

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

WALTER VAN GERVEN, **Creatieve rechtspraak**

209

Rechtspraak

1. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Beslag – Niet voor beslag vatbare goederen – Geneeskundige verstrekkingen ten laste van de ziekte- en invaliditeitsverzekering – Verstrekkingen rechtstreeks aan de zorgverstreker betaald – Beslagbaarheid – **2. Geneeskundige verzorging en uitkeringen** – Geneeskundige verstrekkingen – Rechtstreekse betaling aan zorgverstreker – Beslagbaarheid Arbitragehof, 13 november 1996 (*met noot*) 223

Arbeidsongeval – Oorzaak – Vermoeden – Letsel – Plotse linge gebeurtenis – Mogelijkheid – Zekerheid Cass., 6 mei 1996 224

Taalgebruik – In gerechtszaken – Vonnissen en arresten – Adres van de partijen – Vermelding Cass., 14 november 1996 225

Wegen – 1. Buurtweg – Vermelding in atlas der buurtwegen – Breedte – 2. Openbare erfdienstbaarheid van overgang – Gemeente – Verkrijging door verjaring Cass., 29 november 1996 (*met noot*) 225

Europese Unie – Nog niet in het nationale recht omgezette richtlijn – Interpretatie van het nationale recht Cass., 2 december 1996 226

1. Bescherming van het loon – Loon – Begrip – Werkman – Arbeidsongeschiktheid – Gewaarborgd loon – **2. Sociale zekerheid** – Werknemers – Bijdragen – Loon – Aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid – Begrip – Werkman – Arbeidsongeschiktheid – Gewaarborgd loon – Carensdag – Vergoeding krachtens C.A.O. Cass., 24 maart 1997 227

Belasting – Gemeentelijke belastingen – Annualiteits- en non-retroactiviteitsbeginsel Hof Gent, 16 januari 1997 228

Handelszaak – Pand – Vervreemding verpande goederen – Volgrecht – Beslag door pandhouder – Revindicatie – Bevoegdheid Hof Antwerpen, 16 april 1997 229

Milieurecht – Afvalwater – Overmacht Corr. Ieper, 14 april 1995 (*met noot van A. Vandeplass, «Milieuvontreiniging en objectivering van onachtzaamheid»*) 230

Wegverkeer – Ademtest – Alcoholintoxicatie Corr. Turnhout, 4 januari 1996 (*met noot van E. Desmedt, «De vaststelling van de alcoholintoxicatie via de ademanalyse»*) 230

Burgerlijke rechtspleging – Gerechtskosten – Disproportie gerechtskosten en waarde van het geschil – Houding van de eiser Vred. Roeselare, 14 november 1996 233

Rechtspraak in kort bestek

Gewijsde (Rechterlijk) – Vonnissen dat uitspraak doet over oud art. 1463 B.W. – Geen uitspraak over de staat van de persoon – Slechts gezag van gewijsde voor partijen in het geding 234

Gemeentebelasting – Bedrag van ten minste 10.000 fr. – Beslissing van de bestendige deputatie – Hoger beroep van belastingplichtige – Vorm – Betekening aan de bestendige deputatie niet vereist Cass., 17 januari 1997 234

Erfrecht – Wet van 29 augustus 1988 op de erfregeling inzake landbouwbedrijven – Niet toepasselijk op nalatenschappen opgevallen vóór de inwerkingtreding van deze wet Cass., 30 januari 1997 235

Kanttekening

Dan toch goed nieuws voor de Verdragen van Brussel en Lugano (Bertel De Grootte) 235

Boeken

C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), Strafrecht. Tekst & commentaar (*door Steven Van Overbeke*) 236

H. Vuye, P. Wery, J. Kokelenberg en F. Van Neste (red.), Eigendom-Propriété (*door Steven Snaet*) 236

P.J.A. van Panhuis, De psychiatrische patiënt in de TBS van kwaad tot erger. Een forensisch psychiatrische studie (*door Joris Luyckx*) 237

H. Van Goethem, L. Waelkens en K. Breugelmans (red.), Libertés, pluralisme et droit, une approche historique (*door Eva Brems*) 238

Aangekondigd

239

Balie

Samenstelling Orde der Advocaten 239

- Cassatie 239

- Antwerpen 239

- Brugge 239

- Brussel (N) 239

- Dendermonde 239

- Eupen 239

- Gent 239

- Hasselt 239

- Ieper 239

- Kortrijk 239

- Leuven 239

- Tongeren 239

Samenstelling bestuur Vlaamse Conferentie 240

- Gent 240

- Hasselt 240

- Ieper 240

Gerechtsdeurwaarders

- Antwerpen 240

Notariaat

- Antwerpen 240

Mededelingen

Wervingscollege der magistraten 240

Wegwijs in de Tewerkstelling in de Tuinbouwsector 240

Lunch-causerie: De interpretatieve mededeling van de Europese Commissie betreffende de tweede bankrichtlijn 240

Bank- en financieel recht van de Europese Unie 240

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, A. Van Oevelen,
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
A. Vandeplass

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
W. Lambrechts
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
M. van Damme
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchillaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05
Fax (02) 466 63 24
Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77
rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

Basiswetteksten inzake het recht van de intellectuele eigendom

H. Vanhees

90-5095-022-1 - 544 blz. - BEF 975

**Tweede geheel herziene druk,
bijgewerkt tot juni 1997**

In dit wetboek worden een groot aantal basiswetteksten op het gebied van de intellectuele eigendom samengebracht. Zowel internationale overeenkomsten als Europese wetteksten en de Belgische wetgeving zijn opgenomen.

INTERSENTIA UITGEVERS N.V.
Antwerpen - Groningen
Churchillaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21

CREATIEVE RECHTSpraak? ¹

De jongste maanden, het gebeurt niet zo vaak, werd de juridische wereld tot tweemaal toe opgeschrikt door een heftige reactie vanuit de publieke opinie. Een eerste en massale reactie kwam er naar aanleiding van het Connerotte-arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 1996 - op verzet van burgerlijke partijen bekrachtigd bij arrest van 11 december 1996 - waarbij onderzoeksrechter Connerotte ontheven werd van verder onderzoek in het dossier Dutroux en Nihoul en het onderzoek aan een andere onderzoeksrechter in dezelfde rechtbank werd toegewezen. ² Een tweede, ditmaal kortstondige reactie, kwam er toen de Correctionele Rechtbank te Brugge op 24 april 1997 een vrouw die onderdak had gegeven aan haar illegaal in België verblijvende vriend, tot een fikse geldboete veroordeelde. De reactie was kortstondig, omdat het Hof van Beroep te Gent het vonnis hervormde bij arrest van 22 mei 1997 en de vrouw vrijspak.

In beide gevallen draaide de zaak juridisch rondom een interpretatie van wetteksten, artikel 542 Sv. respectievelijk artikel 77 Vreemdelingenwet, in het licht, althans in de eerste zaak, van fundamentele rechtsbeginselen, met name het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Wat valt er te verstaan onder creatieve rechtspraak?

De uitdrukking «creatieve rechtspraak» werd populair toen premier J.L. Dehaene haar in de mond nam naar aanleiding van het - toen nog met spanning verwachte - «Connerotte»-arrest. Op zich is ook dat merkwaardig: dat een vooraanstaand lid van de regering het, op dat gebied, hoogste rechtscollege tot creativiteit aanspoort in een zaak waarover dat college nog uitspraak moet doen. Dit punt laat ik hier buiten bespreking. Ik heb de handen al vol met de uitdrukking «creatieve rechtspraak», waarmee de premier, wellicht zonder het te weten, een problematiek aanroerde die zo oud is als het wettenrecht zelf, namelijk te weten of, en in welke mate, een rechter zich tegenover de wet, en dus tegenover de wetgevende macht, afstandelijk mag opstellen. Dit maakt de uitspraak van de premier des te merkwaardiger: de executieve spoort de rechterlijke macht aan zich vrijmoedig op te stellen tegenover teksten die uitgaan van de wetgevende macht. ³

Met «creativiteit» in de persoon van een rechter wordt immers verwezen naar de vrijheid die rechtscollages zich (mogen) aanmeten bij het vinden van recht voor het concrete geval ten overstaan van wettekst(en) - in de ruime zin, dus ook

van Verdragsteksten - die zij relevant achten voor dat geval en die zij met het oog daarop «interpreteren». ⁴ Tussen juristen uit verschillende rechtssystemen - maar ook tussen juristen uit eenzelfde rechtssysteem - bestaan er grote meningsverschillen omtrent de omvang van deze vrijheid: wat de ene een normaal gebruik van die vrijheid noemt, bestempelt de andere als een ongeoorloofde vrijpostigheid. Om maar één concreet (én persoonlijk, maar helemaal niet slecht bedoeld) voorbeeld te geven. In vroegere publicaties heeft een confrater van deze Klasse de publicaties van andere confraters, uw huidige voorzitter en de spreker van vandaag, op de korrel genomen als zijnde uitingen van verregaande creativiteit. ⁵ De discussie begint trouwens al bij de vraag of een bepaalde wettekst *überhaupt* aanleiding kan zijn tot interpretatie: volgens de enen zijn vele teksten klaar en helder, en behoeven zij geen interpretatie, volgens de anderen zijn vele, zoniet alle teksten interpreteerbaar. ⁶

Drie illustraties van creatieve rechtspraak

Het debat aangaande de vraag hoeveel vrijheid de rechter bezit - of m.a.w. hoeveel creativiteit hij aan de dag mag leggen - ten overstaan van de wet, speelt een rol op diverse vlakken van de rechterlijke activiteit. Ik noem er drie bij wijze van illustratie. In een overigens schitterende lezing gehouden in Brussel op 23 januari 1995 voor het *European Policy Forum*, zei Sir Patrick Neill QC, *Warden* van het *All Souls College* in Oxford het volgende aan het eind van een studie over «The European Court of Justice: a case study in Judicial Activism» ⁷, meer in het bijzonder met betrekking tot de zogenaamde «directe werking» van communautaire rechtsregelen:

«[T]he essential point is that it is the Court which forms its own view as to the desirable scope of its own jurisdiction, as to the new remedies which should be created to benefit individuals, and as to the general principles which should be imported into Community law and used as a standard against which to assess

⁴ Over die problematiek berichtte ik reeds in 1969 in het *Algemeen Deel van Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, p. 24-40.

⁵ F. DUMON, «De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen», Rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1975, *R.W.* 1975-76, (193) en (257), 198 resp. 285. Zie mijn antwoord in *De taak van de rechter in een West-Europese democratie*, rede uitgesproken te Zutphen op 18 oktober 1976 voor het opleidings- en studiecentrum voor de rechterlijke macht in Nederland, Kluwer, 1977, 5-7, ook gepubliceerd in W. VAN GERVEN en J.C.M. LEIJTEN, *Theorie en Praktijk van de rechtsvinding*, 2e druk, 1981 (in de eerste druk, 1977, staat een ander artikel van mijn hand), op p. 5-8.

⁶ Daarover o.m. het proefschrift van M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979.

⁷ Ook opgenomen in House of Lords Select Committee on the European Communities, *1996 Intergovernmental Conference*, Minutes of Evidence, House of Lords Session 1994-1995, 18th Report, 1995.

¹ Lezing gehouden voor de Klasse der Letteren van de Koninklijke Academie voor Letteren, Wetenschappen en Schone Kunsten in Brussel op 21 juni 1997. De lezer-jurist moge zich voor ogen houden dat ook niet-juristen lid zijn van de Klasse, hetgeen uitlegt waarom sommige voor hem vanzelfsprekende dingen hierna worden toegelicht.

² Het eerste arrest is gepubliceerd in *J.T.*, 1996, 670.

³ Ik vermijd de uitdrukking 'scheiding van machten', omdat zij een verkeerde weergave is van ons constitutioneel bestel. De uitdrukking 'evenwicht tussen de machten' is een juistere weergave. Het zou mij te ver leiden dit hier nader te verantwoorden.

the validity of national laws. There is no appeal and no challenge available in the national courts against excess of jurisdiction».

En even voordien sprak hij het volgende vernietigend oordeel uit over de creatieve werkwijze die het Luxemburgse Hof van Justitie in zijn rechtspraak ontplooit:

«The cases discussed above provide many examples of judicial activism. The methods of interpretation adopted by the ECJ appear to have liberated the Court from the customarily accepted discipline of endeavouring by textual analysis to ascertain the meaning of the language of the relevant provision.... From the beginning the Court has sought out the spirit of the various texts and their underlying scheme. Furthermore, the Court believes that it has a responsibility to act, as it were, as a motive force pushing the Community forward towards the goals enshrined in the preambles to the successive Treaties... and to be zealous to protect Community law from the reproach (emanating in particular from the German Constitutional Court) that it fails to respect fundamental rights. Acting from this perspective the Court has, for example, felt entitled through its case law to read an unwritten bill of rights into Community law, this being, according to a member of the Court, «the most striking contribution which the Court has made to the development of a constitution for Europe». In commenting on this process, a distinguished comparative lawyer notes that the judges of the Court of Justice «are claiming for themselves the legitimacy and capacity to do what the framers did not even think of doing, and what the political branches of the Communities do not even try to undertake.»⁸

Ik ben het niet eens met Neill's beoordeling - die de delicate vraag opwerpt naar de verhouding tussen de rechterlijke en de politieke activiteit⁹ - en heb dat elders geschreven¹⁰, maar ga er nu niet nader op in.

Een tweede illustratie betreft de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarin het Hof, eerst in het arrest *Borgers* van 30 oktober 1991¹¹, dan in het arrest *Vermeulen* van 20 februari 1996¹² de Belgische regeling inzake de aanwezigheid van het O.M. bij de deliberatie van het Hof van Cassatie in straf- resp. civiele zaken en de onmogelijkheid van partijen om op de conclusies van het O.M. bij cassatie te antwoorden, strijdig acht met artikel 6, eerste lid, E.V.R.M. Emeritus Eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, A. Wauters, bekritiseerde het eerste

⁸ Op p. 44 resp. 43 van zijn als afzonderlijke brochure (maar zie ook supra, n. 6) gepubliceerde studie met weglating, in het tweede citaat, van de verwijzingen naar Mancini, «The Making of a Constitution for Europe», (1989) 26 *CML Rev.* 599, op 611 en M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, p. 174.

⁹ Daarover: M. ADAMS, «Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar», *R.W.*, 1996-97, 1209 e.v.; FR. DELPÉRÉE, «Quelques propos sur la justice et la politique», *J.T.*, 1997, 69 e.v.

¹⁰ In «Community and National Legislators, Regulators, Judges, Academics and Practitioners: Living together apart?» in *Law Making, Law Finding and Law Shaping. The Diverse Influences*, Clifford Chance Lectures, II, Oxford (ed.: B. Markesinis), 13 e.v.

¹¹ Gepubliceerd in *R.W.* 1991-92, 1118-1120.

¹² In uittreksel gepubliceerd in *J.T.* 1996, 579-581.

arrest in niet mis te verstande bewoordingen¹³. Hij vroeg zich af - op een diplomatiek voorzichtige wijze, zoals rechters dit onderling doen -:

«Zijn de rechters van Straatsburg, door de schijn en de gevoeligheid van het publiek in aanmerking te nemen, niet gezwich voor de verleiding om, onder invloed van andere systemen, een procedure te veroordelen die hun vreemd en schokkend toescheen, terwijl zij bij de beoordeling ervan enkel het geval van verzoeker en de Belgische wetsbepalingen hadden mogen laten meewegen?»

en

«Het arrest Borgers zal ongetwijfeld de werking van het Hof van Cassatie verstoren en zijn taken op het gebied van de ontwikkeling van de nationale jurisprudentie, de rechtszekerheid en het toezicht op de naleving van het recht in het algemeen in het gedrang brengen...».

Deze kritiek wordt nog heviger tot uiting gebracht naar aanleiding van het tweede arrest, het arrest *Vermeulen*, door drie emeriti-procureurs-generaal in het Hof van Cassatie¹⁴. Zij stellen o.m.:

*«Gaaf het waarlijk, wetenschappelijk op, de conformiteit met het nationaal en het internationaal recht van een rechtsgang te toetsen en daaromtrent te beslissen aan de hand van wat de partijen en de openbare mening i.h.b. dienaangaande denken en oordelen, met name aan de hand van «aanzichten» («des apparences»), vooral wanneer het manifest is dat die beoordelingen de rechtsregels, de rechtsinstellingen die de procedure heeft moeten inacht nemen en heeft inacht genomen, negeren of daaraan onkundig voorbijgaan. Moet de realiteit niet zwaarder wegen dan het uiterlijk aanzicht, vooral wanneer dit onjuist of verkeerd wordt uitgelegd?».*¹⁵

In deze kritiek die betrekking heeft op de wijze waarop het Europese Hof voor de Rechten van de Mens belang hecht «aan de uiterlijkheden en aan de toegenomen gevoeligheid van het publiek voor de waarborgen tot een degelijke rechtsbedeling»¹⁶, gaat het over de interpretatie door het Hof gegeven aan artikel 6, lid 1, eerste zin E.V.R.M. volgens hetwelk:

«Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, heeft éénieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechter welke bij de wet is ingesteld».

¹³ In *R.W.*, 1991-92, 1105-1107.

¹⁴ F. DUMON, R. CHARLES, E. KRINGS, «De procureur-generaal en de advocaten-generaal in het Hof van Cassatie van België», *R.W.*, 1996-97, 313-317.

¹⁵ Op p. 315, eerste kolom.

¹⁶ Passage uit nr. 24, tweede alinea van het Borgers-arrest, zoals gepubliceerd in *R.W.*, 1991-92, 1118 e.v.

Een derde en laatste voorbeeld biedt de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie waarin, bij arrest van 19 december 1991¹⁷, werd beslist, op eensluidend advies van eerste advocaat-generaal Velu, dat de Staat in principe op basis van de artikelen 1382 en 1383 B.W. civielrechtelijk kan worden aansprakelijk gesteld

«voor de schade ten gevolge van een door een rechter of een ambtenaar van het openbaar ministerie begane fout, wanneer die magistraat binnen de grenzen van zijn wettelijke bevoegdheden heeft gehandeld of ieder redelijk en voorzichtig mens moet aannemen dat hij binnen die grenzen heeft gehandeld...».

Het Hof overwoog o.m.:

«dat de beginselen van de scheiding der machten, van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en van de magistraten ervan, alsmede van het gezag van het rechterlijk gewijsde niet inhouden dat de Staat in het algemeen ontheven zou zijn van zijn verplichting om op basis van voormelde wetsbepalingen de schade te vergoeden die door zijn fout of door die van een zijner organen aan derden is veroorzaakt in de openbare dienst van de rechtsbedeling, met name bij het verrichten van handelingen die het rechtstreekse voorwerp zijn van de rechtsprekende functie»¹⁸.

Het cassatie-arrest is een baanbrekend arrest (dat overigens de weg opent voor de aansprakelijkheid, ook van de wetgever¹⁹), gesteund op een interpretatie van de - in dat opzicht weinig zeggende - artikelen 1382 en 1383 van het Belgische B.W. Ook in andere landen is de vraag naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatig handelen van magistraten gerezen. In de meeste landen waar die aansprakelijkheid wordt erkend, steunt die erkenning op speciale wetgeving, niet op rechtspraak. Niet weinigen in binnen- en buitenland zullen van oordeel zijn dat het Belgische Hof van Cassatie zijn interpretatie-opdracht is te buiten gegaan.

Zelf ben ik van oordeel dat de rechter, in elk van de drie gegeven voorbeelden, binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven. In het eerste voorbeeld omdat ik meen dat de bekritiseerde rechtspraak van het Hof van Justitie (inzake «directe werking») ruimhartig mag zijn, aangezien zij de rechtsbescherming van de burger op het oog heeft, en zij bovendien kan steunen op een lange ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof die door de lidstaten, oude en nieuwe, gekend en aanvaard werd als onderdeel van het «acquis

communautaire». In het tweede voorbeeld omdat ik het eens ben met het Hof voor de Rechten van de Mens (en trouwens, zoals later aangeduid, met het Hof van Cassatie) dat uiterlijkheden, en gevoeligheden van de publieke opinie («justice must also be seen to be done»), belangrijk zijn wanneer het gaat om de fundamentele grondslagen van de Rechtsstaat, *in casu* de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter²⁰. In het derde voorbeeld omdat ik met het Hof van Cassatie de opvatting onderschrijf dat elk onrechtmatig handelen in principe moet leiden tot schadeplichtigheid zoniemand van de handelende persoon zelf, dan toch van de (rechts)persoon van wie hij de aangestelde of het orgaan is, én omdat de interpretatie van de artikelen 1382-1383 B.W. waarop het Hof zich beroept, steunt op een vaststaande, zij het evolutieve, rechtspraak die haar aanvang vindt in het principe-arrest van 5 november 1920²¹. Daarmee staat meteen vast, zoals overigens al is gebleken bij de publicatie in 1973 van mijn boek «*Het beleid van de rechter*, dat ik aan de kant sta van diegenen die de interpretatievrijheid van de rechter ruim opvatten, maar niet onbepert, omdat de uitspraak, zoals hierna nog wordt aangegeven, moet kunnen gesteund worden op basisbeginselen die als beginselen (en dus *in abstracto*) in de vigerende rechtsorde worden erkend, m.a.w. waarrond een zekere (in beide betekenissen) op rechtsnormen gesteunde consensus bestaat.

Interpreteren van «de wet»

De bij het begin genoemde concrete gevallen en daaropvolgende algemene voorbeelden illustreren de verscheidenheid van situaties waarin rechtscollages geroepen zijn om «de wet» te interpreteren. Die wet kan, zoals in de zaak van de illegale immigrant, een precies wetsartikel zijn (of beter één woord daaruit: het woord «humanitair» in artikel 77 Vreemdelingenwet), waarvan niet wordt betwist dat het toepasselijk is op het concrete geval. Zij kan ook, zoals in de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke handelingen, betrekking hebben op een ruim geformuleerde wettelijkheid, in dat geval de artikelen 1382 e.v. B.W., die slechts een concrete inhoud krijgen dankzij talloze rechterlijke beslissingen (in Frankrijk en België). De te interpreteren «wet» kan eveneens, zoals in de arresten *Borgers* en *Vermeulen*, een algemeen (Verdrags-)artikel zijn, artikel 6, eerste lid, E.V.R.M., dat uitdrukking geeft aan een rechtsbeginsel, *in casu* dat van onpartijdige beoordeling door een onafhankelijke rechter (in combinatie met het beginsel van de gelijkheid van gedingpartijen); rechtsbeginsel dat ook in de zaak «Connerotte» aan de orde was, daar echter in combinatie met meer precieze artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van Strafvordering. Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie waartegen Sir Patrick Neill zich verzette, ging het om de interpretatie van, in dat geval *ongeschreven* rechtsbeginselen aan-

¹⁷ Zie o.m. *R.W.*, 1992-93, 396-398.

¹⁸ Afgedrukt in *R.W.*, op p. 397, tweede kolom, *in fine* (wat in het citaat gebruikte uitdrukking «scheiding der machten» betreft, zie supra, voetnoot 3). Het arrest is duidelijk ingegeven door opvattingen door A. VAN OEVELEN verdedigd in zijn proefschrift *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1987. Zie overigens zijn bespreking van het arrest in *R.W.*, 1992-93, 377-396.

¹⁹ Zie inmiddels het (nog niet gepubliceerde en voor hervorming vatbare) vonnis van Rb. Brussel van 17 maart 1997 waarin het principe van de aansprakelijkheid van de Staat wordt aangenomen wegens herhaalde wijzigingen van fiscale wetgeving waardoor aan een onderneming bij wet in het vooruitzicht gestelde fiscale voordelen worden verminderd.

²⁰ Dit geldt ook m.i. voor de opvatting van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake de noodzaak voor partijen om te kunnen reageren op conclusies van procureurs- of advocaten-generaal, hetgeen betekent dat ook het Protocol inzake het statuut van het Hof van Justitie moet worden aangepast (de advocaten-generaal van het Hof van Justitie zijn daarentegen niet aanwezig bij de deliberatie).

²¹ *Pas.* 1920, I, 193: het zogenaamde «Flandria»-arrest.

geduid met de uitdrukking «directe werking van Gemeenschapsrecht», in combinatie met *geschreven* beginselen, neergelegd in de artikelen 5 en 164 EG-Verdrag, waarmee men, eerlijk gezegd, vele kanten uitkan.

In al deze situaties vindt de rechter moeiteloos een regel waarvan hij aanneemt dat hij toepassing vindt in het aan hem voorgelegde geschil. Opmerkelijk is dat hij een precieze regel dikwijls combineert met algemenere regels, vaak geschreven of zelfs ongeschreven beginselen, waarvan de toepassing soms niet zo maar voor de hand ligt en die hij gebruikt om een bepaalde interpretatie van de precieze regel te ondersteunen. Daarvan te onderscheiden is de situatie waarin de rechter *geen* voor de hand liggende regel vindt - dit is een regel die duidelijk toepasselijk is op het voorliggende geval. Aangezien hij niettemin gehouden is, op straffe van rechtsweigering, om een oplossing aan het geschil te geven, zal hij dan zoeken naar een regel, bijvoorbeeld een regel geschreven voor een andere situatie die hij bij wijze van analogie kan toepassen. In geen van de voornoemde gevallen deed die situatie zich voor, ofschoon de door Sir Patrick geïllustreerde rechtspraak van het Hof van Justitie inzake directe werking die situatie wel heel dicht benadert. Ik noem de situatie van afwezigheid van een voor de hand liggende regel hier in het bijzonder, omdat algemeen aanvaard wordt dat een dergelijke analogische interpretatie niet mag worden aangewend in het strafrecht, althans wanneer die interpretatie in het na-deel werkt van de verdachte, en dit wegens het legaliteitsbeginsel ('nulla poena sine lege'). Voor het overige gelden in het strafrecht dezelfde interpretatiemethodes als in de andere domeinen van het recht ²².

Welke zijn die interpretatiemethodes? Ze zijn klassiek en kunnen worden herleid tot drie soorten ²³: (i) de exegetisch-grammaticale interpretatie die de betekenis en draagwijdte van de regel probeert te achterhalen met behulp van de letter en de strekking van de regel (m.a.w., met behulp van aan de regel intrinsieke elementen); (ii) de historisch-systematische interpretatie, waarbij de bedoeling van de normgever wordt opgespoord (aan de hand van extrinsieke elementen, zoals de parlementaire voorbereidingsstukken) en vervolgens gesitueerd binnen de context van de gehele rechtsorde, inclusief de daaraan ten grondslag liggende algemene rechtsbeginselen (waarbij de interpretator ervan uitgaat dat de onderscheiden normgevers steeds een systeemcoherente oplossing in de «wet»-tekst hebben neergelegd, hetgeen uiteraard, tot op grote hoogte, een fictie is); (iii) de sociologisch-teleologische interpretatie, waarbij de interpretator de blik naar de samenleving verlegt, doordat hij zich afvraagt wat de wetgever met de regel in de samenleving beoogde te bereiken op het ogenblik van de uitvaardiging van de regel, en of hij de regel in de hedendaagse omstandigheden in dezelfde bewoordingen zou hebben genomen.

²² Daarover L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 117 e.v.; FR. TULKENS en M. VAN DE KERCKHOVE, *Introduction au droit pénal*, 1993, 158 e.v.; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 1991, deel 1, 72 e.v.

²³ Daarover uitvoerig het reeds in voetnoot 4 geciteerde *Algemeen Deel*, 51-61. Zie ook F. DUMON m.m.v. I. VEROUWSTRAETE, «De jurisprudentie van het Hof van Justitie. Kritische bespreking van de uitleggingsmethoden» op de gerechtelijke en academische bijeenkomst gehouden op 27 en 28 september 1976 in het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, III-79 e.v.

Ik denk niet dat er nog juristen zijn, heden ten dage, die uitsluitend zweren bij de exegetisch-grammaticale interpretatie. Elke jurist erkent sedert lang de noodzaak van de tweede en ook van de derde methode. Ter illustratie daarvan drie uitspraken van gezaghebbende juristen uit de eerste helft van deze eeuw. Procureur-generaal Leclercq schrijft in 1928: «*le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second*» ²⁴. In zijn onvolprezen Algemeen Deel tot de Nederlandse Asser-reeks schrijft Paul Scholten in 1934: «*(de wet is) voor den rechtszoekende niet een grenssteen, die hij niet mag verplaatsen, doch een sterk gespannen koord, dat den uitersten weerstand biedt, doch alleen voortdurend wordt verbogen, maar zelfs in hogen nood kan worden verbroken. Zonder beeldspraak: dan is hier een gezag dat moet worden geëerbiedigd, niet één, dat onvoorwaardelijk onderwerping verlangt*» ²⁵. En een groot civilist als De Page schrijft: «*une loi, surtout si elle est ancienne, ne doit pas toujours être interprétée dans l'esprit qui a présidé à sa confection. Il ne faut pas qu'elle constitue un anachronisme. Sous peine de manquer son but, elle doit, a-t-on tout au moins soutenu, être rajeunie par une interprétation conforme à l'esprit où elle 'est appliquée'*» ²⁶.

De vraag is dus niet zozeer welke van deze interpretatiemethoden mogen worden gebruikt - alle drie, zo meen ik - maar wel onder invloed van welke factoren de interpretator, in het bijzonder de rechter, een of andere interpretatiemethode, al of niet met een andere gecombineerd, verkiest. Want, inderdaad, kiezen moet hij vaak, omdat de ene of de andere interpretatiemethode niet zelden tot een verschillend resultaat leidt, meer in het bijzonder de exegetisch-grammaticale en de sociologisch-teleologische methoden. Ik herhaal dat de vraag niet wezenlijk anders rijst in het strafrecht, althans wanneer men er recente auteurs op naleest, die erop wijzen dat zelfs het verbod van analogische interpretatie (een vorm van interpretatie die tot de hiervoor genoemde systematische interpretatiemethode behoort, aangezien zij ertoe strekt een lacune op te vullen op grond van de veronderstelde coherentie van de gehele rechtsorde) door lagere rechtbanken en zelfs door het Hof van Cassatie met een korrel zout wordt genomen. ²⁷

Het beleid van de rechter

In het reeds genoemde boek *Het beleid van de rechter* en in latere geschriften heb ik proberen aan te tonen, dat de voornoemde interpretatiemethoden de rechter ertoe kunnen brengen tot soms diametraal tegengestelde oplossingen te komen aan de hand van juridische redeneringen die alle aanvaardbaar zijn, omdat zij kunnen worden gesteund

²⁴ In zijn conclusie vóór Cass. 26 januari 1928, *Pas.* 1928, I, 63.

²⁵ Asser-Scholten, *Algemeen Deel*, 2e druk, 1934, 54 (de eerste druk dateert van 1931).

²⁶ De Page, I, 3e druk, 1962, 313-314 (de eerste druk dateert van 1932).

²⁷ FR. TULKENS en M. VAN DE KERCKHOVE, o.c., 1993, 158 e.v. Zij verwijzen daarvoor naar Cass. 11 februari 1987, *R.D.P.*, 1987, 823 waardoor de artikelen 418 en 419 Sw. voor het eerst werden toepasselijk verklaard op de onzorgvuldige gedraging van een arts of vroedvrouw die de dood tot gevolg heeft van een kind dat geboren wordt. Vgl. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, 1995, p. 123 e.v.

op verschillende, met elkaar conflicterende, algemene rechtsbeginselen (in combinatie met een of andere wettelijke regeling) dan wel op verschillende met elkaar tegenstrijdige interpretaties van hetzelfde algemene rechtsbeginsel. Om dit *in concreto* aan te tonen heb ik het ooit aangedurfd, bij wijze van illustratie, een alternatief vonnis te schrijven in verband met een problematiek (bedrijfsbezetting) die ook nu nog actueel is.²⁸ Voorzeker, niet zelden zal de rechter zich, na reflectie, kunnen uitspreken voor een of andere oplossing omdat die hem uiteindelijk, op grond van puur juridische argumenten, als de meest correcte voorkomt. Maar soms komen de verschillende oplossingen hem juridisch als even overtuigend voor en blijft hij twijfelen. Om dan toch tot een beslissing te komen, zo hield ik dan voor, zal de rechter zich onvermijdelijk *mede* laten leiden door belangenafwegingen én onderliggende waardeoordelen. In een in 1979 gehouden mededeling over *Het rechterlijk besluitvormingsproces en de eenmaking van Europa*²⁹, de eerste lezing (opgedragen aan Jean Limpens) die ik in deze Academie mocht houden, heb ik geprobeerd die opvatting toe te lichten aan de hand van rechtspraak van het Hof van Justitie (dezelfde rechtspraak welke door Sir Patrick Neill, zoals hiervoor in herinnering gebracht, werd bekritiseerd). In beide, mijn boek en mijn lezing, heb ik beklemtoond welke de grenzen zijn die aan de rechterlijke beslissings- of beleidsvrijheid zijn gesteld. Sta mij toe, gemakshalve, uit die lezing te citeren:

«Het is duidelijk dat een rechter, bij het prioritair stellen van objectieven, niet zijn strikt persoonlijke opvattingen over mens en maatschappij als richtsnoer mag nemen. Subjectieve rechtspraak wordt vrijwel algemeen en terecht van de hand gewezen... De rechter moet zich integendeel in zijn (aan de juridische argumentatie onderliggende) waardebeoordeling laten leiden door een maatschappelijke consensus of 'Konzensfähigkeit',... [Zo deze consensus] niet op het vlak van de gedetailleerde regels, laat staan op het vlak van de concrete oplossing, kan worden gevonden,... [laat zij] zich wel vaststellen op het abstractere vlak van de algemene beginselen, zoals daar zijn de imperatieven van de plichtmoraal (als onderscheiden van de streefmoraal³⁰) en de sociaal-economische beginselen waarop een democratie van het Westerse type is gevestigd. Rechterlijke regelgeving die tot dergelijke algemeen aanvaarde imperatieven en beginselen kan worden teruggebracht voldoet aan de test van de consensus omdat zij voldoende 'Konzensfähigkeit' in zich draagt. Aangezien zij tot die imperatieven en beginselen kan worden herleid, zal zij overigens in het vigerende regelenbestand kunnen worden ingepast en vanuit dat regelenbestand kunnen worden gemotiveerd.»

Zovele jaren later - en nu ik zelf op enige rechterlijke ervaring kan bogen - hang ik deze opvatting nog steeds aan. De rechter mag, wanneer twijfel aangaande de op zuiver juri-

dische argumenten gesteunde oplossing overblijft, bij het kiezen van een oplossing steunen op algemeen aanvaarde ethische, staatkundige, sociaal-economische en maatschappelijke imperatieven, zoals die zijn uitgekristaliseerd in geschreven, althans ongeschreven, beginselen, welke democratieën van het Westerse type (zo schreef ik toen) gemeenschappelijk hebben. In die keuze ligt het beleid van de rechter. De verwijzing naar die imperatieven maken dat de beslissing, al kan zij niet door eenieder worden *goedgekeurd*, voor eenieder *aanvaardbaar* is.

Toen ik mijn boek publiceerde, vonden sommigen dat ik te ver ging. Wellicht vinden zij dit nu nog, alhoewel de afschuwelijke gebeurtenissen die het land met de affaire Dutroux heeft doorgemaakt, vele juristen toch wel tot herbezinning zullen hebben aangezet. In elk geval hebben ze mij ertoe gebracht mijn opvatting meer dan ooit te handhaven. Meer dan vroeger zou ik nu de rol van algemene beginselen beklemtonen³¹, omdat zij de verwoording zijn van aan de gehele rechtsorde onderliggende waarde-oordelen die hun diepere verantwoording vinden in het zogenaamde rechtsethisch minimum en in het begrip van een democratische - dit is op deelneming en bescherming van de burger - gerichte Rechtsstaat. Dergelijke beginselen zijn voor voortschrijdende interpretatie vatbaar, waarbij niet mag worden vergeten dat een bepaalde aan de norm gegeven interpretatie verregaande politieke en economische implicaties kan hebben, die de rechter overigens niet altijd duidelijk voor ogen staan (daarover later).

Laat mij, om dit nader toe te lichten, terugrijpen naar de drie hiervoor genoemde illustraties gehaald uit de vaste rechtspraak van respectievelijk het Hof van Justitie in Luxemburg, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg en het Belgische Hof van Cassatie. Ik neem aan dat niet kan worden betwist dat het betrokken hoge rechtscollege in elk van die gevallen een oplossing had kunnen aanvaarden die tegengesteld was aan de aangehouden oplossing. Dat, met name het Hof van Justitie had kunnen beslissen dat verdragsbepalingen die tussen de Lid-Staten zijn overeengekomen en alleen tot hen gerichte geboden en verboden inhouden, *geen* directe werking bezitten, zodat particulieren zich er niet op kunnen beroepen voor de nationale rechter; dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens had kunnen oordelen dat de Belgische wetgeving inzake deelneming van het parket-generaal aan deliberaties van het Hof van Cassatie en inzake niet-bespreekbaarheid van de conclusies, *wel* in overeenstemming is met artikel 6 E.V.R.M.; en dat het Belgische Hof van Cassatie had kunnen aannemen dat de Staat *niet* civielrechtelijk kan worden aansprakelijk gesteld voor onrechtmatige jurisdictionele handelingen van magistraten. Als de door elk van de betrokken rechtscolleges uitgekozen oplossing dan toch, althans door mij, kan worden goedgekeurd (door anderen wellicht alleen maar aanvaard), is het omdat ik het onderliggende waardeoordeel

²⁸ «Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming», *R.W.*, 1976-77, 65-78; zie ook het schrift in *R.W.*, 1976-77, 2610-2614.

²⁹ *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klassieke Letteren*, jaargang XLI, 1979, nr. 4.

³⁰ Voor het onderscheid tussen plicht- en streefmoraal, zie L. FULLER in geschriften besproken in *Het beleid van de rechter*, op p. 120 e.v.

³¹ Waarbij ik niet strikt onderscheid tussen beginselen en rechtsbeginselen omdat, naar ik aanneem, de eerste ongemerkt in de tweede overgaan naargelang zij door een norm-gever of norm-vormer als juridisch relevant worden erkend. Daarover: J. GUSSELS, «Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht», *R.W.*, 1988-89, 1105-1116. Zie ook mijn bijdrage «Levendige Rechtsbeginselen» in de *Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 289 e.v.

onderschrijf waarvan de rechter aanneemt dat het in een rechtsbeginsel of rechtsregel besloten ligt: in het eerste geval, omdat, gelet op het grootst mogelijke «*effet utile*» dat aan bepalingen van Europees Gemeenschapsrecht moet worden gegeven -hetgeen, laat mij dat niet ontkennen, steunt op een Gemeenschapsvriendelijke houding - en gelet op het vereiste van adequate rechtsbescherming, aan particulieren zoveel mogelijk kansen moeten worden gegeven om zich tot de rechter te wenden; in het tweede geval, omdat, in de woorden van het Straatburgse Hof (in het *Borgers-* en het *Vermeulen-*arrest: *supra*) mag en moet worden gelet op het «belang toegeschreven aan uiterlijkheden en aan de toegenomen gevoeligheid van het publiek voor de waarborgen tot een goede rechtsbedeling»³², hetgeen impliceert dat het Hof aansluiting zoekt bij een waarden-consensus in de samenleving omtrent de eisen van een goede rechtsbedeling; en in het derde geval, omdat (alweer) het vereiste van rechtsbescherming van particulieren tegenover onrechtmatig handelen van de overheid, inclusief de rechterlijke - en waarom niet ook de legislatieve? - ervoor pleit om *onder bepaalde voorwaarden* tot de aansprakelijkheid van de Staat te besluiten op grond van de artikelen 1382-1383 B.W. Onder elk van deze juridisch ingeklede stellingnamen gaat een (al of niet bewuste) politieke, of beter staat-huishoudkundige, visie schuil waaraan overigens belangrijke verschillen in «transaction costs», meer in het bijzonder financiële en budgetaire gevolgen vastzitten. Zo heeft bv., wat het laatste voorbeeld betreft, de rechtspraak van het Hof van Cassatie aangaande de rechterlijke aansprakelijkheid een wezenlijke verandering gebracht in de verhouding tussen de drie staatsmachten en worden aan de Staat, en dus aan de burgers, bovendien potentieel belangrijke financiële lasten opgelegd (die op hun beurt aanleiding kunnen zijn, in de verhouding tussen nationale en regionale entiteiten, tot aanzienlijke politieke controverses).

Nu kom ik tot de twee hiervoor genoemde actuele en aanzienlijk meer mediatieke gevallen. Eerst het gemakkelijkste. Kan het Gentse Hof van Beroep worden gevolgd in de ruime interpretatie die het geeft, in tegenstelling tot de Correctionele Rechtbank te Brugge, aan de term «*humanitaire*» hulpverlening in Artikel 77 Vreemdelingenwet (zoals gewijzigd bij wet van 15 juli 1996), om een vrouw die haar vriend, een illegale immigrant, had geholpen, van strafvervolgning te ontheffen? Bestrijkt die term alleen hulp vanwege caritatieve organisaties dan wel ook menslievende hulp vanwege particulieren? Ik begrijp het ongemak van de rechter in eerste aanleg die, naar ik aanneem - ik haal mijn wetenschap uit de krant - in de tekst van de (straf-)wet en in de parlementaire voorbereidingsstukken geen voldoende steun meende te vinden om de vrouw vrij te spreken. Het spreekt vanzelf dat de rechter in een dergelijke zaak zich niet mag laten leiden door persoonlijke, laat staan partijpolitieke voorkeuren. Ik kan mij echter goed inbeelden dat een rechter tot een vrijspraak zal besluiten, zelfs al zouden er aanduidingen zijn in de parlementaire voorbereidingsstukken die in de richting van een beperkende interpretatie wijzen, omdat hij/zij van oordeel is dat, mede gelet op het beginsel «*in dubio pro*

³² In een vroeger arrest, het arrest-*Delcourt* van 17 januari 1970, Serie A, nr. 11, was het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot een andere conclusie gekomen. Vandaar dat het Hof, 20 jaar later, verwijst naar de «toegenomen» gevoeligheid van het publiek.

reo»³³, aan het principe van eerbied voor privacy en persoonlijke relaties tussen mensen voorrang moet worden gegeven.³⁴ In elk geval is het lovenswaardig dat, op initiatief van parlementsleden, een wetsvoorstel werd ingediend om de wet te verduidelijken. Een wetgever die zich behoorlijk kwijt van zijn taak, stelt alles in het werk om dergelijke delicate vragen weg te houden van de rechter door ze via legislatieve weg te beantwoorden.

De Connerotte-arresten

Blijft de Connerotte-zaak. De feiten zijn bekend³⁵. Onderzoeksrechter Connerotte was aanwezig op 21 september 1996, samen met ongeveer 400 anderen en met procureur des Konings Bourlet, op een avondmaal waaraan hij gratis deelnam, dat door de V.Z.W. «*Marc en Corinne*» werd georganiseerd tot dekking van de gerechtskosten ten laste van de ouders van vermiste meisjes. Daar werd hem een (naar ik aanneem bescheiden) geschenk, een vulpen, overhandigd. Die vzw had zich in de handen van onderzoeksrechter Connerotte burgerlijke partij gesteld. Het Hof van Cassatie was van oordeel dat de onderzoeksrechter zodoende in strijd had gehandeld met het beginsel van de onpartijdigheid van rechters dat, samen met het beginsel van de onafhankelijkheid van rechters, de grondslag vormt van een democratische rechtsstaat en borg staat voor een gelijke toepassing van de wet. Het Hof oordeelt:

«Attendu que la condition essentielle de l'impartialité du juge d'instruction est son indépendance totale à l'égard des parties, en manière telle qu'il ne puisse s'exposer au soupçon de partialité dans l'instruction des faits, que ce soit à charge ou à décharge; Que le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge ne pouvant susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité; qu'aucune circonstance, fût-elle exceptionnelle, ne le dispense de ce devoir».

Onder verwijzing naar de artikelen 828 Ger.W. en 542 Sv., oordeelt het Hof verder:

«Que le juge d'instruction qui a été reçu par une partie à ses frais ou qui a agréé d'elle des présents, et a manifesté de la sorte sa sympathie à l'égard de cette partie, se met dans l'impossibilité d'instruire la cause de celle-ci sans susciter chez les autres parties, notamment les inculpés, et les tiers une suspicion quant à son aptitude à remplir sa mission d'une manière objective et impartiale».

Het Hof besluit de onderzoeksrechter onmiddellijk uit zijn onderzoeksopdracht te ontheffen en de opdracht aan een andere onderzoeksrechter in hetzelfde arrondissement toe te vertrouwen³⁶, gezien «*la nécessité de poursuivre l'instruction*

³³ Neergelegd in artikel 6, tweede lid, E.V.R.M.

³⁴ Artikel 8, eerste lid, E.V.R.M. heeft de bescherming van eenieders privé-leven op het oog.

³⁵ In een zaak van verwijzing ingevolge artikel 542 Sv. oordeelt het Hof van Cassatie in feite en in rechte.

³⁶ Over deze procedure, zie de rede uitgesproken door procureur-generaal Delange voor het Hof van Cassatie op 2 september 1974, *R.W.*, 1974-75, 449 e.v.; *J.T.*, 1974, 489.

sans désemparer ainsi que l'ampleur des moyens déployés sur place par les enquêteurs».

Het arrest bevat verschillende interessante overwegingen waarvan ik er enkele noem³⁷: (i) het verwijst naar het begrip van een democratische rechtsstaat waarvan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechters fundamenteel zijn; (ii) het stelt dat een onderzoeksrechter te allen tijde rechter blijft; (iii) het definieert de onpartijdigheid van een onderzoeksrechter onder verwijzing naar de noodzakelijke afwezigheid van elke «suspçon de partialité» en van elke «apparence de partialité», «dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale»; (iv) het legt een verband tussen artikel 828 Ger.W. en artikel 542 Sv.; (v) het beschouwt het deelnemen aan een benefiet-avondmaal georganiseerd door een vzw die zich burgerlijke partij heeft gesteld, en het ontvangen van een (goedkope?) vulpen als «ontvangen (worden) door een partij op haar kosten» respectievelijk het «van haar geschenken (hebben) aangenomen» in de zin van artikel 828 Ger.W.; (vi) het bestempelt deze feiten als blijken van sympathie die in de persoon van een onderzoeksrechter een grond van gewettigde verdenking opleveren in de zin van artikel 542 Sv., en waaruit de beschuldigen en derden kunnen afleiden dat de onderzoeksrechter niet bij machte is zijn functie op objectieve en onpartijdige wijze te vervullen; (vii) omwille van de noden van het onderzoek wordt de onderzoeksoverdracht aan een andere rechter van hetzelfde arrondissement toevertrouwd.

Het is niet mijn bedoeling dit arrest grondig te bespreken, laat staan het te bekritisieren. Zoals hiervoor aangeduid, kan interpretatie van geldend recht tot verschillende, soms diametraal tegengestelde besluiten leiden. De door het Hof van Cassatie aangehouden oplossing is er één van. Zij was evenwel, zo komt het mij voor, niet de enig mogelijke³⁸. De hierna volgende kanttekeningen mogen dit verduidelijken (waarbij ik de gedraging van onderzoeksrechter alleen op de legaliteit, niet de opportuniteit ervan³⁹ wil toetsen). Zij hebben betrekking op (i) het begrip onpartijdig-

heid; (ii) de functie van onderzoeksrechter; (iii) de verwijzing naar de artikelen 828 Ger.W. en 542 W. Sv.; (iv) de aanstelling van een onderzoeksrechter van hetzelfde arrondissement.

Eerst iets over het begrip *onpartijdigheid*. Terecht stelt het Hof van Cassatie dat het beginsel van onpartijdigheid van rechters een fundament is van de Rechtsstaat⁴⁰. Het impliceert een volledige onafhankelijkheid van de rechter tegenover de partijen, *in casu* de verdachte en de burgerlijke partijen, en verlangt dat de rechter boven elke verdenking van partijdigheid staat, zowel in de geest van partijen als van de publieke opinie ten aanzien van dewelke zelfs een schijn van partijdigheid moet worden voorkomen. Het arrest bevat geen verwijzing naar artikel 6, eerste lid, E.V.R.M. waarin, zoals reeds gezegd, het recht van éénieder op eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een «onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie» wordt gewaarborgd. Wellicht omdat het Hof van Cassatie aanneemt - in overeenstemming, zo lijkt het, met de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens⁴¹ - dat het artikel geen toepassing vindt op de onderzoeksfase van de strafrechtelijke procedure.⁴² Dit belet echter niet dat het nuttig is de rechtspraak van het E.H.R.M., bij de interpretatie van het begrip onpartijdigheid, voor ogen te houden.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in vaststaande rechtspraak beslist dat, bij het beoordelen van het begrip onpartijdigheid, rekening moet worden gehouden met zowel de persoonlijke, subjectieve, overtuiging van de rechter als, daar bovenop, met de aanwezigheid, objectief gezien, van voldoende waarborgen die elke *legitieme* twijfel omtrent de onpartijdigheid uitsluiten⁴³ (waarbij vooral gekeken wordt naar de wijze waarop het betrokken rechtscollege is samengesteld dan wel naar de samenloop of de opvolging van functies bij een bepaalde rechter⁴⁴). Bij die

familie de bescherming genoot, als ik de pers mag geloven, van *body guards* die bij hem logeerden.

⁴⁰ Het beginsel was ook aan de orde in het hierboven vermelde cassatiearrest in verband met de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige handelingen van magistraten. Het Hof besliste dan dat het beginsel zich verzette tegen de aansprakelijkheid, in principe, van de magistraat zelf, maar niet van de Staat waarvan de magistraat het orgaan is.

⁴¹ Zie P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, 3e herziene druk, 1990, 343 met verwijzing naar verschillende arresten in voetnoot 535.

⁴² R. VERSTRAETEN, *Handboek van Strafvordering*, 1993, 157 met verwijzing naar Cass., 6 februari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 346. De miskennis van de rechten van verdediging, en op een eerlijk proces, tijdens het vooronderzoek kan het later optredende vonnisgerecht evenwel laten oordelen dat een eerlijk proces voor dat gerecht onmogelijk is geworden: Cass., 30 juni 1992, *A.C.*, 1991-92, nr. 5368 en verder A. DE NAUW, «L'application et l'interprétation de l'article 6 § 1er et 3 de la convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale», *Les droits de la défense en matière pénale*, 298-300.

⁴³ Zie de verwijzingen naar dat arrest en andere recente rechtspraak, bij P. LAMBERT, «La Cour européenne des droits de l'homme», 1996, *J.T. droit européen*, 1997, (35) 41. Zie in het bijzonder, wat de rechtsleer betreft, J. VAN COMPERNOLLE, «Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective», *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1994, p. 437.

⁴⁴ Zie ook VAN DIJK en VAN HOOFF, *o.c.*, 375 e.v.

³⁷ Men leze ook het artikel van Prof. CHRIS VAN DEN WYNGAERT «De naweën van het Spaghetti-arrest» in *De Standaard* van 21 oktober 1996, waarin nog andere belangrijke aandachtspunten worden genoemd. Zo het feit dat het Hof zijn (eerste) beslissing nam na slechts kennis te hebben genomen van de argumenten van twee van de verdachten en van de conclusie van procureur-generaal Liekendael, *evenals* het feit dat het Hof zijn bewering, dat meer bepaald bij verdachten en bij derden een indruk van partijdigheid is ontstaan, feitelijk onvoldoende heeft onderbouwd: zo zou de verdachte Michèle Martin geen subjectieve indruk van partijdigheid hebben laten blijken en zou, naar een van zijn advocaten zou hebben toegegeven, Dutroux zelf dergelijke indruk niet hebben gehad. Ten slotte vraagt Van den Wyngaert aandacht voor het feit dat de burgerlijke partijstelling van de V.Z.W. «Marc en Corinne» hoogstwaarschijnlijk onontvankelijk was, zodat de onderzoeksrechter geen gratis maaltijd of vulpen van een «partij» had ontvangen.

³⁸ Ik ben niet de enige «auteur» die dit denkt. Zie o.m. het hierboven in voetnoot 9 reeds geciteerde en ook, zoals het onderhavige, vanuit een algemene optiek van rechtsvinding geschreven artikel van Fr. Delpérée, *J.T.*, 1997, 73-74 met verscheidene verwijzingen naar kritische geluiden.

³⁹ Ik moge erop wijzen, ofschoon het een gemeenplaats is, dat men als buitenstaander voorzichtig moet zijn om het gedrag te beoordelen van iemand die maanden onder stress leeft, voortdurend in contact heeft gestaan met zwaarbeproefde ouders en met zijn