

Het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003)

Rede uitgesproken door J. du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van cassatie, op de plechtige openingszitting van dit Hof op 1 september 2003.

1. Het begrip "recht van verdediging"

- 1.1. Het begrip "recht van verdediging"
- 1.2. Het recht van verdediging als *algemeen rechtsbeginsel*
- 1.3. De erkenning van het recht van verdediging door het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens.

2. Het recht van verdediging in het strafproces

- 2.1. De beperkingen aan de geheimhouding van het onderzoek in het belang van het recht van verdediging.
- 2.2. Het vermoeden van onschuld, uitvloeisel van het recht van verdediging
- 2.3. De bewijsproblematiek en het recht van verdediging.
- 2.4. De vermoedens in strafzaken
- 2.5. Het getuigenis – toelaatbaarheidsvereisten
 - 2.5.1. Recht van verdediging bij anonieme getuigenis
 - 2.5.2. De Wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen .
- 2.6. Het onwettig verkregen bewijs
- 2.7. Uit het dossier geweerde stukken en het recht van verdediging
- 2.8. Het ontoelaatbaar bewijs
- 2.9. De zuiveringsprocedure in het belang o.m. van het recht van verdediging
- 2.10. Het deskundigenonderzoek tijdens het strafproces
- 2.11. De vereisten qua inhoud van de dagvaarding

3. Het recht van verdediging en het beginsel van de tegenspraak in strafzaken.

- 3.1. Het beginsel van de tegenspraak
- 3.2. Het beginsel van de tegenspraak in strafzaken
- 3.3. Het recht van verdediging bij kwalificatiewijziging
- 3.4. De overtuiging van de rechter en niet aan tegenspraak onderworpen feitelijke gegevens
- 3.5. Vervolging van een rechtspersoon en van degene die bevoegd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen.
- 3.6. Het recht van verdediging en het vereiste van de redelijke termijn
- 3.7. Het recht van verdediging t.a.v. de motivering van de straf – art. 195 Sv.
- 3.8. Het recht van verdediging t.o.v. het strafrechtelijk gewijsde

4. Het beginsel van de tegenspraak in burgerlijke zaken

- 4.1. Het beginsel van de tegenspraak
- 4.2. Het recht van wederantwoord, component van het recht van verdediging
- 4.3. De mededeling van stukken tijdens het beraad
- 4.4. Het recht om zich in rechte te laten vertegenwoordigen
- 4.5. Het beschikkingsbeginsel, essentiële uitdrukking van het recht van verdediging
- 4.6. Het recht van verdediging bij het nemen van conclusies

5. Recht van verdediging in de tuchtprocedure

- 5.1. Recht van verdediging en tuchtprocedure
- 5.2. Het beginsel van de tegenspraak in tuchtzaken

6. Het recht van verdediging voor het Hof van Cassatie

7. Nog enkele bijzondere aandachtspunten met betrekking tot het recht van verdediging

- 7.1. Het recht van verdediging van de WAM-verzekeraar
- 7.2. Het recht van verdediging en de faillissementsprocedure
- 7.3. Tegensprekelijk karakter van de procedure in fiscale zaken
- 7.4. Wraking en recht van verdediging
- 7.5. Het recht van verdediging voor de kerkelijke overheid

8. Slotbeschouwingen

Het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003)

Het aantal zaken waarin het recht van verdediging in aanmerking genomen wordt is aanzienlijk, aangezien het toepassingsgebied van dat recht zich in beginsel uitstrekt tot alle rechtsplegingen in alle fasen van het geding, zelfs voor de eigenlijke juridictionele fase, tot elke rechtstak en tot alle partijen zonder onderscheid.

De studie van dat recht kan zelfs in verband worden gebracht met vragen rond het beginsel van de tegenspraak, de redengeving van de vonnissen, de aanwending van rechtsmiddelen, het beginsel van de wapengelijkheid enz... ⁽¹⁾

Het zou verwaand en onredelijk zijn de gehele rechtspraak van ons Hof in verband met het recht van verdediging te willen onderzoeken, al was het maar over een periode van een twaalfstal jaren.

Wie de arresten van het Hof van Cassatie erop naslaat stelt trouwens vast dat het middel dat de miskennis van het recht van verdediging aanvoert vaak wordt verworpen, nadat het Hof heeft vastgesteld dat uit dat middel geen miskennis van dat recht kan worden afgeleid. Het leek ons daarentegen interessant enkele opmerkelijke gevallen in het licht te stellen waarin het Hof niet het bestaan van het recht van verdediging heeft erkend - dat heeft het altijd al gedaan - maar de miskennis ervan heeft vastgesteld. Een nader onderzoek van die gevallen maakt het mogelijk de omtrekken van het concept beter te omlijnen, "d'autant plus", schrijven Franchimont, Jacobs en Masset, "qu'il s'agit d'une matière en évolution et qui ne cesse de se préciser au gré des cas soumis aux cours et tribunaux." ⁽²⁾.

Die auteurs merken echter zeer terecht het volgende op: "les droits de défense étant des moyens mis à la disposition des parties pour que leur cause soit entendue équitablement et conformément à l'idée de justice qui préside notre système judiciaire, ce n'est que *dans la mesure où une partie a effectivement demandé, sans résultat, le respect de ses droits, qu'il peut y avoir violation des droits de la défense. La cour de cassation ne cesse de réaffirmer ce principe, en vertu duquel une violation de ces droits ne peut être invoquée pour la première fois devant elle, sous réserve - en de reserve is belangrijk- des violations d'une règle essentielle de la justice, telle qu'elle en entrave fondamentalement le cours*" (Franchimont, Jacobs en Masset, o.c., 813, en noot 260).

Van bij de aanvang van zijn bestaan heeft het Hof volop aandacht besteed aan het recht van verdediging.

Meestal gaven de grieven betreffende de wijze waarop de verdediging van de beschuldigen in assisenprocessen was behartigd geen aanleiding tot nietigheid; de gevallen die leidden tot vernietiging kwamen immers zelden voor.

¹ de Leval, G., *Institutions judiciaires*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la faculté de droit de Liège, 1992, nr. 16, pp. 28 en 29.

² Franchimont, Jacobs en Masset, *Manuel de procédure pénale*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la faculté de droit de Liège, 1989, 806.

Hier worden slechts enkele voorbeelden gegeven van de wijze waarop het recht van verdediging in dat verre verleden werd toegepast, ook al werd het in de koppen van de arresten niet met zoveel woorden onderstreept:

- De nietigheid die hieruit voortvloeit dat de beschuldigde die geen raadsman had gekozen bij zijn ondervraging niet ambtshalve een raadsman toegewezen kreeg, wordt niet gedekt door de na zijn ondervraging gedane aanwijzing waarbij hij niet betrokken werd (Cass. 5 juli 1833, *Pas.* 1833,126).
- De omstandigheid dat de advocaat die de verdediging van de beschuldigde voordraagt niet dezelfde was als degene die ambtshalve was aangewezen levert geen grond tot nietigheid op, wanneer daartegen geen bezwaar werd gemaakt (Cass. 11 november 1837, *Pas.* 1837, 155).
- Het ontbreken van de stukken die de gezworenen mede in staat moeten stellen zich een compleet oordeel te vormen van de bezwaren en de verweermiddelen kan ofwel de belangen van de beschuldiging ofwel die van de verdediging in gevaar brengen (Cass. 10 januari 1834, *Pas.* 1834, 203).
- Hoe belangrijk echter de verlening van inzage van de overtuigingsstukken aan de beschuldigde ook mag zijn, toch schrijft de wet dat inzagerecht niet op straffe van nietigheid voor (Cassatiekamer van het Hof van Den Haag, 17 april 1829, *Pas.* 1814-1830, Vol. VII, t. II, 151).
- Het recht van de beschuldigde om de getuigen te ondervragen ontnemt de voorzitter van het hof van assisen en het hof zelf niet het recht te beslissen of de vragen moeten worden gesteld (Cass. 21 maart 1842, *Pas.* 1842, 187).
- Het verzuim van de voorzitter van het hof van assisen om de beschuldigde te vragen of hij wil antwoorden op de verklaringen van de getuigen heeft niet noodzakelijkerwijs de nietigheid van het debat tot gevolg. De beschuldigde die zich daartegen niet heeft verzet kan er niet over klagen dat de getuigen de toestemming hebben gekregen zich na hun verklaring terug te trekken (Cass. 16 juli 1851, *Pas.* 1851, I, 334).
- De vertegenwoordiging van een beklaagde door een pleitbezorger in correctionele zaken maakt de rechtspleging niet ongeldig, vooral niet wanneer noch het openbaar ministerie noch de burgerlijke partij daartegen enig bezwaar hebben gemaakt (Cass. 2 januari 1836, *Pas.* 1836, 170).
- De beklaagde kan in een middel niet aanvoeren dat hij niet heeft kunnen antwoorden, vooral wanneer het niet vaststaat dat om de uitoefening van dat recht is verzocht (Cass. 8 januari 1855, *Pas.* 1855, 32).
- Daarentegen had het Franse Hof van Cassatie verklaard dat «un accusé ne peut renoncer à l'observation des formes prescrites en sa faveur, et (...) par son acquiescement il ne saurait couvrir la nullité qui doit résulter de leur inobservation" (Cass. fr. 11 juli 1822, *Bull.* 1822, Deel XXVII, nr. 96).

- Een veroordeelde kan voor het Hof van Cassatie niet aanvoeren dat bij de behandeling van de zaak de voor zijn verdediging nuttige deskundigenonderzoeken en proeven niet zijn verricht, wanneer daaromtrent geen bezwaar was gemaakt en hij die inlichtingen zelf kon inwinnen bij het hof van assisen (Cass. 6 mei 1845, *Pas.* 1845, 20).

Dient het nog te worden gezegd dat ook in burgerlijke zaken het recht van verdediging werd erkend; bijvoorbeeld in een verzoeningsprocedure: "le délai donné par la loi pour comparaître étant calculé sur ce qui est nécessaire au défendeur pour pouvoir (...) préparer sa défense, la loi ne pouvait abandonner à l'une des parties le droit de la modifier à son gré, et de mettre ainsi son adversaire dans le cas, ou de ne pas comparaître, ou de présenter une défense incomplète" (Brussel, 18 april 1831, *Pas.* 1831, Vol. IX, T. II, 99).

Zonder te willen veralgemenen uitgaande van zo'n beperkt aantal gevallen, kan toch reeds worden vastgesteld dat de eerbiediging van het recht van verdediging geen dwingende vereiste is dat zou los staan van de rechtspleging in haar geheel, of zou kunnen worden uitgeoefend zonder inachtneming van de rechten van de andere partijen of zonder inachtneming van de vereisten van het onderzoek of van de ontdekking van de waarheid, d.w.z. de vereisten van een goede rechtsbedeling.

Hoe is het thans gesteld met die rechten in een Rechtsstaat die niet alleen onderworpen is aan een nationale maar ook aan een supranationale wetgeving, voornamelijk die betreffende de rechten van het Europees Verdrag? Dit is het onderwerp van onze studie die betrekking heeft op de laatste twaalf jaren.

1. Het begrip "recht van verdediging" ⁽³⁾

1.1. Het begrip "recht van verdediging"

Het begrip wordt niet uitdrukkelijk tot een formele regel verheven, ofschoon wordt aangenomen dat het een fundamentele waarde vertegenwoordigt in elke Rechtsstaat. Het wordt zelfs beschouwd als een natuurrecht dat deel uitmaakt van het collectief bewustzijn, nog voor het positief recht geworden is.

Het geeft aan dat niemand rechter mag zijn in eigen zaak ("*nemo iudex in causa propria*"), dat eigenrichting verboden is, en vooral dat het de rechter verboden is uitspraak te doen zonder de argumenten van de partijen te hebben aanhoord ("*audiatur et altera pars*"). "*La droite raison autant que la nature des choses*" ⁽⁴⁾ gebiedt dat de raadslieden door de rechter op voet van gelijkheid worden behandeld.

Het recht van verdediging is aldus van meet af aan gekoppeld aan elke betwisting die betrekking heeft op een recht of op een belang. Daardoor is het inherent aan elke

³ Met opzet gewaag ik, niet van de rechten van verdediging (*les droits de la défense*), maar van *het recht van verdediging* (*le droit de défense*), naar het voorbeeld van Procureur-generaal Hayoit de Termicourt in zijn rede van 15 september 1956, *Pas.* 1956; het enkelvoud wijst meer op het bestaan van een principe en het meervoud op de toepassing ervan.

⁴ Motulsky, H., "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile", in *Mélanges Paul Roubier*, T. II, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, 181.

jurisdictionele handeling waarvan het een noodzakelijk uitvloeisel is; de eerbiediging ervan vormt de waarborg voor een goede rechtsbedeling.

Dat standpunt werd door het Hof ingenomen op de voltallige zitting van 19 juni 1992 (A.C. 1991-1992, nr. 552). Dat arrest betrof een procedure voor het Rekenhof. In zijn belangrijke conclusie merkte advocaat-generaal Marc De Swaef op "dat het recht van verdediging geen begrip (is) dat losstaande moet worden benaderd. Het dient te worden getoetst, enerzijds aan het ganse systeem waarin het wordt ingepast, anderzijds aan de concrete situatie van de rechtsonderhorige die er zich kan op beroepen (...). Hoe dan ook liggen de krachtlijnen voor de toekomst duidelijk vast: aan een verdere procedurisering en formalisering met beklemtoning en nadere uitwerking van het recht van verdediging zal het Rekenhof wellicht niet kunnen ontsnappen. (...). Door de vervulling van deze algemene rechtsbeginselen ook aan te houden en te vereisen, bij de rechtspleging voor het Rekenhof, zal uw Hof in wezen slechts aansluiten bij de rechtspraak die het in de regel voor de andere gerechten ter zake huldigt" (A.C. 1991-1992, 1003-1007).

Ik hou eraan nog het volgende uit de conclusie van de advocaat-generaal aan te halen, waar hij gewaagt van een "substantiële accentverschuiving(...) naar de erkenning van het recht van verdediging (...) die wortelt (...) in een vertrouwde voedingsbodem en sluit (...) enkel nauwer aan bij de huidige denkbeelden inzake het relatieve evenwicht tussen de rechten en plichten in elk procesgebeuren" (*ibid.*, 1008). Beter kon niet worden gezegd.

1.2. Het recht van verdediging als algemeen rechtsbeginsel

Noch de wet die er heel af en toe op zinspeelt (b.v. in artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek), noch de rechtspraak die er nochtans vaak naar verwijst, hebben het begrip *algemeen rechtsbeginsel* omschreven of een poging daartoe ondernomen.

Procureur-generaal W.J.Ganshof van der Meersch wees in zijn openingsrede van 1 september 1970 erop dat de rechtspraak van het Hof op dat punt vooral na 1961 vorm heeft gekregen⁵).

Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat het beginsel niet een creatie is van de rechtspraak; zij heeft zich ertoe beperkt het bestaan vast te stellen van wat zij beschouwt als een niet meer weg te denken bestanddeel van de rechtsorde, dat zelfs niet in de wet is omschreven. De Procureur-generaal was van oordeel "que son existence est si certaine que le législateur estime ne pas devoir le constater dans un texte de loi" (*ibid.*, 50). En hij voegde eraan toe: "La forme n'est pas l'essentiel; la loi, sous sa forme écrite, n'est qu'un aspect formel de la norme juridique. L'essentiel est

⁵ *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit* (A.C. 1971, 49, noot 220). Hij haalt b.v. Cass. 2 mei 1961 (*Bull. en Pas.* 1961, 926) aan, dat inzake directe belastingen precies het recht van verdediging betreft als "principe général de droit inséparable de l'acte de juridiction". Hij had evenwel daaraan reeds een conclusie gewijd bij het arrest van 14 juni 1956 waarin te lezen staat dat "wanneer de materie niet door de wetgeving voorzien is, de rechter de verplichting heeft volgens de algemene rechtsbeginselen te beslissen" (A.C. 1956, 856). In dezelfde periode had Procureur-generaal Hayoit de Termicourt reeds herinnerd aan de oorsprong en de grondslagen ervan in zijn rede van 15 september 1956 met als titel "Un aspect du droit de défense" (*Bull. en Pas.*, 1956, 3). Sace, J., "Quelques réflexions sur les principes généraux du droit", in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 79-88.

que la règle de droit -écrite ou non écrite- soit certaine, acceptée et suffisamment précise pour pouvoir être sanctionnée" (*ibid.*, 53).

Dat neemt niet weg dat de wetgever mogelijk in een aantal welbepaalde gevallen de uitoefening van dat recht zelf wil regelen: op de achtergrond zal de eerbiediging van het beginsel van het recht van verdediging echter altijd in de regeling aanwezig zijn, zelfs zonder dat de wetgever er expliciet naar verwijst.

In die gevallen kan de rechter niet ingaan tegen de tekst van de wet waarnaar hij bij voorrang dient te verwijzen. Dat kan verklaren waarom de rechtspraak die expliciet naar het recht van verdediging verwijst betrekkelijk schaars is vergeleken met de overvloedige rechtspraak in bijzondere materies die bepaalde aspecten van de uitoefening van dat recht regelen. Op grond van die overwegingen is het voortaan uitgesloten dat de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel beperkt zou zijn tot de geschillen die voor de rechter worden gebracht. Wel integendeel, door het recht van verdediging tot algemeen beginsel te verheffen heeft het Hof van Cassatie de *algemene* geldigheid ervan in elk geding en voor elk gerecht erkend, ook al vond de wetgever het niet nodig aan dat beginsel een wettelijk statuut te verlenen, d.w.z. het bestaan ervan vast te leggen in de wet, met andere woorden het te koppelen aan een tekst." C'est que (son) existence est si certaine qu'elle ne doit pas être constatée dans un texte de loi"⁽⁶⁾.

De gevallen waarin het recht van verdediging moet kunnen worden uitgeoefend zijn trouwens zo talrijk en gevarieerd dat het niet mogelijk zou zijn te beschikken over een arsenaal teksten dat in alle gevallen voorziet, zoniet dreigt een inflatie van het aantal wetten, zonder dat men de zekerheid zou hebben dat alle gevallen waarin dat recht van verdediging in het geding kan zijn naar behoren zijn onderzocht. Het is dus, zoals Procureur-generaal Ganshof van der Meersch voorts opmerkte, in een algemeen rechtsbeginsel "que se trouve la protection (la plus) complète des droits de la défense". Vandaar de noodzaak om een beroep te doen op *de leer van de algemene rechtsbeginselen*, "la seule qui soit de nature à donner pleine satisfaction, pour assurer, même en dehors des cas particuliers expressément réglés par le législateur, le respect des droits de la défense", assurés ainsi d'une protection qui ne saurait pâtir de lacunes dans les lois de procédure ou d'organisation judiciaire" (⁽⁷⁾).

Hoewel, zoals Motulsky denkt, het algemeen beginsel behoort tot een *suprapositief* recht dat te onderscheiden is zowel van het positief recht *sensu stricto*, als van de jurisprudentiële regel, daar het voorafgaat aan de vaststelling ervan door de rechter die zich beperkt tot de erkenning ervan (⁽⁸⁾), is *dat natuurrechtelijk voorschrift inzake procedure* niettemin het positief recht binnengedrongen via de rechtspraak die er soms expliciet maar meestal impliciet naar verwijst langs de omweg van bijzondere regels inzake procedure of rechterlijke organisatie die juist bedoeld zijn om de eerbiediging van het recht van verdediging te verzekeren, zonder dat er uitdrukkelijk naar verwezen wordt.

⁶ Ganshof van der Meersch, W.J., *o.c.*, in *Mélanges à Jean Dabin*, T.II, Brussel, Bruylant, 1963, (569) 588.

⁷ In zijn rede van 1 september 1970, *o.c.*, pp. 111, 112 en 116.

⁸ Motulsky, H., *o.c.*, pp. 175 et 180.

Zowel in burgerlijke als in strafzaken vereisen tal van regels impliciet dat het recht van verdediging geëerbiedigd wordt, en die eisen worden omringd door bijzondere waarborgen die ruimschoots daaraan voldoen ⁽⁹⁾.

Tevens is het beginsel van het recht van verdediging - hoeft het nog gezegd - vastgelegd in op zijn minst twee teksten van het EVRM (zie *infra*).

Het algemeen beginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging krijgt daardoor een haast subsidiair of aanvullend karakter, daar de rechter bij voorrang dient te verwijzen naar de wet als ze bestaat, en alleen naar het algemeen beginsel bij ontstentenis van tekst.

Desalniettemin acht het Hof van Cassatie zich – althans in strafzaken – niet langer gebonden door de strikte verplichting om te verwijzen naar een wettekst, wanneer het zich kan beroepen op een schending van het algemeen beginsel van het recht van verdediging ⁽¹⁰⁾. Het algemeen rechtsbeginsel is daarom niet onveranderlijk daar het, zoals de wet trouwens, onderhevig is aan de evolutie van de samenleving; vandaar de beperkingen die zijn aangebracht aan de uitoefening van het recht van verdediging (zie *infra*).

1.3. De erkenning van het recht van verdediging door het EVRM

De twee teksten van het Verdrag waarin het bestaan van het recht van verdediging is vastgelegd zijn: artikel 5 waarin sprake is van het beginsel van de persoonlijke vrijheid, en artikel 6 waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd; de eerbiediging van het recht van verdediging is trouwens één van de belangrijkste aspecten van het recht op een eerlijk proces ⁽¹¹⁾.

"Si", zoals Franchimont, Jacobs en Masset in verband met artikel 6 schrijven, "la plupart des droits consacrés par ce dernier texte se retrouvent épars dans le Code d'instruction criminelle, la Convention présente, à tout le moins, l'avantage de les rassembler et de les énoncer clairement", en zelfs het recht van verdediging als algemeen beginsel te hebben bekrachtigd door er het primaat aan toe te kennen en er de sanctie aan te verbinden die passend zijn ⁽¹²⁾.

Alleen al de tekst van artikel 6 geeft reeds een beeld van de omvang van de aan de rechtzoekenden verleende waarborgen, ook al is dat artikel niet bedoeld om in alle fasen van een procedure te worden toegepast; alleen de jurisdictionele fase is immers onderworpen aan artikel 6.

De erkenning van het recht van verdediging in artikel 6 is dus niet volledig, te meer daar voor de toepassing van die bepaling van het Verdrag vereist is "qu'il s'agisse

⁹ Ganshof van der Meersch, *o.c.*, 593, 602.

¹⁰ Franchimont, Jacobs et Masset, *o.c.*, p. 805, noot 223. Zoals J. Kirckpatrick zegt in: "L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit", in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, (623) 629: "Depuis 1971, les moyens de cassation pris, en matière civile, fiscale et disciplinaire, de la violation du droit de défense, ne se réfèrent plus à aucune disposition légale".

¹¹ Karsenty, D., "Le droit au procès équitable" in *le Rapport de la Cour de cassation de France*, 2001, 111-130.

¹² Manuel de procédure pénale *o.c.*, 806; Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Liège, 1985, 16.

d'une contestation sur des droits et des obligations de caractère civil ou (d'une) décision sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale, (...) dirigée contre le titulaire de droits prévus par ce texte" (¹³).

Welke zijn dus die rechten van de verdediging die door het Verdrag worden beschermd?

Op grond van artikel 6.1:

- het recht op een eerlijke behandeling van de zaak op grond van de beoordeling van de rechtspleging in haar geheel (en niet op een tussengeschied of een bijzonder aspect van de rechtspleging). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs nog in zijn arrest Allan van 5 november 2002 in die zin beslist: met als uitgangspunt dat moet worden nagegaan of het recht van verdediging is gerespecteerd, stelt het Europese Hof dat "het is niet (zijn) taak is om na te gaan of de beklaagde al dan niet schuldig is, noch of de procedure in het land in kwestie al dan niet correct is nageleefd, noch of een bewijs al dan niet toelaatbaar is. De vraag is of de procedure *in zijn geheel*, inbegrepen de manier waarop het bewijsmateriaal werd verworven, eerlijk was in de zin van het EVRM;

- de wapengelijkheid, dat is de gelijkheid in de rechtspleging tussen, enerzijds, de beschuldigde of de beklaagde en, anderzijds, het openbaar ministerie en de burgerlijke partij;

- de openbaarheid van de terechtzittingen en de uitspraak, met uitzondering van de gevallen waarin de zaak met gesloten deuren moet worden behandeld;

- de redelijke termijn;

- de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de bij de wet ingestelde rechterlijke instantie.

Op grond van artikel 6.2: het vermoeden van onschuld.

Op grond van artikel 6.3: het recht van de beschuldigde om op de hoogte worden gebracht van de aard en de reden van de tegen hem uitgebrachte beschuldiging, het recht te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging, het recht getuigen te ondervragen, het recht zich te doen bijstaan door een tolk(¹⁴).

Ten slotte wordt het recht van verdediging door de rechtspraak van ons Hof toegepast door te verwijzen naar specifieke teksten wanneer zij bestaan en, bij ontstentenis hiervan, naar het Europees Verdrag of een algemeen rechtsbeginsel, met dien verstande dat het Hof – althans in strafzaken – zich ontslagen acht van de verplichting te verwijzen naar een specifieke wetsbepaling (¹⁵).

¹³ Franchimont, Jacobs et Masset, *o.c.*, 817, waar de auteurs de procedures opsommen die van het toepassingsgebied van artikel 6 uitgesloten zijn.

¹⁴ Franchimont, Jacobs en Masset, *o.c.*, 819 e.v.

¹⁵ Franchimont, Jacobs en Masset, *o.c.*, 805, noot 223 en noot 9, *supra*.

2. Het recht van verdediging in het strafproces

De gevallen waarin het recht van verdediging aanleiding kan geven tot problemen doen zich vooral voor in het strafproces. Het recht van verdediging moet hier in alle fasen van het strafproces worden geëerbiedigd, meer bepaald vanaf de fase van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek (¹⁶).

2.1. De beperkingen aan de geheimhouding van het onderzoek in het belang van het recht van verdediging.

Het beginsel van de geheimhouding van het onderzoek is in de nieuwe strafprocedure behouden wegens de noodzaak om twee grote belangen die met elkaar in conflict kunnen komen te vrijwaren, namelijk, enerzijds, de eerbiediging van het vermoeden van onschuld, anderzijds, de noodzaak om de waarheid aan het licht te brengen tijdens de voorbereidende fase, zowel de fase van het opsporingsonderzoek als van het gerechtelijk onderzoek.

De wet van 12 maart 1998 *tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek*, die van kracht is geworden op 2 oktober 1998, handhaaft het beginsel van de geheimhouding van het onderzoek, maar voert een aantal afwijkingen of uitzonderingen op dat beginsel in die onrechtstreeks verband houden met de uitoefening van het recht van verdediging.

Zo wordt bijvoorbeeld een kopie van het proces-verbaal van verhoor of van het gehele of van een gedeelte van het dossier van een gerechtelijk onderzoek medegedeeld, en kan ieder persoon die als inverdenkinggestelde of burgerlijke partij wordt gehoord daarom verzoeken, behoudens de noodwendigheden van het onderzoek (artikelen 28*quinquies*, 57 en 61 *ter* van het Wetboek van Strafvordering).

De wet bepaalt evenwel dat de inverdenkinggestelde - of de burgerlijke partij - die inlichtingen alleen kan gebruiken *in het belang van zijn eigen verdediging*, op voorwaarde dat hij het vermoeden van onschuld in acht neemt, alsook de rechten van verdediging van derden. De rechtspraak van het Hof over dat onderwerp is schaars (¹⁷).

Inzake voorlopige hechtenis bevat artikel 18, § 2 van de wet van 20 juli 1990 een bijzondere regel, namelijk dat aan de aangehouden verdachte bij de betekening van een bevel tot aanhouding een afschrift wordt afgegeven van de processen-verbaal van zijn verhoren. Het doel hiervan is voor de onderzoeksrechter een debat op tegenspraak mogelijk te maken tussen, enerzijds, het parket en, anderzijds, de verdachte en diens raadsman, gedurende de vijf dagen die volgen op de afgifte van dat bevel waarvan de opheffing door de onderzoeksrechter ambtshalve kan worden bevolen. Dat debat is slechts mogelijk wanneer de verdediging kennis draagt van de

¹⁶ Zie de niet beperkende, maar belangrijke opsomming die Franchimont, Jacobs en Masset hiervan geven, in *o.c.*, 807 e.v.

¹⁷ Zie: Cass. 10 november 1998, nr. 480, m.b.t. artikel 28*quinquies*, § 2 van het Wetboek van Strafvordering; 16 februari 1999, A.C. 1999, nr. 89, et 13 oktober 1999, A.C. 1999, nr. 529, m.b.t. artikel 61*ter* van het Wetboek van Strafvordering; 13 september 2000, A.C. 2000, nr. 466, m.b.t. artikel 61*ter*, § 5.

inhoud van die verhoren, vandaar de regel van artikel 18 – die niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven – waarvan de overtreding kan leiden tot de invrijheidstelling, voor zover de effectieve uitoefening van het recht van verdediging door die overtreding in het gedrang is gebracht (¹⁸).

2.2. Het vermoeden van onschuld, uitvloeisel van het recht van verdediging

Het vermoeden van onschuld vloeit rechtstreeks voort uit het algemeen beginsel van het recht van verdediging waarvan het een essentieel aspect is. Artikel 6.2 EVRM omschrijft het beginsel ervan in duidelijke bewoordingen: "eenieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt" (¹⁹).

Dat vermoeden vormt een procedurele waarborg die geldt voor elke strafrechtspleging, en heeft directe gevolgen niet alleen voor de bewijslast, die uitsluitend rust op degene die de strafvervolgung instelt, maar ook voor het oordeel van de rechter die in geval van redelijke twijfel toepassing maakt van het adagium *in dubio pro reo* (²⁰).

Die *petitio principii* stuit van meet af aan op het feit dat er geen strafproces is zonder dat iemand in verdenking wordt gesteld. J. Cortsens meent zelfs dat het vermoeden van onschuld op het eerste gezicht onvereenigbaar is met de regel "geen procedure zonder verdenking" (²¹). "Om een strafprocedure te mogen beginnen moet er een verdenking zijn, dat betekent een vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd en bij dwangmiddelen vaak ook een vermoeden dat een bepaalde persoon een strafbaar feit heeft gepleegd. Hoe kan men die persoon nu voor onschuldig moeten houden?" En de auteur vervolgt: "Redelijke uitleg van de *presumptio innocentiae* brengt mee dat deze de wetgever en de strafvorderlijke autoriteiten vooral inprent de verdachte niet als een reeds veroordeelde aan te merken. Dit heeft verschillende consequenties" (²²).

Een eerste essentieel gevolg van die waarborg is dat, omdat de onschuld van de in verdenkinggestelde vermoed wordt, hij niets dient te bewijzen en zelfs niet op enigerlei wijze deel te nemen aan de bewijsvoering of aan de ontdekking van de waarheid (zie *infra*: De bewijsproblematiek).

Vergeleken met de erg talrijke gevallen waarin vergeefs een schending van het vermoeden is aangevoerd, zijn de gevallen waarin het Hof een arrest vernietigd heeft wegens schending van het vermoeden van onschuld zeldzaam; ze zijn wat dat

¹⁸ Cass. 15 december 1998, R.W. 1998-1999, 1389, met noot van Vandeplass; 13 december 2000, A.C. 2000, nr. 689, met noot. 1, in *Bull. en Pas.*, 1937, en A.C. 2000, 1983.

¹⁹ Kuty, F., "Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2002 – le respect des droits de la défense", *J.L.M.B.* 2003, (496) 505, en meer in het bijzonder over het vermoeden van onschuld, 524 e.v.

²⁰ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor het burgerlijk proces: eiser dient het door hem aangevoerde te bewijzen, terwijl verweerder slechts dient te bewijzen wat hij zelf aanvoert ter verdediging van zijn zaak (artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek).

²¹ Cortsens, G., *Het Nederlands Strafprocesrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 53.

²² E.H.R.M. 6 december 1988, inz. Barbera en cons., serie A nr. 146.

betreft belangrijk genoeg om op verschillende niveaus van het strafproces te worden toegelicht:

- op het niveau van de beoordeling van de feiten:

Het vermoeden van onschuld wordt gewaarborgd o.m. door de tegenspraak die de beklaagde m.b.t. de vaststellingen van de verbalisanten vermag te voeren, waaronder het al of niet objectief karakter van deze vaststellingen, en door de onpartijdigheid waarmee de rechter de bewijswaarde van deze vaststellingen beoordeelt (Cass. 4 februari 1997, A.C. 1997, nr. 62; 22 juni 1999, A.C. 1999, nr. 386).

Het vermoeden van onschuld impliceert dat een beklaagde niet het bewijs moet leveren van de werkelijkheid van een door hem aangevoerde rechtvaardigingsgrond en die niet van alle geloofwaardigheid is ontbloot (Cass. 21 april 1998, A.C. 1998, nr. 202).

Miskent het vermoeden van onschuld de rechter die reeds voor de behandeling van de zaak zijn mening over de handelwijze van de beklaagde heeft gevormd, wat kan blijken uit de vermelding dat het herhaald uitstel van de zaak was bedoeld om de beklaagde tot betere inzichten te brengen (Cass. 8 december 1998, A.C. 1998, nr. 509).

Krachtens artikel 135, § 2 van het Wetboek van Strafvordering kan de inverdenkinggestelde in geval van onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden met betrekking tot de verwijzingsbeschikking, beroep instellen tegen de verwijzingsbeschikking bepaald in artikel 130 van dat wetboek; dat is b.v. het geval bij miskennis van het vermoeden van onschuld (Cass. 5 maart 2003, P.03.0086.F; zie ook Cass. 23 mei 2001, A.C. 2001, nr. 307, met conclusie van advocaat-generaal Loop; Vgl: Cass. 26 juni 2002, P.02.0866.F).

De discretionaire macht waarover de voorzitter van het hof van assisen krachtens artikel 258 van het Wetboek van Strafvordering beschikt, geeft hem niet het recht om aan de juryleden zijn mening te kennen te geven over de aan de beschuldigde verweten feiten (Cass. 8 mei 1996, A.C. 1996, nr. 162).

Nu het door artikel 67bis van de Wegverkeerswet ingericht vermoeden van schuld door alle middelen rechtens kan worden weerlegd, wordt aan het vermoeden van onschuld geen afbreuk gedaan (Cass. 7 februari 2001, A.C. 2001, nr. 75; zie verder: De vermoedens in strafzaken). Hetzelfde kan worden gezegd t.a.v. artikel 205 van de Douanewet, dat een vermoeden van fraude inricht, dat de beklaagde door alle middelen rechtens mag tegenspreken (Cass. 17 oktober 2001, A.C. 2001, nr. 551; zie ook: Cass. 7 februari 2001, A.C. 2001, nr. 75).

- op het niveau van de beoordeling van de straf en van de strafmaat:

Wanneer uit de vaststellingen van een veroordelend arrest blijkt dat de appelrechters bij de bepaling van de strafmaat rekening hebben gehouden met strafbare feiten waarvoor de beklaagde vroeger bij een ander vonnis is veroordeeld, moet het Hof kunnen nagaan dat dat vroeger vonnis in kracht van gewijsde was gegaan; anders

wordt de in artikel 6.2 EVRM neergelegde regel, dat onschuld wordt vermoed, miskend (Cass. 25 april 1990, A.C. 1989-90, nr. 500).

Bij de beoordeling van een vraag tot opschorting van de uitspraak mag de rechter alle gegevens eigen aan de persoon van de beklaagde in acht nemen, maar hij mag in zijn oordeel geen strafbare feiten betrekken waarvoor de schuld van de beklaagde niet onherroepelijk vaststaat (Cass. 13 oktober 1998, A.C. 1998, nr. 441).

Het vermoeden van onschuld wordt miskend door de appelrechters die de verhoging van de door de eerste rechter opgelegde straf laten steunen op de feitelijke omstandigheid dat de beklaagde "nog steeds geen einde heeft gesteld" aan de wederrechtelijke toestand die het gevolg is van het bewezen verklaarde bouwmisdrijf, wat zij slechts vermochten vast te stellen vanaf zijn definitieve veroordeling wegens die feiten (Cass. 25 juni 1996, A.C. 1996, nr. 258; Zie *infra*: Het recht van verdediging en de motivering van de straf).

De jeugdrechter die vaststelt dat er in het strafdossier tegen de minderjarige aanwijzingen van schuld zijn, en, zonder voorafgaande beslissing ten gronde, diens behoud in zijn milieu afhankelijk stelt van de uitvoering van prestatie van opvoedkundige aard, legt hem aldus een maatregel op, die een sanctionerend karakter heeft, wat het oordeel inhoudt dat hij het als misdrijf omschreven feit heeft gepleegd. Zodoende miskent de jeugdrechter het vermoeden dat de minderjarige geacht wordt onschuldig te zijn (Cass. 4 maart 1997, A.C. 1997, nr. 123 met conclusie van advocaat-generaal Dubrulle; zie ook Cass. 21 mei 2003, P.03.0524.F).

Het beginsel van het vermoeden van onschuld is niet beperkt tot de beoordeling van de bewijswaarde van de aan de feitenrechter overgelegde bewijzen, en evenmin tot de bepaling van de strafmaat bij het onderzoek naar de gegrondheid van een strafvervolgning, maar strekt zich uit tot gehele procedure, en uiteraard tot de procedure van de voorlopige hechtenis: het vermoeden van onschuld wordt miskend door het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat naar aanleiding van de handhaving van de voorlopige hechtenis uitspraak doet over de schuld van de beklaagde (Cass. 19 maart 1997, A.C. 1997, nr. 155).

Daarentegen heeft het Hof beslist dat de woorden in een bevel tot aanhouding dat de verdachte de hem ten laste gelegde feiten "heeft gepleegd" kunnen worden verstaan als "de vaststelling van het bestaan van ernstige aanwijzingen van schuld" (Cass. 26 maart 1997, A.C. 1997, nr. 166).

Zelfs wanneer de onderzoeksrechter het vermoeden van onschuld heeft geschonden, is er daarom nog geen sprake van een onherstelbaar gebrek: de onderzoeksgerechten die de wettigheid van het aanhoudingsbevel moeten nagaan, zijn bevoegd om de redenen ervan te verbeteren (Cass. 5 november 1997, A.C. 1997, nr. 453, met de conclusie van het openbaar ministerie).

Ook al dient de deskundige, in het kader van een deskundigenonderzoek, geen advies uit te brengen over een rechtskwestie en dient hij zich niet uit te spreken over de schuld van de beklaagde, toch verbiedt "de onpartijdigheid die hij als deskundige in acht moet nemen, hem niet een technisch of wetenschappelijk advies uit te

brengen over het bestaan of het ontbreken van materiële gegevens die een misdrijf kunnen opleveren⁽²³⁾.

Reeds uit die enkele voorbeelden blijkt dat het beginsel van het vermoeden van onschuld geen *categorische imperatief* is die aan geen enkele voorwaarde onderworpen is of buiten elk verband met iets anders bestaat, maar *gelijktijdig* moet worden bekeken met het beginsel van de vrije bewijsvoering in strafzaken en met de regel dat de rechter in gemoede tot zijn overtuiging komt.

Ook al vloeit uit het vermoeden van onschuld het beginsel *in dubio pro reo* voort (de twijfel komt ten goede aan de beschuldigde), toch blijft als belangrijkste betrachting van het strafproces de afweging van twijfel en zekerheid, met de bedoeling dat de rechter zich een overtuiging vormt.

De in de rechtspraak gevolgde regel, dat de twijfel de persoon tegen wie een strafvervolgung is ingesteld ten goede moet komen, vereist nog eensgezindheid over wat die *redelijke twijfel* inhoudt. Vooreerst betreft het hier geen *petitio principii*. De beoordeling van die twijfel is veeleer van dialectische, dat is van rationele aard: het moet gaan over een "redelijke twijfel" (Cass. 10 november 1992, A.C. 1991-92, nr. 726) die uiteraard bestaat bij de rechter en niet bij de beklaagde die b.v. twijfel koestert over een bestanddeel van het hem ten laste gelegde misdrijf (Cass. 2 mei 1990, A.C. 1990, nr. 515), en evenmin bij de deskundige die trouwens altijd alleen maar een advies uitbrengt (Cass. 25 mei 1994, A.C. 1994, nr. 261).

Daar de twijfel een oneindig aantal gradaties kan vertonen, rijst zelfs de vraag of hij noodzakelijkerwijze voor de beklaagde gunstig moet zijn ⁽²⁴⁾.

2.3. De bewijsproblematiek en het recht van verdediging

Vooraf dient de volgende overweging te worden gemaakt: algemeen wordt in de rechtspraak van het Europees Hof aangenomen dat de bewijsvoering in de eerste plaats geregeld wordt door het interne recht en dat derhalve alleen de nationale rechtscollèges bevoegd zijn de verzamelde gegevens waarover voor die collèges een debat is gevoerd te beoordelen. Het EVRM waarborgt in artikel 6 weliswaar het recht op een eerlijk proces, dat het recht van verdediging omvat, maar daarom regelt het nog niet de kwesties in verband met de toelaatbaarheid van de bewijzen zelf. Het gaat na of de rechtspleging, in haar geheel beschouwd, eerlijk verlopen is ⁽²⁵⁾.

De bewijsvoering in strafzaken doet onvermijdelijk een conflictueuze toestand rijzen, tussen de *actieve* recherche naar de waarheid, en de principiële *passieve* houding van de vermoedelijk *onschuldige* beklaagde.

²³ Cass. 24 april 2002, P.02.0012 F. Vergelijk een aanverwant probleem in een burgerlijke zaak: Cass. 14 september 1992, A.C. 1991-92, nr. 605: "het deskundigenonderzoek mag enkel vaststellingen of een technisch advies betreffen; de rechter die aan de deskundige opdracht geeft zijn advies uit te brengen over de gegrondheid van de vordering zelf, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht".

²⁴ Nagouas-Guérin, M.-C., "Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale", *Rev.Sc.Crim.* 2002, 283; Van Overbeken, S., "In dubio pro reo", *R.W.* 1994-95, 1190.

²⁵ Kutty, F., *Chronique de jurisprudence de la C.E.D.H. relative au procès équitable*, *J.L.M.B.* 2003, 496.

2.4. De vermoedens in strafzaken

Vermoedens van feitelijke aard kunnen als bewijsmiddel in strafzaken dienen. De strafrechter beslist hierover onaantastbaar, en de beklaagde vermag deze vermoedens aan te vechten. In zoverre kan het recht van verdediging niet worden miskend. Dit is trouwens een vaste rechtspraak (²⁶).

Uit de Europese rechtspraak blijkt tevens dat "les présomptions de droit ou de fait figurant dans les lois répressives ne sont pas en soi incompatibles avec la présomption d'innocence, si elles sont enserrées dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense" (²⁷).

Vermeldenswaard is in dit opzicht artikel 67bis van de Wegverkeerswet (ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996), krachtens welk bepaalde verkeersovertredingen *vermoed* worden te zijn begaan door de titularis van de nummerplaat van het voertuig, wanneer de bestuurder bij de vaststelling van de overtreding niet geïdentificeerd werd.

Artikel 67bis verlicht aldus de bewijslast die principieel op het openbaar ministerie rust, in zoverre t.a.v. de titularis van de nummerplaat een wettelijk maar toch weerlegbaar vermoeden van schuld wordt ingericht (²⁸); het staat aan de titularis van de nummerplaat gegevens aan te brengen die niet zozeer zijn onschuld moeten kunnen bewijzen, dan toch een redelijke twijfel kunnen wekken aangaande de identiteit van de bestuurder (Cass. 17 maart 1999, A.C. 1999, nr. 160; zie ook: Cass. 22 oktober 1997, A.C. 1997, nr. 421). Die afwijking van het beginsel volgens hetwelk de bewijslast op de vervolgende partij weegt kan worden verantwoord in het licht van het doel dat door de wetgever is nagestreefd, m.n. een doeltreffende bestrijding van de verkeersdelinquentie in gevallen waarin het moeilijk is de identiteit van de overtreder vast te stellen. Dit vermoeden van schuld kan evenwel "met elk middel" worden weerlegd, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan het vermoeden van onschuld dat in artikel 6.2 EVRM is uitgedrukt (Cass. 7 februari 2001, A.C. 2001, nr. 75; 16 april 2002, P.01.0119.N).

R. Declercq (o.c., nr. 1295) stelt terecht de vraag "of het begrip *vermoeden* wel zin heeft in het strafproces (...) Een feitelijk vermoeden leidt trouwens niet tot zekerheid maar tot een zekere waarschijnlijkheid die geen veroordeling wettigt".

2.5. Het getuigenis – toelaatbaarheidsvereisten

Het probleem van de getuigenverklaring kan de vraag doen rijzen naar het evenwicht tussen de noodzaak om de waarheid aan het licht te brengen en de eerbiediging van

²⁶ Declercq, R., *Beginselen van Strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nr. 1293 e.v.; zie b.v. Cass. 12 juni 1990, A.C. 1989-90, nr. 591; 13 oktober 1993, A.C. 1993, nr. 409; 30 januari 1996, A.C. 1996, nr. 62.

²⁷ E.H.R.M. 7 oktober 1988, inzake Salabiaku, serie A nr. 141-A, § 28.

²⁸ Cass. 19 oktober 1999, A.C. 1999, nr. 547. Zie ook Cass. 17 oktober 2001, P.01.1021.F, m.b.t. artikel 205 Douane- en Accijnzenwet. In verband met het onweerlegbare vermoeden van artikel 265, § 1 Douane- en Accijnzenwet, volgens hetwelke de opdrachtgever altijd als strafrechtelijk aansprakelijk wordt beschouwd voor de door zijn aangestelden begane strafbare feiten, heeft het Arbitragehof zijn rechtspraak bevestigd en aangevuld met de vaststelling dat het hier een grove aantasting betreft van het beginsel volgens hetwelk de straffen aangepast moeten zijn aan de persoon, arrest Arbitragehof, nr. 43/2001 van 29 maart 2001.

het recht van verdediging. Artikel 6.3, d EVRM kent aan de verdachte het recht toegetuigen te doen oproepen en ondervragen, met de bedoeling om hem op voet van gelijkheid te behandelen met de vervolgende partij en de burgerlijke partij, voor zover evenwel de gevraagde getuigenverhoren een middel kunnen zijn om de waarheid aan het licht te brengen. Daarover beslist de rechter in de regel op onaantastbare wijze.

Hier dient eraan te worden herinnerd dat het Europese Hof de regeling van de toelaatbaarheid van het bewijs aan het interne recht heeft overgelaten: de Europese rechter van zijn kant is bevoegd om *uitgaande van een beoordeling van het proces in zijn geheel*, na te gaan of voldaan is aan de vereisten van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, en met name of het recht van verdediging is geëerbiedigd.

Het Europese Hof gaat er dus van uit dat het nationale recht de toelaatbaarheid van de bewijzen, met name van de getuigenverklaringen, aan voorwaarden kan onderwerpen, dat de rechter de noodzaak en de relevantie van de aan de getuigen te stellen vragen kan beoordelen, en meer bepaald kan uitmaken in hoeverre ze kunnen bijdragen tot de ontdekking van de waarheid en nodig zijn om de waarheid aan het licht te brengen⁽²⁹⁾.

Een wijzigende wettelijke bepaling inzake de bewijsvoering in strafzaken waardoor het recht van verdediging wordt aangetast, is slechts toepasselijk op feiten die na de inwerkingtreding van die bepaling zijn gepleegd⁽³⁰⁾.

Hoe dan ook de beklaagde kan niet onder eed als getuige in zijn eigen zaak worden ondervraagd, zelfs niet op eigen verzoek⁽³¹⁾. Een verhoor onder ede van de verdachte is aldus nietig⁽³²⁾. Die stelling is gebaseerd op het zwijgrecht van de verdachte⁽³³⁾.

Maar geen miskenning van het recht op een eerlijk proces noch van de wapengelijkheid valt af te leiden uit de omstandigheid dat een getuige door de rechter onder eed wordt verhoord en zich in de verdere loop van de procedure burgerlijke partij stelt. Een dergelijke getuigenis is immers aan de tegenspraak van de in het geding zijnde partijen, o.m. van de beklaagde, onderworpen en wordt door de rechter naar zijn bewijswaarde beoordeeld. De omstandigheid dat een beklaagde zich ertegen kan verzetten dat een reeds gestelde burgerlijke partij als getuige onder eed wordt verhoord, doet hieraan niet af. Daarbij zijn de bewijsregels in burgerlijke zaken van toepassing op het verweer van de beklaagde tegen de burgerlijke rechtsvordering die tegen hem is ingesteld op grond van een te zijnen laste gelegd misdrijf, wanneer dat verweer geen verband houdt met het bewijs van het misdrijf. Zulks houdt in dat ook in strafzaken de bewijsregels van het burgerlijk recht van toepassing zijn voor het bewijs van het bestaan en de omvang van de schade. Volgens die regelen van burgerlijk recht zijn het bestaan en de omvang van de schade uit een misdrijf rechtsfeiten die met alle bewijsmiddelen mogen worden

²⁹ Bekaert, H., *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Brussel, Bruylant, 1972.

³⁰ Cass. 19 oktober 1999, A.C. 1999, nr. 547.

³¹ Cass. 19 september 2000, A.C. 2000, nr. 478; 20 juni 2000, A.C. 2000, nr. 382.

³² Cass. 11 maart 1992, A.C. 1991-92, nr. 362; 6 mei 1993, A.C. 1993, nr. 225; 5 juni 2001, A.C. 2001, nr. 336, R.W. 2002-2003, nr. 32, kol. 1257, met noot van Chris De Roy.

³³ E.H.R.M. 25 februari 1993, Funke/Frankrijk, Serie A nr. 256.

bewezen, daarin begrepen getuigen en vermoedens. (Cass. 26 februari 2002, P.00.1037.N, R.W. 2002-2003, 1505, met noot van B. Backx, "De burgerlijke partij als getuige in eigen zaak").

2.5.1. Recht van verdediging bij anonieme getuigenis

Tal van arresten van het Europese Hof hebben zich uitgesproken over het gebruik als bewijs van anonieme getuigen. In beginsel moet de beklaagde alle bewijsmiddelen in openbare terechtzitting kunnen tegenspreken. Getuigen à charge moeten ten minste in enig stadium van het onderzoek ondervraagd kunnen worden. De aanvaarding van een anonieme getuige als *enig en afdoend bewijs* voor een veroordeling kan afbreuk doen aan het recht op een eerlijk proces, en mitsdien artikel 6, 3. in samenhang met artikel 6.1 EVRM schenden en het recht van verdediging miskennen⁽³⁴⁾.

Uit de leer van die Europese rechtspraak kan als regel worden aanvaard dat een veroordeling niet uitsluitend en zelfs niet in doorslaggevende mate gebaseerd mag zijn op de verklaringen van een anonieme getuige. Daarbij moet de beklaagde de kans krijgen die getuigenis tegen te spreken en de rechter moet in elk geval de geloofwaardigheid ervan kunnen toetsen.

In dit opzicht moet het cassatiearrest van 2 mei 1990 (A.C. 1989-90, nr. 156) worden vermeld waarbij het Hof oordeelt dat het recht van verdediging niet is miskend wanneer de rechter zijn overtuiging niet alleen heeft gegrond op een algemene beoordeling van de onderscheiden bewijselementen, en meer bepaald op de verklaring van een medebeklaagde, maar ook op van anoniem gebleven getuigen verkregen inlichtingen die bij het dossier zijn gevoegd, die de beklaagde kon inzien en die hij ongehinderd heeft kunnen weerspreken⁽³⁵⁾.

Ons Hof heeft zich zo geleidelijk aan de zijde van de Europese rechtspraak geschaard.

Als uitgangspunt van onze analyse nemen wij het arrest van 15 juli 1997, (A.C. 1997, nr. 314), voorafgegaan door de conclusie van advocaat-generaal De Riemaeker, die de aan dit arrest voorafgaande rechtspraak grondig ontleedt. Het cassatieberoep was, in de besproken zaak, o.m. gericht tegen een tussenarrest van een hof van assisen, waarbij werd beslist dat de identiteit van anonieme getuigen verborgen dienen te blijven. Eiser in cassatie betoogde dat artikel 6 EVRM en zijn recht van verdediging werden miskend door de weigering om hun identiteiten kenbaar te maken, waardoor hem de mogelijkheid werd ontnomen om die personen als getuige ter zitting op te roepen. Het Hof beslist dat het tegensprekelijk karakter van het verhoor van de getuigen voor het hof van assisen, alsmede het recht op een eerlijk proces en het recht van verdediging in principe geëerbiedigd worden, wanneer aan de beschuldigde verweermogelijkheden tijdens het gerechtelijk onderzoek, en

³⁴ E.H.R.M. 20 november 1989, Kostovski, Serie A, nr. 166; 27 september 1990, Windisch, Serie A, nr. 186; 19 december 1990, Delta, Serie A, nr. 191; 26 maart 1996, Doorson, *Rec. Cour eur. D.H.* 1996-II; 23 april 1997, Van Mechelen/Nederland, *Rec. Cour eur. D.H.* 1997-III; 14 februari 2002, Visser/Nederland, nr. 2666/95; de Codt, J., "La preuve par témoignage et les droits de la défense", in *Rev.Trim.D.H.* 1998, (157) 164.

³⁵ A. De Nauw stelt vast dat die redenering niet overeenstemt met het arrest Kostovski in "De wet op de anonimiteit van getuigen", *R.W.* 2002-2003, 922.

mogelijkheid tot ondervraging van de anonieme getuigen tijdens de terechtzittingen van het hof van assisen geboden worden. In de conclusie van de advocaat-generaal lezen wij dat "een procedure die voldoende tegengewicht vormt voor de handicap van de verdediging, die de betrouwbaarheid van de getuige niet kon controleren omdat zij de identiteit van de getuigen niet kenden, niet *noodzakelijk* een schending meebrengt van de rechten gewaarborgd door artikel 6 EVRM, voor zover de strafprocedure in haar geheel genomen, alsmede de bewijsvoering, een eerlijk karakter vertonen, en de veroordeling *niet uitsluitend* noch op *beslissende wijze* gegrond is op anonieme verklaringen." Als de betrouwbaarheid van de anonieme getuigenissen kunnen getoetst worden en als het de verdediging mogelijk is "vragen te stellen over de gang van zaken tijdens het vooronderzoek, over de hoedanigheid van de anonieme getuige of over de wijze waarop die getuige aan zijn wetenschap is gekomen" (A.C. 1997, 747), dan is er geen miskenning van het recht van verdediging.

Het Hof heeft die rechtspraak meermaals bevestigd, met nadruk op de omstandigheid dat de rechter zijn innerlijke overtuiging niet uitsluitend en zelfs niet in doorslaggevende mate mag laten steunen op een anonieme getuigenis; hij moet gewag maken van ander bewijsmateriaal⁽³⁶⁾.

Vermeldenswaard is ook het arrest van 25 september 2002 (P.02.0954.F): wanneer een onderzoeksgerecht bij de regeling van de rechtspleging het verweer, waarbij de aanwezigheid van verklaringen van een anonieme getuige in het strafdossier wordt bekritiseerd, weerlegt met de vaststelling dat het verslag van de onderzoeksrechter, gehoord tijdens het beraad buiten de aanwezigheid van de partijen, toeliet, wat de anonieme getuige betrof, zich te verzekeren van een reeks waarborgen of inlichtingen die het bestreden arrest opsomt, leveren die omstandigheden een miskenning van het recht van verdediging op.

2.5.2. De wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen ⁽³⁷⁾

Deze wet, geïnspireerd door de Europese rechtspraak en door de rechtspraak van ons Hof, voorziet nu uitdrukkelijk in de mogelijkheid om de identiteit van getuigen geheel of gedeeltelijk verborgen te houden onder strikte voorwaarden, gesteld zowel ter bescherming van de bedreigde getuige als ter vrijwaring van het recht van verdediging. Daartoe worden een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafvordering gevoegd.

Deze wet doet evenwel geen afbreuk aan de jurisprudentiële regel, volgens welke de veroordeling van een beklaagde niet uitsluitend of zelfs in overheersende mate mag gegrond zijn op anonieme getuigenverklaringen. Het nieuw artikel 341 van het Wetboek van Strafvordering (artikel 16 van de wet) bepaalt inderdaad uitdrukkelijk

³⁶ Cass. 12 mei 1998, A.C. 1998, nr. 240; 12 januari 1999, A.C. 1999, nr. 13; 27 april 1999, A.C. 1999, nr. 241; 27 juni 2000, A.C. 2000, nr. 402; 28 juni 2000, A.C. 2000, nr. 410; 19 september 2000, A.C. 2000, nr. 480; 4 april 2001, A.C. 2001, nr. 201; 21 mei 2002, P.01.0322.N; 17 december 2002, P.02.0027.N.

³⁷ De wet is op 1 november 2002 in werking getreden. De Nauw, A., *o.c.*, 921; Le Calvez, J., "Les dangers du "X" en procédure pénale: opinion contre le témoin anonyme", *Le Dalloz*, 2002, nr. 40, Chroniques - Doctrine, 3024; Nève, M., Kutu, F., en Berbuto, S., "Le témoignage anonyme", *J.T.*, 2003, 277; Beernaert, M.-A., en Vandermeersch, D., "La loi du 8 avril 2002", *R.D.P.* 2002, 715.

dat "deze getuigenverklaringen slechts in aanmerking kunnen genomen worden op voorwaarde dat zij in afdoende mate steun vinden in andere bewijsmiddelen".

2.6. Het onwettig verkregen bewijs

Als uitgangspunt van onze ontleding van de recente rechtspraak van het Hof inzake bewijsvoering in strafzaken, nemen wij het principearrest van 13 mei 1986 (A.C. 1986, nr. 558), waarin, bij toepassing van de zogenaamde *bewijsuitsluitingsregel* - die sedert 1923 in het Belgisch recht was gevestigd⁽³⁸⁾ - voor het eerst expliciet het onderscheid wordt gemaakt tussen minstens twee soorten onrechtmatig verkregen bewijs. De regel van dit arrest is de volgende: "Onwettig is het bewijs verkregen door een daad die onverenigbaar is met de algemene rechtsbeginselen die de strafrechtspleging beheersen, t.w. de inachtneming van het recht van verdediging, zelfs indien die daad niet uitdrukkelijk door de wet verboden is".

Volgens een constante rechtspraak "mogen, onder het stelsel van de vrije bewijsvoering, de bewijselementen niet onwettig verkregen worden. Maar buiten de onwettigheden die op het plegen van een misdrijf neerkomen of tegen een formele wettelijke tekst indruisen, kunnen er ook onregelmatigheden gepleegd worden" (39).

Het Hof heeft zijn rechtspraak van 1986 niet alléén bevestigd maar ook aangescherpt, b.v. in het arrest van 4 januari 1994 (A.C. 1994, nr. 1): de rechter vermag niet een misdrijf bewezen te verklaren, indien het daartoe aangewende bewijs door een strafbaar feit of op een andere onrechtmatige wijze is verkregen, hetzij door de overheid die met de opsporing, de vaststelling of de vervolging ervan is gelast, hetzij door de aangever van dat misdrijf; in dat geval mag de strafrechter het ten laste gelegde feit alleen bewezen verklaren, voor zover het bewijs geleverd wordt door andere bewijsgegevens die rechtsreeks noch onrechtstreeks uit het onrechtmatig verkregen bewijs voortvloeien (40).

De onwettigheid van bepaalde bewijselementen heeft evenwel niet noodzakelijk voor gevolg dat alle latere onderzoeksdaden daardoor nietig zijn(41).

Die onwettigheid tast slechts dan het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces op onherstelbare wijze aan, "wanneer alle onderzoeksdaden, door hun verstrengeling met het onwettige bewijs, met dezelfde onwettigheid zijn behept en

³⁸ De Nauw, A., "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", *R.D.P.* 1990, 714; Traest, P., "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, (61) 63.

³⁹ cfr. de conclusie van advocaat-generaal du Jardin bij dit arrest, met de vermelde rechtspraak en rechtsleer; zie ook: Cass. 13 januari 1999, A.C. 1999, nr. 15. Een bewijs dat niet onwettig maar *deloyaal* werd verkregen is nietig (Cass. 22 mei 2001, A.C. 2001, nr. 302). De absolute bewijsuitsluitingsregel werd hiermee ruimer toegepast.

⁴⁰ Met conclusie van advocaat-generaal du Jardin, in *R.W.* 1994-1995, 185. Traest, P., "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., 65. In dezelfde zin: Cass. 17 januari 1990, A.C. 1989-90, nr. 311 en 17 april 1991, *R.D.P.* 1992, 94, met noot van Chr. De Valkeneer, "De illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve", 104; *R.W.* 1991-1992, met noot van Vandeplass, 403; Cass. 9 december 1997, A.C. 1997, nr. 540.

⁴¹ Cass. 14 december 1999, A.C. 1999, nr. 678; 18 april 2001, A.C. 2001, nr. 212.

zowel het gerechtelijk onderzoek als de strafvordering geheel erop steunen" (Cass. 14 december 1999, A.C. 1999, nr. 678).

In een arrest van 30 mei 1995 (A.C. 1995, nr. 267) maakt het Hof een belangrijk onderscheid tussen het *bewijs* van een misdrijf en de *bekendmaking* van dat misdrijf: de omstandigheid dat de aangever het misdrijf ingevolge een onwettigheid (of een onregelmatigheid) heeft vernomen, doet geen afbreuk aan de rechtmatigheid van het bewijs, dat naderhand zonder enige onwettigheid of onregelmatigheid werd verkregen⁽⁴²⁾.

Wat een afname op het lichaam betreft die als bewijs kan worden aangewend, moet de beklaagde hiermee duidelijk, vrijwillig en op voldoende voorgelichte wijze kunnen instemmen; deze voorwaarde sluit uit dat die toestemming door list of door enige andere oneerlijke handelwijze kan worden verkregen⁽⁴³⁾.

Als het voorgeschreven is de onregelmatig bevonden bewijzen uit het debat te weren, samen met de elementen die er het gevolg van zijn, dan verhindert die regel niet dat de rechter uitspraak doet op grond van andere bewijselementen die, zonder aangetast te zijn door een gebrek, aan het vrije debat tussen partijen onderworpen zijn⁽⁴⁴⁾.

Dat de geweerde stukken materieel in het dossier van rechtspleging blijven doet niet terzake (Cass. 20 januari 1999, A.C. 1999, nr. 31) (zie *infra*: over de 'zuiveringsprocedure').

Philip Traest betreurt deze relativering van de bewijsuitsluitingsregel, omdat zij tot een zuivere casuïstische benadering van het probleem leidt. Voor de auteur zijn "een globale bezinning over het bewijsrecht en een eventueel initiatief van de wetgever dan ook dringend gewenst. Hierdoor zou het bewijsrecht meer voorzienbaar worden en zou tegelijk vermeden worden dat eisen van doelmatigheid regelen van een behoorlijke procesvoering zouden verdringen" (o.c., 78).

Opmerkenswaard is nog het arrest van 3 november 1999 (A.C. 1999, nr. 583 met noot) dat stelt dat het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging wordt miskend door de strafrechter die de beklaagde het recht ontzegt gebruik te maken van de inhoud van een getuigenis afgenomen in de loop van het onderzoek dat wegens een gebrek in de procedure is vernietigd, en die de beklaagde tot staving van zijn verdediging wil aanvoeren. Hieruit blijkt wel de opvatting dat het recht van verdediging beter *tot zijn recht* moet kunnen komen, zonder op absolute wijze toch te zijn bevoorrecht⁽⁴⁵⁾.

In dit opzicht moeten hier belangrijke wetswijzigingen vermeld worden m.n. de wet van 12 maart 1998 die de controle op het opsporingsonderzoek en op het

⁴² Zie de noot van Fr. Kuty in *J.L.M.B.* 1998, 489; in dezelfde zin: Cass. 23 april 2002, P.01.0277.N, zie ook *infra*: het ontoelaatbaar bewijs.

⁴³ Cass. 31 januari 2001, A.C. 2001, nr. 61, met de conclusie van advocaat-generaal Loop, die o.m. de problematiek rond het zwijgrecht van de verdachte nauwkeurig ontleed, *T.Gez./Rev.Dr.Santé* 2002-2003, 158.

⁴⁴ Cass. 23 december 1998, A.C. 1998, nr. 534, meer bepaald p. 1180; vgl. Cass. 23 april 2002, P.01.0277.N.

⁴⁵ Arnou, L., "Beklaagde mag nietige stukken aanvoeren voor verdediging", in *Juristenkrant* 2002, nr. 50, p 4-5; Verstraeten, R., e.a., "Strafprocesrecht: recente ontwikkelingen", in *Themis Strafprocesrecht*, Brugge, Die Keure, 2002, 56.

gerechtelijk onderzoek heeft willen versterken, zodat nietig verklaarde stukken uit het dossier moeten worden verwijderd (zie *infra*: over de zuiveringsprocedure) en de wet van 4 juli 2001 die de artikelen 131, § 2 en 235*bis*, § 6 van het Wetboek van Strafvordering als volgt heeft aangevuld: "*De ter griffie neergelegde stukken mogen niet worden ingezien, en mogen niet in de strafprocedure worden aangewend*"; hierdoor werd afbreuk gedaan o.m. aan de zojuist aangehaalde rechtspraak die de beklaagde toeliet om voor zijn verdediging gebruik te maken van uit het dossier geweerde stukken.

Het Arbitragehof heeft evenwel in het arrest van 8 mei 2002 (nr. 86/2002) beslist dat "door op algemene en absolute wijze te bepalen dat de door een onderzoeksgerecht nietig verklaarde stukken niet mogen worden ingezien en in de strafprocedure niet mogen worden aangewend, zelfs niet wanneer zij elementen bevatten die onontbeerlijk kunnen zijn voor de verdediging van een partij, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, *gelezen in samenhang met het beginsel van het recht van verdediging*, door de artikelen 131, § 2 en 235*bis*, §6 van het Wetboek van Strafvordering (als aangevuld bij de wet van 4 juli 2001) zijn geschonden" (...) "Die volstreekte onmogelijkheid om voor de strafrechter ten gronde nietig verklaarde handelingen aan te wenden, staat niet in verhouding, zegt het Arbitragehof, tot het doel rechtsonzekerheid te vermijden en doet op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van verdediging". Het Arbitragehof heeft aldus onrechtstreeks met toepassing van het evenredigheidsbeginsel⁴⁶) voormelde wettelijke aanvulling van de artikelen 131, §2 en 235*bis*, § 6 van het Wetboek van Strafvordering vernietigd, zodat de *oude* rechtspraak - en o.m. het arrest van 3 november 1999 - terug kan worden aangevoerd.

Blijft evenwel niet overeind de regel afgeleid uit het arrest van 11 december 2001 (P.01.1535.N), in zoverre daarin werd beslist dat, ongeacht de latere tussenkomst van de wetgever van 4 juli 2001, de ingevolge een zuiveringsprocedure met toepassing van de artikelen 131, § 1, 136, 136*bis* en 235*bis* van het Wetboek van Strafvordering nietig verklaarde stukken steeds definitief uit de procedure verwijderd dienen te worden en door niemand verder aangewend kunnen worden. Die regel zou een miskennis van het recht van verdediging opleveren. In dit verband verdient het arrest inz. Vercauteren van 18 februari 2003 een bijzondere vermelding (zie hieronder).

2.7. Uit het dossier geweerde stukken en het recht van verdediging

In het arrest van 18 februari 2003 (P.02.0913.N, (inzake Vercauteren) stelt het Hof van Cassatie vooreerst dat de rechter in strafzaken een van openbare orde zijnde wetsebepaling moet toepassen, zolang ze niet door het Arbitragehof is vernietigd.

In concreto betekent dit dat op het moment van het bestreden arrest – *in casu* het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 12 oktober 2001 – toepassing diende te worden gemaakt van het bepaalde in artikel 235*bis* van het Wetboek van

⁴⁶ De evenredigheid wijst op een verhouding waarbij het middel aangepast is aan het doel; die regel kan wegens zijn regulerende functie tot algemeen rechtsbeginsel worden verheven.

Strafvordering: *"Nietigverklearde stukken worden uit het dossier verwijderd en neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg, na het verstrijken van de termijn van cassatieberoep."*

Evenwel, vervolgt het Hof van Cassatie, moet de strafrechter de Belgische wetbepaling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing laten, wanneer ze strijdig is met een hogere nationale rechtsnorm of een internationale rechtsnorm die rechtstreeks in de Belgische rechtsorde toepasselijk is, zoals in dit geval de naleving van het recht van verdediging.

Waar het Hof aldus een opening lijkt te maken om de desbetreffende bepaling buiten toepassing te laten omwille van het feit dat ze in strijd komt met een hogere norm zoals het recht van verdediging, lijkt het Hof evenwel minder ver te gaan.

Immers, na te hebben gesteld dat uit artikel 235*bis* van het Wetboek van Strafvordering volgt dat er geen absolute onmogelijkheid bestaat om voor de rechter ten gronde nietig verklaarde handelingen aan te wenden, maar dat dit niet impliceert dat er een absolute mogelijkheid ontstaat om die nietig verklaarde stukken te kunnen inzien en onbepakt in de procedure aan te wenden, oordeelt het Hof dat *"wanneer de nietig verklaarde stukken elementen bevatten die onontbeerlijk kunnen zijn voor de verdediging van een partij, het aan de rechter staat te oordelen in welke mate de eerbiediging van het recht van verdediging vereist dat een partij nietig verklaarde stukken kan aanwenden, daarbij erover wakend dat de rechten van de andere partijen niet worden miskend; dat de rechter daarbij modaliteiten en beperkingen kan opleggen met betrekking tot de inzage en het gebruik van nietig verklaarde stukken. Het middel dat ervan uitgaat dat de rechter dergelijke beperkingen en modaliteiten niet kan opleggen, faalt naar recht."* Hiermee oordeelde het Hof dat het recht van verdediging dan ook niet absoluut is en dat de rechter modaliteiten voor en beperkingen op de uitoefening ervan kan opleggen.

Wij hebben reeds gezegd dat deze uitspraak niet verzoenbaar is met het arrest van 11 december 2001 (P.01.1535.N), waarbij het Hof beslist dat de ingevolge een zuiveringsprocedure ter griffie neergelegde stukken, als definitief uit de procedure verwijderd beschouwd moeten worden en door niemand verder aangewend kunnen worden.

Waar werd geopperd dat na het arrest van het Arbitragehof van 8 mei 2002 (nr. 86/2002), de rechtspraak van het Hof van Cassatie zoals deze tot uiting kwam in het arrest van 3 november 1999 als het ware herleefde, zou het arrest van 18 februari 2003 (P.02.0913.N) kunnen worden beschouwd als een verfijning van de regel uit het voormeld arrest van het Hof van 3 november 1999.

Uit dit arrest volgt evenwel niet dat het de rechter niet toegelaten zou zijn om de uitoefening van het recht van verdediging aan modaliteiten te onderwerpen, noch zekere beperkingen op de uitoefening van dat recht van verdediging vast te stellen, zoals beslist in het arrest van 18 februari 2003; inderdaad, dit laatste arrest houdt in dat, wanneer de nietig verklaarde stukken elementen bevatten die onontbeerlijk kunnen zijn voor de verdediging van een partij, het aan de rechter staat te oordelen in welke mate de eerbiediging van zijn recht van verdediging vereist dat een partij die stukken kan aanwenden, daarbij erover wakend dat de rechten van de andere

partijen niet worden miskend. Dit lijkt niet onverenigbaar met het voormeld arrest van 3 november 1999.

Het arrest van 18 februari 2003 lijkt eveneens verzoenbaar met het arrest van 24 september 2002 (P.02.0718.N), waar werd gesteld dat de vraag of een partij toegang moet kunnen hebben tot stukken die een andere partij in zijn bezit heeft of kan verkrijgen, maar aan de rechter niet worden voorgelegd en in het proces niet worden gebruikt, of tegenspraak kan worden gevoerd over de aanvraag van dergelijke stukken door die andere partij aan een buitenlandse overheid, vreemd is aan de processuele gelijkheid voor de rechter die uitspraak doet over de gegrondheid van de strafvordering.

De vraag naar de mogelijkheid om bepaalde stukken aan te wenden, werd in dit arrest dus eerder bekeken vanuit het specifieke principe van de wapengelijkheid en negatief beantwoord, nu expliciet werd beklemtoond dat de processuele gelijkheid tussen partijen enkel inhoudt dat elke partij in het proces voor de rechter die kennisneemt van de zaak, dezelfde processuele middelen kan aanwenden en op gelijke wijze kennis moet kunnen nemen van de stukken en gegevens die aan het oordeel van de rechter worden overgelegd.

Hetzelfde geldt voor het arrest van het Hof van 30 oktober 2001 (P.01.1239.N) waar werd beslist dat artikel 6 EVRM vereist dat een beklaagde onder meer in gelegenheid wordt gesteld om alle tegen hem aangevoerde bewijsmiddelen te kennen en er tegenspraak over te voeren en dat het recht op een eerlijk proces impliceert dat het openbaar ministerie alle elementen à décharge van de beklaagde, waarover het beschikt, overlegt aan de rechter.

Het arrest van 18 februari 2003 staat niet in de weg van de regel afgeleid uit het arrest van 30 oktober 2001 dat ging om gegevens die het openbaar ministerie à charge kon aanvoeren tegen de beklaagde; ook indien men het arrest van 18 februari 2003 leest als een verfijning van hetgeen in het arrest van 3 november 1999 werd gesteld, is zulks verzoenbaar met het arrest van 30 oktober 2001.

2.8. Het ontoelaatbaar bewijs

Naast de vraag over het onwettig of onregelmatig verkregen bewijs, rijst nog de vraag over het ontoelaatbaar bewijs: dit heeft te maken, niet met *de bewijsverkrijging*, maar met zijn *wijze van voorbrengen* in het strafproces.

Het Hof heeft beslist dat er miskening is van het recht van verdediging als bepaalde processtukken aan de vonnisrechter niet zijn voorgelegd en aldus niet aan de tegenspraak werden onderworpen, zodat de beklaagde de regelmatigheid van de kwestieuze onderzoeksdaad niet heeft kunnen betwisten: te dezen ontbrak het huiszoekingsbevel in het dossier van de rechtspleging. "Een veroordeling mag niet steunen op de tijdens een onwettelijke huiszoeking gedane vaststellingen en op de ingevolge die vaststellingen verzamelde bewijzen" ⁽⁴⁷⁾.

⁴⁷ Cass. 24 april 1996, A.C. 1996, nr. 124. Dit arrest is becommentarieerd in Arnou, L., "Toelaatbaarheid van bewijs in strafzaken en recht van verdediging", *R. Cass.* 1997, 10.

Dit is eigenlijk geen probleem van rechtsgeldigheid van het bewijs. Volgens L. Arnou heeft "bewijsmateriaal dat op een ontoelaatbare wijze is voorgelegd (...) op zich wel waarde als bewijs, maar verliest dit door de wijze waarop het voor de rechter is gebracht" (o.c., 11). "De schending van het recht van verdediging is niet gebeurd bij het verkrijgen zelf van de onderzoeksresultaten (wat overigens niet kon worden nagegaan), maar wel door de wijze waarop de onderzoeksresultaten voor de vonnisrechter waren gebracht. (...) Volgens het Hof van Cassatie moet de beklaagde tegenspraak kunnen voeren omtrent alle stukken, die betrekking hebben op het misdrijf zelf of op een bestanddeel ervan." (*ibid.* 13).

Het Hof heeft met betrekking tot de toetsing van de regelmatigheid van een in het buitenland verkregen bewijs, geoordeeld dat de strafrechter "aangezien bij hem geen enkel geschil is aanhangig gemaakt dat betrekking heeft op de schending van een interne rechtsregel van de Staat op het grondgebied waarvan het bewijs is verkregen, niet ambtshalve dient na te gaan of het bewijs overeenkomstig het vreemde recht is verkregen" (Cass. 13 maart 2002, P.01.1765.F). In zijn commentaar op dat arrest schrijft P. Monville : "la Cour hésite à s'engager elle-même dans le contrôle de la régularité, reportant la difficulté de la preuve sur la personne poursuivie". Hij meent dat "une alternative consisterait (...) à transposer *mutatis mutandis* l'adage *in dubio pro reo* à la matière" (R.D.P. 2003, § (109) 121).

2.9. De zuiveringsprocedure in het belang o.m. van het recht van verdediging

Het is buiten kijf dat een goed beleid van de Justitie niet verenigbaar is met enige onwettelijkheid of onregelmatigheid. Om het onderzoek door de strafrechter, zonder processuele vertragingen, op de grond van de zaak sneller te focaliseren, bleek het nuttig het dossier van zijn onzuiverheden bijtijds te zuiveren, zodat het recht van verdediging sneller tot zijn recht zou kunnen komen.

In het kader van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis kon het onderzoeksgerecht reeds de aanwezigheid van ernstige aanwijzingen van schuld uitsluiten omwille van de onrechtmatige verkrijging van bewijzen (Cass. 17 mei 1994, R.W. 1994-95, 603, met noot van A. De Nauw, "Voorlopige hechtenis en onregelmatig onderzoek: een kentering in de rechtspraak?").

Met de reeds vermelde wet van 12 maart 1998 *tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van (...) het gerechtelijk onderzoek*, werd een systeem van zuivering van onregelmatigheden uitgewerkt vooraleer de zaak aan de grondrechter wordt verwezen, zodat de betwistingen betreffende, b.v., de regelmatigheid van bewijzen reeds door de onderzoeksgerechten kunnen worden afgehandeld, en de rechtspleging ten gronde enkel nog gericht zou zijn op de essentiële vragen betreffende de bewijswaardering, de schuldigverklaring en de bestraffing. De eerbiediging van het recht van verdediging was onbetwistbaar een der motieven van dit systeem (*Parl.St. Kamer 1996-97, nr. 857/1, 61-62*). Om het lichtvaardig aanvoeren van middelen te vermijden, met als enige doelstelling het onderzoek te vertragen, werd evenwel het nemen van schriftelijke conclusie voor de raadkamer vereist.

In de enkele gevallen waar het Hof zich, sinds 2 oktober 1998, datum van het in voege treden van de wet van 12 maart 1998, over die uitzonderlijke procedure heeft

uitgesproken, komt soms, en dan nog onrechtstreeks, het recht van verdediging aan bod.

Zo zegt het Hof dat het cassatieberoep van de verdachte tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang wanneer dit onderzoeksgerecht op verzoek van de verdachte de nietigheid van de beschikking tot verwijzing heeft uitgesproken en hem vervolgens volledig in zijn recht van verdediging heeft hersteld (Cass. 5 januari 2000, nr. 9).

In zijn arrest van 28 maart 2000 (A.C. 2000, nr. 208) zegt het Hof dat de zuivering van nietigheden door het onderzoeksgerecht met toepassing van de artikelen 131, § 1, 136, 136*bis* en 235*bis* van het Wetboek van Strafvordering, allen die bij de regeling van de rechtspleging naar het vonnisgerecht worden verwezen of zullen worden verwezen, ten goede komt, zelfs al waren zij bij de procedure van zuivering zelf niet betrokken, zodat de nietige stukken tegen hen niet meer kunnen worden gebruikt (zie *supra* de gevolgen van het arrest van het Arbitragehof van 8 mei 2002 (nr. 86/2002)).

Volgens het cassatiearrest van 18 april 2001 (A.C. 2001, nr. 212), leidt de onwettigheid van de door een van de partijen onder eed afgelegde verklaring niet noodzakelijk tot de nietigheid van alle daaropvolgende onderzoekshandelingen. Het onderzoeksgerecht die de onwettigheid van bepaalde bewijzen vaststelt, moet in feite en bijgevolg op onaantastbare wijze beslissen of en in hoeverre die onwettige bewijzen al dan niet aan de basis liggen van de andere onderzoekshandelingen of ermee samenvallen *zodat het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces zouden zijn aangetast* ⁽⁴⁸⁾.

In een arrest van 11 december 2001 (P.01.1535.N) - *gewezen na de wet van 4 juli 2001* -, bevestigt het Hof uitdrukkelijk de regel dat het bindend karakter van vorige nietigheidsbeslissingen eveneens geldt voor diegene die niet bij de zuiveringsprocedure werd betrokken, en dat de zuivering allen ten goede komt, rekening gehouden met de belangen van alle partijen.

Laten we het volgende besluiten over de bewijsproblematiek:

Men kan spreken van een begrenzing van het recht van verdediging in de zin van een relativering van de zogenaamde '*bewijsuitsluitingsregel*', met als oogpunt het bereiken van een juiste evenwicht hetzij tussen individueel belang en algemeen belang, hetzij tussen de bescherming van het recht van verdediging en de vereisten van een doeltreffende bestrijding van de criminaliteit ⁽⁴⁹⁾.

Vandaag kan aanvaard worden dat de oorspronkelijk strenge bewijsleer geleidelijk door die vereisten wordt afgezwakt, zodat de beantwoording van de vraag tot waar

⁴⁸ Zie ook; Cass. 25 september 2002, P.02.0954.F, met conclusie van advocaat-generaal Spreutels, *R.D.P.* 2002, 1220.

⁴⁹ Traest, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys en Breesh, 1992, 352, nr. 675; Traest, P., "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken: naar een relativering van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs?", in *Liber Amicorum Jean du Jardin, o.c.*, (61) 68; de Codt, J., "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve", *R.D.P.* 2000, 56, noot 163; du Jardin, J., "De quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale", in *Ann.Dr Louvain* 2000, 146.

de toelaatbaarheid van het bewijs aan de eerbiediging van het recht van verdediging nog moet worden getoetst, anders gezegd tot waar de niet-toelaatbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs moet worden doorgetrokken, steeds indringender wordt; b.v. wanneer de politie en/of de vervolging bij de onrechtmatige bewijsverkrijging niet betrokken waren (zie Cass. 17 januari 1990, *R.W.* 1990-91, n 1, 464 met noot van L. Huybrechts).

De inachtneming van het recht van verdediging leidt immers onvermijdelijk tot een kritische beoordeling van de bewijzen. Daardoor wordt het beginsel van de vrijheid bij de beoordeling van de bewijzen beperkt, maar ontstaat tevens in het strafproces een spanning tussen, enerzijds, de vereisten van de eerbiediging van het recht van verdediging en, anderzijds, de noodzaak om de waarheid aan het licht te brengen met het behoud van het bewijs als doel, zelfs als dit verkregen is door schending van wettelijke bepalingen of van het loyaliteitsbeginsel.

De toename van wettelijk formalisme of van regels voor sommige vormen van bewijsvoering kan worden beschouwd als het middel om die spanning te compenseren of te omzeilen⁵⁰). In dit verband dient verwezen naar de Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden (*B.S.* 12 mei 2003, 25351)⁵¹).

2.10. Het deskundigenonderzoek tijdens het strafproces

De vooruitgang van de exacte en de humane wetenschappen heeft tot gevolg dat steeds vaker een beroep wordt gedaan op een gerechtsdeskundige. Zowel het recht van verdediging als de intieme overtuiging van de rechter krijgen bijgevolg rechtstreeks te maken met bewijzen die steeds minder – of steeds moeilijker – kunnen worden betwist, behalve, in voorkomend geval, wat de wettelijke voorwaarden voor de bewijsvoering ervan betreft.

Ons onderzoek naar de wijze waarop het recht van verdediging bij deskundigenonderzoeken in de rechtspraak van het Hof geregeld wordt sloeg voornamelijk op het deskundigenonderzoek tijdens het strafproces.

Deze aangelegenheid wordt slechts heel uitzonderlijk en heel rudimentair geregeld bij wet⁵²). Door het toenemend beroep op het deskundigenonderzoek in het strafproces, dat gekenmerkt wordt door een voorafgaande of inquisitoriale fase, die niet op tegenspraak verloopt, en een daaropvolgende accusatoire fase die wel op tegenspraak verloopt maar op een ogenblik waarop de deskundige zijn opdracht

⁵⁰ Molina, E., "Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain", *Rev.Sc.Crim.* 2002, 263.

⁵¹ Te vergelijken met Cass. 26 februari 2002, P.01.1473.N; Zie in het speciaal nummer van het Tijdschrift 'Orde van de dag - Criminaliteit en samenleving', rond het thema "Bijzondere Opsporingsmethoden - Het doel heiligt de middelen?" (Antwerpen, Kluwer, maart 2003, Afl. 21): de ontleiding van die wet door Ph. Traest, (p.15 e.v.), en de kritische bedenkingen van L. Van Oustrive, (p. 55 e.v.) die in de wet een onevenwicht ontwaart tussen de bescherming van de politieambtenaren en het recht van verdediging (*ibid.*, p. 68), en verwijst bij analogie naar de rechtspraak van het E.H.R.M., m.b.t. de anonieme getuige (*ibid.*, p.69).

⁵² Bekaert, H., *La manifestation de la vérité dans le procès-verbal*, derde deel: De l'expertise dans le cadre du projet, Brussel, Bruylant, 1972, 127 e.v.

heeft volbracht en zijn verslag heeft opgesteld, konden problemen in verband met de uitoefening van het recht van verdediging nochtans onmogelijk uitblijven.

Bij ontstentenis van uitdrukkelijke wettelijke bepalingen tot regeling van het deskundigenonderzoek, diende de rechtspraak zelf oplossingen aan te reiken.

Het Hof heeft lange tijd het volgende standpunt ingenomen: daar het inquisitoriaal karakter van de voorbereidende strafrechtspleging – het opsporingsonderzoek van de procureur des Konings of het gerechtelijk vooronderzoek – niet verenigbaar is met de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, zijn diens bepalingen in beginsel niet van toepassing in strafzaken: de deskundige vervult dus zijn opdracht in strafzaken wettig buiten de tegenwoordigheid van de partijen, zelfs als het deskundigenonderzoek wordt verricht naar aanleiding van de burgerlijke rechtsvordering die in het kader van de strafvordering is ingesteld. Dat geldt niet voor het openbaar ministerie, omdat laatstgenoemde belast is met de strafvordering. Zoals Paul Leclercq schreef onder een arrest van 22 mei 1922 (*Pas.* 1922, 317, noot 1): "C'est la qualité du juge qui fixe les formes de la procédure, et non la qualité des intérêts qui sont débattus devant lui. De là suit que si, par exception, la contestation sur des intérêts privés est portée devant le juge répressif, les formes de la procédure à suivre sont déterminées par les règles sur les litiges soumis aux tribunaux répressifs: le Code d'instruction criminelle et les lois annexes."

Het Hof heeft lange tijd elke tegenspraak verworpen zonder een onderscheid te maken tussen de deskundigenonderzoeken die betrekking hadden op de strafvordering dan wel op de burgerlijke rechtsvordering en zowel wanneer zij bevolen waren door de procureur des Konings, door de onderzoeksrechter als door de bodemrechter. Het was voldoende dat de tegenspraak verzekerd was voor die bodemrechter.

Een arrest van het Europese Hof en vervolgens twee arresten van het Arbitragehof hebben het Hof van Cassatie ertoe gebracht zijn rechtspraak – geleidelijk – te nuanceren.

In het arrest Mantovanelli/Frankrijk van 18 maart 1997 (*Rec. Cour eur. D.H.* 1997, II) – dat evenwel niet op een strafproces maar op een administratieve proces betrekking had – wees het Europees Hof erop dat het niet voldoende was dat de partijen hun opmerkingen konden maken ter zitting; zij hadden dat ook moeten kunnen doen nog voor de indiening van het deskundigenverslag.

In een arrest van 30 april 1997 oordeelde het Arbitragehof dat het niet-tegensprekelijk karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken tot gevolg had dat de verzameling van bewijzen eventueel ten koste kon gaan van het recht van verdediging, daar dit recht pas kan worden uitgeoefend op het ogenblik van de bespreking van het verslag tijdens het debat ter zitting⁽⁵³⁾.

⁵³ Over dat arrest zijn tal van commentaren verschenen in de rechtsleer: zie onder meer: Bosly, H.-D., noot onder Arbitragehof, 30 april 1997, *R.R.D.* 1997, 340; De Smet, B., "De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken", *R.W.* 1997-1998, 105; Masset, A., "L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire", *J.L.M.B.* 1997, 792; Sadzot, A., "Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements", *J.L.M.B.* 1998, 1288; Closset-Marchal, G., "L'expertise et le Code judiciaire", in de *Actes du colloque du 23 mai 2001 consacré à l'expertise*, Brussel, Bruylant 2002, (5) 28

Het Arbitragehof wees erop dat er geen wetsbepalingen bestaan die het door een strafrechter bevolen deskundigenonderzoek beheersen, die de toepassing op dat deskundigenonderzoek van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die het contradictoair karakter van het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken waarborgen, zouden verbieden of onmogelijk maken, en dat er evenmin algemene rechtsbeginselen bestaan die de toepassing van die bepalingen op het deskundigenonderzoek dat door een strafrechter wordt bevolen, zouden uitsluiten. Bijgevolg oordeelde het Arbitragehof dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die de tegenspraak in de rechtspleging waarborgen moesten worden toegepast. De omstandigheid dat het rechtscollege dat het deskundigenonderzoek beveelt een strafgerecht is, was geen voldoende reden om ze niet toepasselijk te achten.

Het Arbitragehof bevestigde zijn standpunt naar aanleiding van het deskundigenonderzoek dat tijdens de voorbereidende fase van het opsporingsonderzoek van de procureur des Konings en het gerechtelijk onderzoek was bevolen (zie de arresten van 24 juni 1998 en 13 januari 1999, *R.D.P.* 1999, 720).

Het Arbitragehof was evenwel van oordeel dat wegens de specifieke vereisten van de strafvordering ongetwijfeld beperkingen moesten worden gesteld aan het beginsel van de tegenspraak: enerzijds moet rekening worden gehouden met het vermoeden van onschuld, en anderzijds, moet de waarheid aan het licht kunnen worden gebracht zonder dat de verdachte te vroeg op de hoogte wordt gesteld.

Het Arbitragehof verzocht zelfs de wetgever "zijn optie (de niet tegensprekelijke aard van het deskundigenonderzoek in het stadium van het gerechtelijk onderzoek) te milderen en te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden een deskundigenonderzoek contradictoair moet zijn, zelfs in het stadium van het opsporingsonderzoek of van het gerechtelijk onderzoek".

In het op de conclusie van advocaat-generaal De Riemaecker gewezen arrest van 24 juni 1998 (*A.C.* 1998, nr. 332), besliste het Hof van Cassatie dat de regels van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de leiding van het proces door de rechter niet kunnen worden gevolgd voor de strafrechter: het betrof bijvoorbeeld de oproeping van de partijen om de verrichtingen van de deskundige bij te wonen, op grond dat "de toepassing van die regel in strafzaken een debat op tegenspraak buiten de aanwezigheid van de rechter mogelijk zou maken".

In het spoor van de arresten van het Arbitragehof nuanceerde het Hof van Cassatie zijn standpunt op ten minste twee punten.

Vooreerst in het arrest van 8 februari 2000 (*A.C.* 2000, nr. 100) dat in voltallige terechtzitting is gewezen op de conclusie van advocaat-generaal Duinslaeger die de

e.v.; Martens, P., "L'influence de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage sur l'expertise en matière pénale, in *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, Gent, Mys en Breesch, 2000, (101) 109; Traest, P., en Van Caeneghem, P., "De tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek in strafzaken", in "Strafzaken: een status questionis ten behoeve van de rechtspractici", *T.Straf.* 2000, 49. Zie ook: Cass. fr. 16 januari 2003, met noot in *Recueil le Dalloz*, 29 mei 2003, jurisprudence, sommaires commentés, 1403.

gehele problematiek aan een diepgaand onderzoek had onderworpen. Het Hof preciseert dat niets aan de toepassing van de artikelen 973 en 978 van het Gerechtelijk Wetboek (die betrekking hebben op de oproeping van de partijen door de deskundige, de toezending van de voorafgaande stukken aan de partijen en de aantekening van hun opmerkingen) in de weg staat, wanneer het deskundigenonderzoek alleen betrekking heeft op burgerlijke belangen. Daarentegen kan het gebeuren dat de deskundige wegens het hoger belang van de strafvordering niet al zijn verrichtingen doet in het bijzijn van de partijen of hun raadsliden. Het staat dan aan de rechter de wijze te bepalen waarop het deskundigenonderzoek moet worden verricht, rekening houdend met het recht van verdediging en de vereisten van de strafvordering.

Vervolgens heeft het Hof in het arrest van 12 april 2000 (A.C. 2000, nr. 249) ⁵⁴) eraan herinnerd dat een door de strafrechter bevolen deskundigenonderzoek dat betrekking heeft op de strafvordering in beginsel niet onderworpen is aan de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek volgens welke het deskundigenonderzoek op tegenspraak verloopt, maar het beklemtoont niettemin dat het deskundigenonderzoek in dat geval alleen op tegenspraak kan worden verricht "voor zover en in de mate dit hem in zijn opdracht door de rechter wordt opgelegd; dat zelfs in dat geval, de gerechtsdeskundige oordeelt in welke mate een onderzoeksverrichting, vanuit een technisch standpunt, al dan niet kan geschieden in aanwezigheid van een derde, zoals de technisch raadsman van een partij".

G. Closset-Marchal stelt het volgende vast: "Le juge, et même l'expert, ce qui est plus contestable, sont donc appelés à apprécier souverainement la faisabilité d'une expertise contradictoire" (o.c., 33).

De evolutie van de rechtspraak inzake deskundigenonderzoek dat bij geschillen voor de rechter een steeds belangrijker rol krijgt, is dus opmerkelijk.

Hierna wijzen we nog op enkele arresten die van belang zijn vanuit het oogpunt van het recht van verdediging:

- De bewijskracht van het deskundigenverslag en het recht van verdediging worden miskend door de rechter die dit verslag onterecht aan een *gerechtsdeskundige of aan een door het parket aangestelde gerechtsdeskundige* toeschrijft zonder de partijen in de gelegenheid te stellen zich te verdedigen tegen de verhoogde bewijswaarde die hij aan het verslag hecht door de toekenning van een onjuiste hoedanigheid aan de deskundige (Cass. 19 mei 1992, A.C. 1991-92, nr. 491).
- De partijen hebben recht een aanvullend deskundigenonderzoek of de aanwijzing van een college van deskundigen te vragen (Cass. 24 november 1998, A.C. 1998, nr. 490).
- De appèlrechter die, ondanks het akkoord van de partijen om de deskundigenopdracht, zoals zij door de eerste rechter werd vastgesteld, te wijzigen, beslist dat er geen grond bestaat tot wijziging van die opdracht, schendt het recht van verdediging (Cass. 1 maart 1999, A.C. 1999, nr. 122).

⁵⁴ Cass. 12 april 2000, R.W. 2001-2002, 306 met noot van B. De Smet, "De samenwerking tussen de deskundige en de partijen in strafzaken", p. 307, nr. 3.

- De omstandigheid dat de partijen niet kunnen deelnemen aan het door de onderzoeksrechter bevolen deskundigenonderzoek, behalve indien en in zoverre hij zulks gepast vindt voor het opsporen van de waarheid, is op zich geen miskening van het recht van verdediging. Het staat aan de rechter die de deskundige heeft aangewezen – en dat kan in voorkomend geval de bodemrechter zijn – om al naargelang van de noodzaak om de waarheid aan het licht te brengen, te beslissen of het deskundigenonderzoek al dan niet op tegenspraak zal worden verricht (Cass. 19 februari 2003, P.02.1400.F, *J.T.* 2003, 464; zie ook Cass. 5 maart 2002, P.00.1165.N).

2.11. De vereisten qua inhoud van de dagvaarding

Daartoe dient herinnerd te worden aan de regel van artikel 6.3, a, EVRM dat bepaalt dat “eenieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, het recht heeft onverwijld, in een taal welke hij verstaat, en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldigingen”.

De leer van het Europese Hof is desbetreffend zeer duidelijk: "Als centraal bestanddeel van elke strafrechtspleging is de juridische kwalificatie van het aan de beschuldigde ten laste gelegde strafbare feit een voorwaarde voor een eerlijk procesverloop. (...) Een nauwkeurige en volledige kennisgeving van de bezwaren die tegen de beschuldigde bestaan is een essentiële voorwaarde voor een eerlijk proces" ⁽⁵⁵⁾.

In het arrest nr. 69/2003 van 14 mei 2003 benadrukt het Arbitragehof dat "het wettigheidsbeginsel in strafzaken, gewaarborgd door artikel 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet, alsmede door artikel 7 EVRM, gaan onder meer uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is" (*B.S.* 30 mei 2003, 29592) (voor de Franse tekst: *M.B.* 30 mei 2003, 29589, B. 23).

Men zou deze regel tevergeefs in het Wetboek van Strafvordering proberen terug te vinden (zie b.v. de artikelen 145, 182 en 211 van het Wetboek van Strafvordering).

In de door ons in aanmerking genomen periode werd door het Hof geen arrest gewezen dat een aantasting van het recht van verdediging vaststelt als gevolg van vereisten qua inhoud van de dagvaarding.

Of het ontbreken van een wezenlijk bestanddeel van de dagvaarding, effectief een miskening van het recht van verdediging met zich meebrengt, wordt overigens uitgemaakt door de feitenrechter die daarover soeverein oordeelt.

In de gevallen waarin de problematiek voor het Hof ter discussie kwam werd niet tot een miskening van het recht van verdediging besloten, omdat de appelrechters in

⁵⁵ Bilan de la jurisprudence de la Cour pour l'année 2001 – Document établi par le Jurisconsulte sous l'autorité du Président de la Cour, *R.U.D.H.* 2002, (126) 137.

concreto konden vaststellen dat dat recht niet was miskend. Dit verhindert niet dat het ontbreken van bepaalde essentiële bestanddelen in principe wél tot miskening van het recht van verdediging aanleiding kan geven, indien de beklaagde hierdoor b.v. *in concreto* niet in de mogelijkheid was om zijn recht van verdediging ten volle uit te oefenen.

Zouden aldus *in principe* als miskening van het recht van verdediging in aanmerking kunnen komen:

- de niet-vermelding van de aanwijzing van datum en plaats van de feiten (Cass. 9 juni 1993, A.C. 1993, nr. 274); wel is de vermelding in de dagvaarding van de dag waarop de feiten zijn gepleegd nodig, maar die precisering is voorlopig; het staat aan de feitenrechter die datum definitief vast te stellen naar de uitslag van zijn onderzoek en zo nodig te verbeteren; de rechter mag evenwel een dergelijke verbetering alleen aanbrengen op voorwaarde dat de door hem bewezen verklaarde feiten dezelfde zijn als die welke aan de vervolging ten grondslag lagen en de beklaagde de gelegenheid gekregen heeft om verweer te voeren tegen de verbeterde omschrijving (Cass. 21 september 1994, A.C. 1994, nr. 390, zie ook Cass. 8 juni 1994, A.C. 1994, nr. 294);

- het niet aanduiden van de overtreden wetsbepaling, als de beklaagde niet met genoegzame zekerheid weet wat hem ten laste gelegd wordt (Cass. 13 februari 1996, A.C. 1996, nr. 77);

- het niet op afdoende wijze vermelden van het voorwerp en de grond van de dagvaarding (Cass. 13 oktober 1998, A.C. 1998, nr. 443; 29 maart 2000, A.C. 2000, nr. 211);

- het feit dat de tenlastelegging uitmaakt, moet derwijze worden gekenmerkt dat het voorwerp ervan voldoende blijkt (Cass. 23 december 1998, A.C. 1998, nr. 534; 23 mei 2001, A.C. 2001, nr. 306);

- hoewel vereist is dat een beklaagde voldoende wordt ingelicht over de hem ten laste gelegde feiten, schrijft geen enkele wetsbepaling voor dat die inlichting alleen kan voortvloeien uit de dagvaarding of uit de beschikking tot verwijzing; die inlichting kan ook gevonden worden aan de hand van stukken uit het strafdossier, waarvan de belanghebbende heeft kunnen kennis nemen en waarover hij voor de bodemrechter zijn recht van verdediging vrij heeft kunnen uitoefenen (Cass. 28 juni 1994, A.C. 1994, nr. 335; 23 mei 2001, A.C. 2001, nr. 306);

- het ontbreken van de hoedanigheid waarin de gedaagde wordt opgeroepen om te verschijnen, als dat element essentieel is of een wettelijk bestanddeel van het misdrijf uitmaakt of als is aangetoond dat door die onregelmatigheid het recht van verdediging is miskend (Cass. 19 juni 1990, A.C. 1989-90, nr. 609; Cass. 13 oktober 1998, A.C. 1998, nr. 443; Cass. 23 mei 2001, A.C. 2001, nr. 306; Cass. 12 november 2002, met conclusie van advocaat-generaal De Swaef, P.01.0962.N, *N.j.W.* 2003, 130);

- wanneer de omschrijving van het feit in de verwijzing of in de dagvaarding wel bepaald, maar niet voldoende precies is, moet aan de beklaagde, met het oog op zijn recht van verdediging, van de precisering ervan kennis worden gegeven en moet de rechter hem tevens de mogelijkheid geven zich hierop te verdedigen, desnoods door

de zaak uit te stellen. Zowel het openbaar ministerie, de burgerlijke partij als de rechter kunnen deze kennisgeving verrichten en deze precisering kan zelfs voor het eerst in hoger beroep geschieden (Cass. 28 juni 1994, A.C. 1994, nr. 335; Cass. 31 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 589);

- op de voorziening die de Procureur-generaal instelt met toepassing van artikel 441 van het Wetboek van Strafvordering, vernietigt het Hof zonder verwijzing het vonnis dat het recht van verdediging van de beklaagde miskent door hem bij verstek te veroordelen, wanneer de dagvaarding om voor het strafgerecht te verschijnen bij vergissing is betekend aan een andere persoon dan de beklaagde, en laatstgenoemde pas na de datum van de terechtzitting van die dagvaarding kennis heeft genomen (Cass. 15 november 2000, A.C. 2000, nr. 626).

3. Het recht van verdediging en het beginsel van de tegenspraak in strafzaken.

3.1. Het beginsel van de tegenspraak

De fundamentele verankering van het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging is uiteindelijk te danken aan de toepassing van het beginsel van de tegenspraak, dat vooral – maar niet alleen in strafzaken - er de belangrijkste component van vormt (⁵⁶).

Zonder tegensprekelijk debat is er immers geen echte verdediging. De volle uitoefening van het recht van verdediging door iedere gedingvoerende partij is een grondbeginsel dat het gehele proces beheerst vanaf de gedinginleidende akte tot het eindvonnis (⁵⁷).

Krachtens dat beginsel kan een partij niet naar behoren worden berecht wanneer zij haar zaak niet volledig en in alle vrijheid heeft kunnen verdedigen, en wanneer zij het onderwerp van de vordering van de tegenpartij, haar middelen en de tot staving ervan overgelegde stukken niet kent, wat impliceert dat het debat voor de uitspraak op tegenspraak is verlopen; "il n'est de défense que dans la contradiction" (*ibid.*, p. 9).

Dat beginsel is nog nooit betwist. Het is overigens expliciet of impliciet neergelegd in tal van bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en van het Wetboek van Strafvordering.

Men aanvaardt meestal dat dit principe, zoals R. Declercq het schreef, "samen(valt) met het recht van verdediging dat een algemeen rechtsbeginsel is dat geldt voor alle gerechten - en eigenlijk t.o.v. alle procespartijen -, ook al heeft de wetgever de uitoefening ervan niet of niet helemaal of op een verschillende manier geregeld in bepaalde domeinen" (⁵⁸). De auteur voegt daaraan toe: "er is geen algemeen rechtsbeginsel inzake tegenspraak dat verschillend zou zijn van het algemeen

⁵⁶ Favoreu, L., "Droit des libertés fondamentales", La documentation française, Précis Dalloz, 2002, 477-478, nr. 657. Zie ook Karsenty, D., "Le droit au procès équitable", in *le Rapport de la Cour de cassation de France*, 2001, 111-130.

⁵⁷ Fettweis, A., *o.c.*, 13.

⁵⁸ Declercq, R., *o.c.*, nr. 1003, en noot 346.

rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging" (Zie Cass. 17 juni 1991, A.C. 1990-91, nr. 537; 4 december 1995, A.C. 1995, nr. 522; 14 januari 1999, A.C. 1999, nr. 24; 11 december 2001, P.01.1535.N; 21 mei 2003, P.03.0439.F).

In een opmerkelijke noot "L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire", (gepubliceerd onder Cass. 8 oktober 2001 in *R.C.J.B.* 2002, (231) 242), vertrekt G.Closset-Marchal van de idee dat "le respect des droits de la défense est un principe de droit pénal et de procédure pénale mettant l'accent, comme son nom l'indique, sur la défense de la personne poursuivie, tandis que le principe du contradictoire tend, en procédure civile, à protéger les droits de toutes les parties à l'instance, qu'il s'agisse non seulement du défendeur, mais également du demandeur ou d'un intervenant", en zij merkt daarbij op dat het beginsel van de tegenspraak nooit volledig samenvalt met de eerbiediging van het recht van verdediging doordat " le principe du contradictoire est, à la fois, plus étendu et plus limité que le respect des droits de la défense. Plus étendu en ce qu'il concerne toute partie à l'instance, quelle que soit sa situation procédurale. Plus limité en ce qu'il ne constitue qu'un moyen parmi d'autres, le plus important sans doute, de protéger les droits des parties" de auteur voegt er evenwel aan toe dat "l'expression 'droits de la défense' est cependant communément admise".

Zoals bij het recht van verdediging het geval is, is de verplichting om de tegenspraak te eerbiedigen tijdens de gehele duur van het proces en bij ieder incident dat zich tijdens het geding kan voordoen zo evident dat, zoals G. Closset-Marchal voorts schrijft (*ibid.*) "ni le Constituant, ni le législateur n'ont cru devoir le consacrer, de manière générale, dans un texte".

Het beginsel van de tegenspraak kan bijgevolg worden beschouwd als "un principe général du droit" dat bindend is voor de rechter (cf. de reeds aangehaalde openingsrede van Procureur-generaal W.J. Ganshof van der Meersch), zoals dat ook het geval is met het algemeen beginsel van het recht van verdediging waarvan het trouwens maar moeilijk kan worden losgekoppeld (Zie, de Leval, G., *o.c.*, 28 en 29).

3.2. Het beginsel van de tegenspraak in strafzaken ⁽⁵⁹⁾

Het recht van verdediging wordt miskend door de veroordelende beslissing die de datum van de ten laste gelegde feiten wijzigt, zonder dat de beklaagde daarvan werd verwittigd, terwijl die datum één van de punten was van het door hem voorgedragen verweer, waarin hij zich beriep op de verjaring van de strafvordering (Cass. 10 april 1991, A.C. 1990-91, nr. 419; zie *supra*: de vereisten m.b.t. de dagvaarding).

De rechter kan de beklaagde alleen dan veroordelen wegens een ander misdrijf dan dat waarvoor hij werd vervolgd, als hij vaststelt, ofwel dat het aldus in aanmerking genomen feit hetzelfde is als dat waarop de vervolging gegrond was, of daarin begrepen was, en dat de beklaagde werd verzocht verweer te voeren tegen de

⁵⁹ Aan dat aspect van het recht van verdediging had Procureur-generaal Hayoit de Termicourt een studie gewijd in zijn openingsrede van 15 september 1956.

Zie ook de volgende arresten: Cass. 10 september 1991, A.C. 1991-92, nr. 13; 8 oktober 1991, A.C. 1991-92, nr. 70; 29 juni 1993, A.C. 1993, nr. 312; 14 mei 1997, A.C. 1997, nr. 229; 16 juni 1999, A.C. 1999, nr. 362; 23 juni 1999, A.C. 1999, nr. 392; 10 november 1999, A.C. 1999, nr. 599; 29 maart 2000, A.C. 2000, nr. 211; 19 april 2000, A.C. 2000, nr. 262; 29 november 2000, A.C. 2000, nr. 655.

nieuwe kwalificatie, ofwel dat de beklaagde vrijwillig verschenen was wegens het afzonderlijk tegen hem in aanmerking genomen feit of hiervoor werd gedagvaard (Cass. 21 januari 1992, A.C. 1991-92, nr. 263).

Wanneer een persoon wordt vervolgd wegens deelneming aan een in het Strafwetboek omschreven misdaad of wanbedrijf volgens een van de bij het tweede of derde lid van artikel 66 van hetzelfde wetboek bepaalde wijzen, mag de rechter hem niet veroordelen wegens rechtstreekse uitlokking van die misdaad of dat wanbedrijf, indien zij van de wijziging van de kwalificatie niet werd verwittigd en zij zich ten aanzien van de nieuwe kwalificatie niet heeft verdedigd (Cass. 26 oktober 1993, A.C. 1993, nr. 432). Het is evenwel niet vereist dat de beklaagde op de hoogte werd gebracht van de heromschrijving van het hem ten laste gelegde feit, indien blijkt dat hij zich daarop werkelijk heeft verdedigd (Cass. 8 februari 1994, A.C. 1994, nr. 72; Cass. 1 februari 1995, A.C. 1995, nr. 62; Cass. 31 mei 1995, A.C. 1995, nr. 268; Cass. 1 oktober 1997, A.C. 1997, nr. 379; Cass. 14 januari 1998, A.C. 1998, nr. 24).

Zo het recht van verdediging vereist dat een beklaagde voldoende ingelicht wordt over hetgeen hem ten laste wordt gelegd, schrijft geen bepaling voor dat zulks uitsluitend kan geschieden door een beschikking tot verwijzing of een dagvaarding; zulks kan nog door middel van de stukken van het strafdossier waarvan hij kennis kan nemen en waarover hij vrij zijn verweer kan voordragen voor de rechter, of door middel van de vordering ter zitting van het openbaar ministerie of een uitnodiging van de rechter om zich nopens een herkwalificatie te verdedigen, mits die de feiten betreffen die aan de beschikking of de dagvaarding ten gronde liggen (Cass. 28 juni 1994, A.C. 1994, nr. 335).

In strafzaken mag de rechter een burgerlijke rechtsvordering niet afwijzen op een ambtshalve aangevoerde grond die niet van openbare orde is en waarover de partijen geen betwisting hadden, maar hij kan, zonder miskening van het recht van verdediging, ambtshalve de door de partijen voorgedragen redenen aanvullen wanneer hij enkel steunt op regelmatig aan zijn beoordeling overgelegde feiten of stukken en hij het voorwerp noch de oorzaak van de vordering wijzigt (Cass. 30 mei 1995, A.C. 1995, nr. 263).

De rechter kan de door de partijen voorgedragen middelen ambtshalve aanvullen met een regelmatig in de debatten gebracht stuk waarvan een partij en haar raadsman gebruik maken; door uit dat stuk het bestaan van een feitelijk gegeven af te leiden, ofschoon geen van de partijen dat heeft gedaan, miskent de rechter noch het beginsel van de rechtspleging op tegenspraak, noch het algemeen beginsel van het recht van de verdediging (Cass. 23 oktober 1996, A.C. 1996, nr. 398).

Het tegensprekelijk karakter van de rechtspleging voor het hof van assisen, alsmede het recht op een eerlijk proces en het recht van verdediging worden in principe geëerbiedigd wanneer aan de beschuldigde mogelijkheden gegeven worden om zich tijdens het gerechtelijk onderzoek te verdedigen en anonieme getuigen te laten verhoren tijdens de terechtzittingen van het hof van assisen (Cass. 15 juli 1997, A.C. 1997, nr. 314; zie *supra*: de anonieme getuige).

De beslissing waarbij de beklaagde naar de correctionele rechtbank verwezen wordt zonder hem op de terechtzitting te hebben opgeroepen om aldaar gehoord te

worden, miskent het algemeen beginsel van het recht van verdediging (Cass. 24 februari 1999, A.C. 1999, nr. 115; zie evenwel: Cass. 26 maart 2003, P.03.0208.F).

De omschrijving kan alleen op regelmatige wijze worden gewijzigd als er aan twee voorwaarden wordt voldaan, nl. als de door de rechter in aanmerking genomen feiten dezelfde feiten zijn als die waarop de vervolging gegrond is en als de beklaagde de gelegenheid heeft gekregen verweer te voeren tegen de nieuwe omschrijving; dit is het geval wanneer de burgerlijke partij een conclusie heeft neergelegd, waarin zij een dergelijke wijziging van de tenlastelegging heeft gevorderd, en de beklaagde over de nodige tijd heeft beschikt om zijn verdediging voor te dragen ⁽⁶⁰⁾.

De eerbiediging van het recht van verdediging en inzonderheid de regel van het contradictoire debat in verband met nieuwe stukken die bij het dossier zijn gevoegd, wordt gewaarborgd door de kennisgeving aan de verdachte en zijn raadsman dat het dossier vóór de terechtzitting ter inzage te hunner beschikking staat, zonder dat van het bestaan van nieuwe stukken speciaal melding moet worden gemaakt (Cass. 13 juli 1999, A.C. 1999, nr. 415).

Het algemeen beginsel van het recht van verdediging verplicht de rechter niet om de denkwijze waarmee hij tot zijn overtuiging is gekomen, aan de tegenspraak van de partijen te onderwerpen (Cass. 10 november 1999, A.C. 1999, nr. 599; Cass. 5 januari 2000, A.C. 2000, nr. 7).

De overtuigingsstukken, onverschillig of ze neergelegd zijn op de griffie, al naar het geval hetzij van de politierechtbank of de correctionele rechtbank, hetzij van het gerecht dat van de zaak kennis neemt in hoger beroep, maken deel uit van het strafdossier dat de partijen en de rechter kunnen inzien, en zijn aan de tegenspraak van de partijen onderworpen (Cass. 18 juli 2000, A.C. 2000, nr. 428).

Wanneer uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat na het sluiten van het debat en voor de terechtzitting waarop het arrest werd uitgesproken, aan de rechter stukken werden overgelegd, waarvan niet blijkt dat hij ze ofwel uit het debat heeft geweerd, ofwel aan de tegenspraak van de partijen heeft onderworpen, is het voor het Hof niet mogelijk na te gaan of de rechter zijn uitspraak niet laat steunen op stukken waarover de partijen geen tegenspraak hebben kunnen voeren (Cass. 10 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 531).

De verplichting om aan de verdachte een afschrift van de processen-verbaal van zijn verhoren af te geven, zodra hem een aanhoudingsbevel is betekend, is bedoeld om de verdachte toe te laten zijn verdediging beter voor te bereiden, zijn advocaat in te lichten en een eventueel debat op tegenspraak vóór zijn eerste verschijning voor de raadkamer mogelijk te maken; dat vormvereiste is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid, daar de sanctie op de niet-naleving ervan afhangt van de mate waarin het recht van verdediging daadwerkelijk kon worden uitgeoefend (Cass. 13 december 2000, A.C. 2000, nr. 689).

Om te beoordelen of een zaak eerlijk is behandeld in de zin van artikel 6.1 EVRM, moet worden onderzocht of de zaak in haar geheel is behandeld in een eerlijk

⁶⁰ Cass. 3 maart 1999, A.C. 1999, nr. 126; zie ook Cass. 14 januari 1998, A.C. 1998, nr. 24; 13 januari 1999, A.C. 1999, nr. 21; zie ook *infra*: Het recht van verdediging bij kwalificatiewijziging.

proces: wanneer de beklaagde voor het vonnisgerecht de door het openbaar ministerie tegen hem ingebrachte gegevens vrij heeft kunnen tegenspreken, kan hij niet beweren dat zijn recht van verdediging is miskend of dat hij geen recht heeft gehad op een eerlijk proces (Cass. 5 januari 2001, A.C. 2001, nr. 336; 16 mei 2001, A.C. 2001, nr. 288).

Miskent het recht van verdediging het arrest dat oordeelt dat eiser een concrete fout in oorzakelijk verband met de door hem geleden schade heeft begaan zonder de heropening van het debat te bevelen teneinde hem toe te laten zich op deze concrete fout te verdedigen, wanneer de verweerder, die weliswaar betwist volledig verantwoordelijk te zijn, voor het ongeval, maar niet preciseert welke fout in oorzakelijk verband met de schade aan eiser wordt verweten (Cass. 12 februari 2002, P.00.0984.N).

De kamer van inbeschuldigingstelling kan niet zonder de heropening van het debat te bevelen, een grond van nietigheid, niet-ontvankelijkheid of verval van de strafvordering opwerpen, wanneer die grond niet door een der partijen is opgeworpen en er dus daarover geen debat op tegenspraak kon worden gevoerd (Cass. 5 maart 2003, P.02.1496.F).

3.3. Het recht van verdediging bij kwalificatiewijziging

De grondrechter is met feiten gelast, niet met kwalificaties. Hij is er zelfs toe gehouden aan het ten laste gelegde feit zijns inziens juiste wettelijke omschrijving te geven, zelfs indien de *nieuwe* omschrijving het bestaan inhoudt van andere rechtsbestanddelen dan die welke de oorspronkelijke omschrijving inhield (Cass. 2 december 1997, A.C. 1997, nr. 522; zie ook: Cass. 21 januari 1992, A.C. 1991-92, nr. 263).

Als hij meent de oorspronkelijke kwalificatie te moeten wijzigen, moet hij de beklaagde verwittigen, om hem de mogelijkheid te geven zich werkelijk en volledig te verdedigen⁽⁶¹⁾.

"De omschrijving kan slechts op regelmatige wijze worden gewijzigd, zegt het Hof, als de beklaagde op de hoogte is gebracht van de wijziging of als hij tegen de nieuwe omschrijving verweer heeft gevoerd of heeft kunnen voeren". In voorkomend geval zal de rechter de heropening van de debatten moeten bevelen⁽⁶²⁾.

Wanneer de omschrijving van het feit in de verwijzing of in de dagvaarding niet voldoende precies is, moet aan de beklaagde, met het oog op zijn recht van verdediging, van de precisering ervan kennis worden gegeven en moet de rechter hem tevens de mogelijkheid geven zich hierop te verdedigen, desnoods met de zaak uit te stellen. Zowel het openbaar ministerie of de burgerlijke partij, als de rechter

⁶¹ Cass. 10 april 1991, A.C. 1990-91, nr. 419; 21 januari 1992, A.C. 1991-92, nr. 263; 26 oktober 1993, A.C. 1993, nr. 432; 8 februari 1994, A.C. 1994, nr. 72; 14 januari 1998, A.C. 1998, nr. 24; 13 januari 1999, A.C. 1999, nr. 21; 17 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 554; 16 mei 2001, A.C. 2001, nr. 288; 4 december 2001, P.00.0558.N; 23 oktober 2002, P.02.0958.F. Lees: Lapériou-Schneider, B., "Haro sur l'obligation d'informer le prévenu", Dalloz 2002, jurisprudence, commentaires, 31.

⁶² Cass. 8 december 1992, A.C. 1991-92, nr. 774; 8 februari 1994, A.C. 1994, nr. 72; 1 februari 1995, A.C. 1995, nr. 62; 31 mei 1995, A.C. 1995, nr. 268; 1 oktober 1997, A.C. 1997, nr. 379.

kunnen de kennisgeving verrichten en deze precisering kan zelfs voor het eerst in hoger beroep geschieden (Cass. 28 juni 1994, A.C. 1994, nr. 335; 31 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 589; zie ook: Cass. 4 december 2001, P.00.0558.N). Hiermee houdt het Hof zich getrouw aan zijn klassieke rechtspraak (Zie Declercq, R., o.c., nr. 1008, en de voetnoot 347).

Dat vraagstuk betreffende de kwalificatie duikt ook op in andere zaken dan strafzaken waar het gaat over een specifiek beginsel, *het beschikkingsbeginsel* (zie *infra*).

3.4. De overtuiging van de rechter en niet aan tegenspraak onderworpen feitelijke gegevens

De regel is voldoende gekend: miskent het recht van verdediging de rechter die zijn beslissing grondt op zijn persoonlijke kennis, of op feitelijke gegevens en inlichtingen ingewonnen buiten het onderzoek en buiten de debatten, en waarover de partijen geen tegenspraak hebben kunnen voeren (Cass. 14 februari 2001, A.C. 2001, nr. 92; 25 september 2002, P.02.0954.F; 6 november 2002, P.02.0755.F; 20 november 2002, P.02.0708.F).

Maar uit dit enkel feit volgt niet noodzakelijk dat hij zich heeft gebaseerd op feiten die hem persoonlijk bekend zijn; die gegevens kunnen ook blijken uit andere bestanddelen van het dossier of uit het onderzoek ter zitting (Cass. 13 maart 1990, A.C. 1989-90, nr. 423).

Die regel geldt uiteraard in strafzaken, maar ook in civiele zaken (Cass. 15 oktober 1992, J.T. 1993, 226; 11 januari 2001, A.C. 2001, nr. 19; 14 november 2002, C.01.0125 F). Uitzondering wordt gemaakt aan de regel t.a.v. als algemeen bekend of algemeen ervaren beschouwde feiten (Cass. 25 januari 1995, A.C. 1995, nr. 39; 23 september 1997, A.C. 1997, nr. 364; 26 juni 1998, A.C. 1998, nr. 346; 25 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 575; 6 november 2002, C.01.0152.F en C.01.0138.F en 19 juni 2003, C.01.0383.F)

3.5. Vervolg van een rechtspersoon en van degene die bevoegd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen

Met de wet van 4 mei 1999 werd een artikel *2bis* bij de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoegd, dat voorziet in de ambtshalve aanwijzing door de strafrechter van een lasthebber *ad hoc* om de rechtspersoon in de strafvordering te vertegenwoordigen. De strafrechter die een rechtspersoon veroordeelt, zonder een lasthebber *ad hoc* op te roepen en te horen, miskent het recht van verdediging van die lasthebber, die ingevolge zijn gerechtelijke opdracht als lasthebber wel degelijk in de procedure diende te worden betrokken. Uit het feit dat het Hof diens cassatieberoep ontvankelijk verklaart, volgt dat het Hof het

bestreden arrest niet beschouwt als een arrest dat t.a.v. de lasthebber ad hoc bij verstek gewezen werd ⁽⁶³⁾.

Nu de wet een strafuitsluitingsgrond invoert voor een door zowel een natuurlijke als een rechtspersoon gepleegd misdrijf ten gunste van wie van hen beiden de minst zware fout heeft begaan voor zover het misdrijf door de natuurlijke persoon uit onachtzaamheid gepleegd is, volgt dat de wet de strafuitsluitingsgrond verbindt aan de strafbaarheid van de rechtspersoon (Cass. 3 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 511; T.B.H. 2003, 191).

3.6. Het recht van verdediging en het vereiste van de redelijke termijn

Artikel 6.1 EVRM kent aan de persoon tegen wie een strafvervolging is ingesteld het recht toe op behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een rechterlijke instantie die uitspraak doet over de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging. In dat recht vindt die persoon een waarborg voor de uitoefening van zijn recht van verdediging. De behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn is zelfs een verplichting die verder gaat dan de eerbiediging van het recht van verdediging, omdat die verplichting in verband moet worden gebracht met « ce mal qui nous ronge », namelijk de gerechtelijke achterstand ⁽⁶⁴⁾.

Als uitgangspunt voor onze beschouwingen nemen wij de wet van 30 juni 2000 die in de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering een artikel 21^{ter} heeft ingevoegd waarin precies de gevolgen van de overschrijding van de termijn worden geregeld. Daarbij is rekening gehouden met de uitholling van het recht van verdediging waartoe die overschrijding kan leiden⁽⁶⁵⁾, met name wat betreft de bespreking van het te zijnen aanzien overgelegde bewijsmateriaal.

Die wet dankt haar ontstaan precies aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie die een opmerkelijke evolutie heeft doorgemaakt ⁽⁶⁶⁾, en bijvoorbeeld, aan het arrest van 9 december 1997 dat door de wetgever meer in het bijzonder is aangehaald ⁽⁶⁷⁾.

Dat arrest zegt dat, wanneer de rechter "regelmatig vaststelt dat de schending (van artikel 6.1 EVRM) zo buitensporig is dat ook de minimumstraf, zelfs met uitstel, geen passend herstel zou vormen, kan hij volstaan met een schuldigverklaring". De strafrechter die de overschrijving van de redelijke termijn vaststelt, kan ook op een naar recht verantwoorde wijze een straf opleggen die niet *lager* is dan het wettelijk

⁶³ Cass. 7 januari 2003, P.02.0271.N, met een uitgebreide voetnoot van advocaat-generaal Duinslaeger. Over de problematiek van de rechtsvordering van rechtspersonen, zie Decroës, A., "L'action en justice des personnes morales: de la décision d'agir à la comparition", T.B.B.R. 2003, 294 e.v.

⁶⁴ Volgens de formule van J.van Compernelle, in "Les garanties du procès équitable ou la construction d'un droit processuel commun", Act. dr. 2003, 31.

⁶⁵ Wat de Raad van State onderstreepte in zijn advies – Gedr. St. Kamer, 1998-1999, nr. 1961/4, 25 maart 1999, advies van de Raad van State, p. 4. Cass. 17 en 31 oktober 2001, P.01.0807.F en P.01.1036.F. Zie ook: Kuty, F., "Durée du délibéré en degré d'appel, dépassement du délai raisonnable et appréciation en fait de la Cour de cassation, note sous Cass. 10 février 1999 et 30 juin 2000", R.C.J.B. 2002, 63.

⁶⁶ I.v.m. die opmerkelijke evolutie, zie Holsters, D., "Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?", in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, o.c., 43

⁶⁷ Cass. 9 december 1997, A.C. 1997, nr. 543, met conclusie van advocaat-generaal Bresseleers. Zie ook: Cass. 25 januari 2000, A.C. 2000, nr. 64, uitgesproken in voltallige zitting. Gedr. St. Senaat, 1999-2000, nr. 2-279/3, 14 juni 2000, Verslag namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door mevr. Taelman, p. 2.

minimum, maar die "daadwerkelijk en op meetbare wijze is verminderd t.o.v. de straf die hij had kunnen opleggen als hij de overdreven duur van de rechtspleging niet had vastgesteld" (⁶⁸).

De rechter is echter in ieder geval gehouden te bepalen welke, naar zijn oordeel, de gevolgen zijn van de overschrijding. Hij kan echter niet wettig beslissen dat de overschrijding de beklaagde niet schaadt (⁶⁹), maar hij kan niet de strafvordering niet-ontvankelijk of vervallen verklaren (⁷⁰).

"De overschrijding van de redelijke termijn schaadt op zich de beklaagde in een hem door artikel 6.1 EVRM verleend fundamenteel recht; de omstandigheid dat de beklaagde de mogelijkheid heeft om de behandeling van zijn zaak door middel van een vrijwillige verschijning voor de strafrechter te bespoedigen en dat dergelijke medewerking niet meebrengt dat zijn rechten voor het vonnisgerecht daardoor in het gedrang komen, doet hieraan niet af" (⁷¹).

In geen geval is een verdachte of een beklaagde gehouden tot actieve medewerking met de gerechtelijke overheden om de behandeling van zijn zaak te doen versnellen binnen een redelijke termijn (Cass. 29 juni 1999, A.C. 1999, nr. 408).

Wie echter overvloedig gebruik maakt van zijn procedurele rechten zonder dat de gerechtelijke overheden periodes van onverantwoord stilzitten of onverantwoorde traagheid kunnen worden verweten, heeft geen reden om erover te klagen dat de redelijke termijn is overschreden (⁷²). Twee arresten die toepassing maken van het nieuwe artikel 21 *ter* verdienen onze aandacht (⁷³).

3.7. Het recht van verdediging t.a.v. de motivering van de straf – artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering

De vereiste om de uitgesproken straf of maatregel, net als de maat ervan, met redenen te omkleden, stelt de veroordeelde in staat de veroordelende beslissing beter te begrijpen en m.n. te weten in hoeverre rekening is gehouden met zijn verdediging. Daarom moet de rechter trouwens, in de regel, met een en dezelfde beslissing uitspraak doen over de schuld en de straf (Zie over dit laatste punt de conclusie van het openbaar ministerie sub Cass. 8 februari 2000, A.C. 2000, nr. 98).

Bijgevolg is de beslissing van de appèlrechter onwettig, wanneer hij de duur van de door de eerste rechter vastgestelde vervangende gevangenisstraf verlengt zonder opgave van redenen (Cass. 31 maart 1992, A.C. 1991-92, nr. 410; zie ook: Cass. 6 december 1995, A.C. 1995, nr. 530; 29 september 1999, A.C. 1999, nr. 492; 16 februari 2000, A.C. 2000, nr. 127).

⁶⁸ Cass. 17 en 31 oktober 2001, P.01.1036.F en P.01.0807.F.

⁶⁹ Cass. 13 mei 1998, A.C. 1998, nr. 247; 29 juni 1999, A.C. 1999, nr. 408; 31 oktober 2001, P.01.1036.F.

⁷⁰ Cass. 9 december 1997, A.C. 1997, nr. 543, hierboven aangehaald; 13 mei 1998, A.C. 1998, nr. 247.

⁷¹ Cass. 6 februari 2001, A.C. 2001, nr. 67.

⁷² E.H.R.M. 3 december 2002, Debbasch/Frankrijk, nr. 49.392/99.

⁷³ Cass. 17 oktober 2001, P.01.0807 en 31 oktober 2001, P.01.1036; zie ook Cass. 15 oktober 2002, P.01.1365 N; zie ook Cass. 10 december 2002, P.02.1146 N.

De individualisering van de straf verbiedt de rechter evenwel de wijze waarop de in verdenkinggestelde zich heeft verdedigd, te bestraffen. De volle en vrije uitoefening van het recht van verdediging, waarvan het vermoeden van onschuld één van de aspecten is, impliceert immers dat de beklaagde, in beginsel, geen rekenschap hoeft af te leggen voor de wijze waarop hij zijn verdediging organiseert of zijn onschuld staande houdt (Cass. 6 maart 1990, A.C. 1989-90, nr. 408; 18 januari 1994, A.C. 1994, nr. 27; 3 maart 1999, A.C. 1999, nr. 125; 10 maart 1999, A.C. 1999, nr. 143). Heeft de beklaagde overigens geen recht op stilzwijgen, ja zelfs op de leugen?

Laten we evenwel herhalen dat het vermoeden van onschuld alleen betrekking heeft op de schuldigverklaring van de beklaagde aan de hem ten laste gelegde feiten; dat vermoeden belet de rechter niet om, bij het bepalen van de strafmaat, rekening te houden met alle gegevens eigen aan de persoonlijkheid van de beklaagde (Cass. 16 november 1993, A.C. 1993, nr. 463).

Zo wordt het recht van verdediging miskend wanneer de rechter de strafmaat – of de verzwarende van de straf – m.n. motiveert door:

- het cynisme van de verdediging (Cass. 16 oktober 1990, A.C. 1990-91, nr. 84),
- de weigering om schuld te bekennen (Cass. 24 februari 1999, A.C. 1999, nr. 112),
- de wijze waarop de onschuld staande wordt gehouden, "tegen de gegevens van het dossier in" (Cass. 3 maart 1999, A.C. 1999, nr. 125),
- de kwade trouw – in het kader van de voorlopige hechtenis (Cass. 24 november 1999, A.C. 1999, nr. 629),
- de omstandigheid dat de in verdenkinggestelde nog steeds geen einde had gemaakt aan een wederrechtelijke toestand, waarvoor hij werd vervolgd, waarbij de appèlrechters hem schuldig verzuim hadden verweten, wat zij alleen hadden kunnen doen na zijn definitieve veroordeling wegens de hem ten laste gelegde feiten (Cass. 25 juni 1996, A.C. 1996, nr. 258).

Heel anders is het wanneer de rechters, bij de bepaling van de strafmaat, rekening houden met de houding van de in verdenkinggestelde tijdens het onderzoek ten aanzien van de getuigen en de slachtoffers, waarbij hij "tijdens het onderzoek zijn gedrag voortdurend goedpraatte door pogingen te doen om de verschillende getuigen en getroffen en die hem beschuldigden belachelijk te maken" (Cass. 19 mei 1999, A.C. 1999, nr. 294).

3.8. Het recht van verdediging t.o.v. het strafrechtelijk gewijsde

Het algemeen rechtsbeginsel van het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde, traditioneel aanvaard, is door een recente rechtspraak van het Hof op de helling gekomen. Het recht van verdediging was de "trigger" ⁽⁷⁴⁾ van die

⁷⁴ Lees de fijne analyse van deze rechtspraak opgesteld door Boone, I., "Gezag van strafrechtelijk gewijsde en de burgerlijke rechter", in *N.j.W.* 2002, 336.

merkwaardige jurisprudentiële evolutie, in deze zin dat het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde eerst getemperd en uiteindelijk losgelaten wordt.

Die (r)evolutie is begonnen met het arrest van 15 februari 1991 (A.C. 1990-91, nr. 322), gewezen in voltallige zitting, met de omstandige conclusie van advocaat-generaal D'Hoore, volgens welk de waarborgen, die artikel 6.1 EVRM aan de procespartijen biedt, voorrang moeten hebben op het gezag *erga omnes* van het strafrechtelijk gewijsde, t.o.v. de *derden* die in het strafproces geen partij waren. "Arrêt remarqué autant que remarquable, dont la doctrine tint à épingler la motivation dense et presque frappée en médaille ⁽⁷⁵⁾ (...). Si l'application du principe général du droit (consacrant l'autorité *erga omnes* de la chose jugée) est contraire à l'article 6 de la Convention, la disposition de la Convention, qui a un effet direct, prime". De auteur wijst erop dat "cet arrêt a eu un retentissement considérable. Il permet désormais à tout tiers, étranger au procès pénal, qui se voit assigné au civil sur la base des constatations matérielles couvertes par l'autorité de la chose jugée du jugement pénal, d'invoquer le droit au procès équitable pour se voir accorder le droit de réfuter la preuve alléguée".

Het in artikel 6.1 vereiste van *eerlijke behandeling* impliceert aldus dat elke belanghebbende de mogelijkheid moet hebben om als partij haar rechten te doen gelden. I. Boone merkt terecht op dat "het Hof niet zegt dat de toepassing van de internrechtelijke regel voor de direct werkende verdragsbepaling moet wijken, maar het kent aan het gezag van het strafrechtelijk gewijsde een beperkte draagwijdte toe, zodat dit verenigbaar wordt met het recht van verdediging en met het recht op een eerlijk proces" (o.c., p. 339).

Die rechtspraak werd bevestigd door de arresten van 14 april 1994 (A.C. 1994, nr. 178), 14 juni 1996 (A.C. 1996, nr. 234), 2 oktober 1997 (A.C. 1997, nr. 381) en 24 juni 2002 (C.01.0508.N); zie ook: Cass. 16 mei 2003 (C.01.0473.N).

Niet enkel de beslissing van de strafrechter m.b.t. louter feitelijke vaststellingen mogen voor de burgerlijke rechter betwist worden, ook de rechtskwesties, b.v. het bestaan van een oorzakelijk verband.

Wat de beslissingen van de onderzoeksgerechten betreft, deze hebben alleen gezag van gewijsde wanneer de wet hen de bevoegdheid verleent om als vonnisgerecht uitspraak te doen over de grond van de zaak. Dat is niet het geval wanneer een onderzoeksgerecht uitspraak doet over een rechtvaardigingsgrond, bijvoorbeeld de wettige verdediging ⁽⁷⁶⁾.

Uit die rechtspraak volgt ook dat het gezag van het strafrechtelijke gewijsde niet meer verhindert dat degene die partij was in het strafgeding in een later burgerlijk geding de elementen nog kan betwisten waaromtrent hij geen verweer had kunnen voeren, b.v. de WAM-verzekeraar voor wie het wettelijk niet mogelijk is voor de strafrechter het causaal verband te betwisten. Wie in het strafgeding niet betrokken was, heeft het recht de voor hem nadelige gevolgen afgeleid uit de strafrechtelijke

⁷⁵ van Compernelle, J., o.c., 17 e.v.; Giudicelli, A., Chroniques, Chronique de jurisprudence, Procédure pénale, *Rev.Sc.crim.*, 2003, 125 e.v.

⁷⁶ Cass. 28 november 2002, C.01.0102.F met de interessante conclusie van advocaat-generaal De Riemaecker over het probleem van het aan de beslissingen van de onderzoeksgerechten toegekende rechterlijk gewijsde.

beslissing aan te vechten, zelfs zonder het recht van verdediging te moeten aanvoeren ⁽⁷⁷⁾.

Het hoeft geen lang betoog om te beseffen dat de gevolgen van deze rechtspraak ingrijpend zijn ⁽⁷⁸⁾, o.m. wat de theorie van de eenheid van de strafrechtelijke en civielrechtelijke fouten betreft ⁽⁷⁹⁾.

Op te merken ook is dat de leer van het arrest van 2 oktober 1997 - evenals die van het baanbrekend arrest van 15 februari 1991 overigens - toelaat de gegevens afgeleid uit het strafgeding te betwisten, zonder zelfs op het recht van verdediging te moeten aanleunen, hoewel die rechtspraak onder het impuls van het recht van verdediging is ontstaan. Dit was overigens niet noodzakelijk nu is aanvaard dat dit recht in artikel 6.1 EVRM zijn consecratie heeft gekregen (zie de conclusie van advocaat-generaal D'Hoore op p. 643).

Dit bevestigt ook de stelling dat het gezag van het gewijsde, in tegenstelling met het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, een louter *functioneel* karakter heeft; het is niet meer dan "een processuele techniek die beoogt de onveranderlijkheid van het definitief rechterlijk oordeel te waarborgen" ⁽⁸⁰⁾.

4. Het beginsel van de tegenspraak in burgerlijke zaken

4.1. Het beginsel van de tegenspraak

Het recht van verdediging wordt door de rechter miskend wanneer hij zijn beslissing laat steunen op een door partijen niet aangevoerd middel of op een ambtshalve aangevoerd middel, zonder hun de gelegenheid te geven zich daarover te verdedigen ⁽⁸¹⁾.

Niet ontvankelijk is het cassatiemiddel ten betoge dat het algemeen rechtsbeginsel inzake tegenspraak is geschonden, als dit middel aan de rechter enkel verwijt zijn beslissing te hebben gegrond op een middel dat door partijen niet is aangevoerd, zonder hun de gelegenheid te hebben gegeven zich daarover te verdedigen; in zulk geval bestaat er geen toepasbaar algemeen rechtsbeginsel "inzake tegenspraak", dat verschilt van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging (Cass. 17 juni 1991, A.C. 1990-91, nr. 537; 4 december 1995, A.C. 1995, nr. 522).

⁷⁷ Boone, I., *o.c.*, nr. 13, p.341.

⁷⁸ In dit verband is de reeds geciteerde analyse van I. Boone bijzonder nuttig.

⁷⁹ Boone, I., *o.c.*, noot 32; zie ook Hennau-Hublet, Ch., en Schamps, G., "Responsabilité pénale et responsabilité civile une parenté contestée. Prescription extinctive de l'action civile. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Faute pénale et faute civile", *Ann. dr. Louvain* 1995, 113-200; G. Schamps, Unité des fautes civile et pénale: une brèche, *J.L.M.B.* 1991, 1165-1167, noot onder Cass. 15 februari 1991.

⁸⁰ P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde -een begrippenstudie*, Kluwer, 2001; lees ook de commentaar van Procureur-generaal E. Krings, in *R.W.* 2002-2003,478-479.

⁸¹ Cass. 10 september 1990, A.C. 1990-91, nr. 14; 8 maart 1993, A.C. 1993, nr. 131; 26 juni 1995, A.C. 1995, nr. 326; 21 oktober 1996, A.C. 1996, nr. 391; 7 april 1997, A.C. 1997, nr. 171; 22 mei 1998, A.C. 1998, nr. 266; 28 januari 2000, A.C. 2000, nr. 74; 20 november 2000, A.C. 2000, nr. 632; 12 februari 2001, A.C. 2001, nr. 82; 28 juni 2001, A.C. 2001, nr. 409; 9 november 2001, C.00.0162.F.

De rechter heeft weliswaar tot taak de geldende rechtsregels toe te passen op de gegevens die hem door de partijen worden voorgelegd, maar hij moet daarbij het recht van verdediging in acht nemen; hij mag geen vordering afwijzen wegens misbruik van recht als de partijen die rechtsgrond niet hebben aangevoerd (Cass. 11 juni 1992, A.C. 1992, nr. 532).

De rechter die de na het verstrijken van de termijn neergelegde conclusie, welke de toepasselijkheid van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek betwist, uit het debat weert, miskent het recht van verdediging door de betrokken partij niet toe te laten de regelmatigheid van de procedure te betwisten (Cass. 4 oktober 1996, A.C. 1996, nr. 357 – zie ook *infra*: het recht van verdediging bij het nemen van conclusies).

De rechter moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten onderzoeken en kan, ongeacht de omschrijving die zij daaraan hebben gegeven, de voor hem aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan partijen het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op feiten die hem regelmatig ter beoordeling zijn overgelegd en dat hij noch het voorwerp noch de oorzaak van de vordering wijzigt; hij moet daarbij het recht van verdediging eerbiedigen (Cass. 19 juni 1998, A.C. 1998, nr. 326).

De appèlrechter die, ondanks het akkoord van de partijen om de deskundigenopdracht, zoals zij door de eerste rechter werd vastgesteld, te wijzigen, beslist dat er geen grond bestaat tot wijziging van die opdracht, werpt een geschil op waarvan de conclusies van de partijen geen gewag maken en waarover die partijen geen uitleg hebben kunnen verstrekken; aldus miskent de appèlrechter het beschikkingsbeginsel, als het geschil de openbare orde niet raakt, en in alle gevallen het algemeen beginsel van het recht van verdediging (Cass. 1 maart 1999, A.C. 1999, nr. 122).

Artikel 6, §1 EVRM verleent aan eenieder het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie; uit deze regel en uit het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging vloeit voort dat aan de procespartijen de mogelijkheid wordt geboden om tegenspraak te voeren omtrent elk stuk of elk betoog dat van aard is het oordeel van de rechter te beïnvloeden (Cass. 13 september 1999, A.C. 1999, nr. 455).

Het arrest dat de beslissing grondt op een feit dat de rechter uit eigen wetenschap bekend is en niet aan de tegenspraak van de partijen is onderworpen, schendt de artikelen 1349 en 1353 B.W. alsook het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging (Cass. 11 januari 2001, A.C. 2001, nr. 19; zie *supra*: de overtuiging van de rechter).

4.2. Het recht van wederantwoord, component van het recht van verdediging

"Porte atteinte aux droits de la défense, l'arrêt qui refuse au prévenu le droit de répliquer, en déclarant la cause suffisamment entendue", stond er reeds te lezen in een arrest van het Hof van 5 juli 1886 (*Pas.* 1886, I, 290 met noot).

Het was niettemin vaste rechtspraak dat de schending van het recht van verdediging niet kon worden afgeleid uit de omstandigheid dat de partijen het door het openbaar

ministerie in burgerlijke zaken uitgebrachte advies niet kenden en daarop niet konden antwoorden ⁽⁸²⁾ (zie ook *infra*: Het recht van verdediging voor het Hof van Cassatie).

Naar aanleiding van verschillende arresten van het E.H.R.M. ⁽⁸³⁾ dat België had veroordeeld onder meer omdat de partijen niet het recht hadden te antwoorden op de door de advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie genomen conclusie, heeft het Hof zijn rechtspraak in die zin aangepast dat "nu de partijen die vorderen voor het Hof, (op de opmerkingen van het openbaar ministerie) kunnen antwoorden voor het sluiten van de debatten" ⁽⁸⁴⁾.

Door onder meer de artikelen 767 en 1107 van het Gerechtelijk Wetboek, en 420*bis* en *ter* van het Wetboek van Strafvordering te wijzigen, heeft de wet van 14 november 2000 die praktijk bekrachtigd. In de parlementaire voorbereiding van die wet wordt trouwens beklemtoond dat "het Hof zijn procedure heeft gewijzigd vanaf 31 oktober 1991 in strafzaken (*datum van het arrest Borgers van het E.H.R.M.*) en vanaf 1996 in burgerlijke zaken (*jaar waarin het arrest Vermeulen werd gewezen*)" ⁽⁸⁵⁾.

Die hervorming voert echter slechts een *gedeeltelijke tegenspraak* in, daar de partijen enkel mogen antwoorden op de conclusie van het openbaar ministerie en niet op elkaar, en zelfs zonder dat in die fase van de rechtspleging, na de repliek van de partijen, een debat wordt ingevoerd.

4.3. De mededeling van stukken tijdens het beraad

Procureur-generaal Hayoit de Termicourt had in zijn openingsrede van 15 september 1956 die gewijd was aan "un aspect du droit de défense" ⁽⁸⁶⁾, gewezen op de perikelen en de aarzelingen van de rechtspraak van het Hof omtrent dat probleem dat thans gelukkig is opgelost op een voor het recht van verdediging gunstige wijze.

⁸² Zie o.m.: Cass. 22 maart 1993, A.C. 1993, nr. 154, met conclusie van advocaat-generaal Leclercq in *Bull. en Pas.*, waarin een interessant verband wordt gelegd tussen de algemene rechtsbeginselen van de tegenspraak, enerzijds, en de eerbiediging van het recht van verdediging, anderzijds.

⁸³ Arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens waarvoor België terechtstond naar aanleiding van de opdracht van het openbaar ministerie bij het Hof van Cassatie:

1. E.H.R.M. 17 januari 1970, Delcourt/België, reeks A, nr. 11, een strafzaak gewezen met eenparigheid van stemmen.
2. E.H.R.M. 30 oktober 1991, Borgers/België, reeks A, nr. 214-B, een strafzaak gewezen met 18 stemmen tegen 4.
3. E.H.R.M. 20 februari 1996, Vermeulen/België, *Rec. Cour eur. D.H* 1996- I, een burgerlijke zaak gewezen met 15 stemmen tegen 4.
4. E.H.R.M. 25 juni 1997, Van Orshoven/België, *Rec. Cour eur. D.H* 1997- III, een tuchtzaak gewezen met 7 stemmen tegen 2.

Die arresten antwoorden op identieke grieven, die zijn afgeleid uit de schending van artikel 6.1 van het Verdrag, nl.:

- geen inzage in de conclusie van het openbaar ministerie voor de terechtzitting;
- geen mogelijkheid om daarop te antwoorden;
- deelneming van het openbaar ministerie aan het beraad.

⁸⁴ Cass. 1 april 1998, nr. 185, met in noot de verwijzing naar de arresten van het E.H.R.M. van 30 oktober 1991 inzake Borgers/België, en van 20 februari 1996, inzake Vermeulen/België.

⁸⁵ *Gedr. St. Kamer*, 2000, 50 0631/001, 6.

⁸⁶ *Pas.* 1956. Dat aspect was het tegensprekelijk karakter van de debatten voor de vonnisgerechten in strafzaken.

Met het voor hem kenmerkende gezag bracht de eminente magistraat onder woorden wat "suivant (sa) conviction du moins, la vérité légale" moest zijn: "Si une partie désire produire une note ou un document après la clôture des débats, elle ne peut que solliciter à cette fin une réouverture de ceux-ci; mesure dont le juge appréciera l'opportunité. Quant au juge saisi de pièces pendant la délibération, il n'a (...) d'autre pouvoir que de les écarter de la procédure ou d'ordonner la réouverture des débats " (p. 22).

Bij wijze van voorbeeld volgen enkele recente arresten die in de lijn liggen van die in strafzaken toegepaste regels ⁽⁸⁷⁾:

Wanneer een partij niet ter zitting verschenen is, en tijdens het beraad een nieuw stuk of een nieuw feit ontdekt dat naar haar oordeel van doorslaggevend belang is, kan zij de heropening van het debat vragen ⁽⁸⁸⁾. De rechter moet in dat geval het debat heropenen. Als hij van oordeel is dat zulks niet hoeft, staat hem geen andere mogelijkheid ter beschikking dan die stukken uit de rechtspleging te weren ⁽⁸⁹⁾.

Als de rechter, zonder het debat te heropenen, rekening houdt met een stuk dat door een der partijen tijdens het beraad is toegezonden, miskent hij tegelijkertijd het tegensprekelijk karakter van de debatten en het recht van verdediging. Hij mag immers de gegevens die aan zijn beslissing ten grondslag liggen enkel betrekken uit het gerechtelijk onderzoek en uit de over de zaak gevoerde debatten.

De rechter miskent het recht van verdediging eveneens wanneer hij een stuk dat na de sluiting van het debat is neergelegd weert zonder uitspraak te hebben gedaan over het aan hem gerichte verzoek tot heropening van dat debat ⁽⁹⁰⁾.

In zijn conclusie bij het arrest van 22 maart 1993 (A.C. 1993, nr. 514) wees advocaat-generaal Leclercq erop dat het Hof in *burgerlijke* zaken artikel 772 van het Gerechtelijk Wetboek niet uitlegt als een bepaling die aan de bodemrechter de bevoegdheid laat om op een onaantastbare wijze te oordelen over de raadzaamheid van een heropening van het debat, en dat het dus de taak van het Hof was na te gaan of de bestreden beslissing de verwerping van het verzoek tot heropening van het debat naar recht verantwoordde (*Bull. en Pas.* 1993, I, 309) ⁽⁹¹⁾. Het recht van verdediging wordt ook miskend wanneer de rechter stukken uit de debatten weert op

⁸⁷ Dezelfde regels zijn *mutatis mutandis* van toepassing IN burgerlijke zaken, ofschoon in die zaken verwezen wordt naar specifieke bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek en b.v. naar de artikelen 748, § 2 en 772, die aanleiding hebben gegeven tot een eveneens specifieke rechtspraak waar het recht van verdediging niet prominent op de voorgrond treedt (zie *infra*).

⁸⁸ Cass. 26 juni 2001, A.C. 2001, nr. 397.

⁸⁹ Cass. 13 november 1991, A.C. 1991-92, nr.141; 10 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 531; 14 februari 2001, A.C. 2001, nr. 92; 9 oktober 2002, P.02.1183.F.

⁹⁰ Cass. 16 september 1992, nr. 617; zie ook Cass. 14 februari 2001, A.C. 2001, nr. 91.

⁹¹ Zie enkele arresten daaromtrent in *andere zaken dan strafzaken*: Cass. 17 december 1998, nr. 524; 22 januari 1999, A.C. 1999, nr. 38; 15 april 1999, A.C. 1999, nr. 213; 5 oktober 2001, A.C. 2001, nr. 525; 13 mei 2002, S.01.0161.F; 3 oktober 2002, C.01.1051, met conclusie van advocaat-generaal Werquin die onder meer erop wees dat artikel 748, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek bedoeld is "om een volledig onderzoek van het geschil mogelijk te maken en een gedegen eerbiediging van het beginsel van tegenspraak te waarborgen, (...) omdat artikel 748, § 2, (...) een procedure instelt die het voor verweerder mogelijk maakt zijn recht van verdediging uit te oefenen".

de enkele grond dat zij niet tijdig, b.v. samen met de aanvullende conclusie, zijn medegedeeld (⁹²).

4.4. Het recht om zich in rechte te laten vertegenwoordigen

Volgens het Europese Hof is de aanwezigheid van een raadsman niet alleen vereist in het stadium van de zittingen van het vonnisgerecht, maar ook in het stadium van het voorafgaande onderzoek (...). "Il faut voir là une application remarquable du principe selon lequel les règles *du procès équitable doivent* saisir la phase préalable au jugement dès l'instant que leur inobservation initiale peut être de nature à compromettre le droit de l'intéressé à se défendre correctement" (⁹³).

In dit opzicht oordeelt ons Hof dat het vonnis gewezen zonder dat de beklaagde ten gronde werd ondervraagd en zonder dat de advocaat die hem vertegenwoordigt in zijn verweermiddelen werd gehoord een verstekvonnis is, zelfs indien de advocaat de vordering van het openbaar ministerie heeft gehoord en slechts hierna verklaarde verstek te laten gaan (Cass. 19 januari 1999, A.C. 1999, nr. 29, met noot van Vandeplas in *R.W.* 1998-1999, 3050).

Schendt de artikelen 6.1 en 6.3, c EVRM de rechter, gediërd ingevolge het verzet van de beklaagde, die deze laatste het recht ontzegt zich te laten vertegenwoordigen door zijn raadsman om reden dat de door hem ingeroepen vrees om aangehouden te worden geen onmogelijkheid van persoonlijke verschijning voor gevolg heeft (Cass. 16 maart 1999, A.C. 1999, nr. 158).

De voormelde artikelen van het EVRM hebben rechtsreeks werking in de interne rechtsorde en voorrang op de minder gunstige bepalingen van het interne recht *-in casu* artikel 185, § 2 van het Wetboek van Strafvordering; het recht van de beklaagde om zich op verzet te verdedigen met de bijstand van een raadsman, houdt in dat de strafrechter, niettegenstaande de aan de beklaagde opgelegde verplichting om persoonlijk te verschijnen, de raadsman moet toelaten zijn cliënt te vertegenwoordigen, ook al toont deze niet aan dat het hem onmogelijk was persoonlijk te verschijnen (⁹⁴).

Zoals professor J. van Compernelle terecht opmerkt, "l'arrêt Van Geyseghem" (⁹⁵) rend caduques les règles du défaut et oblige à repenser toutes les dispositions du

⁹² Cass. 26 november 1999, A.C. 1999, nr. 633; 30 oktober 1997, nr. 436; zie de conclusie van advocaat-generaal De Riemaeker bij het arrest van 22 maart 2001 (A.C. 2001, nr. 155); over het probleem van het nemen van conclusies: zie *infra* en de beschouwingen rond de wet van 3 augustus 1992 die verschillende artikelen van het Gerechtelijk Wetboek heeft gewijzigd.

⁹³ Favoreu, L., "La protection des droits et libertés dans le cadre de la C.E.D.H.", Précis Dalloz, 413. Over "le procès de l'absent", zie ook A. Giudicelli, *o.c.*, 129 e.v.

⁹⁴ Cass. 16 maart 1999, A.C. 1999, nr. 158; 8 juni 1999, A.C. 1999, nr. 335; 15 februari 2000, A.C. 2000, nr. 122; 4 september 2001, A.C. 2001, nr. 443. Vergelijk met de rechtspraak van voor de rechtspraakwijziging: Cass. 20 juni 1990, A.C. 1989-90, nr. 612 en 31 oktober 1995, A.C. 1995, nr. 466. I.v.m. het vraagstuk van de persoonlijke verschijning en het recht op bijstand van een raadsman in de Europese rechtspraak, lees de Chronique Droits de l'homme. Sudre, F., "Droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme, J.C.P. (Semaine juridique) 2003, I, 109, p. 233; Boré, L., "Capacité pour agir et se défendre devant le juge pénal", J.C.P. (La Semaine Juridique) 2002-I, 179, p. 2003.

⁹⁵ E.H.R.M. 21 januari 1999, Van Geyseghem/België, nr. 26.103/95

Code d'instruction criminelle relatives à la représentation du prévenu devant les juridictions pénales" (⁹⁶).

Dit is nu - om even terug te komen in de strafzaken - *lex lata* geworden met de wet van 12 februari 2003 die tal van wetsartikelen van het Wetboek van *Strafvordering* aan deze rechtspraak heeft aangepast, m.n. door uitdrukkelijk te voorzien in de vertegenwoordiging van beklaagde, aansprakelijke partij en burgerlijke partij die niet persoonlijk verschijnen. De nieuwe regeling laat aldus het recht van verdediging beter 'tot zijn recht' komen, zonder, evenwel, van de vereisten van een goede justitie af te zien, vermits de rechtbank in elke stand van het geding de persoonlijke verschijning nog kan bevelen (⁹⁷).

Door het recht van vertegenwoordiging van de beklaagde in het interne recht in te schrijven, heeft de wetgever zich sterk willen houden aan de rechtspraak van het E.H.R.M., waaruit een streven van *een evenwicht tussen twee tegengestelde belangen* naar voren komt: enerzijds het belang dat de beklaagde op de terechtzitting verschijnt met het oog op een eerlijke en volledige bewijsvoering, en anderzijds het belang van een adequate verdediging.

Indien de beklaagde noch persoonlijk, noch in de persoon van een advocaat verschijnt, maar enkel nadat hij op de inleidingszitting wel is verschenen, wordt het vonnis geacht op tegenspraak te zijn geweest (⁹⁸). Maar de persoonlijke verschijning kan niet worden bevolen ten aanzien van de gedaagde die op de inleidende zitting noch persoonlijk, noch in de persoon van een advocaat verschijnt. In dit geval kan er immers enkel sprake zijn van verstek (⁹⁹).

Vermeldenswaard is ook het arrest van het Hof van 4 oktober 2000 (A.C. 2000, nr. 515), waarin werd beslist dat "het recht om in rechte op te treden in de regel een persoonlijk recht is, (zo)dat de wettelijke beheerder of de voogd alleen de hoedanigheid bezitten om als vertegenwoordiger op te treden wanneer de vertegenwoordigde niet zelf kan optreden, zodat de verdediging van zijn belangen de tussenkomst van een gemachtigde vereist". Dienovereenkomstig stelt het Hof dat de moeder van een minderjarige die zich aanvankelijk als voogd van haar minderjarig kind burgerlijke partij had gesteld, geen hoedanigheid meer had om naderhand - op een ogenblik waarop de minderjarige meerderjarig was geworden - hoger beroep in te stellen. Deze redenering is verzoenbaar met het arrest E.H.R.M. van 30 januari

⁹⁶ van Compernelle, J., *o.c.*, 30.

⁹⁷ In de arresten van 16 maart 1999 en 8 juni 1999, waarnaar in de parlementaire handelingen wordt verwezen, en in de memorie van toelichting van het aanvankelijk wetsvoorstel, wordt met de verwijzing naar de *aan de beklaagde opgelegde verplichting om persoonlijk te verschijnen* niet naar het bevel tot persoonlijke verschijning verwezen, maar wel naar de algemene verplichting zoals blijkt uit het toen geldend artikel 185, § 2 van het Wetboek van Strafvordering

⁹⁸ Wij herinneren er hier aan dat ons Hof in het arrest van 9 maart 1999 (A.C. 1999, nr. 142) vooruitgelopen was op de opheffing van artikel 421 van het Wetboek van Strafvordering door de wet van 12 februari 2003 (B.S. 28 maart 2003, 15914).

⁹⁹ Vergelijk met het arrest van 2 oktober 2002 (P.02.0832.F) volgens hetwelk het recht om vertegenwoordigd te worden niet impliceert dat de gedetineerde beschuldigde tijdens een tegensprekelijk geding ervoor kan kiezen om bij verstek berecht te worden en zich aldus het recht om verzet te doen voor te behouden. Het Hof voegt eraan toe dat het hof van assisen, door de behandeling van een zaak verder te zetten in tegenwoordigheid van een gevangengenomen beschuldigde die de wil te kennen heeft gegeven om de zittingen niet langer bij te wonen en bij verstek te worden berecht, het recht van verdediging niet miskent.

2001, in de mate waarin daarin ook is gesteld dat de wettelijke beheerder of voogd kan optreden wanneer de vertegenwoordigde niet zelf kan optreden (¹⁰⁰).

Miskent het recht van verdediging, de jeugdrechter die de voorlopige terugkeer van de minderjarige naar zijn gezin beveelt onder toezicht van een afgevaardigde bij de dienst van gerechtelijke bescherming, als de terechtzitting, waarop het openbaar ministerie in zijn vorderingen is gehoord in afwezigheid van de minderjarige is gehouden, en als daarenboven niet blijkt dat die minderjarige door een advocaat werd bijgestaan op de terechtzitting waarop hij aanwezig was (Cass. 27 november 2002, P.02.1423.F).

Over de verplichte bijstand door een advocaat, dient herinnerd aan de nieuwe versie van artikel 293 van het Wetboek van Strafvordering, ingevoerd door de wet van 22 oktober 2002 (in werking op 1 november 2002), die voorziet in die verplichte bijstand van de beschuldigde bij verschijning voor een hof van assisen (¹⁰¹).

Wat betreft de procedure van onmiddellijke verschijning die is ingevoerd bij de wet van 28 maart 2000 (artikel 216*quinquies* e.v. hoofdstuk V, titel II, boek II, van het Wetboek van Strafvordering) oordeelde het Arbitragehof (¹⁰²) dat de afschaffing van de mogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen een verstekvonnis, de onmogelijkheid voor de beklaagde om bijkomende onderzoeksopdrachten te vragen en het onderzoek te doen controleren door de onderzoeksgerechten alsook de sterke inkorting van de tijd om te verschijnen en dus van de tijd die voor de beklaagde overblijft *om zijn verdediging voor te bereiden*, welke wijzigingen zijn opgenomen in de artikelen 216*quinquies* §3, en 216*septies* van het Wetboek van Strafvordering, weliswaar in beginsel verantwoord zijn, maar door hun onderling verband *aan de uitoefening van het recht van verdediging* van de beklaagde beperkingen kunnen stellen die niet in een redelijke verhouding staan tot de doelstellingen van de wet tot invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken. Die artikelen moeten dus worden vernietigd (gedeeltelijk wat artikel 216*septies* betreft). "Cet arrêt sévère constitue la condamnation sans appel d'une loi qui, dès avant son vote, avait fait l'objet de nombreuses critiques (notamment quant à l'exercice du droit de défense) qui n'avaient pas été prises en compte par le législateur" (¹⁰³).

¹⁰⁰ E.H.R.M. 30 januari 2001, x./Frankrijk, van, *J.C.P. (Semaine juridique)* 2001, nr. 10526: in dat arrest erkent het Europees Hof het effectieve recht op een eerlijk proces, zelfs ten aanzien van een onbekwame die voor een stafgerecht wordt vervolgd. Die bescherming slaat op rechten die niet theoretisch of fictief maar concreet en effectief zijn. Dus moet worden nagegaan of de vervolgte persoon in concreto werkelijk in staat was zijn procedurele rechten uit te oefenen, of de hem in het kader van de rechtspleging toegekende rechten werkelijk door hem konden worden uitgeoefend. Zie: Boré, L., o.c., p. 2003.

¹⁰¹ Die wet verhelpt een blunder van de wetgever bij de grondige herziening van de rechtspleging voor het hof van assisen bij de wet van 30 juni 2000, die zonder het te beseffen de bepaling die de verplichte bijstand voorzag, had geschrapt (noot Goossens, F., *T.V.W.* 2003/21, 12).

¹⁰² Arbitragehof 28 maart 2002, *J.L.M.B.* 2002, 664.

¹⁰³ Chronique semestrielle de jurisprudence, *R.D.P.* 2002, 1107.

4.5. Het beschikkingsbeginsel, essentiële uitdrukking van het recht van verdediging ⁽¹⁰⁴⁾

Dit grondbeginsel van het burgerlijk proces definieert de rol van de partijen en van de rechter tijdens de burgerlijke rechtspleging: het betreft de bevoegdheid van de partijen om voor de rechter de zaak en het voorwerp van de rechtsvordering die ze tegen elkaar hebben ingesteld, te bepalen: zij alleen kunnen de grenzen bepalen van het geschil dat wordt voorgelegd aan de rechter, die uitspraak moet doen over alles wat wordt gevorderd, maar dan ook alleen maar over dat wat voor hem wordt gevorderd; zo kan hij niet *ultra petita* uitspraak doen; hij mag geen geschil opwerpen waarvan het bestaan door de partijen is uitgesloten; hij mag zijn beslissing niet gronden op feiten die niet in het debat zijn gebracht ⁽¹⁰⁵⁾.

Het beginsel is gegrond op het hoofdzakelijk tegensprekelijk karakter van het burgerlijk proces. Het recht van verdediging vult dat beginsel aan, door de nadruk te leggen op de noodzakelijke loyaliteit van de partijen en van de rechter ⁽¹⁰⁶⁾.

Volgens die definitie van het beschikkingsbeginsel mag de rechter allereerst het kader van de door de partijen omschreven feiten niet te buiten gaan, d.w.z. dat hij geen andere feiten eraan mag toevoegen, en vervolgens moet de rechter die de zaak een nieuwe juridische kwalificatie kan en in voorkomend geval moet geven, dit noodzakelijkerwijs doen met eerbiediging van dat beschikkingsbeginsel, dat aldus de smeltkroes van het recht van verdediging blijkt te zijn ⁽¹⁰⁷⁾.

De aan de rechter toegekende mogelijkheid om de feiten en de litigieuze akten hun juiste kwalificatie te geven, wordt begrensd door de aan de partijen toegekende mogelijkheid om afstand te doen van de rechten waarover zij vrij beschikken, wat impliceert dat zij in staat zijn gesteld dat te doen.

Het Hof stelt in relatief veel gevallen een miskening van het beschikkingsbeginsel en van het algemeen beginsel van het recht van verdediging vast, ondanks het essentieel karakter van die beginselen, die door de bodemrechters blijkbaar te vaak worden miskend.

In twee arresten van 11 juni en van 4 september 1992 (nrs. 532 en 589) heeft het Hof herkwalificaties vernietigd waarover geen debat was gevoerd.

¹⁰⁴ In veel burgerlijke zaken speelt het recht van verdediging een belangrijke rol. Ik wil de huidige analyse niet mateloos uitbreiden, en gelukkig kan ik de lezer verwijzen naar "L'examen de jurisprudence (1991 à 2001) du droit judiciaire privé" van de professoren J. van Compernelle en G. Closset-Marchal, en hun assistenten J-Fr. van Droogenbroeck, A. Decroës en O. Mignolet, en gepubliceerd in *R.C.J.B.* 2002, 437 e.v., en 653 e.v. Zie ook: Beignier, B., "Les principes généraux du droit et de la procédure civile", in *Etudes offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du Xxième siècle*, Ed. Litec, 2001, 1654 e.v.; Bolard, G., "Les principes directeurs du procès civil", *J.C.P. (Semaine juridique)* 1993, I, 3693; Sargos, P., "Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation – les garde-fous des excès du droit", *J.C.P. (Semaine Juridique)* 2001/12, p. 589 e.s.

¹⁰⁵ Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, PUF 2002.

¹⁰⁶ Noot onder Cass. 31 januari 2000, A.C. 2000, nr. 82, en noot onder Cass. 25 juni 1990, A.C. 1989-90, nr. 624.

¹⁰⁷ Zie Closset-Marchal, G., "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", noot onder Cass. 8 februari 2001, *T.B.B.R.* 2002, (446) 447; Gridel, J.-P., "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", *Dalloz* 2002, Chroniques, Doctrine, p. 228.

Het Hof heeft eveneens uitspraak gedaan over de verplichting van de rechter om de rechtsregels op grond waarvan hij uitspraak doet, toe te passen op de aan zijn oordeel voorgelegde feiten, mits hij evenwel het recht van verdediging eerbiedigt en bijvoorbeeld geen geschil opwerpt waarvan het bestaan door de conclusie van de partijen wordt uitgesloten (Cass. 18 februari 1993, A.C. 1993, nr. 103).

De rechter kan beslissen dat het aangevoerde feit geen oneigenlijk misdrijf vormt, zoals een partij dat tot staving van haar vordering had voorgehouden, maar een misdrijf, voor zover zijn beslissing niet gegrond is op andere feitelijke gegevens dan die waarop de vordering gegrond was. G. Closset-Marchal ziet in die rechtspraak een evolutie naar een betere verdeling van eenieders rol, waarbij de definitieve kwalificatie in rechte afhangt van het oordeel van de rechter, mits, en dit is een substantiële voorwaarde, het recht van verdediging wordt gewaarborgd (Cass. 22 januari 1998, A.C. 1998, nr. 44; 8 februari 2001, A.C. 2001, nr. 79).

Het recht van verdediging wordt ook miskend door:

- de rechter die, zonder de heropening van het debat te bevelen, de subsidiair ingestelde vorderingen verwerpt wegens tegenstrijdigheid en onverenigbaarheid met de hoofdvorderingen (Cass. 23 april 1999, A.C. 1999, nr. 236)

- de rechter die een middel ambtshalve opwerpt, zonder het aan een debat op tegenspraak te onderwerpen (Cass. 17 september 1999, A.C. 1999, nr. 467; 30 november 2000, A.C. 2000, nr. 657; zie ook: Cass. 7 april 1997, A.C. 1997, nr. 171; 28 januari 2000, A.C. 2000, nr. 74; 20 november 2000, A.C. 2000, nr. 632; 17 juni 2002, S.99.0144.F)

- de appèlrechter die, ondanks het akkoord van de partijen om de deskundigenopdracht, zoals zij door de eerste rechter werd vastgesteld, te wijzigen, beslist dat er geen grond bestaat tot wijziging van die opdracht (Cass. 1 maart 1999, A.C. 1999, nr. 122).

De partijen kunnen evenwel noch uit artikel 6.1 EVRM noch uit het algemeen beginsel van het recht van verdediging "een onbeperkt recht putten om na sluiting van het debat tegenspraak te voeren over het advies van het openbaar ministerie. Dit recht is beperkt tot hetgeen nodig is voor de handhaving (van dat recht van verdediging) en inzonderheid van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak en die noodzaak moet worden beoordeeld in het licht van het gehele procesverloop" (Cass. 13 september 1999, A.C. 1999, nr. 435)⁽¹⁰⁸⁾.

Het arrest dat het Hof van Cassatie niet in staat stelt na te gaan of een geschil, dat door de conclusies van de partijen zou zijn uitgesloten, niet is opgeworpen, en, bijgevolg, na te gaan of artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek wel is geëerbiedigd, miskent het beschikkingsbeginsel, dat in die bepaling van het Gerechtelijk Wetboek is vastgelegd (Cass. 13 januari 2003, S.01.0179.F).

¹⁰⁸ Moet worden herhaald dat de wet van 14 november 2000, die m.n. de artikelen. 767 en 1107 van het Gerechtelijk Wetboek wijzigt, thans het antwoord op het advies van het openbaar ministerie toestaat – (zie verder).

4.6. Het recht van verdediging bij het nemen van conclusies

- de problematiek van de hoofd- en bijkomende conclusies
- de artikelen 740 en 747, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek

Bij het nemen van conclusies om een eis te staven en argumenten aan de tegenspraak te onderwerpen, of om de argumenten van de tegenpartij tegen te spreken, impliceert het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging dat de partijen tegenover elkaar op loyale wijze proces zouden voeren en niets zouden ondernemen dat op onverantwoorde wijze de procesvoering op tegenspraak zou vertragen (¹⁰⁹).

In een recente rechtspraak van het Hof wordt herinnerd aan de regel van artikel 747, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek, dat er niet toe strekt een partij, die nalaat binnen de aldus bepaalde termijn een conclusie te nemen, hierdoor noodzakelijk het recht te doen verbeuren om in de termijn van wederantwoord een conclusie te nemen. Maar het zou ook deloyaal zijn geen of puur formele hoofdconclusies te nemen, om de voornaamste, ja zelfs de volledige argumenten, in een zogenaamde aanvullende of samenvattende conclusie uiteen te zetten. Door aldus te handelen veroorzaakt een partij op deloyale wijze de vertraging van het debat op tegenspraak. Wanneer een partij niet of onregelmatig heeft geconcludeerd binnen de haar toegekende termijn om een hoofdconclusie neer te leggen, mag ze niet voor het eerst in een aanvullende conclusie haar volledige argumentatie uiteenzetten. Er anders over oordelen zou artikel 747, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek onwerkzaam maken. Daarbij veroorzaakt deze deloyale gedraging een ongerechtvaardigde vertraging van het debat op tegenspraak. Een aanvullende conclusie, die in werkelijkheid een hoofdconclusie bevat, dient aldus te worden geweerd (¹¹⁰). Maar de conclusie die na het verstrijken van de termijn wordt neergelegd, mag niet uit het debat worden geweerd in zoverre ze de toepassing van artikel 747, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek betwist; de rechter die hierop geen acht slaat miskent het recht van verdediging van de partij die te laat heeft geconcludeerd (Cass. 27 januari 2000, A.C. 2000, nr. 73; zie ook: Cass. 4 oktober 1996, A.C. 1996, nr. 357; 6 april 2001, A.C. 2001, nr. 208).

"Le respect des droits de la défense veut que des conclusions communiquées et déposées hors délai mais portant uniquement et spécifiquement sur un incident de procédure relatif à la communication et/ou au dépôt de conclusions prises antérieurement prises, puissent toujours être soumises à l'appréciation du juge" (¹¹¹).

In het arrest van 14 maart 2002 (C.00.0198.N) werd het criterium van de deloyale procesvoering uitdrukkelijk weerhouden: het Hof stelt dat een in de door de rechter bepaalde termijn van wederantwoord genomen conclusie niet ertoe mag strekken

¹⁰⁹ In dat verband moet rekening worden gehouden met de toelichting van de Wet van 3 augustus 1992, waarbij substantiële wijzigingen zijn aangebracht in de artikelen 740, § 1, 747, 748, § 2, 749 tot 753 van het Gerechtelijk Wetboek, teneinde de rechtspleging te bespoedigen "zodat elk beroep op de rechter binnen een redelijke termijn kan afgehandeld worden, zonder dat evenwel afbreuk wordt gedaan aan de rechten van verdediging" (*Gedr. St. Kamer*, 566/3 - 91/92, 17 juli 1992, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, p. 2).

¹¹⁰ Cass. 26 november 1999, A.C. 1999, nr. 633; 16 februari 2001, A.C. 2001, nr. 94; 22 maart 2001, A.C. 2001, nr. 155 met conclusie van advocaat-generaal De Riemaeker; 14 maart 2002, C.00.0198.N.

¹¹¹ van Compernelle, J., Closset-Marchal, G., van Droogenbroeck, J.-F., Decroës, A., Mignolet, O., *o.c.*, 530 en 533.

nieuwe middelen aan te voeren, omdat de tegenpartij er niet meer op kan antwoorden (¹¹²).

Uit die rechtspraak blijkt duidelijk dat het recht van verdediging niet zo eenzijdig is en dat het met bepaalde wederzijdse plichten samengaat. Men kan niet meer als algemene regel plegen dat iedere aanvullende conclusie die wordt neergelegd zonder te zijn voorafgegaan door een regelmatig neergelegde hoofdconclusie uit het debat dient te worden geweerd. Nuancering is vereist: een niet tijdig genomen eerdere conclusie brengt, b.v., niet automatisch mee dat de later genomen conclusie uit het debat moet worden geweerd. Voor een partij die geen hoofdconclusie heeft neergelegd, is het toch nog mogelijk een aanvullende conclusie neer te leggen, indien dit omwille van het recht van verdediging kan worden gerechtvaardigd.

In een arrest van 14 februari 2003 (C.00.0665.N), dat betrekking heeft op de te laat neergelegde conclusie van de overeenkomstig artikel 751, § 1, eerste en tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek verwittigde partij, oordeelt het Hof dat de sanctie van het vierde lid van die paragraaf van dit wetsartikel geen toepassing vindt op de conclusies die de verwittigde partij heeft genomen na het verstrijken van twee maanden, maar nadat de partij, die om toepassing van die sanctie heeft verzocht, zelf na de overeenkomstig artikel 751, § 1, eerste lid bepaalde rechtsdag nog heeft geconcludeerd (¹¹³).

5. Recht van verdediging in de tuchtprocedure

5.1. Recht van verdediging en tuchtprocedure

Het Hof heeft, niet zonder enige weerstand (¹¹⁴), in zijn arrest van 14 april 1983 (A.C. 1982-83, nr. 441), met daarvoor de zeer merkwaardige conclusie van advocaat-generaal Jacques Velu, zich aangesloten bij het standpunt van het Europees Hof, volgens hetwelk tuchtprocedures rekening moeten houden met de vereisten van artikel 6 EVRM (E.H.R.M. 23 juni 1981, *Le Compte/Van Leuven en De Meyre*, reeks A, nr. 43).

Wat dat betreft kan ik mij beperken tot een verwijzing naar de rede die ikzelf hier drie jaar geleden heb mogen uitspreken; ik stelde toen vast dat, enerzijds, het Europees verdragsrecht in de tuchtprocedure was doorgedrongen, en dat, anderzijds, de tuchtoverheden het recht om zich vrij en volledig te verdedigen nog in een zekere mate belemmerden (¹¹⁵).

¹¹² Zie Thion, Ph., "Deloyale procesvoering - een toetsteen bij het concluderen", *NJW* 2002, 50, die deze leer van het Hof goedkeurt. In het arrest van 26 november 1999 werd besloten tot schending van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, en tot miskenning van het algemeen beginsel van het recht van verdediging, terwijl in het arrest van 14 maart 2002 enkel tot schending van artikel 747, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek, werd beslist, de miskenning van het algemeen rechtsbeginsel niet aangevoerd zijnde, zomin als in het arrest van 22 maart 2001.

¹¹³ Zie ook Cass. 14 mei 1999, A.C. 1999, nr. 281.

¹¹⁴ Zie Cass. 21 januari 1982, met conclusie van Procureur-generaal Dumon in *Bull. en Pas.* 1981-82, I, 623.

¹¹⁵ "Rechtspraak in tuchtzaken door de beroepsorden: toetsing van de wettelijkheid door het Hof van Cassatie", rede uitgesproken door de Procureur-generaal op 1 september 2000, gepubliceerd in *Bull. en Pas.* 2000, 44, A.C. 2000, 37, *R.W.* 2000-2001, 735, *J.T.* 2000, 625.

Sindsdien heeft het Hof op 21 september 2001 een arrest (D.00.0029.F) gewezen, waarin het herhaalde dat artikel 6.3, a en b, EVRM, dat het recht vastlegt van elke beschuldigde om op de hoogte te worden gebracht van de aard en de grond van de tegen hem ingebrachte beschuldiging, in beginsel *niet van toepassing* is op een tuchtprocedure, die ingesteld is op grond van aangevoerde inbreuken op de regels van de plichtenleer en die kan leiden tot een schorsing van het recht om het beroep uit te oefenen. Daarenboven oordeelt het Hof dat "het recht van verdediging niet wordt miskend louter omdat het openbaar ministerie, vóór de terechtzitting, aan de tegenpartij niet heeft meegedeeld welke middelen het in zijn vorderingen wil ontwikkelen, mits de tegenpartij daadwerkelijk op de terechtzitting in staat is te antwoorden" (¹¹⁶).

5.2. Het beginsel van de tegenspraak in tuchtzaken

Sinds september 2000 (¹¹⁷), werd nog een arrest gewezen, waaruit blijkt dat noch de artikelen 20, 21 en 25 Artsenwet en 24 K.B. 6 februari 1970, noch het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging vereisen dat de beslissing van de provinciale raad van de Orde der Geneesheren tot tuchtrechtelijke vervolging van een arts of zijn oproeping om voor de raad te verschijnen een concrete inhoudelijke precisering van de erin omschreven telastleggingen bevatten (Cass. 20 december 2001, D.01.0009.N; zie *supra*: de vereisten qua dagvaarding).

6. **Het recht van verdediging voor het Hof van Cassatie**(¹¹⁸)

Over het recht van antwoord op de conclusies van het openbaar ministerie dat aan de partijen is toegekend ingevolge de rechtspraak van het Europese Hof waarbij een praktijk werd veroordeeld die decennia lang zonder enige kritiek gebleven is, is zo uitvoerig en voldoende geschreven dat ik dit onderwerp hier alleen maar kort wil aansnijden (¹¹⁹).

Ik zal er mij toe beperken eraan te herinneren dat de wetgever, nadat het Hof *de facto* zijn praktijk had aangepast teneinde tegemoet te komen aan de kritiek van de Europese rechters, ervoor zorgde het Gerechtelijk Wetboek in die zin te wijzigen (de wet van 14 november 2000 waarbij onder meer de artikelen 1105 en 1107 van dat wetboek worden gewijzigd), zodat het recht van verdediging beter aan zijn trekken kwam tijdens een rechtspleging die nochtans hoofdzakelijk schriftelijk was en zodat het beginsel van de wapengelijkheid, dat *schijnbaar* in het gedrang kwam door de aanwezigheid van het openbaar ministerie op het beraad, gewaarborgd werd door het openbaar ministerie van het beraad uit te sluiten, ook al was het daar nooit

¹¹⁶ *ibid.*, p. 39.

¹¹⁷ Over het recht van verdediging in tuchtzaken, zie eveneens: Opdebeek, I., "Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen" in, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, *T.Gem.*1993, (51) 58; I. Opdebeek, noot over de draagwijdte van het strafrechtelijk en tuchtrechtelijk vermoeden van onschuld bij bevordering, in *T.Gem.* 2000, 253.

¹¹⁸ Zie *supra* : "Het recht van wederantwoord, component van het recht van verdediging".

¹¹⁹ Voor de verwijzingen naar de rechtspraak en de rechtsleer terzake, zie: du Jardin, J., "L'intervention du ministère public dans la procédure en cassation telle qu'elle est réglée par la loi du 14 novembre 2000", in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant 2002, 89.

stemgerechtigd geweest. Maar de schijn moest worden gered: "*Justice must not only be done; it must also be seen to be done*"...⁽¹²⁰⁾

7. Nog enkele bijzondere aandachtspunten met betrekking tot het recht van verdediging

7.1. Het recht van verdediging van de WAM-verzekeraar

De mogelijkheid die de wet aan de WAM-verzekeraar biedt om in een geding voor de strafrechter tussen te komen, is verantwoord door de overweging dat hij zich moet kunnen verdedigen, wanneer een benadeelde tegen zijn verzekerde een vordering tot schadevergoeding instelt (artikel 14, § 2, eerste lid, WAM-Wet van 21 november 1989).

De tussenkomst van de verzekeraar kan evenwel slechts plaats vinden onder de voorwaarde dat er geen reeds verkregen beslissing bestaat waardoor zijn recht van verdediging in gevaar is gebracht (Cass. 25 november 1992, A.C. 1991-92, nr. 752; Van Schoubroeck, Jocqué, Vanderspikken en Cousy, Overzicht van rechtspraak verzekering motorrijtuigen 1980-1997, T.P.R. 1998, 278-280, nr. 96.1).

Uit het arrest van 12 juni 2001 (A.C. 2001, nr. 352) blijkt nu dat de verzekeraar op dezelfde rechtsgrond gerechtigd is niet alleen het debat *niet* te aanvaarden ingeval van een eerdere beslissing, maar ook *a contrario* dat hij het debat wel kan aanvaarden, al is er een reeds verkregen beslissing. Het arrest stelt dat artikel 14, § 2, eerste lid WAM 1989 in het belang van de verzekeraar bestaat; daarbij heeft artikel 812 van het Gerechtelijk Wetboek tot doel de rechten van de tussenkomende partij te beschermen ⁽¹²¹⁾. Determinerend is aldus het recht van verdediging van de verzekeraar ⁽¹²²⁾.

7.2. Het recht van verdediging en de faillissementsprocedure

Het opsporen van handelsondernemingen in moeilijkheden en de ambtshalve faillietverklaring miskennen het recht van de gefailleerde om zich te gepasten tijde te verdedigen. Dat blijkt uit de openingsrede die op 1 september 1986 is uitgesproken door Procureur-generaal E. Krings, die de nadruk legde op het inquisitoriaal karakter van die rechtspleging en op de noodzaak om reeds vanaf het eerste stadium van de rechtspleging de bescherming van het recht van verdediging te waarborgen ⁽¹²³⁾.

¹²⁰ Zie: du Jardin, J., "Justice must not only be done, it must also be seen to be done" in *Imperat Lex- Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier 2003, 37 e.v.

¹²¹ Vgl. Cass. 29 maart 1988, A.C. 1987-88, nr. 473, volgens welk de strafrechter geen kennis kan nemen van de vordering van de benadeelde ingesteld nadat definitief was beslist over de strafvordering.

¹²² Jocqué, G., "De rechten van verdediging van de verzekeraar voor de strafrechter", noot *sub Cass.* 12 juni 2001, A.J.T. 2001-02, 942 e.v.

¹²³ Krings, E., "De rechterlijke macht en de faillissementsprocedure" rede uitgesproken door de Procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van 1 september 1986, A.C., 1986-87, nrs. 12, 14, 15, 16 en 34: "Moet de rechter de onderneming van te voren inlichten over de maatregel die hij overweegt en moet hij haar oproepen om haar de gelegenheid te bieden haar verweermiddelen voor te dragen? (...) Zeker is de aangelegenheid niet uitdrukkelijk in de wet geregeld, maar zij vormt ontegensprekelijk een probleem dat met het recht van verdediging verband houdt. (...) Kan men stellen dat het recht van verdediging voldoende wordt

Dat is wat het Hof besliste, toen het met zijn arrest van 10 december 1990 een ommezwaai maakte in zijn rechtspraak⁽¹²⁴⁾: "het recht van verdediging vereist dat de schuldenaar vóór de beslissing in zijn middelen wordt gehoord, behalve wanneer de zaak uitzonderlijk spoedeisend is" ⁽¹²⁵⁾.

Het arrest van 25 juni 1993⁽¹²⁶⁾ is van bijzonder belang, omdat het de beperkte bevoegdheden van de rechter preciseert in het kader van de rechtsmiddelen die inzake ambtshalve faillietverklaring kunnen worden aangewend.

De rechter die overweegt na verwerping van het gerechtelijk akkoord de faillietverklaring uit te spreken, moet de schuldenaar opnieuw horen of hem ten minste daartoe oproepen zodat hij zijn opmerkingen over de voorwaarden voor de faillietverklaring naar voor kan brengen (Cass. 26 januari 1996, A.C. 1996, nr. 56). In zijn conclusie vóór dat arrest wees advocaat-generaal Janssens de Bisthoven op de trage evolutie van de rechtspraak naar meer bezorgdheid om het recht van verdediging en hij concludeerde dat "même en l'absence d'un texte légal, le respect des droits de la défense requiert que, sauf motifs d'urgence exceptionnelle, le débiteur soit entendu ou à tout le moins convoqué avant d'être déclaré d'office en faillite"⁽¹²⁷⁾.

Het standpunt van Procureur-generaal E. Krings wordt niet alleen door de rechtspraak overgenomen, het heeft ook de wet van 8 augustus 1997 geïnspireerd, waarin de ambtshalve faillietverklaring werd afgeschaft ⁽¹²⁸⁾. We herinneren eraan dat de opsporingsdienst thans is vervangen door een preventiedienst: de dienst voor handelsonderzoeken. De rechtbank van koophandel kan zich aldus niet meer ambtshalve bevoegd verklaren om een onderneming in moeilijkheden failliet te verklaren.

7.3. Tegensprekelijk karakter van de procedure in fiscale zaken

De wetgever is bevoegd om af te wijken van de regels van het Gerechtelijk Wetboek, het gemeenrechtelijk procedurerecht, door bijvoorbeeld een bijzondere regeling uit te vaardigen voor het tegensprekelijk karakter van de belastingprocedure en de uitoefening van het recht van verdediging, zoals de schattingsprocedure, die is ingesteld om de normale verkoopwaarde van onroerende goederen te bepalen voor de heffing van registratie, hypotheek- en griffierechten, met het opzet zowel de

gewaarborgd door het recht van verzet? (...) ? Het verzet bepaald bij artikel 473 is dus geen maatregel die de inachtneming van het recht van verdediging (...) waarborgt. De inachtneming van het recht van verdediging is echter een algemeen rechtsbeginsel dat op elke gerechtelijke activiteit toepasselijk is. Er is geen enkele reden om dat beginsel niet toe te passen wanneer de rechtbank de ambtshalve faillietverklaring uitspreekt(...)".

¹²⁴ A.C. 1990-91, nr. 183; zie ook Cass. 9 februari 1995, A.C. 1995, nr. 79; 21 september 1995, A.C. 1995, nr. 394.

¹²⁵ Zie Fagnart, J.-L., "Droits de la défense et déclaration de faillite", noot onder Cass. 27 april 1989, *R.C.J.B.*, 1990, p. 218, en inz. pp. 243 en 244, nrs. 30 en 31.

¹²⁶ Cass. 25 juni 1993, A.C. 1993, nr. 307, en voetnoot nr. 2, waarin verwezen wordt naar de voormelde rede van Procureur-generaal E. Krings, nr. 12 e.v., inz. nr. 18.

¹²⁷ Conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven in *Bull.* en *Pas.* 1996, I, nr. 56.

¹²⁸ Wet 8 augustus 1997 (*B.S.* 28 oktober 1997), gewijzigd bij wet van 4 september 2002 (*B.S.* 21 september 2002).

rechten of prerogatieven van de overheid als de rechten van de belastingplichtige te vrijwaren (Cass. 6 oktober 1995, A.C. 1995, nr. 417).

Onder impuls van de rechtspraak van het Europees Hof, wordt sinds geruime tijd niet meer gediscussieerd over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM in fiscale zaken (¹²⁹).

Het behoort tot de rechters de abstracte waarborgen van deze verdragsrechterlijke bepaling te concretiseren, m.b.t. onder meer het zwijgrecht van de belastingplichtige, zijn toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter die binnen een redelijke termijn en met volle rechtsmacht beslist, vragen waarbij het recht van verdediging rechtstreeks of onrechtstreeks in aanmerking kan komen.

Hoewel het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet bepaalt dat eiser, die kennisgenomen heeft van de memorie van antwoord, een memorie van wederantwoord kan neerleggen, is deze leemte opgevuld dank zij een rechtspraak waarvan de grondslag precies uitsluitend betrekking heeft op de eerbiediging van het recht van verdediging, zoals Procureur-generaal Ganshof van der Meersch het destijds had beklemtoond (¹³⁰).

In dit opzicht zijn ook vermeldenswaard de arresten van het Hof van:

- 20 januari 2000, A.C. 2000, nr. 52, waarin het Hof herinnert aan de noodzakelijke tegenspraak van de procedure van bezwaar tegen een aanslag inzake inkomstenbelastingen;

- 24 januari 2002, F.00.0099.N dat oordeelt dat de hoven en rechtbanken een ruime controle moeten uitoefenen over de fiscale boetes, geen louter *opportunitéitscontrole*, maar een controle om na te gaan of de boetes niet alleen de wettelijke bepalingen respecteren, maar ook de algemene rechtsbeginselen (*T.F.R.* 2002, 763).

7.4. Wraking en recht van verdediging

Het Hof van Cassatie heeft beslist dat artikel 838 van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 7, wet van 12 maart 1998) in beginsel van toepassing is op alle procedures, m.n. op de tuchtprocedures, aangezien die bepaling een belangrijk onderdeel is van het recht van verdediging (Cass. 24 februari 2000, A.C. 2000, nr. 141).

In zijn conclusie vóór het arrest van 17 september 2002 (P.02.0386.N en P.02.0662.N), heeft advocaat-generaal Duinslaeger gewezen op het tegensprekelijk karakter dat de wrakingsprocedure heeft sinds de inwerkingtreding van de wet van 12 maart 1998, en op het feit dat, bijgevolg, een beslissing pas kan worden genomen

¹²⁹ Cass. 5 februari 1999, A.C. 1999, nrs. 67 en 68; 25 mei 1999, A.C. 1999, nr. 307; Coopman, B., Lammens, K., "Zwijgrecht, mildering van boetes, redelijke termijn: naar een concrete invulling van de 'mensenrechten van belastingplichtigen' ", *T.F.R.* 2002, 739 e.v.

¹³⁰ Cass. 13 oktober 1997, A.C. 1997, nr. 398; conclusie van advocaat-generaal Leclercq vóór Cass. 3 december 1998, *J.D.F.*, nr. 3, p. 395; W.J. Ganshof van der Meersch, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", *J.T.* 1970, 594, noot 483; *J.D.F.* 1999, 50. Zie ook Scoriels, V., "Le principe de confiance légitime en matière fiscale et la jurisprudence de la Cour de cassation", *J.T.* 2003, 301.

na dagvaarding van de partijen, wat een waarborg vormt voor de inachtneming van het recht van verdediging in de bijzondere rechtspleging die de wraking is.

7.5. Het recht van verdediging voor de kerkelijke overheid

Het recht van verdediging is ook als algemeen rechtsbeginsel toepasselijk voor de kerkelijke overheid (¹³¹).

Aan het Hof was de vraag gesteld over de interne autonomie van de binnenkerkelijke overheid bij het nemen van beslissingen die een burgerlijk recht in het gedrang kunnen brengen, dan wel of de waarborgen van de algemene rechtsbeginselen (recht van verdediging, tegensprekelijk debat enz..) en van artikel 6.1 EVRM in aanmerking moeten worden genomen?

Het arrest van 3 juni 1999, gewezen in verenigde kamers na een tweede cassatieberoep, houdt een argumentatie in die niet wezenlijk anders is dan wat in het arrest van 20 oktober 1994 te lezen stond:

Uit het in artikel 21 van het Gerechtelijk Wetboek neergelegde beginsel dat elke godsdienst vrij haar eigen organisatie inricht, valt af te leiden, enerzijds, dat de benoeming en de afzetting van bedienaren van een eredienst alleen maar door de bevoegde geestelijke overheid kunnen geschieden, overeenkomstig de regels van de eredienst, en anderzijds, dat de godsdienstige discipline en rechtsmacht op die bedienaars van de eredienst alleen door dezelfde overheid en overeenkomstig dezelfde regels kunnen worden uitgeoefend.

Wanneer de geestelijke overheid een bedienaar van de eredienst zijn pastorale taak heeft ontnomen, is de rechter niet, zelfs niet in kort geding, bevoegd om op grond van de rechten van de mens of het recht van verdediging te bevelen dat de betrokkene die taak verder zou vervullen.

Hieruit volgt dat religieuze overheden hun eigen normen dienen in acht te nemen. Maar, zoals R. Torfs het doet opmerken, "een controle van de binnenkerkelijke rechtsgang op de bestaande interne procedures door de profane rechter (is) volledig aanvaardbaar" (¹³²). Hendrik Vuye gewaagt van een 'marginale toetsing' (¹³³).

Die "radicale positie" werd reeds "met verve" verdedigd door François Rigaux in zijn noot onder het eerste arrest van het Hof van Cassatie van 1994 (¹³⁴). Volgens Rigaux, mogen de elementaire garanties m.b.t. het recht van verdediging tijdens de procedure worden geëist. Die stelling die door een belangrijk deel van de rechtsleer

¹³¹ Cass. 20 oktober 1994, A.C. 1994, nr. 443 en 3 juni 1999, in verenigde kamers, A.C. 1999, nr. 330.

¹³² Torfs, R., noot onder Cass. 3 juni 1999, "Religieuze gemeenschappen en interne autonomie - Fluwelen evolutie", in *Mensenrechten - Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Menschenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1998-2000, 253-264; zie meer bepaald 261-262), zodat de binnenkerkelijke procedures aan de algemene rechtsbeginselen en aan artikel 6.1 EVRM kunnen worden getoetst.

¹³³ Vuye, H., "Hoe gescheiden zijn Kerk en Staat? Interpretatiemo gelijkheden omtrent artikel 21 van de Grondwet" (noot sub Cass. 20 oktober 1994, *R.Cass.* 1995, 49-58, meer bepaald 56).

¹³⁴ Rigaux, F., "Le respect des droits fondamentaux par les institutions non étatiques", noot onder Cass. 20 oktober 1994, *R.C.J.B.* 1996, 124-129; Torfs, R., *o.c.*, 261.

wordt gevolgd (¹³⁵), pleit voor een "profaanrechtelijke verificatie van de binnenkerkelijke procedure": wanneer een burgerlijk recht in het gedrang is komen te staan, "(mag) aan de Staat de bevoegdheid niet worden ontzegd om te controleren of (een) religieuze ontslagprocedure wel degelijk aan de vereisten van de rechtstaat beantwoordt" (¹³⁶), evenwel zonder inmenging in het oordeel van de kerkelijke overheid. R. Torfs wijst er op dat "de profaanrechtelijke toetsing van binnenkerkelijke beslissingen niet rimpelloos ongewijzigd blijft na de cassatiearresten van 1994 en 1999. (...) De verificatie van de interne procedures, *gesuggereerd door het Hof van Cassatie*, lijkt mij onvermijdelijk", schrijft hij (*o.c.*, 264).

8. Slotbeschouwingen

De lectuur van een twaalfstal jaren rechtspraak van het Hof in verband met het recht van verdediging heeft mij tot de vaststelling gebracht dat, ook al moet het algemeen beginsel van de eerbiediging van dat recht als een dwingende vereiste worden beschouwd, dat niet anders dan optimaal kan worden uitgeoefend, toch veronderstelt de concrete toepassing ervan, zoals dat met elk beginsel het geval is, dat het wordt afgewogen tegen andere, even dwingende vereisten, namelijk de vereiste van een goede rechtsbedeling binnen een redelijke termijn en de vereiste dat de waarheid tijdens een eerlijk proces aan het licht wordt gebracht.

Eenzijds mag de uitoefening van het recht van verdediging niet voortdurend gehinderd worden tijdens de rechtsgang (¹³⁷), maar anderzijds mag de rechtsbedeling evenmin hinder ondervinden van de uitoefening van dat recht. Uit die rechtspraak volgt m.i. dat het absoluut noodzakelijk is schijnbaar tegenstrijdige belangen met elkaar te verzoenen. Terecht is gesproken van een '*cohabitation d'intérêts*' (¹³⁸), die mogelijk is wanneer de rechtspleging in haar geheel wordt beschouwd zoals het Europees Hof en ons Hof niet ophouden te zeggen.

De verzoening van die imperatieven en van die noodwendigheden, die leidt tot de erkenning dat aan de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel beperkingen moeten worden gesteld, vormt een uitdaging waarop het Hof in zijn rechtspraak m.i. is ingegaan. Het Europees Hof heeft trouwens zelf zeer duidelijk aangenomen dat beperkingen moeten worden gesteld aan het recht van verdediging, zoals die welke bijvoorbeeld voortvloeien uit het recht van derden of van slachtoffers die eveneens door het EVRM gewaarborgde rechten hebben (¹³⁹).

Alles is dus een kwestie van evenwicht, niet alleen tussen de partijen die tegenover elkaar staan, maar ook tussen het recht van de partijen en de behoeften van Justitie.

¹³⁵ P. Lemmens, R. Versteegen, H. Vuye, enz., geciteerd door R. Torfs, *o.c.*, 261.

¹³⁶ Torfs, R., *o.c.*, p. 262.

¹³⁷ Het dient te worden vastgesteld dat de miskennis van dat recht al te vaak op onverantwoorde wijze wordt aangevoerd; hoe vaak dient het Hof niet te zeggen dat deze of gene omstandigheid, op zichzelf beschouwd, geen miskennis van het recht van verdediging oplevert?

¹³⁸ Kutu, F., "Le droit à un procès équitable", *J.L.M.B* 2003/12, 505.

¹³⁹ E.H.R.M. 26 maart 1996, Doorson/Nederland, *o.c.* § 70: "Principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify".

Het recht van verdediging is dus niet langer een absoluut gegeven -als het dat ooit al is geweest. Ook al moet het nog altijd als een algemeen rechtsbeginsel worden erkend, toch moet het gerelativeerd worden, waardoor het, althans voorlopig, zijn absoluut karakter verliest afhankelijk van de verschillende fasen van de rechtspleging, daar het in verband wordt gebracht met een hele procedurele context die aan evolutie onderhevig is. Het recht van verdediging vormt trouwens één geheel met het beginsel van de tegenspraak dat een essentiële voorwaarde is voor een eerlijk proces. Zonder tegenspraak kan er immers geen sprake zijn van werkelijke verdediging.

Het vereiste evenwicht wordt bereikt wanneer de eventuele spanningen tussen het individueel en het algemeen belang, en, bijvoorbeeld, tussen het vermoeden van onschuld enerzijds en de vereisten van de waarheidsvinding anderzijds, worden opgeheven (¹⁴⁰).

Als voorbeeld voor de beperkingen die zijn gesteld aan de uitoefening van het algemeen beginsel van het recht van verdediging, wijzen wij hier op de noodzaak van een efficiënte bestrijding van bepaalde vormen van zware criminaliteit, die niet alleen de rechtspraak inzake bewijs hebben doen evolueren, maar bovendien de verfijning van het bewijsrecht mogelijk hebben gemaakt, waarbij, enerzijds, het wettelijk formalisme als factor tot bedwinging van tegengestelde krachten sterker naar voren is gekomen, en waarbij, anderzijds, de rechtspraak werd verfijnd, zodat niet alleen het onwettig bewijs maar ook het, niet onwettig, maar onregelmatig bewijs werd uitgesloten.

Een ander voorbeeld van die betrekkelijkheid van het algemeen beginsel kan worden gevonden in de evolutie van de rechtspraak betreffende het deskundigenonderzoek, waar de behoefte bestaat om de waarheid te kennen over een technische aangelegenheid die de rechter ertoe noopt een advies van buitenaf in te winnen, maar waar ook de behoefte aanwezig is om de partijen tijdig de gelegenheid te geven dat advies en de gevolgde methode te betwisten.

Wij denken ook aan de evolutie van rechtspraak en wetgeving i.v.m. de vertegenwoordiging van de procespartijen, waarbij gezocht wordt naar een evenwicht tussen tegengestelde belangen, niet alleen tussen de belangen van conflicterende partijen, maar ook tussen het algemeen belang bij een transparante Justitie en het persoonlijk belang van elke partij.

Wij denken ook aan de betrekkelijkheid van de nietigverklaring van een proceshandeling, waarop zich alleen kan beroepen de partij die door de litigieuze handeling werkelijk is benadeeld.

Ook is er de beoordeling van het gezag van het rechterlijk gewijsde die door een meer redelijke dan strikt juridische benadering wordt gekenmerkt.

Finaal moet erop worden gewezen dat het algemeen beginsel van het recht van verdediging een groot aantal procedurele verplichtingen schept, maar dat het ook een minimum aan zorgvuldigheid van de kant van de rechtzoekende zelf vereist.

¹⁴⁰ Over die afweging van belangen, zie: de Corte, J., “De achterkant van de privacy – Kan het beroep op *privacy* leiden tot straffeloosheid”, *N.j.W.* 2003, 798.

Het Hof heeft, verre van het recht van verdediging te miskennen - wat het trouwens nooit heeft gedaan - dat recht tot de kern van een geheel van imperatieven gemaakt, wat tot gevolg heeft gehad dat de mogelijkheden om dat recht te doen gelden zijn toegenomen, maar ook dat de uitoefening ervan wordt afgewogen tegen andere imperatieven die soms even essentieel of meer noodzakelijk kunnen blijven naargelang van de fase waarin de rechtspleging zich bevindt.

De wijze waarop het recht van verdediging wordt uitgeoefend en de beoordeling door de rechter, zelfs door de cassatierechter, impliceren *a margin of appreciation*, die het E.H.R.M. aan de nationale rechter toekent; dit recht dient noch beperkend, noch extensief uitgelegd te worden, maar teleologisch in zoverre meer wordt gelet op zijn concrete effectiviteit⁽¹⁴¹⁾.

In dit verband is m.i. de rechtspraak van het Hof de uitdrukking van een *passende voorzichtigheid*, die, de rechtspleging in haar geheel beschouwd zijnde naar de normen van de Europese rechtspraak, bevredigend is omdat ze redelijk is, en minder dan vroeger vastgeklemd door wettelijke beperkingen of al te strakke beginselen.

* *
*

Mij rest nog de droeve plicht te herinneren aan het overlijden van de Heer raadsheer Jules Closon op 18 oktober 2002.

Jules Closon werd op 24 augustus 1913 geboren, hij behaalde de diploma's van doctor in de rechten, van licentiaat in het notariaat en van licentiaat in de politieke wetenschappen.

Op 9 september 1941 werd hij tot magistraat benoemd en op 3 september 1970 tot raadsheer bij het Hof van cassatie.

Hij trad op 29 augustus 1983 in het emeritaat en twintig jaar later ging hij in alle stilte heen. Het Hof gedenkt met weemoed deze magistraat die tijdens zijn hele loopbaan zeer verknocht was aan zijn taak en meer bepaald aan het sociaal recht.

Op 11 augustus 2003 vernamen wij met verslagenheid het overlijden van Mr René Bützler, Advocaat bij het Hof van cassatie en Oud-Stafhouder van de Orde der advocaten bij ons Hof. Hij was 67 jaar.

De figuur van deze merkwaardige advocaat was ons allen zeer goed bekend en unaniem gewaardeerd, niet alleen voor zijn juridische deskundigheid, die hij in zijn memories aan de dag kon leggen, maar ook voor zijn aanhoudende beminnelijkheid bij de contacten die wij met hem hadden.

Meer dan dertig jaar lang was hij advocaat bij ons Hof; hij was amper 37 jaar, toen hij bij Koninklijk besluit van 28 juni 1973 benoemd werd. Maar zijn roeping als advocaat had reeds in 1959 aan de Balie te Brussel aanvang genomen. Hij was ook

¹⁴¹ Schokkenbroek, J.G.C., "Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens", Leiden 1996, geciteerd in de rede van Hoogleraar B.E.P., Myjer, "Bij een vijftigste Verjaardag" voor de Vrije Universiteit te Amsterdam, op 7 december 2000, p.11, noot 30.

Hoogleraar aan de Vrije Universiteit Brussel en zijn bijdrage tot de rechtsleer was de concretisering van onbetwistbare pedagogische talenten.
Het Hof betreurt dit onherstelbaar verlies. Aan de Balie bij ons Hof, betuigt het Hof door mijn stem zijn innige deelneming.

Procureur-generaal J. du Jardin.