheden, de vuurwapens die een kaliber hebben dat in de militaire logistieke keten kan worden ingepast, of die munitie kunnen gebruiken die gebruikt wordt of werd bij de krijgsmachten. Een niet-limitatieve lijst van de meest voorkomende munitiesoorten gaat als bijlage 2 bij de voormelde circulaire (*B.S.*, 21 september 1991, 20789). Onder die munitiesoorten is de Mosin-Nagant 7,62 x 53 R opgesomd.

De rechter is evenwel niet gebonden door die opsomming, noch door de interpretatie in de circulaire. In de regel zijn rondzendbrieven, dienstorders, circulaires,... waarin de minister of een diensthoofd onderrichtingen geeft, of waarin o.m. wettelijke bepalingen worden geïnterpreteerd en gecommentarieerd, niet bindend voor de bestuurde of voor de rechter. Wel zijn ze bindend voor de onder het hiërarchisch gezag staande besturen, diensten en ambtenaren tot wie die circulaires zijn gericht en die zich dan ook — in geval van niet-naleving ervan — aan tuchtsancties kunnen blootstellen (Leroy, M., *Les règlements et leurs juges*, Brussel, Bruylant, 1987, 25-26 ; cf. Leus, K., *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992, 35-37 en De Buck, D., *Wapens in A.P.R.*, 56, nr. 114).

3.2. Onder omstandigheden kunnen evenwel «oude» oorlogsvuurwapens worden gerangschikt in de categorie van de wapens voor wapenrekken.

Zo is een Mosin-Nagant van het (oudste) model 1890/1891, een wapen voor wapenrekken in de zin van artikel 3, vierde lid, van de Wapenwet. Dit model wordt immers in fine opgesomd in de bijlage nr. 1 bij het koninklijk besluit van 20 september 1991 betreffende de wapens voor wapenrekken (*B.S.*, 21 september 1991, 20688). Overeenkomstig art. 1, 3°, van dit besluit, heeft een dergelijk wapen slechts een historische, folkloristische of decoratieve waarde. Of dit wapen wijzigingen heeft ondergaan, of nog schietvaardig is, is in dezen niet relevant.

Mosin-Nagant-geweren en -karabijnen van een recenter type (i.e. de opeenvolgende types M1891/30, M1891/30 Sniper, M1910, M1938 en M1944) zijn derhalve geen wapens voor wapenrekken en blijven – in beginsel – oorlogsvuurwapens.

Bovenstaand arrest rangschikt het wapen in kwestie niet onder de wapens voor wapenrekken, zodat mag worden verondersteld dat het een Mosin-Nagant-geweer van een recenter type betreft.

3.3. Een oorlogswapen kan ook al dan niet ingrijpende wijzigingen hebben ondergaan. De vraag rijst dan wanneer die leiden tot een verandering van classificatie.

De aard van de aangebrachte wijzigingen, alsook de wijze waarop ze zijn uitgevoerd, bepalen de eventuele herklassering. Dit leidt voor een repetiteeroorlogswapen – zoals de Mosin-Nagant – tot de volgende mogelijkheden.

3.3.1. Allereerst kan een dergelijk wapen worden aangepast (bv. door de verkorting van de lade, een omgeslagen grendelgreep,...), zonder dat het inwendig profiel wordt veranderd. Het blijft dus geschikt voor het afvuren van munitie welke normaal door dat oorlogsvuurwapen wordt afgevuurd. In dat geval blijft een dergelijk wapen een oorlogsvuurwapen (cf. De Buck, D., *o.c.*, 95, nr. 276, en Constant, J., «Le régime des armes et des munitions», *R.D.P.*, 1936, 611, nr. 144).

3.3.2. Ten tweede kan een oorlogsvuurwapen ook «geneutraliseerd» worden, wat inhoudt dat het volledig onbruikbaar is gemaakt waardoor het totaal ongeschikt is voor het afvuren van munitie (Hesse, M., *Armes et munitions*, Luik, Ed. Jeune Barreau, 1988, 45). Geschiedt deze «neutralisatie» op de wijze bepaald in de bijlage nr. 2 bij het koninklijk besluit van 20 september 1991 betreffende de wapens voor wapenrekken (*B.S.*, 21 september 1991, 20688) én door de Proefbank voor Vuurwapens te Luik, dan is een dergelijk wapen een wapen voor wapenrekken (art. 2 K.B. van 20 september 1991). Op dat wapen is het verplicht merk – de gekroonde leeuw – aangebracht (art. 2, eerste lid, K.B. van 20 september 1991).

Oorlogsvuurwapens die tussen 17 augustus 1984 (datum van inwerkingtreding van het – nu opgeheven – K.B. van 20 juni 1984 betreffende de indeling van sommige oorlogs- of verweerwapens die wijzigingen hebben ondergaan, *B.S.*, 7 augustus 1984) en 30 september 1991 (laatste datum waarop voormeld K.B. van 20 juni 1984 uitwerking had) ongeschikt zijn gemaakt voor het afschieten op de wijze bepaald door artikel 1 van het koninklijk besluit van 20 juni 1984, zijn eveneens wapens voor wapenrekken (art. 3 K.B. van 20 september 1991 betreffende de wapens voor wapenrekken). De overeenkomstig die bepaling en de bij het ministerieel besluit van 3 januari 1986 bepaalde bijzondere voorschriften

(M.B. van 3 januari 1986 betreffende de voorwaarden waar- onder automatische oorlogsvuurwapens en verweerwapens in de categorie van jacht- of sportwapens worden ingedeeld, *B.S.*, 14 januari 1986) opgelegde neutraliseringsoperaties stemmen niet overeen met die opgelegd door het huidige besluit van 20 september 1991. Bovendien was het voldoende dat de aanpassingen gebeurden door een erkend wapenmaker. In de praktijk zijn deze wapens ook herkenbaar aan de door de Proefbank voor Vuurwapens als merk aangebrachte gekroonde leeuw.

Quid indien de onbruikbaarmaking niet geschiedt overeenkomstig voormelde bepalingen? Praktisch houdt dit in dat op de stukken die aan de controle van de Proefbank voor Vuurwapens zijn onderworpen, geen «gekroonde leeuw» is aangebracht. M.i. sluit dit de klassering uit als een wapen voor wapenrekken. Artikel 3, vierde lid, Wapenwet, beperkt deze categorie tot twee soorten wapens, te weten de wapens met een historische, folkloristische of decoratieve waarde als bepaald door de Koning, alsook de vuurwapens die overeenkomstig regels vastgesteld door de Koning, voor het schieten onbruikbaar zijn gemaakt. Deze wapens worden, ter uitvoering van het voorgaande, nader omschreven in de artikelen 1 tot en met 3 van het koninklijk besluit van 20 september 1991 betreffende de wapens voor wapenrekken (*B.S.*, 21 september 1991).

Voor zover het «geneutraliseerd» of onbruikbaar gemaakt «tuig» ten gevolge van diverse aanpassingen nog kan worden omschreven als een «wapen» in de zin van de Wapenwet – indien dit karakter is verdwenen rijst namelijk de vraag of er nog behoefte is aan een classificatie overeenkomstig de Wapenwet (cf. Van Lijsebeth, B., «Onbruikbaarmaking en herklassering van verweerwapens» (noot onder Gent, 29 juni 1988), *R.W.*, 1988-89, 890) en of het onbruikbaar gemaakte wapen nog onderworpen is aan de bepalingen van die wet – impliceert dit evenwel niet dat de rechter het geneutraliseerd oorlogswapen blijvend dient in te delen bij de oorlogswapens. Aangezien een dergelijk wapen niet langer beantwoordt aan het wettelijk begrip «oorlogswapen» in de zin van artikel 3, derde lid, Wapenwet, kan hij het in concreto rangschikken als een jacht- of sportwapen. Hiertoe lijkt mij wel vereist dat de onbruikbaarmaking of de neutralisering het wapen definitief ongeschikt maakt voor het vuren. Zo mag dit niet te wijten zijn aan een defect – een gebroken slagpin – bij gebrek aan onderhoud zodat het door een wapenmaker onmiddellijk schietensklaar kan worden gemaakt (cf. Gent, 29 juni 1988, *R.W.*, 1988-89, 890, noot Van Lijsebeth, B.). Derhalve blijft een oorlogsvuurwapen het wapen dat onbruikbaar is gemaakt doordat de grendel verkeerd is gemonteerd, of wanneer zelfs de grendel ontbreekt daar het wapen met behulp van een eenvoudige ingreep weer schietensklaar kan worden gemaakt (Antwerpen, 14 december 1990, *R.W.*, 1990-91, 1066, noot).

3.3.3. Ten slotte kan een oorlogsvuurwapen ook «gedemilitariseerd» worden, wat inhoudt dat het omgevormd wordt tot een jacht- of sportwapen, zodat het zijn militair karakter verliest. Het wapen blijft schietvaardig, doch alleen met jacht- of sportmunitie (Hesse, M., *o.c.*, 45).

Betreft het een automatisch of halfautomatisch oorlogsvuurwapen, dan blijft dit gedemilitariseerd oorlogswapen ingedeeld bij de oorlogswapens, zelfs indien het omgevormd is om uitsluitend munitie voor verweer-, jacht- of sportwapens af te vuren (artikel 2 K.B. van 20 september 1991 be-

treffende de wapens die wijzigingen hebben ondergaan (B.S., 21 september 1991, 20700).

Eenschots- en repetiteeroorlogsvuurwapens — zoals de Mosin-Nagant — die, door een vervanging van de kamer en van de «buis» van de loop, uitsluitend geschikt zijn gemaakt voor het afvuren als jacht- of sportwapens, worden evenwel bij de categorie jacht- of sportwapens ingedeeld, tenzij ze als verweerwapens worden beschouwd (artikel 1 van het K.B. van 20 september 1991 betreffende de wapens die wijzigingen hebben ondergaan, B.S., 21 september 1991). Onder omstandigheden kan een gewijzigd wapen ook een verboden wapen worden indien een ander kenmerk van het wapen dit zou rechtvaardigen: de categorie der jacht- en sportwapens is namelijk slechts een residuaire categorie (art. 3, vijfde lid, Wapenwet). Zo is m.i. een oorlogsvuurwapen met aangepaste kamer en dito loop, derwijze dat het uitsluitend geschikt is voor het afvuren van jacht- of sportmunitie, een verboden wapen in de zin van artikel 3, eerste lid, in fine, Wapenwet, indien bovendien de loop ervan is afgezaagd en de kolf ingekort (cf. *mutatis mutandis* Antwerpen, 7 juni 1990, R.W., 1990-91, 711, noot G. Debersaques).

De wijzigingen die gebeurden aan het hier besproken oorlogswapen, beantwoorden — naar de overwegingen van bovenstaand arrest — evenwel niet ten volle aan de bepalingen van artikel 1 van het koninklijk besluit van 20 september 1991 betreffende de wapens die wijzigingen hebben ondergaan. Het Russisch geweer kan weliswaar geen oorlogsmunitie meer afvuren en is alleen nog geschikt om een jachtpatroon, kaliber .410, af te vuren. Deze aanpassing gebeurde evenwel niet door een vervanging van de kamer en van de «buis» van de loop, maar wel door een wijziging van de kamer en het uitboren of uitvijlen van de originele getrokken loop, zodat alle trekken verdwenen. Dit sluit m.i. evenwel niet opso facto de classificatie als een jacht- of sportwapen uit. Het koninklijk besluit van 20 september 1991 betreffende de wapens die wijzigingen hebben ondergaan, steunt op artikel 3, zesde lid, Wapenwet. Het rangschikt aldus op objectieve en ondubbelzinnige wijze wapens van twijfelachtig model — in dezen oorlogswapens waaraan bepaalde wijzigingen zijn aangebracht die van die aard zijn dat kan worden getwijfeld aan de aard van het wapen — onder de jacht- en sportwapens, doch tast voor het overige de beoordelingsvrijheid van de rechter niet aan. Zo kan de rechter oordelen — zoals in bovenstaand arrest — dat een wapen dat niet meer wordt gebruikt in een geregeld leger en dat door bepaalde wijzigingen definitief ongeschikt is geworden voor het aanwenden van oorlogsmunitie, niet meer beantwoordt aan het wettelijk begrip «oorlogswapen». Indien dit wapen niet kan worden ondergebracht in een andere categorie, is het derhalve een jacht- of sportwapen.

4. Oorlogswapens die een verandering hebben ondergaan waardoor mogelijk de sterkte ervan werd verminderd, moeten de eindbeproeving door de Proefbank voor wapens ondergaan volgens hun type en kaliber (art. 49, vijfde lid, K.B. van 30 juni 1924 houdende het algemeen reglement der te Luik gevestigde wapenproefbank, B.S., 25 juli 1924; Maréchal, Chr., *Les armes, lex explosifs et leur commerce international*, Heule, UGA, 1990, II-77). Krachtens art. 10 van de wet van 24 mei 1888 houdende regeling van de toestand van de Wapenproefbank te Luik (B.S., 8 juni 1888 en Maréchal, Chr., o.c., II-15) mag niemand verkopen, te koop aanbieden, of in zijn magazijnen, winkels of werkplaatsen,

een wapen of een deel van een wapen bezitten dat aan beproeving is onderworpen en dat niet beproefd en gemerkt werd naar de graad van afwerking waarin het zich bevindt, in overeenstemming met het reeds geciteerde uitvoeringsbesluit van 30 juni 1924. Dit verbod geldt voor iedereen en elke verkoop en elk te koop bieden is eraan onderworpen, doch het particulier bezit blijkbaar niet (De Buck, D., o.c., 141-142, nr. 463). Overtreding van deze bepaling wordt gestraft met een correctionele geldboete en met de verplichte verbeurdverklaring van de betrokken wapens (art. 15, eerste lid, wet van 24 mei 1888). Onverminderd de vraag of die bepalingen in casu toepasselijk zijn, hebben ze enkel betrekking op de verplichting tot beproeving van bepaalde wapens, die o.m. is opgelegd met het oog op de verzekering van de openbare veiligheid die door het gebruik van kwalitatief minderwaardige produkten in het gedrang zou kunnen worden gebracht (De Buck, D., o.c., 138, nr. 448). Het verzuim van deze uit veiligheidsoverwegingen opgelegde verplichting is evenwel niet van die aard dat het de bij de Wapenwet ingestelde (objectieve) classificatie van wapens kan wijzigen. Ook op dit punt dient met bovenstaand arrest te worden ingestemd.

Geert Debersaques

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 11 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Bosteels en Machielsens

Advocaat: mr. Wille

Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordiger — Nietig beding — Dwingend recht — Gevolg — Concurrentiebeding — Nietigheid — Gevolg — Uitwinningsvergoeding — Aanbreng van clientèle — Wettelijk vermoeden

De bepaling van art. 6 W.A.O., dat alle bedingen die strijdig zijn met de bepalingen van die wet nietig zijn, in zoverre ze de rechten van de werknemer inkorten, is niet dwingend ten voordele van de werkgever.

Daaruit volgt dat de omstandigheid dat een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van een handelsvertegenwoordiger, wegens de afwezigheid van het wettelijk vereiste jaarloon, nietig is, geen afbreuk doet aan het ten voordele van de vertegenwoordiger gevestigde wettelijke vermoeden juris tantum van aanbreng van clientèle en aan het eventueel daaruit voortvloeiende recht op een uitwinningsvergoeding.

N.V. G. t/ S.

Feiten

Met een geschreven arbeidsovereenkomst van 2 augustus 1984, ingang 6 augustus 1984, en proefbeding van zes maanden, kwam geïntimeerde als handelsvertegenwoordiger in dienst met een variabele bezoldiging (fixe plus commissie-loon met gewaarborgd minimumloon Cat. II). Er werd een minimaal maandelijks omzetcijfer opgelegd en bovendien een concurrentiebeding ingelast (schadevergoeding gelijk aan één jaar loon).

Niet betwist wordt dat het jaarloon uiteindelijk niet hoger lag dan 650.000 fr. tijdens de gewerkte periode. Op 30 maart 1987 werd schriftelijk ontslag gegeven met een opzeggings-termijn van drie maanden ingaande op 1 april 1987.

Geldigheid van het concurrentiebeding

Overwegende dat artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat alle bedingen strijdig met de bepalingen van de wet, nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren.

Overwegende dat artikel 104 van dezelfde wet bepaalt dat het concurrentiebeding als niet bestaande beschouwd dient te worden indien het jaarlijks loon, zoals *in casu*, beneden het wettelijk vastgestelde blijft;

dat de bepalingen die de bescherming van de werknemers regelen, niet dwingend zijn ten voordele van de werkgever;

Overwegende dat voormelde bepaling enkel ter bescherming van de werknemer is ingevoegd en weliswaar tot gevolg heeft dat het beding geen effect kan sorteren ten nadele van de werknemer in de geest van artikel 6 voormeld, maar dat dit niet impliceert dat het opleggen door de werkgever in de arbeidsovereenkomst van een dergelijk, *in casu* niet toelaatbaar concurrentiebeding, het vermoeden *juris tantum* (art. 105 A.O.W.) van aanbreng van clientèle tenietdoet;

Overwegende dat vaststaat dat geïntimeerde een omzet-cijfer realiseerde en gedurende de proeftijd blijkbaar aan de verwachtingen heeft voldaan;

dat zelfs indien slechts een klein aantal klanten zou zijn aangebracht en een gedeelte van de bestaande clientèle, bewaard door de werknemer, voor een kleinere afname zou hebben gezorgd dan voordien het geval was, dit feit – indien het bewezen zou worden – niet van die aard is dat het het vermoeden dat artikel 105 van de A.O.W. inhoudt, zou weerleggen;

dat bovendien uit de voorliggende stukken besloten kan worden dat geïntimeerde klanten opzocht, een bestaande clientèle behield tijdens zijn tewerkstelling en uiteindelijk enkel ontslagen werd om «economische redenen» zoals uit de C4 blijkt;

dat de thans door appellante bijgevoegde stukken op allerlei wijze aantonen dat geïntimeerde «clientèle zou meegenomen hebben» en/of dat hij «geen nadeel geleden zou hebben»;

dat ten slotte weliswaar niet betwist wordt dat geïntimeerde opnieuw tewerkgesteld is als vertegenwoordiger van een shipchandler – waartegen zich niets verzet – maar zulks in se niet bewijst dat hij zich schuldig maakt aan «oneerlijke» mededinging;

dat het aanvullende getuigenverhoor in dat verband ondoelmatig voorkomt;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

KORT GEDING – 7 APRIL 1993

Voorzitter: mevr. Halsberghe

Advocaten: mrs. Deceuninck en Lindemans

Radio en televisie – Recht van antwoord – Vrijheid van meningsuiting – Mening van geïnterviewde

De omroep heeft niet tot taak een mening over politiek beleid, die vrij geuit mag worden in het kader van een opgenomen interview, te bespreken. Een dergelijke mening, indien correct weergegeven, biedt geen grond voor een recht van antwoord voor diegene die zich door die mening geïnterviewd acht.

D. t/ BRTN

Verloop van het interview

Overwegende dat het uit het volledig interview – tekst neergelegd in het dossier van verweerster – geruggesteund door het zien en horen van dit interview op de zitting van 26 maart 1993, blijkt dat H., na in een kort overzicht van het leven van Anne Frank aan de hand van foto's te hebben getoond, eraan toevoegde:

«Alleen vader Frank keert levend terug. Minder dan vijftig jaar later wordt de nachtmerrie van Anne en haar lotgenoten ontkend door allerlei pseudowetenschappers. Uitgever van dit pamflet is het huidige Vlaams Blok-parlementslid B. Zijn partij zwijgt opvallend over joden, maar houdt ondermeer niet van zigeuners, homo's en gastarbeiders die de Islamitische godsdienst belijden»;

Dat de interviewer daarop de volgende vraag stelde met verwijzing naar foto's: «Opvallend hier op deze tentoonstelling zijn een aantal foto's van parlementsleden van het Vlaams Blok, vindt u hen de nieuwe Hitler?»;

Dat H. antwoordde: «Nee, ik ga niet zeggen dat D. Hitler is. Dat is niet het geval. Nog niet! Maar hij gebruikt wel dezelfde vocabulaire, dezelfde gedachtengang als Hitler. En probeert via wat hij zegt een hele gemeenschap te isoleren en aan te duiden als zondebok, verantwoordelijk voor alles wat slecht gaat in de maatschappij, dat is wat we duidelijk willen zeggen»;

Overwegende dat eiser in een brief van 11 januari 1993, aan verweerster gericht, een recht op antwoord in persoonlijke naam vordert; eiser ondertekent deze brief en de tekst van het antwoord (met zijn naam);

Dat eiser in een andere brief, op briefpapier van het Vlaams Blok, van 11 januari 1993 aan verweerster gericht, een recht van antwoord «in naam van de feitelijke vereniging Vlaams Blok» opeist; eiser ondertekent deze brief «D., Voorzitter Vlaams Blok»;

Dat eiser zijn huidig antwoord, zowel primair als subsidiair, als volgt ondertekent: «D., Euro-parlementslid»;

Overwegende dat het antwoord van verweerster op de eis op recht op antwoord in persoonlijke naam als volgt luidt: «Mijnheer de Voorzitter,

Met uw aangetekend schrijven van 11 januari 1993 vraagt u in uw persoonlijke naam dat de BRTN een recht van antwoord zou uitzenden naar aanleiding van een bijdrage in het televisiejournaal van 7 januari 1993 over de tentoonstelling 'De wereld van Anne Frank'.

U stelt dat in de bedoelde bijdrage meerdere onjuiste zaken over u worden gezegd en dat bepaalde fragmenten uw eer aantasten, meer bepaald de associatie van uzelf met haat tegenover Joden, zigeuners, homo's en Islamitische vreemdelingen en de bewering dat u bepaalde volksgroepen tot zondebok van de maatschappelijke problemen zou maken.

Eerst en vooral wil ik er u op wijzen dat de vraagstelling over de parlementsleden van uw partij werd uitgelokt door de aanwezigheid van foto's van deze personen op de tentoonstelling.

Terwijl u formeel een recht van antwoord vraagt in eigen naam, heeft de kern van uw antwoord betrekking op het standpunt van uw partij over de zogenaamde zondeboktheorie.

In die omstandigheden meen ik dat uw verzoek een recht van antwoord uit te zenden moet worden afgewezen.

Hoogachtend,»

Overwegende dat wij, wat het kader waarin bewust interview heeft plaatsgehad, verwijzen naar de folder «Anne, als ik jou zie... zal ik het nooit vergeten», en meer bepaald naar de volgende passage :

«De tentoonstelling schetst aan de hand van het leven van Anne Frank en haar familie een beeld van de tijd waarin zij leefde en de historische ontwikkelingen tussen 1929 en 1945. Toen Hitler aan de macht kwam en tijdens de bezetting in ons land stond iedereen voor de keuze : meedoen, in het verzet gaan of afzijdig blijven. De tentoonstelling legt uit hoe een groot gedeelte van de Europese bevolking als een minderwaardig ras werd beschouwd en hoe deze ideologie uiteindelijk een politiek werd die is uitgevoerd met alle gruwelijke gevolgen vandien. De relevantie van de tentoonstelling is de laatste jaren sterk toegenomen. Overal om ons heen zien we extreem nationalistische bewegingen ontstaan die buitengewoon agressief optreden tegen minderheden. Er worden weer joodse begraafplaatsen geschonden en zondebokken aangewezen. Er staan mensen op die verkondigen dat Hitler ook veel goede dingen heeft gedaan en dat de massavernietiging in de gaskamers een verzinsel is van de joden. In de laatste panelen van de tentoonstelling en in het Belgisch luik dat aan de tentoonstelling werd toegevoegd, wordt aandacht gegeven aan deze ontwikkelingen. 'De wereld van Anne Frank 1929-1945' is ook een tentoonstelling over wat er hier en nu gebeurt»;

Overwegende dat uit het voorgaande duidelijk voortvloeit dat verweerster volledig buiten de organisatie van deze tentoonstelling staat en geen enkele inspraak op de voorstellingswijze, foto's inbegrepen, heeft gehad ;

Overwegende dat verweerster terecht in casu de aandacht vestigt op twee fundamentele grondwettelijke vrijheden : enerzijds de vrijheid van mening en anderzijds de persvrijheid ; dat zowel de vrijheid van mening als de persvrijheid grenzen heeft ;

Overwegende dat in het verslag namens de Verenigde Commissie voor Justitie en Culturele Zaken en het Wetenschapsbeleid, uitgebracht door de Stexhe bij de bespreking van de wet tot aanvulling van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord (senaatzitting 30 juni 1976) te lezen staat :

«De persvrijheid, één van de natuurlijkste en belangrijkste corollaria van de vrijheid van meningsuiting, is steeds beschouwd als een van de grondslagen van ons parlementair en democratisch bestel, als de eerste garantie van de persoonlijke vrijheid»;

Dat dit verslag verwijst naar het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, waarin wordt gezegd dat «een ieder recht heeft op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid van mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen

en door te geven zonder inmenging van overheidswege en ongeacht de grenzen», maar ook dat het duidelijk is dat de persvrijheid niet tot misbruiken mag leiden noch de rechten van derden schaden ;

Dat het verslag het verder heeft over de voorwaarden waaronder een recht van antwoord wegens een vermeende misgreep in een audiovisuele zending aanvaard dient te worden ;

Dat naast de voorwaarde «een persoonlijk belang hebben» waarover het verslag het grondig heeft, een andere voorwaarde onderstreept wordt, aldus verwoord :

– ofwel is een interview, een verklaring correct weergegeven in een uitzending en dan is er geen aanleiding tot een «antwoord», de betrokkene zou overigens geen belang hebben (zie artikel 11) ;

– ofwel is die verklaring slechts gedeeltelijk of tendentius weergegeven : zij is in feite verdraaid en in dat geval is een antwoord gewettigd en kan de verzoeker rechtzetting verlangen ;

Overwegende dat ieder interview uiterlijk in bespreking gebracht kan worden :

– door diegene die het interview heeft ondergaan ; hij kan van oordeel zijn dat zijn woorden, onder andere, niet correct zijn weergegeven en op een tendentieuze wijze zijn weergegeven ;

– door een derde vreemd aan het interview zelf, maar die oordeelt dat zijn naam, onder andere, niet in het kader van het onderwerp van het interview thuishoorde, of dat een verkeerd beeld van zijn persoonlijkheid en gedachtengang werd gegeven, zodat zijn eer werd geraakt ; dat dit in casu luidens eiser het geval is ;

Overwegende dat de vraag van de interviewer bij het opnemen door de camera van de Vlaams Blok-parlementsleden niet gericht is tegen eiser persoonlijk ; de interviewer heeft het over «hen» ;

Dat het H. is die de naam van eiser noemt en uiteenzet wat hij uit het vocabulaire gebruikt door eiser en diens gedachtengang meent te ontwaren ;

Overwegende dat het duidelijk is dat verweerster er zich toe beperkt heeft het bewust interview in woord en beeld, zoals opgenomen, weer te geven ; dat zij aldus de stelregels, die zij na te leven heeft, nageleefd heeft ;

Dat wij in dit verband verwijzen naar de memorie van toelichting over het ontwerp van de wet tot aanvulling van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht van antwoord (zitting 1975-1976, 1 juni 1976, Belgische Senaat) : «Volgens de regering moet een afdoende bescherming van de rechten van de verzoeker worden verzekerd met behoud van de kwaliteit van de betrokken uitzending, programma of audiovisuele uitgave, meer in het bijzonder uit oogpunt van de luisteraer of kijker» ;

Overwegende dat verweerster niet tot taak heeft een mening over een politiek beleid, die vrij geuit mag worden – de mening van H. loopt over politiek beleid – in het kader van het opgenomen interview, te bespreken ;

Dat de uitspraak van H. een uitspraak was over het politiek beleid van het Vlaams Blok, blijkt voldoende uit het antwoord van eiser van 12 januari 1993 naar verweerster opgestuurd ; dat eiser in dit antwoord verwijst naar een brochure waarvan hij de verantwoordelijke uitgever is ; dat eiser zich vereenzelvt met de filosofie van zijn partij ;

Dat eiser dan ook via een vermeend recht van antwoord een politiek standpunt in een van de publicaties van het Vlaams Blok wil laten uitzenden ;

Dat de weigering een dergelijk antwoord uit te zenden ge-rechtvaardigd voorkomt ;

Uitbreiding van de eis op basis van artikel 807 Ger.W.

Overwegende dat de tekst van het recht van antwoord subsidiair gevorderd, de problematiek verschuift naar de interviewer zelf ; deze laatste zou door zijn gericht gestelde vraag een gericht antwoord hebben uitgelokt ;

Overwegende dat de wet van 23 juni 1961 wel bepaalde vorm- en tijdsvereisten voor een recht van antwoord stelt ; dat deze vereisten inhouden :

- dat de inhoud van de antwoordtekst afbakent wat als eerrovend beschouwd wordt en het precieze hierop te geven antwoord ;

- dat de termijn voor het opeisen van een recht van antwoord een vervalt termijn is ; een recht van antwoord heeft enkel zin als het antwoord kort na de zogenaamde litigieuze uitzending uitgezonden wordt ;

Overwegende dat, zo in het kader van een recht van antwoord naast de oorspronkelijke tekst van het recht van antwoord een uitbreiding van dit antwoord wordt gevraagd, noodzakelijkerwijze nagegaan moet worden of de uitbreiding valt in de afbakening waarover hierboven sprake ; zo dit niet het geval is en zo een andere persoon en/of feit, zoals in casu waar het gaat over een ander persoon en feit, dan is in wezen deze uitbreiding geen uitbreiding meer, maar vormt op zichzelf een volledig nieuw recht van antwoord ;

Dat dit nieuw recht van antwoord buiten termijn is aangevraagd en dus als niet ontvankelijk moet worden geweerd ;

Overwegende ten slotte en ten indicatieve titel, dat een beschikking gewezen bij toepassing van de wet van 23 juni 1961, gaande over het recht van antwoord, beschikt ten gronde en in laatste aanleg ;

...

NOOT – Het recht van antwoord in radio en televisie

Er is sinds het van kracht worden van de wet van 4 maart 1977, waarbij een hoofdstuk II «Audiovisuele middelen» werd ingevoerd in de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord, tot voor kort niet bijster veel relevante rechtspraak bekend met betrekking tot het recht van antwoord op radio en televisie.

De jongste twee jaar echter zijn er voor de voorzitter van de Brusselse rechtbank, als alleensprekend rechter zitting houdende en beslissende ten gronde en in laatste aanleg (artikel 12, W. 4 maart 1977 ; zie ook Rb. Brussel, 4 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 1066), plots een aantal gedingen gevoerd, waarvan de meest recente en tevens de meest interessante uitspraak hierboven is gepubliceerd.

De rechter heeft i.c. het recht van antwoord getoetst aan het recht van vrije mening en van vrije meningsuiting en aan de persvrijheid. Ook de wederzijdse rechten resp. plichten van de journalist/interviewer, van de geïnterviewde en van derden werden in de beoordeling betrokken. Deze benadering precies maakt de uitspraak interessant.

Onzes inziens had het vonnis erbij gewonnen, ware het iets helderder gestructureerd. Wellicht is de spoed waarmee een uitspraak (als) in kort geding nu eenmaal moet worden

geformuleerd, niet bevorderlijk voor een doorzichtige gedachtengang.

Toch onderkennen wij de volgende ideeën.

a) *De verzoeker.* De verzoeker moet een persoonlijk belang doen blijken, of hij nu de geïnterviewde dan wel een derde is. Het audiovisuele recht van antwoord is immers geen automatisch recht, in die zin dat het pas operationeel wordt in de mate waarin de verzoeker een persoonlijk belang kan aanvoeren. Dit in tegenstelling tot het antwoordrecht in de drukpers, waar de eenvoudige vermelding of aanwijzing van de verzoeker, zonder dat een persoonlijk belang moet worden aangevoerd, volstaat om het antwoordrecht te activeren.

In het besproken vonnis heeft de rechter geoordeeld dat de verzoeker, die hoewel hij het antwoord in zijn persoonlijke naam had geëist, geen persoonlijk belang kon doen gelden, omdat hij zich voor zijn verweer had beroepen op het programma van zijn politieke partij.

b) *de geïnterviewde.* De vrijheid van meningsuiting is gegarandeerd door het artikel 10 E.V.R.M.

Dit recht impliceert meteen de vrijheid van de pers. Terloops zij opgemerkt dat door te verwijzen naar het Europees Verdrag de rechter – terecht – de vermolmde leer ontwijkt, die hier en daar nog opgeld doet onder Belgische constitutionalist, volgens wie het begrip «pers» moet worden vernaauwd tot «drukpers» met uitsluiting dus van de «audiovisuele» media (art. 18 Gw.)

In de mate waarin het vraaggesprek, en dus de daarin geuite mening van de geïnterviewde, correct zijn weergegeven, kan het persoonlijk belang van de geïnterviewde niet in het geding komen en kan de betrokkene dan ook geen recht van antwoord doen gelden. Werd daarentegen zijn mening verhaspeld of verdraaid, bijvoorbeeld als gevolg van inkorting of onnauwkeurige samenvatting, dan kan een antwoord gewettigd zijn.

c) *De journalist / interviewer ;* Voor de journalist kunnen zich twee eventualiteiten voordoen. Ofwel bouwt de journalist in zijn vraagstelling geen eigen mening in, die door een derde kan worden ervaren als onjuist of eerrovend en die derhalve een grond kan bieden voor een recht van antwoord.

Terloops zij opgemerkt dat de geïnterviewde in principe geen antwoordrecht kan doen gelden op een onjuiste of eerrovende vraagstelling op voorwaarde echter dat hem tijdens het vraaggesprek zelf een behoorlijke gelegenheid tot antwoord wordt gegund.

Ofwel weert de journalist uit zijn vraagstelling elke zweem van een eigen mening en stelt hij zich afstandelijk en neutraal op. In dit geval kunnen noch een derde noch de geïnterviewde enig recht van antwoord doen gelden. In casu heeft de rechter vastgesteld dat de journalist geen eigen standpunt heeft ingenomen en volledig buiten de organisatie van de tentoonstelling stond, conform trouwens het BRTN-decreet, artikel 21, dat de informatie-uitzendingen oplegt onpartijdig en waarheidsgetrouw te zijn (decreet 27 maart 1991 houdende het statuut van de Nederlandse Radio- en Televisieuitzendingen in België, Omroep van de Vlaamse Gemeenschap, *B.S.*, 6 juni 1991, gewijzigd bij decreet 12 juni 1991, *B.S.*, 14 augustus 1991); meer nog, de rechter stelt onduidelijkzinnig dat het de BRTN-journalist niet toekomt anderszins mening, d.i. de mening van de geïnterviewde, te bespreken (versta : «bij te sturen»). (Over de problematiek van de journalist/interviewer in de publieke omroep, zie ook

Raad van State, nr. 24.667, 21 september 1984, met aansluitend commentaar, *T.B.P.*, 1986, 171 en 185.)

Jan Ceuleers

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

22e KAMER – 6 MEI 1993

Voorzitter: de h. Piryns

Advocaten: mrs. Bogaert, Van Couter, Demeyere en Everaert

Arbitrage – 1. Alleenverkoopwet – Geldigheid arbitrageclausule – Voorwaarden – 2. Opheffing scheidsgerecht – Gevolgen

1. Het dwingend karakter van de wet van 27 juli 1961 staat er niet aan in de weg dat een arbitrageovereenkomst wordt gesloten vóór het einde van de alleenverkoopovereenkomst voor zover de toepassing van de Belgische wetgeving is verzekerd, en zulks ongeacht of een Belgisch of een buitenlands scheidsgerecht wordt aangewezen.

2. Wanneer het aangewezen scheidsgerecht is opgeheven en haar taken zijn overgenomen door een andere instelling, dient te worden nagegaan of de partijen hun instemming hebben betuigd met die overdracht van bevoegdheden.

N.V. P. t/ Vennootschap naar Duits recht T. GmbH.

Overwegende dat partijen sinds 1952 handelsrelaties hebben en hun laatste overeenkomst van 17 maart 1971 voorzag in de concessie verleend door verweerster aan eiseres van de verdeling van wagens Wartburg (personenvoertuigen) en Barkas (lichte vrachtwagens);

Dat samengevat de problemen tussen partijen die aanleiding geven tot het onderhavige geding, begonnen vanaf 1987 toen besloten werd bij de genoemde wagens de tweetaktmotor te vervangen door een viertaktmotor; dat in september 1988 verweerster aan eiseres liet weten dat de prijs van de nieuwe Wartburg-viertaktmotor van 60.000 fr. naar 200.000 fr. zou stijgen terwijl het model hetzelfde bleef;

Dat volgens eiseres, verweerder door astronomische prijsverhogingen en leveringsmoeilijkheden de verdere exploitatie van de concessie onmogelijk heeft gemaakt en er dus *de facto* een einde aan heeft gemaakt;

Dat eiseres bij dagvaarding van 5 maart 1990 schadevergoeding heeft gevraagd op basis van de wet van 27 juli 1961;

Dat volgens verweerster de prijsverhoging een economische noodzaak was en een gevolg van beslissingen van de DDR-Ministerraad en dat deze prijsverhoging niet beschouwd kan worden als een daad die dient te worden gelijkgesteld met een eenzijdige beëindiging van de overeenkomst.

Dat na de opheffing van het handelsmonopolie van verweerster zij op 27 september 1990 bij aangetekend schrijven een einde maakte aan de overeenkomst;

Overwegende dat een bevoegdheidsprobleem rijst in die zin dat § 20 van de concessieovereenkomst van 17 maart 1971 bepaalt dat alle geschillen voortvloeiende uit de overeenkomst voorgelegd dienen te worden aan het Scheidsge-

recht bij de Kamer van Buitenlandse Handel van de DDR, dat zal procederen overeenkomstig de arbitrageprocedure bepaald in haar reglement; dat tevens bepaald wordt dat dit Scheidsgerecht het recht van de DDR dient toe te passen zonder afbreuk te doen aan de Belgische wet van 27 juli 1961;

Overwegende dat eiseres stelt dat deze rechtbank bevoegd is om de volgende redenen:

...

Overwegende dat voor de beoordeling van dit probleem van bevoegdheid de rechtbank rekening houdt met de volgende elementen:

– de wil der partijen de geschillen voortvloeiende uit de concessieovereenkomst voor te leggen aan een scheidsgerecht dient geëerbiedigd en toegepast te worden voor zover dit rechtsgeldig kan gebeuren;

– het dwingend karakter van de wet van 27 juli 1961 verhindert niet dat rechtsgeldig een arbitrageovereenkomst kan worden gesloten vóór het einde van het concessiecontract voor zover de Belgische wet wordt geëerbiedigd en dit ongeacht of een Belgisch dan wel een buitenlands scheidsgerecht wordt aangewezen;

– in casu betekent de clausule in § 20 van de overeenkomst tussen partijen volgens welke geen afbreuk mag worden gedaan aan de Belgische wet van 27 juli 1961, dat het scheidsgerecht deze wet moet eerbiedigen en in die zin is de litigieuze arbitrageclausule rechtsgeldig; het feit dat de arbitrageclausule eveneens bepaalt dat het scheidsgerecht het recht van de D.D.R. dient toe te passen, brengt de nietigheid hiervan niet mee aangezien dit recht slechts toegepast kan worden voor zover het geen afbreuk doet aan de Belgische wet van 27 juli 1961;

– dit houdt eveneens in dat op grond van de door eiseres ingeroepen Conventie van New York van 10 juni 1958 de arbitrageclausule kan worden aanvaard daar zij op basis van de Belgische wet van 27 juli 1961 kan worden toegepast en niet verboden is door het toenmalige D.D.R.-recht;

– de verwijzing van eiseres naar artikel 1025 van de Duitse Zivilproceßordnung is niet ter zake dienend aangezien dit Westduits recht betreft waarvan niet bewezen is dat het na de Duitse eenmaking in de vroegere D.D.R. met terugwerkende kracht van toepassing zou zijn geworden;

Dat hieruit dient besloten te worden dat de litigieuze arbitrageclausule rechtsgeldig is;

Dat zich echter het specifieke probleem voordoet dat ten gevolge van de Duitse eenmaking het scheidsgerecht bij de Kamer van Buitenlandse Handel van de D.D.R. niet meer bestaat;

Dat volgens de overgelegde stukken die Kamer vóór haar ontbinding bij overeenkomst van 4 juli 1990 de haar toegewezen bevoegdheden inzake arbitrage heeft overgedragen aan het op 28 juni 1990 in Berlijn in de schoot van de «Vereniging tot Bevordering van de Arbitrage» opgerichte «Berlijnse Scheidsgerecht»;

Dat dient nagegaan te worden of er continuïteit is tussen beide scheidsgerichten en of genoemde overeenkomst aan partijen kan worden tegengeworpen;

Dat partijen hieromtrent Duitse rechtspraak voorleggen die in tegengestelde richting gaat;

Dat de respectieve argumenten van partijen, het verwijzen naar hun motieven en vermoedelijke wil, aanleiding geeft tot

speculatieve overwegingen die niet verenigbaar zijn met de rechtszekerheid die moet voortvloeien uit een strikte interpretatie van de door partijen gesloten arbitrageovereenkomst;

Dat vastgesteld dient te worden dat het scheidsgerecht bij de Kamer van Buitenlandse Handel van de D.D.R. niet meer bestaat en dat eiseres haar akkoord niet heeft betuigd met een overdracht van bevoegdheden aan een ander scheidsgerecht zodat haar dat niet kan worden opgedrongen welke ook de redenen zijn die aanleiding hebben gegeven tot de wijziging van scheidsgerecht;

Dat uit die overwegingen besloten dient te worden dat deze rechtbank wel bevoegd is om kennis te nemen van de eis aangezien het door partijen aangewezen scheidsgerecht niet meer bestaat en de Belgische Rechtbank bevoegd is op grond van artikel 4 van de wet van 27 juni 1961;

...

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

6e KANTON – 18 JANUARI 1993

Rechter: mevr. Claesen

Advocaten: mrs. Maes en Castille

Huur – Aansprakelijkheid van de verhuurder voor de verborgen gebreken – Exoneratiebeding – Professionele verhuurder

Een professionele verhuurder die zich vrijstelt van iedere aansprakelijkheid voor de verborgen gebreken van het verhuurde goed, ontnemt iedere betekenis aan zijn verbintenis, waardoor de economie van het huurcontract wordt aangetast, wat moet doen besluiten tot de ongeldigheid van het exoneratiebeding.

B.V.B.A. T. t/ N.V. H.

Eiseres vordert betaling van 23.587 fr. met interesten en gedingkosten, als vergoeding voor schade, wegens extra plaatsingskosten en verlies van werkuren, ontstaan door panne wegens verborgen gebrek van een bij gedaagde in huur genomen voertuig.

In feite

Op 25 oktober 1991 werd tussen partijen een huurovereenkomst gesloten, waarbij gedaagde het voertuig verhuurde aan eiseres voor een periode van elf dagen voor een totale huurprijs van 20.028 fr. Bij de terugreis vanuit Frankrijk weigerde het voertuig dienst, en werd voor herstelling bij een dealer te Ecully gebracht. De zaakvoerder van eiseres moest tengevolge van dit defect en de uit te voeren herstellingswerken eerst met zijn twee medereizigers per trein naar België terugkeren, en daarna per trein weer naar Frankrijk reizen om het herstelde voertuig af te halen. Eiseres vordert terugbetaling van deze reiskosten en vergoeding voor de verloren werkuren.

In rechte

Aansprakelijkheid van gedaagde als verhuurster?

Eiseres stelt dat gedaagde, met toepassing van artikel 1721 Burgerlijk Wetboek, vrijwaring verschuldigd is voor al-

le gebreken van het verhuurde, die het gebruik ervan verhinderen.

Gedaagde verwijst naar artikel III, punt 20 van de op het huurcontract vermelde algemene huurvoorwaarden, dat bepaalt: «De huurder ontzegt zich het recht enige schadeloosstelling te eisen, hetzij voor hemzelf, hetzij voor een aanvaarde bestuurder, wegens dienstweigering van het voertuig wegens een voorval te wijten aan hetzij de staat van het voertuig of de banden, diefstal, verlies, verdwijning van voorwerpen die in of op het voertuig werden gelaten tijdens de duur van de verhuring of bij de teruggave van het voertuig aan de verhuurder.»

Terecht stelt gedaagde dat artikel 1721 van het Burgerlijk Wetboek niet van openbare orde is, en partijen er dus van kunnen afwijken, zoals zij deden in deze door eiseres aanvaarde exoneratieclausule.

Volgens eiseres vermag gedaagde echter deze clausule niet aan te voeren wat verborgen gebreken betreft, omdat zij een professionele verhuurster is, en op dit punt dezelfde verplichting heeft als de verkoper.

Inderdaad wordt door rechtspraak en rechtsleer in het algemeen de stelling onderschreven dat exoneratiebedingen de verhuurder niet ontslaan van zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken (Antwerpen, 6 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 675, met noot T. Vansweevelt, en aldaar aangehaalde rechtsleer en rechtspraak).

Terecht stelt T. Vansweevelt de vraag of een verhuurder die zich indekt voor alle mogelijke schade niet iedere betekenis aan zijn verbintenis ontnemt.

Hierdoor immers wordt inderdaad de economie van het contract aangetast, wat moet doen besluiten tot ongeldigheid van het exoneratiebeding.

In de rechtsleer wint dan ook de opvatting veld dat bij de professionele verhuurder een vermoeden van kennis van het verborgen gebrek bestaat, terwijl de rechtspraak de niet-vrijwaringsbedingen restrictief interpreteert (J.H. Herbots en C. Pauwels, «Bijzondere overeenkomsten 1982-1987», *T.P.R.*, 1989, nr. 117; *Les Nouvelles, Droit civil*, VI, I, *Le louage de choses*, nr. 674: bij analogie: «La stipulation prévoyant que le bailleur ne devra pas indemniser le locataire du dommage que lui causerait un défaut de la chose louée, n'est pas de nature à soustraire le bailleur à la résiliation du bail, si le bien ne peut servir à l'usage auquel il est destiné»).

Goede of kwade trouw van de verhuurder zijn echter niet van belang voor het bestaan, maar wel voor het bepalen van de omvang van de vergoedingsverplichting; de verhuurder te goeder trouw dient slechts de voorzienbare schade te vergoeden, de verhuurder te kwader trouw ook de onvoorzienbare (De Page, IV, nr. 629).

Bestaan van een verborgen gebrek?

De aangestelden van eiseres brachten het voertuig bij een officieel dealer, zoals blijkt uit een werkblad van de garage Pacheco te Ecully.

Aldaar werd vastgesteld dat zich een gebrek voordeed aan de versnellingsbak.

Thans stelt gedaagde dat dit gebrek het gevolg zou zijn van het rijgedrag van de huurster of van omstandigheden, vreemd aan partijen.

Gedaagde beweert dat voor het eerst in haar conclusie, en bevestigde in haar faxbericht aan eiseres van 5 november

1991 dat het herstellen van de versnellingsbak gebeurde onder waarborg.

Het feit dat nooit op enige fout van eiseres werd gewezen en dat de herstelling onder waarborg werd uitgevoerd, wijst erop dat het defect zich wel degelijk als gevolg van een verborgen gebrek voordeed.

Gedaagde is tot vergoeding van de in de gegeven omstandigheden ontstane schade gehouden.

Het bedrag der door eiseres gevorderde vergoedingen wordt niet betwist.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 juni 1993

Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Maatregel tot bewaring van recht – Onderzoek beperkt tot de ogenschijnlijke rechten van de partijen – Geen uitspraak ten gronde en geen schending van het materiële recht

Het middel van eiseres, dat tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 24 december 1991) een schending van de artt. 584 en 1039 Ger.W. aanvoert, wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat de rechter in kort geding maatregelen tot bewaring van recht kan bevelen, indien er een schijn van rechten is die het nemen van een beslissing verantwoordt;

«Dat de rechter die zich ertoe beperkt de ogenschijnlijke rechten van partijen na te gaan en te onderzoeken, zonder daarbij rechtsregels te betrekken die de voorlopige maatregel die hij beveelt niet redelijk kunnen schragen, de grenzen van zijn bevoegdheid niet overschrijdt;

«Dat een dergelijke beslissing die zich ten gronde niet uitspreekt over de rechten van de partijen, geen schending inhoudt van het materiële recht dat de rechter in zijn beoordeling betreft;

«Overwegende dat het arrest, op grond van de gegevens in feite en in rechte die in het middel zijn weergegeven, zich ertoe beperkt de ogenschijnlijke rechten van de partijen na te gaan en te zeggen dat het reglement van eiseres ogenschijnlijk een door de Grondwet of de wet niet toegelaten discriminatie invoert tussen Belgen waaraan voorlopig een einde moet worden gesteld; dat het de laatstgenoemde rechtsregels niet onredelijk in zijn beoordeling betreft.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Waûters – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaten: mrs. Nelissen Grade en De Gryse – In de zaak: V.Z.W. K. t/ M.)

NOOT – Zie S. Raes, «De toepassing van het recht door de rechter in kort geding», *R. Cass.*, 1993, 167-170.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 16 juni 1993

Wegverkeer – Kruisen – Doorgang belemmerd door tegenligger die niet voldoende rechts houdt – Verplichting te stoppen

Eiseres is met haar auto Peugeot in botsing gekomen met de auto Mazda bestuurd door een tegenligger, de medebeklaagde B. Het bestreden arrest (Hof Luik, 24 december 1992) stelt vast dat eiseres links voldoende ruimte had gelaten voor de Mazda van B., en dat B., indien zij langs de straatgoot had gereden, zonder moeilijkheden de Peugeot had kunnen kruisen, aangezien in dat geval de afstand tussen beide wagens 50-60 cm zou zijn geweest. Het arrest veroordeelt eiseres tot een geldboete omdat zij niet gestopt heeft, en verklaart haar voor een derde aansprakelijk voor het ongeval. Het middel waarin eiseres een schending van art. 15.2 Wegverkeersreglement aanvoert, wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 15.2, tweede lid, van het Wegverkeersreglement bepaalt dat 'de bestuurder, waarvan het doorrijden belemmerd wordt door een hindernis of door de aanwezigheid van andere weggebruikers, moet vertragen en, zo nodig, stoppen om de tegemoetkomende weggebruikers doorgang te verlenen';

«Overwegende dat het arrest, nu het vermeldt dat 'de beklaagde de nadering van de (door Patricia B.) bestuurde Mazda niet alleen had kunnen voorzien maar ook had kunnen zien en (eiseres), indien zij voldoende had opgelet en haar snelheid aan de omstandigheden had aangepast, noodzakelijkerwijze had moeten vaststellen dat, gezien de plaats van die wagen, kruisen onmogelijk was; dat haar verplichting om te stoppen bleef bestaan, zelfs als er theoretisch gezien voldoende ruimte was', wettig beslist dat eiseres 'bij het zien van een hindernis die haar het doorrijden belemmerde, had moeten stoppen en, zo nodig, vertragen om de tegemoetkomende weggebruikers doorgang te verlenen' en de beslissing betreffende het aan eiseres ten laste gelegde gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg naar recht verantwoordt op grond van de artikelen 418 en 420 van het Strafwetboek alsook de beslissing betreffende haar fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek.»

(Voorzitter: de h. Ghislain – Rapporteur: de h. Fischer – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Dassesse en De Bruyn – In de zaak: V. t/ B. e.a.)

Hof van Cassatie (Ver. Kamers), 29 juni 1993

Raad van State – Afdeling administratie – Cassatieberoep – Termijn

Eisers cassatieberoepen tegen een op 9 juni 1992 door de Raad van State gewezen arrest worden om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat de voorziening tegen een arrest van de Raad van State, krachtens artikel 1 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot vaststelling van de formaliteiten en de termijnen inzake cassatieberoep tegen de arresten van de Raad van State, moet worden ingesteld binnen dertig dagen te rekenen van de dag waarop het arrest van de Raad van State aan de belanghebbende partijen schriftelijk ter kennis is gebracht, de termijn geschorst zijnde gedurende de gerechtelijke vakantie;

«Overwegende dat het bestreden arrest aan eiser op 8 juli 1992 schriftelijk ter kennis werd gebracht, zodat de voorzieningen, betekend op 29 oktober 1992 en 16 december 1992

en ontvangen ter griffie van het Hof op 6 november 1992 en 23 december 1992 laattijdig, mitsdien niet ontvankelijk zijn.»

(Voorzitter : de h. Stranard, eerste voorzitter — Rapporteur : de h. Forrier — Openbaar ministerie : de h. De Swaef — In de zaak : D. t/ Gouverneur van West-Vlaanderen e.a.)

KANTTEKENINGEN

De werking van de Raad van State

Ter gelegenheid van de installatie van de kamervoorzitters W. Deroover en J. Vermeire tijdens de plechtige openbare vergadering van de Raad van State op 28 september 1993 heeft voorzitter Baeteman de navolgende beschouwingen gewijd aan de werking van de Raad van State, meer bepaald aan het administratief kort geding.

In de afdeling wetgeving is het werktempo aanzienlijk gestegen om verschillende redenen. In de regel is het advies van de afdeling verplicht geworden : de vroegere mogelijkheid om daaraan te ontsnappen door het aanvoeren van de dringende noodzakelijkheid is voor de wetsontwerpen grotendeels verdwenen. De vermeerdering van het aantal wetgevers heeft het aantal vragen om adviezen evenredig doen toenemen. Het wetgevend interventionisme neemt eveneens met de dag toe, terwijl de kwaliteit van de voorgelegde teksten daalt. Elke minister meent daarenboven dat zijn ontwerpen de belangrijkste en de meest dringende zijn. Daarbij komt dat het advies van de afdeling wetgeving dikwijls niet meer wordt gevraagd omdat het kan bijdragen tot een verbetering van de teksten met het oog op een goede toepassing in het belang van de burger, maar eenvoudig omdat het wettelijk gevraagd moet worden. Vandaar de stijging van het aantal adviezen gevraagd binnen drie dagen : in het gerechtelijk jaar 1992-1993, 33% van de zaken ; in 1991-1992, 29%. De normale afwikkeling van de gewone zaken wordt daardoor verstoord, de kwaliteit en de volledigheid van de adviezen wordt bedreigd. Zeker, er zijn echte gevallen van urgentie, maar geldt niet veeleer het geveugeld adagium : «Il n'y a pas d'urgence, il n'y a que des gens en retard»? Hoe dan ook, de misbruiken nemen van dag tot dag toe. De voorbeelden zijn legio, maar ik geef er toch enkele : een minister vraagt advies binnen drie dagen en neemt het besluit in kwestie jaren nadien ; een advies vragen binnen drie dagen over een nieuw ambtenarenstatuut waarvan het opstellen maanden gevegd heeft, is niets meer of minder dan annulatieberoepen inbouwen. Geen advies vragen over teksten zoals m.b.t. Vlarems de latere strengheid van de annulatierechter uitlokken.

Tegen die uitwassen reageren is wel moeilijk. Onze algemene beveiligingsformule maakt blijkbaar geen indruk meer, evenmin als de afzonderlijke nochtans strenge individuele reacties van onze Eerste Voorzitter. Misschien moet een stap verder gezet worden : in gevallen van duidelijke misbruiken of waar het onredelijke van de vraag kennelijk voorhanden is, zou dit gegeven naast de afschermingsformule, onderstreept kunnen worden in de preambule. Een ander afweermiddel zal wellicht het in het vooruitzicht gestelde jaarverslag bieden : de begeleidende commentaar van de statistieken zal het algemeen beleid in dezen kunnen beïnvloeden.

In de afdeling administratie is de toestand misschien nog slechter, zij het dat daar, naar mijn gevoelen, een eigen reactie mogelijk is. Het aantal beroepen stijgt (vanaf 1 september 1992 tot en met 31 augustus 1993, 5359 ingekomen zaken, waaronder 3227 vorderingen i.v.m. administratief kort geding, 921 N en 2306 F). Dit is een algemeen verschijnsel in een rechtsstaat, zeker wanneer het aantal en de ingewikkeldheid van de rechtsregels toeneemt. De Raad van State krijgt meer en meer bekendheid bij de rechtzoekende en zijn actieterrein wordt steeds maar uitgebreid. In de loop der jaren ontstond geleidelijk, mede door zekere ongelukkige gebeurtenissen en beslissingen, een belangrijke achterstand. Daarom ook werd de Raad uitgebreid. Zo kon eraan gedacht worden die achterstand geleidelijk in te halen, maar toen werd eerst het kort geding in vreemdelingenzaken ingesteld en daarna de algemene

kortgedingbevoegdheid. Deze laatste bevoegdheid heeft niet alleen door haar onmiddellijke effectiviteit maar ook door het perspectief van een snelle oplossing van het bodemgeschil in geval van schorsing geleid tot een duidelijke toename van het aantal zaken in het algemeen, met in meer dan een derde van de zaken vorderingen tot schorsing. Dit is o.m. het geval in zaken van benoemingen of bevorderingen, m.b.t. tuchtmaatregelen, maar vooral in zaken van ruimtelijke ordening en milieu, waar zo belangrijke vermogens- en maatschappelijke belangen bij betrokken zijn. De toestand in de VIIe kamer die met deze soort zaken belast is, is, ondanks alle tot nu toe genomen maatregelen, zo dat ze, behoudens fundamentele veranderingen, er wellicht niet toe kan komen de zaken waarin een schorsing bevolen werd, ten gronde te behandelen, laat staan de gewone zaken af te handelen of de achterstand in te halen.

Nu wil ik enkele bedenkingen wijden aan die fundamentele veranderingen die volgens mij doorgevoerd moeten worden in de kortgedingsrechtpraak. Tijdens een installatievergadering van auditoren heb ik een oproep gedaan tot een effectieve medewerking van het auditoraat in het voorafgaande onderzoek van de schorsingsvorderingen : deze oproep heeft mede door de inzet van de nieuwe adjunct-auditeur-generaal over het algemeen «gunstige» resultaten opgeleverd.

Ik meen dat een stap verder moet worden gezet. In de eerste plaats moet bedacht worden dat de schorsingsprocedure haar beslag krijgt in *kort geding*. Het woord heeft een duidelijke betekenis : niet alleen binnen een korte termijn, maar ook via de vereenvoudigde procedure en uiteraard ook in een korte beslissing. Bij de gewone rechter, die nota bene alleen zit, is het kort geding veelal gebonden aan het spoedeisend karakter van te nemen maatregelen, wat een feitelijke appreciatie inhoudt.

Op het eerste gezicht lijkt dat voor de Raad van State anders te liggen : de schorsing kan luidens het bekende artikel 17, § 2, bevolen worden wanneer *ernstige middelen* worden aangevoerd die de vernietiging kunnen verantwoorden en wanneer de onmiddellijke tenuitvoerlegging een moeilijk te herstellen ernstig *nadeel* kan berokkenen. De tweede voorwaarde schijnt geen bijzondere moeilijkheden te veroorzaken : ze komt in de regel neer op een feitelijke appreciatie.

De volgende fundamentele overwegingen tonen aan dat het wellicht zoals voor de gewone rechter die richting uit moet wat de eerste voorwaarde betreft, de ernstige middelen.

1. Omdat de schorsing een uitzonderingsprocedure t.a.v. de principiële uitvoerbaarheid van overheidsbeslissingen is, die binnen een toch beperkte tijdspanne wordt afgewikkeld, en die tot een zwaarwegende beslissing, de schorsing leidt, moet ze uitzonderlijk, dus beperkend beoordeeld en uitgevoerd worden.

2. Terecht zegt de rechtspraak dat ernstige middelen zijn «middelen die op *het eerste gezicht*, gelet op de omstandigheden van de zaak, ontvankelijk en gegrond *kunnen* zijn en bijgevolg tot de vernietiging van de bestreden handeling *kunnen* leiden». Uit die omschrijving volgt echter niet dat dit onderzoek van het ernstig karakter zodanig moet zijn dat het eigenlijk een onderzoek ten gronde wordt of nog dat elk achteraf gegrond bevonden middel meteen een ernstig middel wordt.

3. Uit de grondopvatting van het kort geding en uit de omschrijving van de specifieke bevoegdheidsomschrijving van de Raad volgt dat de verzoeker en de verwerende partij niet alleen het ernstig karakter van de aangevoerde middelen moeten omschrijven maar dat ze de ernst ervan moeten aantonen in rechte en in feite. De partijen moeten wetteksten, de interpretatie en de toepasselijkheid ervan op de bestreden handeling aantonen : die aangebrachte en bewezen gegevens staan ter beoordeling van de Raad, die aldus niet *zelf* het onderzoek, de opzoeken in rechte en in feite moet doen voor de partijen. De gegrondheid moet immers op het eerste gezicht, voor de hand liggend, duidelijk en klaar zijn en blijken uit de gegevens die de partijen aanbrengen. Zulks wordt bevestigd door de korte beoordelingstijd die de Raad toebedeeld wordt.

4. Zo gezien wordt de beoordeling van het ernstig karakter van de middelen, mede gelet op de beslechting in kort geding en in acht genomen het uitzonderingskarakter van de schorsingsbeslissing, enkel een beoordeling in rechte uitgaande van een ogenschijnlijk recht of van de ogenschijnlijke schending ervan, een beoordeling naar redelijkheid en in feite, en dus moet een soevereine, korte beslissing volstaan : door de beoordeling van de middelen van het verzoekschrift, van de antwoordnota en van het dossier, moet de Raad *pri-*

ma facie en in redelijkheid overtuigd worden van de noodzaak onmiddellijk te schorsen. Is er enige twijfel, dan wordt de uitzonderingsmaatregel die de schorsing is, afgewezen.

5. Er is een procedureel gegeven in dezelfde richting, waarmee rekening moet worden gehouden: de vordering tot schorsing wordt luidens art. 17, § 3, door een afzonderlijke akte ingesteld die gescheiden is van het verzoekschrift tot nietigverklaring. Terecht heeft de rechtspraak daaruit afgeleid dat een eenvoudige verwijzing naar de middelen in het verzoekschrift m.b.t. het bodemgeschil niet kan. Dit gegeven onderstreept dat er ernstige middelen zijn en dat andere middelen in het bodemgeschil aangevoerd kunnen worden en dat het om onderscheiden procedures gaat.

Naar mijn gevoelen kan het niet dat de Raad in een schorsingsvordering, drie, vier, acht, tien, zeventien *ernstige* middelen moet onderzoeken. Nogmaals: een gegrond middel, een middel dat gegrond bevonden zal worden na lang, afgewogen onderzoek, is daarom niet meteen een ernstig middel in de zin van artikel 17, § 2. De eenvoudige soevereine vaststelling in redelijkheid dat een middel niet *prima facie* ernstig is, volstaat dan ook om het in de schorsingsvordering als niet-ernstig te verwerpen.

G. Baeteman

BOEKEN

J. HERMANC en W. VAN EECKHOUTTE, **Atypische vormen van tewerkstelling**, in *Sociale Praktijkstudies 2*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 112 pp.

Prof. Van Eeckhoutte van de U.G. en Jan Herman, rechter in de Arbeidsrechtbank te Gent, schreven in de reeks Sociale Praktijkstudies nr. 2 een bijzonder boeiend boek over atypische vormen van tewerkstelling, vanuit zowel arbeidsrechtelijk als sociaal-zekerheidsrechtelijk oogpunt. Ze geven niet alleen een zeer scherpzinnige commentaar op het positieve recht, maar ronden het opstel af met een persoonlijke evaluatie van de onderzochte tewerkstellingsvormen.

Bestudeerd worden achtereenvolgens o.m. de huisarbeid (waar het Hof van Cassatie de stellingen van de auteurs niet heeft gevolgd: Cass., 30 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 851), de deeltijdse arbeid, de schijnwerknemers, de werkende vennoten, de bestuurders van vennootschappen.

Van bijzonder belang zijn m.i. de uiteenzettingen van de auteurs betreffende de oproepcontracten, de managementsvennootschap en de bestrijding van de schijnzelfstandigen.

Warm aanbevolen lectuur.

W. Rauws

G. VAN HECKE, «Par in parem non habet imperium» in: *Academiae Analecta, Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België*, Klasse der Letteren, jg. 54, 1992, nr. 1, pp. 27-39.

Prof. Van Hecke beschreef in een bevattelijk essay de essentie van de problematiek van de immuniteit van staten, en van gezagdragers.

Hij geeft daarvoor in de eerste plaats de historische grondslag aan, door terug te gaan tot het adagium dat de titel van zijn betoog vormt.

De juridische immuniteit wordt dan in zijn ontwikkeling gesitueerd. Verderop en daarnaast is dan sprake van de immuniteit van executie.

De vrijwaring van gerechtelijke vervolging, van onderwerping van de soeverein aan het oordeel van de rechters kende een langzame groei. Vanuit de acceptatie van die notie van immuniteit voor de staat en, door vereenzelviging daarmee, ook de immuniteit van de vorst, evolueerde men stapsgewijze naar de immuniteit van gezanten, dan naar die van consuls (weliswaar met meer terughoudend-

heid) tot de immuniteit van organisaties van internationale autoriteiten en vandaar uiteindelijk naar de immuniteit voor de ambtenaren van organisaties.

Met betrekking tot de immuniteit van staten wordt op fraaie wijze geïllustreerd hoe het ontstaan van de economische activiteit van de staat twijfels opriep en hoe het onderscheid opgang maakte tussen de handelingen als soeverein (*iure imperii*) enerzijds en als handelaar (activiteiten die een particulier had kunnen ondernemen – (*iure gestionis*) anderzijds. Voor dat onderscheid rijst de vraag, of het al tot gewoonterechtelijk volkenrecht is geworden. Wij lezen daaromtrent dat het concept van een beperking van de staatsimmuniteit tot de handelingen *iure imperii* verricht, goed geaccepteerd is.

Belangrijke praktische vragen rond die indeling worden kort besproken, nl. de afbakening onder de twee categorieën van handelingen, het maken van een onderscheid met de vooral Amerikaanse leer van de «Act of State» (de niet-beoordeling door rechters van de volkenrechtelijke geldigheid van overheidshandelingen in een geschil tussen particulieren) en de moeilijkheid van het beoordelen van de overheidshandeling vanuit het nagestreefde doel of vanuit het gebruikte middel.

Het onderscheid tussen de terreinen van het imperium van de staat en van de private transacties wordt niet, of nog niet gemaakt voor de gezanten. Deze genieten voorlopig de ruime immuniteit, mede voor de privaatrechtelijke handelingen, althans voor zover zij ze hebben verricht met het oog op de waarneming van hun officiële werkzaamheden.

Ook t.a.v. internationale organisaties is de *distinctio* nog niet ingeburgerd, zodat ook te dien aanzien derden-particulieren nog op een immuniteit kunnen stoten in geval van een privé-rechtsrelatie.

Wat betreft de vrijwaring tegen de greep van de deurwaarder (executie-immuniteit) wordt met een Belgische casus geïllustreerd hoe de immuniteit nog absoluut is voor goederen van de staat. Professor Van Hecke geeft aan, dat hier een ontwikkeling gaande is, m.n. al verwezenlijkt in de Amerikaanse en in de Duitse, Nederlandse en Engelse praktijk, in die zin dat inbeslagname van goederen mogelijk wordt wanneer de goederen bestemd zijn voor een privaatrechtelijk doel.

Zo plaatst de schrijver het geheel op de lijn van een ontwikkeling naar uitstraling van de immuniteit over diverse groepen en tegelijk van inkrimping door middel van een verfijning die hijzelf als gepast beoordeelt. Hij geeft om die reden zijn steun aan een wetsvoorstel van senator Cerexhe dat de immuniteit van beslagbare goederen zou beperken zoals dat bij onze buurlanden al het geval is.

J. Erauw (U. Gent)

N. HENDRICKX, TH. JANSSENS, D. VAN STAPPEN en J. VERLAET, **Personenbelasting**, Diegem, Ced. Samsom, 1993, 402 pp.

G. POPPE, **Vennootschapsbelasting**, Diegem, Ced. Samsom, 1993, 258 pp.

Bij de uitgeverij Ced. Samsom verschenen onlangs twee handige boekjes over de personen- en de vennootschapsbelasting. Gezien het pocketformaat ligt het accent vanzelfsprekend op het verstrekken van een bondig overzicht van de desbetreffende belastingstelsels, zonder verdere wetenschappelijke ambitie. De grootste beperking ligt ongetwijfeld in het ontbreken van concrete verwijzingen naar rechtspraak en doctrine. In het boekje over de vennootschapsbelasting wordt daaraan wel gedeeltelijk tegemoetgekomen door de opname van een algemene literatuurlijst per behandeld onderwerp. Als instrument voor eerstelijnsinformatie of -advies bewijzen beide pocketers zeker hun nut.

Zo volgt het boekje over de personenbelasting nauwgezet de structuur van het W.I.B. 1992, wat de raadpleging zeer eenvoudig maakt. Praktisch is ook de stoffering met tal van cijfervoorbeelden en de weergave van de administratieve commentaar waar zulks nuttig is. Bepaalde items die voor niet-ingewijden in de fiscaliteit vaak onoverkomelijk complex lijken, worden op overzichtelijke wijze beschreven. De behandeling van andere onderwerpen is, gelet op het compacte karakter van het werk, noodzakelijkerwijze zeer summier gebleven. Zo wordt bij de bespreking van de belasting op de ondernemingswinst wel in het algemeen verwezen naar de waarde-

ringsregels van de boekhoudwetgeving, maar daarop wordt niet nader ingegaan.

Het boekje over de vennootschapsbelasting behandelt achtereenvolgens de onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting, de belastbare winst, de berekening van de belasting en de bijzondere stelsels, waaronder de reorganisatie van vennootschappen en de internationale verrichtingen. Opnieuw betreft het een beknopte, doch overzichtelijke uiteenzetting.

Beide pockets worden afgesloten met een hoofdstuk over de relatie met de fiscale administratie, waarin kort de fiscale procedure wordt geschetst, gaande van de aangifte, over de aanslag- en bezwaarprocedure tot en met de invordering.

S. Huysman

R. DE VALKENEER en J.L. LEDOUX (red.), **La comptabilité notariale**, Bruylant, Brussel, 1993, 394 pp.

1. Het voorliggende boek is geen handboek inzake notariële boekhouding. Het betreft een bundel, met de rapporten van een studiedag met als thema diverse actuele aspecten van de notariële boekhouding.

De bundel bevat de volgende rapporten: Brohée P.E., «Spécificité de la comptabilité notariale»; Lietar R., «Le contrôle comptable: buts et effets»; Claes, M., «La profession d'expert-comptable»; Eeckhout R., «Les réviseurs d'entreprises»; Debrabant B., e.a., «La comptabilité notariale et son contrôle en France»; Dechamps Y., e.a., «La société civile professionnelle de notaire et la comptabilité notariale»; Van den Eynde, P., e.a., «Les effets juridiques de l'individualisation en droit belge et en droit comparé»; Ledoux J.L., «Ouverture de crédit – Unicité de comptes – compensation»; Detaille F., «Balances – Bilans – Résultats – Comptes annuels»; Moreau A., «Plan comptable notarial»; Levie E., «La Sécurité notariale»; Matagne M.C., «Aspect pénal de la comptabilité notariale»; Fagnart J.L., «La responsabilité des organes de contrôle».

2. De bundel is belangwekkend omdat verscheidene, zowel oude als nieuwe, aspecten van de notariële boekhouding grondig worden uitgediept.

Een nieuw aspect betreft bijvoorbeeld de verschillen inzake boekhoudkundige verplichtingen tussen de notarissen die het notarisberoep zelfstandig uitoefenen, en de notarissen die hun beroep in het kader van een professionele vennootschap uitoefenen. De laatstvermelde notarissen dienen ook de boekhoudkundige voorschriften voor vennootschappen na te leven, naast de voorschriften voortvloeiende uit de notariële wetgeving (zie o.a. pp. 11 en 166). Deze verschillen tussen beide categorieën van notarissen komen ook tot uiting bij de straffen op vervalsing van de boekhouding (zie o.a. pp. 367-370).

Enkele oude aspecten betreffen bijvoorbeeld: het feit dat de notariële voorschriften specifiek het toezicht op de notariële boekhouding regelen, maar niet het voeren van de boekhouding zelf; de grote verschillen, per gerechtelijk arrondissement, inzake het voeren van de boekhouding, o.a. wegens de verschillen inzake de voorschriften van de onderscheiden tuchtkamers, of wegens de afwezigheid van dergelijke voorschriften in enkele arrondissementen...; de natuur van de gerubriceerde rekeningen (pp. 199-228); het afzien van de eenheid van rekeningen (pp. 237-240).

3. Het laatste rapport van J.L. Fagnart is ook belangwekkend. Hij gaat in op de vragen inzake de aansprakelijkheid én van de personen belast met het toezicht op de boekhouding van de notarissen én van de kamers der notarissen belast met de organisatie van dit toezicht. Gelet op mogelijke fouten in dit verband, wijst de auteur ook op de aspecten van de dekking in dezen door een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid én voor de kamers der notarissen, en voor de personen belast met het toezicht op de notariële boekhouding.

Carl De Busschere

L. DEKLERCK, R. FORESTINI en Ph. MEUREE, **Manuel pratique d'impôt des sociétés**, Brussel, De Boeck-Wesmael, 1993, 283 pp.

Van de *Manuel pratique d'impôt des sociétés* verscheen zopas een tweede aangepaste editie. Het betreft een elementair overzicht van de vennootschapsbelasting, klaarblijkelijk hoofdzakelijk bedoeld als handleiding voor studenten van het buitenuniversitair onderwijs. De heldere en eenvoudige uiteenzetting maakt het handboek ook uitermate geschikt voor al wie geïnteresseerd is in een eerste kennismaking met de ingewikkelde materie van de vennootschapsbelasting.

Het eerste deel van het boek bevat, naast een omschrijving van de relevante fiscale basisbegrippen, een overzicht van de samenstelling van de belastbare grondslag, benaderd als de resultante van opbrengsten en kosten. Dit onderdeel is gestoffeerd met eenvoudige cijfervoorbeelden en met voorbeelden inzake boekhoudkundige verwerking. Het tweede deel omschrijft de technische winstbepaling, uitgaande van de fiscale aangifte. Het bevat tevens een uitgewerkt cijfervoorbeeld van de berekening van de vennootschapsbelasting. Het geheel wordt afgesloten met modellen van het aangifteformulier aanslagjaar 1993 en de bijlagen bij de aangifte.

S. Huysman

MEDEDELINGEN

Naar een humaner familieprocesrecht

Op 15 oktober 1993 werd in het College de Valk te Leuven een colloquium georganiseerd als afronding van een F.K.F.O. – onderzoeksproject onder leiding van prof. J. Gerlo (U. Gent) en prof. P. Senaeve (K.U.Leuven) met als thema «Naar een humaner familieprocesrecht. Voorstellen tot uniformisering en versoepeling van bevoegdheids- en procedureregels».

In zijn inleidende toespraak lichtte prof. Gerlo de keuze van het thema en de doeleinden van het project toe. Het algemene oogmerk bestond erin na te gaan hoe de burger dichter bij het (ge)recht gebracht kan worden door het familieprocesrecht overzichtelijker, humaner, emancipatoir en eenvoudiger te maken. Vervolgens gaf hij een overzicht van de drie thema's waarvoor het project opgebouwd is:

- overzichtelijker procedureregels;
- eenvormiger bevoegdheidsregels;
- verbetering van de rechtspositie van onbekwamen.

Bij dit onderzoek werd telkens gestart met een systematische analyse van het actuele Belgische recht. Aansluitend hierbij werd een rechtsvergelijkend onderzoek van het familieprocesrecht uitgevoerd en werden interviews afgenomen met bevoegde getuigen op het vlak van het familieprocesrecht.

De heer Jan Mellaerts bracht een boeiende uiteenzetting over de uniformisering en humanisering van de gedinginleiding en het procesverloop in familiezaken. Hij analyseerde het actuele familieprocesrecht en gaf dan telkens een voorstel tot hervorming. De procesregels zijn thans verspreid over het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek en bijzondere wetten zodat de huidige rechtspleging zeer onoverzichtelijk is. Dhr. Mellaerts pleitte er voor om alle procesregels over te hevelen naar het Gerechtelijk Wetboek zoals in de ons omringende landen het geval is. Verder betreurde hij dat de rechtspleging gekenmerkt wordt door een ingewikkeld karakter. Dhr. Mellaerts opteerde allereerst voor een veralgemening van het verzoekschrift als instrument van gedinginleiding in plaats van het dagvaardingsexploot. Een veralgemeend gebruik van het verzoekschrift dient uiteraard gepaard te gaan met een aantal bijkomende maatregelen teneinde de verwerende partij processueel te beschermen. Vervolgens belichtte dhr. Mellaerts de eigenlijke procedure. Hij stelde geen totale verandering voor, maar nam het gemeenschappelijke procesrecht als uitgangspunt waarop een aantal belangrijke correcties worden aangebracht teneinde de eigenheid van het familieprocesrecht te beklemtonen. Verder werd aandacht besteed aan de revalorisatie van de facultatieve verzoeningspoging,

mits met een aanpassing van bepaalde gemeenrechtelijke regels zoals bijvoorbeeld de verplichte persoonlijke verschijning in raadkamer. Aldus zou de mogelijkheid geschapen worden tot een gesprek dat tot een oplossing kan leiden.

Mevrouw Bettina Poelemans behandelde vervolgens de uniformisering van de regels van bevoegdheid in familiezaken. Zowel in België als in de ons omringende landen is er een enorme bevoegdheidsversnippering. De verspreiding over de verschillende rechtscolleges van de volstreekte bevoegdheid inzake familierechtelijke procedures is niet alleen ingewikkeld, onlogisch en inefficiënt, maar leidt ook tot bevoegdheidsconflicten en tegenstrijdige beslissingen. Mevrouw Poelemans pleitte dan ook voor een concentratie van alle familiale geschillen bij één rechterlijke instantie. Bij het oprichten van een familierechtbank rijst de vraag of deze rechtbank dient opgericht te worden op het niveau van het kanton of op het niveau van het arrondissement. Mevrouw Poelemans verdedigde de stelling dat het wenselijk is een familierechtbank uit te bouwen op het niveau van het arrondissement. Kantonnale rechtspraak in echtscheidingszaken, afstammingszaken en zaken in verband met jeugdbescherming leek haar niet verdedigbaar. De oprichting van een «arrondissementsale» familierechtbank zal trouwens minder ingrijpen de hervormingen met zich meebrengen. Het voorzien in een sociale dienst en in de aanwezigheid van een parket zal eenvoudiger te verwezenlijken zijn. Naast de familiale bevoegdheden die thans aan de vrederechter toekomen, dienen tevens alle familiale bevoegdheden van de burgerlijke rechtbank van eerste aanleg, de bevoegdheden van de jeugdrechtbank en de huidige bevoegdheden van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in familiezaken overgeheveld te worden naar de familierechtbank. Aangezien de rechtzoekende niet zal aanvaarden dat de familierechter ook strafrechter wordt, pleitte mevrouw Poelemans ervoor om geen bevoegdheden op strafrechtelijk gebied over te dragen aan de familierechtbank.

Ten slotte besprak Els De Groote de humanisering van de rechtspositie van beschermde meerderjarigen en van minderjarigen in familiale procedures. Mevrouw De Groote betreurde dat bepaalde meerderjarige onbekwamen en niet-ontvoogde minderjarigen niet zelf in rechte kunnen optreden wegens de principiële procesonbekwaamheid en dat de vertegenwoordiging uitgesloten wordt geacht zodat de strikt persoonlijke rechten, waarvan zij als rechtssubject houder zijn, niet kunnen worden uitgeoefend, noch in rechte geëffectueerd of afgedwongen. Tegenover deze situatie staat de stijgende noodzaak tot humanisering van de procespositie van de minderjarige. Mevrouw De Groote formuleerde dan ook een voorstel tot hervorming met betrekking tot de procesrechtelijke positie in persoonsgebonden aangelegenheden, waarbij een onderscheid gemaakt werd tussen enerzijds de rechtspositie van de beschermde meerderjarigen en anderzijds van de minderjarigen. Met betrekking tot de beschermde meerderjarigen (verlengd minderjarigen en gerechtelijk onbekwaamverklaarden) geldt als algemeen beginsel het verbod van vertegenwoordiging in strikt persoonlijke materies, zowel voor de handelingsbekwaamheid als voor de procesbekwaamheid. Mevrouw De Groote opteerde voor het principe dat een persoon die voldoende onderscheidingsvermogen bezit, zelf het initiatief tot het instellen van een persoonlijke vordering moet kunnen nemen. Ontbreekt het onderscheidingsvermogen, dan moet de vertegenwoordiging mogelijk zijn. Met betrekking tot de proces(on)bekwaamheid en hoorrecht van de minderjarigen in familierechtelijke procedures werd de principiële onbekwaamheid zelf ter discussie gesteld. Minderjarigen met onderscheidingsvermogen zijn namelijk feitelijk in staat om persoonlijk in rechte te ageren. Mevrouw De Groote pleitte ervoor om de minderjarige, zodra hij het nodige onderscheidingsvermogen heeft, persoonlijk in een procedure betreffende een persoonsgebonden aangelegenheid te laten optreden. Ingeval de minderjarige tegen zijn ouders wenst op te treden stelde mevrouw De Groote voor dat het kind zich vanaf twaalf jaar persoonlijk tot de rechter kan wenden om een beslissing van zijn ouders te laten toetsen. Inzake procedures waarin het kind geen partij is, maar waarin een beslissing betreffende de persoon van de minderjarige wordt genomen, zou de minderjarige gehoord moeten worden. M.b.t. minderjarigen die de leeftijd van twaalf bereikt hebben, werd in het voorstel geopteerd voor het verplicht horen van het kind, zoals in de ons omringende landen. Ten slotte verdedigde mevrouw De Groote de stelling dat minderjarigen jonger dan twaalf jaar steeds facultatief gehoord kunnen worden op verzoek van de rechter, van het kind zelf of van een vertegenwoordiger.

Tussen de diverse uiteenzettingen werd gelegenheid geboden tot discussie en debat. Daarbij bleek duidelijk dat volgens sommige politici, magistraten en advocaten de rol van de rechter suppletief moet blijven en dat de burger zelf het proces moet blijven leiden. Verder werd er in de eerste discussieronde op gewezen dat in een aantal omstandigheden het voorstel van dhr. Mellaerts om het verzoekschrift te veralgemenen niet haalbaar is. Wegens de rechtszekerheid zou in een aantal gevallen beter geopteerd worden voor het deurwaardersexploot.

Tijdens de tweede discussieronde werd kritiek geuit op het voorstel van mevrouw Poelemans tot oprichting van één «arrondissementale» familierechtbank. Volgens sommige deelnemers moeten de familiale bevoegdheden van de vrederechters behouden blijven, wegens de grote toegankelijkheid op de griffie en bij de rechter, wegens het feit dat veel procedures zonder advocaat ingeleid kunnen worden en wegens de ervaring van de vrederechters. Andere deelnemers hadden bezwaar tegen het feit dat er slechts één rechter zou optreden in alle familiale aangelegenheden op grond van de bescherming van de privacy. Bovendien schuilt hier het gevaar dat specialisatie vaak leidt tot verstarring.

Tijdens de derde discussieronde bleek dat nagenoeg alle deelnemers het eens waren met het voorstel van mevrouw De Groote dat het kind zelf gehoord moet worden. Over de concrete invulling van dit hoorrecht liepen de opvattingen echter uiteen. Bovendien stonden verschillende deelnemers sceptisch ten aanzien van het invoeren van een leeftijdsgrens ter bepaling van het onderscheidingsvermogen.

In zijn slotbeschouwingen lanceerde prof. P. Senaev als denkspoor een nog veel radicaler voorstel: afschaffing van de burgerlijke rechtbank met overheveling van alle familiezaken naar een tot familierechtbank hervormde jeugdrechtbank en van alle andere burgerlijke zaken naar de vrederechter, die aldus een compensatie zou vinden voor het verlies van zijn familiale bevoegdheden.

Een verslag van het volledige onderzoeksproject verschijnt over enkele maanden bij de uitgeverij Acco te Leuven.

Karine Tobback

Grotius opleiding «Europees en Nederlands Mededingingsrecht»

De Stichting Grotius Academie organiseert van april tot november 1994 een specialisatie-opleiding «Europees en Nederlands Mededingingsrecht».

Inschrijvingen: Stichting Grotius Academie, Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs, Bureau Opleidingen Juridische Faculteit KUN, Postbus 10520, 6500 MB Nijmegen (tel. 080/61.24.92; fax: 080/61.59.49).

Studiedag over de wijziging van de wet op de jeugdbescherming

Op donderdag 3 februari 1994 wordt aan de rechtsfaculteit van de K.U.L. (prof. P. Senaev en prof. J. Peeters), m.m.v. de Unie van Nederlandstalige jeugdmagistraten, een studiedag gehouden over de nakende wijziging van de wet op de jeugdbescherming.

Volgende sprekerbeurten zijn hierbij gepland:

- evolutie van het jeugdbeschermingsrecht gedurende de laatste jaren: stand van zaken inzake bevoegdheidsverdeling;
- delinquente jongeren en meerderjarigheid;
- rechten van de verdediging inzake jeugdbeschermingsmaatregelen t.a.v. de minderjarige;
- wijziging van art. 53 Jeugdbeschermingswet ingevolge het arrest-Bouamar;
- de procedure voor de Jeugdrechtbank in burgerlijke zaken en de invoering van een hoorplicht van minderjarigen vanaf 12 jaar;
- de gerechtelijke jeugdbescherming in de gecoördineerde decreten van de Vlaamse gemeenschap van 4 april 1990;
- de rechtsplegingsregels inzake toepassing van de gecoördineerde decreten van de Vlaamse Gemeenschap.

Inschrijvingen: K.U.L., Faculteit Rechtsgeleerdheid, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.05; fax: 016/28.52.75).