

DE 'SOCIALE GEVAARLIJKHEID' IN DE KANDIDAAT-LIDSTATEN VAN DE E.U. EEN NIEUWE IMPULS VOOR HET ALGEMEEN MATERIEEL STRAFRECHT

Chris DE ROY*

1. Inleiding

Op 19 oktober 2002 keurde de Ierse bevolking met ca. 63 % het Verdrag van Nice goed. Hiermee werd een noodzakelijke stap gezet met het oog op de uitbreiding van de Europese Unie in oostelijke richting.¹ Na het politieke akkoord op de top van Kopenhagen van december 2002 wordt algemeen verwacht dat de nieuwe Lidstaten medio 2004 zullen toetreden. De Europese Commissie is reeds gedurende een lange tijd bezig deze 'big bang'² zorgvuldig voor te bereiden.³ Wat de samenwerking in strafzaken betreft, heeft de Commissie *grosso modo* twee werkwijzen gehanteerd. Enerzijds worden de kandidaat-Lidstaten meer en meer betrokken bij wetenschappelijke studies die de verdere Europese integratie richting moeten geven.⁴ Anderzijds worden ook studies uitgevoerd die specifiek gericht zijn op de kandidaat-Lidstaten, om na te gaan in hoeverre de geldende regelgeving in overeenstemming is met het 'acquis communautaire'. Een van dergelijke onderzoeken was de "Study on Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistleblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries". De algemene doelstelling van deze studie bestond erin te onderzoeken in welke mate de rechtshandavingsmechanismen (zowel penaal als administratief) van de kan-

* Assistent Strafrecht U.I.A. (U.A.).

1. Aan het Verdrag van Amsterdam werd immers een protocol gehecht waarin werd ingeschreven dat de uitbreiding van de E.U. slechts kon plaatsvinden na een institutionele hervorming (art. 2 Protocol betreffende de instellingen in het vooruitzicht van uitbreiding van de Europese Unie). Formeel wordt met het Verdrag van Nice voldaan aan deze vereiste. Inhoudelijk is de hervorming echter te beperkt, waardoor de Conventie zich thans opnieuw buigt over deze problematiek.

2. Deze term wordt gehanteerd omdat de toegelaten kandidaat-Lidstaten tegelijk zullen toetreden. Dit heeft tot gevolg dat het kwantitatief veruit de grootste uitbreiding zal zijn die de E.U. ooit heeft gekend. Daarenboven is het ook op kwalitatief vlak een bijzonder grote uitdaging daar de nieuwe Lidstaten in grote mate verschillen van de in het verleden toegetreden West-Europese partners.

3. Zie hierover in het algemeen: <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/negotiations/chapters/negotiationsguide.pdf>.

4. Bijvoorbeeld de Recherche "Grotius Pénal II", L'harmonisation des sanctions pénales en Europe. In deze studie werden ook Polen en Slovenië betrokken. Dit wordt moeten hebben omgezet. Hierbij moet volledigheidshalve opgemerkt worden dat ook andere niet-kandidaat-Lidstaten betrokken werden, zoals bijvoorbeeld Zwitserland en zelfs Rusland, uiteraard voor een deel ingegeven door het feit dat de kandidaat-Lidstaten het acquis tot op de dag van de toetreding.

didaat-Lidstaten opgewassen zijn om fraude tegen het E.U.-budget te bestrijden.⁵ De talrijke nationale rapporten die binnen dit kader geschreven werden, vormen de rechtstreekse aanleiding van deze bijdrage.⁶

Tegenwoordig lijkt het werkterrein van de penalist steeds meer te liggen op procedureel vlak. Niet lang geleden heeft de Belgische wetgever nog nieuwe wetten aangenomen betreffende de anonieme⁷ en bedreigde getuigen,⁸ het afnemen van verklaringen met behulp van audiovisuele media,⁹ de verjaring van bepaalde misdrijven,¹⁰ en het verstek.¹¹ Ook op Europees vlak werden er belangrijke procedurele wendingen genomen met als belangrijkste exponent het Europees aanhoudingsbevel.¹² Op het vlak van het materieel strafrecht moet een meer genuanceerd standpunt worden ingenomen. De belangrijkste noviteit is daar wellicht het Kaderbesluit inzake terrorisme,¹³ hoewel door verschillende auteurs reeds is geopperd dat deze nieuwe strafbaarstelling vooral strafvorderlijke doeleinden zal dienen.¹⁴ Daarnaast zijn er ook nog andere kaderbesluiten,¹⁵ maar zij viseren voornamelijk specifieke strafbaarstellingen. Discussies of reflecties over de algemene figuren van materieel strafrecht (zoals de constitutieve elementen van het misdrijf,¹⁶ poging, deelname en samenloop) worden, zowel op het vlak van de E.U. als op het nationale vlak, amper (nog) gevoerd.¹⁷ Toch kan hun belang niet worden onderschat, aangezien zij het fundament vormen waarop het

5. C. VAN DEN WYNGAERT, "Final Report. The Protection of the Financial Interests of the E.U. in the Candidate States. Perspectives on the Future of Judicial Integration in Europe", *ERA-Forum* 3-2001, 2-60.

6. De rapporten zijn beschikbaar op <http://www.era.int/domains/corpus-juris/public/index.htm>; username: Corpusjuris, Codeword: 4DuraLex:sedLex.

7. Wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen, *B.S.* 31 mei 2002.

8. Wet van 7 juli 2002 houdende een regeling voor de bescherming van bedreigde getuigen en andere bepalingen, *B.S.* 10 augustus 2002.

9. Wet van 2 augustus 2002 betreffende het afnemen van verklaringen met behulp van audiovisuele media, *B.S.* 12 september 2002.

10. Wet van 16 juli 2002 tot wijziging van verschillende bepalingen teneinde inzonderheid de verjaringstermijnen voor de niet-correctionaliseerbare misdaden te verlengen, *B.S.* 5 september 2002.

11. Wet van 12 februari 2003 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het verstek betreft en tot opheffing van artikel 421 van hetzelfde Wetboek, *B.S.* 28 maart 2003.

12. Kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedure van overlevering tussen de Lidstaten, *Pb. L.* 190 van 18 juli 2002.

13. Kaderbesluit van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, *Pb. L.* 164 van 22 juni 2002. Het wetsontwerp ter implementatie van dit kaderbesluit is thans hangende in het Belgische Parlement: Wetsontwerp betreffende terroristische misdrijven, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2364/1.

14. De zogenaamde 'instrumentalisering van de strafbaarstellingen'. Zie hierover o.a. M.L. CESONI, "Terrorisme et involutions démocratiques", *Rev.dr.pén.* 2002, 148-149; zie ook in deze richting A. CLAEYS, e.a., "Terrorisme", in G. VERMEULEN (ed.), *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2002, 100.

15. Bijvoorbeeld het Kaderbesluit van 3 mei 1998 tot versterking, door middel van strafrechtelijke en andere sancties, van de bescherming tegen valsmunterij in verband met het in omloop brengen van de euro, *Pb. L.* 140 van 14 juni 2000.

16. Het begrip 'constitutief element' moet worden opgevat als zijnde de materieelrechtelijke voorwaarden die voor alle misdrijven gemeen zijn, ongeacht de specificiteit van het delict (zie hierover en het terminologisch verschil met de constitutieve bestanddelen: L. DUPONT, "De constitutieve elementen van het misdrijf", in X., *Om deze redenen. Liber amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 206-207).

17. In het kader van de Conventie wordt in zeer beperkte mate gesproken over de materieel strafrechtelijke concepten: zie de opmerking van C. VAN DEN WYNGAERT in "Summary of the meeting held on 8 October 2002", *CONV* 346/02, 5.

volledige penale stelsel steunt.¹⁸ Zo kan een harmonisatie van de sancties¹⁹ moeilijk plaatsgrijpen zonder een veralgemeende notie of een wederzijdse erkenning van vele van deze basisbegrippen.²⁰ Het is echter slechts uiterst sporadisch dat een Europees instrument op rechtstreekse wijze deze aspecten aanraakt.²¹ Dit is zeer verwonderend, aangezien de harmonisatie op deze werkwijze dreigt op te houden bij een abstracte tekst, die in de praktijk op verschillende wijzen wordt geïmplementeerd ingevolge de inwerking van de onderling verschillende materieelrechtelijke figuren. Gelet op het steeds toenemende belang van de Europese normering op het vlak van het straf- en het strafprocesrecht, lijkt deze gang van zaken moeilijk houdbaar. Het is m.i. dan ook noodzakelijk om zich (opnieuw) te bezinnen omtrent een aantal algemene principes van materieel strafrecht. Deze nood beperkt zich daarenboven niet tot de klassieke materieelrechtelijke figuren van poging, samenloop ... maar situeert zich ook op het meest primaire vlak, namelijk dat van de strafwaardigheid van de gedragingen zelf. Dit laat zich met name zeer goed gevoelen in het kader van de huidige discussie binnen de E.U. omtrent het werken met straffen van verschillende niveaus of klassen.²²

De doelstelling van deze bijdrage bestaat er dan ook in de discussie inzake het algemeen materieel strafrecht nieuw leven in te blazen.²³ Het hiertoe gehanteerde perspectief is dat van de wederzijdse erkenning. Dit principe fungeert sinds de top van Tampere als de hoeksteen van de justitiële samenwerking in strafzaken,²⁴ en kan slechts succesvol zijn wanneer er een voldoende wederzijds vertrouwen is tussen de Lidstaten.²⁵ Met de uitbreiding steeds dichterbij, is het

18. Dit inzicht schijnt ook steeds meer door te dringen in de rechtsleer: zie o.a. T. VANDER BEKEN, *From Brussels with love. Bespiegelingen over de invloed van de Europese Unie op het Belgische strafrecht*, Preadvies Strafrecht VVSR 2002, nr. 55.

19. Middellijke doelstelling van de E.U., neergelegd in art. 31e E.U.-V.

20. Tot op heden blijft de harmonisatie van sancties beperkt tot het bepalen van een minimale maximumstraf. Hierdoor beperkt men zich eigenlijk tot het (deels) harmoniseren van de straf in *abstracto* (*la peine encourue*). De harmonisatie van de strafmaat als instrument ter verwezenlijking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid moet m.i. echter ook, en misschien wel vooral, betrekking hebben op de straf in *concreto* (*la peine prononcée*) en de uitgevoerde straf (*la peine exécutée*). Een daadwerkelijke harmonisatie van deze concepten is m.i. slechts mogelijk wanneer ook de algemene structuren en concepten inzake straftoemeting en strafuitvoering geharmoniseerd worden.

21. Een voorbeeld hiervan betreft het beginsel van internationale herhaling, zoals in het licht gesteld door punt 1.2 en maatregel 2 van het Programma van 30 november 2000 van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, *Pb. C.* 12/10 van 15 januari 2001 en voorlopig tot uiting gekomen in art. 5f) van het voorstel voor een Kaderbesluit betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drughandel, *Pb. C.* 304 E van 30 oktober 2001.

22. Zie hierover G. VERMEULEN en F. DHONT, "Harmonisatie van strafrecht en wederzijdse erkenning van gerechtelijke beslissingen in strafzaken", in G. VERMEULEN (ed.), *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2002, 21-24; G. VERMEULEN, "Where do we currently stand with harmonisation in Europe?", in A. KLIP en H. VANDER WILT, *Harmonisation and harmonising Measures in Criminal Law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Science, te verschijnen in 2003.

23. Uiteraard zal soms het verband gelegd worden met de procedurele kant.

24. EUROPESE RAAD VAN TAMPERE, Conclusies voorzitterschap, 15-16 oktober 1999.

25. Programma van 30 november 2000 van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, *Pb. C.* 12/10 van 15 januari 2001. In de

zinvol om zich nu reeds over dit onderling vertrouwen jegens de Centraal- en Oost-Europese staten te bezinnen. De rechtsstelsels van deze landen kennen immers bepaalde particulariteiten die dit vertrouwen mogelijk *a priori* kunnen ondermijnen. Eén van die mogelijke hindernissen betreft het in het straf- en strafprocesrecht van de Centraal- en Oost-Europese staten alomtegenwoordige concept van de 'sociale gevaarlijkheid'. De sociale gevaarlijkheid bekleedt immers een prominente plaats in het klassieke strafrechtsgebeuren in deze landen, weliswaar onder sterk verschillende vormen. Zo kan het gaan om een constitutioneel element, een schulduitsluitingsgrond, of kan het gekoppeld worden aan procedurele elementen onder de vorm van een vervolgingsbeletsel.

De West-Europese penalist daarentegen denkt bij het theoretische concept van de 'gevaarlijkheid' niet meteen aan het klassieke strafrechtelijk instrumentarium, maar veeleer aan de denkrichting van het sociaal verweer. Binnen deze strekking werd het *ius puniendi* immers gelegitimeerd vanuit de *gevaarsnotie* die van de dader uitging.²⁶ In de huidige West-Europese Lidstaten is deze gevaarsnotie echter beperkt gebleven door de reactie hierop van het nieuw sociaal verweer.²⁷ Als een gevolg hiervan is het concept van de (sociale) gevaarlijkheid in West-Europa dan ook niet binnengedrongen in het centrum van het strafrecht, maar is het enkel terug te vinden in de complementaire wetteksten die geïnspireerd werden door het nieuw sociaal verweer.²⁸ De sociale gevaarlijkheid binnen het klassieke strafrechtsinstrumentarium, zoals dit tot uiting komt in de kandidaat-Lidstaten, is binnen de huidige Lidstaten als dusdanig echter onbekend. De vraag rijst dan ook of dit concept het wederzijdse vertrouwen niet in het gedrang brengt. De 'sociale gevaarlijkheid' roept immers reminiscenties op naar de voormalige Sovjet-Unie en de socialistische strafrechtstraditie in het algemeen, wat een vlotte justitiële samenwerking in strafzaken niet meteen lijkt te bevorderen.

Deze bijdrage wil een eerste aanzet zijn om die barrière te slechten. Doorheen dit preliminaire onderzoek naar de 'sociale gevaarlijkheid' in het strafrecht van de kandidaat-Lidstaten zullen we voornamelijk, doch verre van uitsluitend, stuiten op problemen en aspecten van materieel strafrecht. Moge dit dan ook meteen de aanzet zijn tot een hernieuwde interesse voor het materieel strafrecht.

→
rechtsleer herhaaldelijk bevestigd: zie o.m. G. VERMEULEN en F. DHONT, "Harmonisatie van strafrecht en wederzijdse erkenning van gerechtelijke beslissingen in strafzaken", in G. VERMEULEN (ed.), *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2002, 13; A. WEYEMBERGH, "L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne", in G. DE KERCHOVE en A. WEYEMBERGH, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Brussel, Editions de l'U.L.B., 2000, 169. Dit wederzijds vertrouwen is conceptueel te linken aan de '*full faith and credit*' in het internationaal privaatrecht.

26. S.I. POLITOFF en F.A.J. KOOPMANS, *Schuld*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 27-32.

27. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 24-27.

28. In dit verband kan vooral gedacht worden aan de Wet bescherming maatschappij.

2. De sociale gevaarlijkheid

2.1. ALGEMENE DRAAGWIJDTE

Het concept van de 'sociale gevaarlijkheid' is alomtegenwoordig in het materieel strafrecht van de kandidaat-Lidstaten.²⁹ Het is onmogelijk om binnen het kader van deze bijdrage een exhaustieve uiteenzetting te geven over de precieze draagwijdte van het begrip. De reden hiervoor bestaat erin dat de sociale gevaarlijkheid binnen de verschillende kandidaat-Lidstaten op verschillende wijzen in het juridisch kader verankerd wordt. Ik beperk mij hier dan ook tot het weergeven van een aantal mogelijke invullingen van het concept, waardoor op algemene wijze een beeld wordt geschetst van de draagwijdte van de sociale gevaarlijkheid.

In een groot aantal landen wordt de sociale gevaarlijkheid expliciet weerhouden als een constitutief element van het misdrijf.³⁰ Veelal wordt het sociale gevaar daarbij gekenmerkt als een materieel concept van strafrechtelijke schuld.³¹ In Hongarije wordt de sociale gevaarlijkheid binnen dit kader ook uitdrukkelijk gehanteerd als basis voor een aantal rechtvaardigingsgronden zoals daar zijn de wettige verdediging, de noodtoestand e.d. Hiertoe beperkt de sociale gevaarlijkheid zich echter niet, aangezien artikel 28 van het Hongaarse Strafwetboek op algemene wijze stelt dat de gedraging niet strafbaar is wanneer er slechts een *verwaarloosbaar sociaal gevaar* mee gepaard gaat. Analoog hieraan zal een verwaarloosbaar sociaal gevaar in Slowakije de onwettigheid van de gedraging wegnemen.³²

In Bulgarije en Hongarije geniet men van een soort schulduitsluitingsgrond wanneer men dwaalde omtrent de sociale gevaarlijkheid van de gedraging. Hieraan wordt wel de voorwaarde gekoppeld dat er redelijke gronden hiertoe kunnen worden aangewezen en dat de betrokkene derhalve niet onachtzaam is geweest.

Daarnaast speelt het concept van de sociale gevaarlijkheid ook een prominente rol op procedureel vlak. Wanneer de gedraging ophoudt sociaal gevaarlijk te zijn of op dit vlak verwaarloosbaar wordt, dan zal de vervolging niet worden ingesteld³³ of stopgezet.³⁴ Een vergelijkbare vaststelling kan worden gemaakt op het vlak van de strafuitvoering.

29. C. VAN DEN WYNGAERT, "Final Report. The Protection of the Financial Interests of the E.U. in the Candidate States. Perspectives on the Future of Judicial Integration in Europe", *ERA-Forum* 3-2001, 13.

30. Dit is met name het geval in Tsjechië (art. 3 § 1 Penal Code), Hongarije (art. 10.1 Criminal Code), Roemenië en Polen (art. 1 Penal Code). Ook impliciet in Slovenië (art. 7 Penal Code).

31. Zie op dat vlak vooral het Tsjechische rapport.

32. Tevens zal de strafbaarheid van de gedraging uitdoven wanneer ingevolge een wijziging van de omstandigheden de sociale gevaarlijkheid van de gedraging is weggenomen.

33. Hongarije, Polen (art. 17 PPC).

34. Litouwen, Polen (art. 17 PPC).

Ten slotte wordt aan de sociale gevaarlijkheid ook een beduidende rol toebedeeld op het vlak van de straftoemeting, hetzij op rechtstreekse wijze,³⁵ hetzij via de figuur van de verzachtende omstandigheden.³⁶

2.2. HISTORISCHE VERKLARING

Het is overduidelijk dat de Oost-Europese strafrechtsstelsels de notie van de sociale gevaarlijkheid gereciperd hebben uit het socialistische strafrecht. Het Sovjetstrafwetboek van 1926 kende geen legaliteitsbeginsel in die zin dat het niet vereist was dat de wet op expliciete wijze een gedraging strafbaar had gesteld.³⁷ Sociale gevaarlijkheid van de gedraging was het enige relevante criterium en werd aangevuld met een analoge interpretatie van de strafwet.³⁸ In het post-Stalin-tijdperk werd in 1958 een hervorming doorgevoerd die het evenwicht moest herstellen:³⁹ een misdaad wordt gekenmerkt door sociale gevaarlijkheid, maar moet ook wettelijk bepaald zijn.⁴⁰ Maar wat moest men in de U.S.S.R. als sociaal gevaarlijk opvatten? Algemeen werd aangenomen dat de in de wet opgesomde belangen en waarden die het strafrecht beschermt, een goede indicatie gaven van wat als sociaal gevaarlijk beschouwd moest worden.⁴¹ Het ging *in casu* om het sociale en politieke systeem, het economische systeem, socialistische eigendom, de persoon, diens politieke, sociale en eigendomsrechten en de socialistische rechtsorde in het algemeen. Sovjetauteurs waren overtuigd van het feit dat hierdoor de materiële definitie van het strafbaar feit⁴² geïncorporeerd werd in de formele regelgeving.⁴³ Dit wordt door verschillende auteurs weerlegd. Als wettelijk beschermd belang wordt de socialistische rechtsorde zelf immers weerhouden. Een gedraging is dan strafbaar wanneer ze afbreuk doet aan dit belang. Het sovjetrecht hanteerde hier dan ook een kringredenering: in het vormen van de socialistische rechtsorde laat de wetgever zich leiden door hetgeen wat vorm wordt gegeven.⁴⁴ Men komt dan ook tot de conclusie dat de inhoudelijk-materiële definitie van het begrip 'strafbaar feit' weinig te bieden had.

2.3. INHOUDELIJKE INVULLING VAN DE SOCIALE GEVAARLIJKHEID IN DE KANDIDAAT-LIDSTATEN

De notie van de sociale gevaarlijkheid als inhoudelijke definitie van een misdrijf was aldus een creatie van de marxistische doctrine, en werd na WO II ingevoerd

35. Polen (art. 53 PC), Slowakije en Bulgarije (art. 54 CC).

36. Roemenië (art. 74).

37. In het ontwerp Wetboek van Strafrecht van Krylenko was zelfs geen plaats voor een bijzonder deel met delictomschrijvingen. Zie hierover: S.I. POLITOFF en F.A.J. KOOPMANS, *Schuld*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 33.

38. W.E. BUTLER, *Soviet Law*, Butterworths, Londen, 1983, 261.

39. J. HAZARD, e.a., *The Soviet Legal System: the law in the 1980's*, Oceana, New York, 1984, 93.

40. W.E. BUTLER, o.c., 261.

41. F.J. FELDBRUGGE, *Soviet Criminal Law*, Sythoff, Leiden, 1964, 89; F. COLE (ed.), o.c., 152.

42. De materiële definitie van een strafbaar feit moet worden opgevat als het antwoord op de vraag waarom een bepaalde gedraging strafbaar wordt gesteld in een bepaalde rechtsorde.

43. F.J. FELDBRUGGE, o.c., 89-91.

44. *Ibid.*

door alle socialistische staten.⁴⁵ Toch werd het concept in alle Oost-Europese kandidaat-Lidstaten, ook na de val van het IJzeren Gordijn en met de inwerkingtreding van talrijke nieuwe wetboeken, behouden. De invulling van het concept is echter geëvolueerd. Aan de hand van de verschillende nationale rapporten kan afgeleid worden dat de sociale (on)gevaarlijkheid beoordeeld moet worden in functie van een conglomeraat van criteria en parameters. Hierbij moet rekening gehouden worden met het type en de aard van de beschermde waarde, de persoon van de dader (recidive!), de schuldvorm, de wijze waarop en de concrete omstandigheden waarin de gedraging heeft plaatsgegrepen, de gevolgen van deze gedraging en de dimensie van de schade, alsook met de mate waarin de desbetreffende regel werd geschonden.⁴⁶ Enkel in Hongarije vinden we een omschrijving terug die nog sterk aanleunt bij de historische wortels.⁴⁷

De concrete implicaties van de sociale (on)gevaarlijkheid situeren zich in verschillende stadia van het strafrechtsgebeuren. Ten eerste wordt de sociale gevaarlijkheid soms weerhouden als een constitutief element van het misdrijf. Dit moet dan worden opgevat in die zin dat er geen sprake is van een misdrijf wanneer de gedraging sociaal ongevaarlijk is. Hoewel dit element in de huidige E.U.-Lidstaten ontbreekt, kan m.i. toch een verband worden gelegd met een verwant concept, namelijk dat van de materiële wederrechtelijkheid (*l'antijuridicité matérielle*).⁴⁸ Dit concept, ontleend aan de Duitse strafrechtsdogmatiek,⁴⁹ werd via de Nederlandse doctrine een item in de Belgische rechtsleer.⁵⁰ Hoewel rond dit concept verschillende theorieën gangbaar zijn die elk verschillende accenten leggen, kan de basisgedachte ervan toch als volgt worden samengevat. Een gedraging die formeel aan de vereisten van de delictsomschrijving beantwoordt (formele wederrechtelijkheid), is geen delict wanneer de gedraging niet materieel wederrechtelijk is.⁵¹ Dit is het geval wanneer het door de straf(wet) beschermde publieke rechtsbelang beter gediend wordt door het verrichten van de litigieuze gedraging dan door het achterwege laten van deze verrichting.⁵² Deze materiële wederrechtelijkheid wordt inhoudelijk op juridische leest geschoeid.⁵³ De beoordeling van de materiële wederrechtelijkheid moet daarbij gebeuren in het kader van de gehele rechtsorde, waarbij niet alleen het strafrecht, maar ook

45. Het concept is thans ook terug te vinden in het strafrecht van de Volksrepubliek China en van Cuba.

46. Zie o.a. art. 3 § 4 Tsjechische PC.

47. *That activity or omission shall be an act dangerous for society, which violates or endangers the state, social or economic order of the Republic of Hungary, the person or rights of the citizens* (art. 10.2 CC).

48. Zie hierover: A. DE NAUW, "Is de materiële wederrechtelijkheid een nuttig begrip in het Belgisch strafrecht?", *Panopticon* 1992, 135-156; L. DUPONT, "De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf", in X., *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 133-136.

49. Zie hierover L. DUPONT, *l.c.*, 133-136.

50. A. DE NAUW, *l.c.*, 136-137; L. DUPONT, *l.c.*, 127-145.

51. H.J. VAN EIKEMA HOMMES, "De materiële wederrechtelijkheid in het strafrecht", in X., *Strafrecht in perspectief*, Gouda Quint, Arnhem, 1980, 161-179.

52. Voor de bekendste toepassing: zie H.R. 20 februari 1933, zoals weergegeven door N. JORG en C. KELK, *Strafrecht met mate*, Alphen aan de Rijn, Samsom HD Tjeenk Willink, 1988, 121-122.

53. A. DE NAUW, *l.c.*, 139.

de andere takken van het recht moeten worden betrokken.⁵⁴ “Veroorlopende normen kunnen immers afkomstig zijn uit alle rechtsdomeinen.”⁵⁵ Een dergelijke inhoudelijke benadering van de wederrechtelijkheid, leunt m.i. zeer nauw aan bij het concept van de sociale gevaarlijkheid als constitutief element van het misdrijf. Hierboven is immers aangegeven dat de sociale gevaarlijkheid in de kandidaat-Lidstaten inhoudelijk wordt ingevuld door tal van elementen, waarbij de aard van de door de strafnorm beschermde waarde op de eerste plaats komt, maar ook niet alleen staat. In de beperkte doctrine die zich reeds over de sociale gevaarlijkheid in de kandidaat-Lidstaten heeft uitgesproken, wordt de bemerking gemaakt dat de sociale gevaarlijkheid als constitutief element van het misdrijf, te veel ruimte zou kunnen laten voor rechtvaardigingsgronden.⁵⁶ Deze kritiek moet genuanceerd worden. In eerste instantie blijkt dat de inhoudelijke definitie van het misdrijf a.d.h.v. de sociale gevaarlijkheid weinig of alleszins een beperkte betekenis heeft in de rechtspraktijk.⁵⁷ Eenzelfde vaststelling wordt overigens gemaakt met betrekking tot de positie van de Nederlandse rechtspraak i.v.m. de materiële wederrechtelijkheid.⁵⁸ Daarnaast mag men ook niet uit het oog verliezen dat de elementen van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid ook binnen de huidige E.U. verre van geharmoniseerd zijn. Mogelijkheid tot differentiatie kan in deze context dus nooit worden uitgesloten.

De sociale gevaarlijkheid beperkt zich echter niet tot de constitutieve elementen van het misdrijf, zij kan ook een rol spelen op het vlak van de vervolging. Zo zal geen strafvervolgning worden ingesteld of zal deze worden stopgezet wanneer het feit of de dader (eventueel door een wijziging van de omstandigheden) niet (meer) sociaal gevaarlijk is. Dit mechanisme is duidelijk niet aanwezig in de westerse stelsels. Wanneer voldaan is aan de constitutieve bestanddelen en elementen van het misdrijf, bestaat er geen dwingende juridische norm die een stopzetting of een verhindering van de strafvordering impliceren ingevolge een verminderde strafwaardigheid. De vraag rijst echter of dit systeem ons wel degelijk zo onbekend blijft wanneer we dit kaderen binnen een bredere context. In de kandidaat-Lidstaten geldt wat de vervolging betreft in principe immers het legaliteitsbeginsel.⁵⁹ Krachtens dit beginsel heeft de vervolgende instantie geen beoordelingsmarge bij het al dan niet instellen van een strafrechtelijke vervolging.⁶⁰ Dit legaliteitsbeginsel wordt echter net getemperd door de beoordelingsmarge die men wel heeft op basis van de hierboven aangehaalde bepalingen inzake verminderde strafwaardigheid. Een vergelijkbare systematiek

54. L. DUPONT, *l.c.*, 134.

55. L. DUPONT, *l.c.*, 145.

56. E. BACIGALUPO-ZAPATER in zijn horizontaal rapport “Responsabilité criminelle – Partie II”, binnenkort te verschijnen in *ERA*.

57. Zie bijvoorbeeld de samenvatting van het boek van A. TRAMPE over het Pools strafrecht: www.iustus.se/html/contents/menu/03_katalog/bookshop/description/1798.pdf.

58. A. DE NAUW, *l.c.*, 138 en 152; L. DUPONT, *l.c.*, 140. De werkelijke meerwaarde van de wederrechtelijkheid als constitutief element zou dan ook vooral liggen in een verdere verfijning van de strafrechtsdogmatiek, die toelaat om de rechtspraak beter te oriënteren (L. DUPONT, *l.c.*, 141).

59. Ook dit lijkt een historische verklaring te hebben: in de marxistische traditie gold het legaliteitsbeginsel (zie M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1989, 53 en de verwijzing aldaar).

60. S. MANACORDA maakt in zijn horizontaal rapport evenwel een onderscheid tussen landen met een strikte legaliteit en een getemperde legaliteit (binnenkort te verschijnen in *ERA*).

is terug te vinden binnen de huidige Lidstaten van de Unie. Zo geldt in Duitsland in beginsel het legaliteitsprincipe,⁶¹ maar voor de minder ernstige feiten⁶² bestaat de mogelijkheid om niet te vervolgen. Deze beslissing tot niet-vervolg-ing is met name mogelijk wanneer de dader slechts een geringe schuld kan worden verweten en wanneer het openbaar belang niet gediend is door vervolging.⁶³ Een verminderde strafwaardigheid in België daarentegen, geeft veelal aanleiding tot een beleidssepot.⁶⁴ De kerngedachte hiervan kan als volgt verwoord worden: *“toute offense faite à un membre de la société, doit être considérée par la loi comme une infraction à l'ordre social; cependant il ne doit pas s'en suivre nécessairement que le ministère public doit poursuivre toutes les offenses personnelles; le plus ou le moins d'importance de l'affaire et de ses circonstances permet bien quelques distinctions à cet égard”*.⁶⁵ Het beleidssepot bespaart de samenleving aldus *‘des troubles inutiles’*.⁶⁶ Hiermee wordt uiteindelijk een vergelijkbaar resultaat verkregen als in de kandidaat-Lidstaten, maar de appreciatiemarge wordt rechtsdogmatisch anders ingekleed. M.i. wordt de beoordelingsruimte in de kandidaat-Lidstaten dikwijls een beetje verstopt, terwijl de appreciatiebevoegdheid schijnbaar net grotere gevolgen heeft dan in de landen waar het opportuniteitsbeginsel geldt. Het grote theoretische verschil bestaat er immers in dat het gaat om een juridisch afdwingbare norm of beslissing. In België kent het sepot niet hetzelfde regime,⁶⁷ maar of de verschillpunten in de dagdagelijkse praktijk ook van elkaar zullen verschillen, kan sterk betwijfeld worden.

Ten slotte heeft de sociale gevaarlijkheid ook een invloed op het vlak van de straftoemeting. De algemene vereiste die geldt, luidt dat de opgelegde straf proportioneel moet zijn in verhouding tot de sociale schade van het feit of de sociale gevaarlijkheid van de inbreuk.⁶⁸ Gelet op de hierboven uiteengezette criteria die de sociale gevaarlijkheid constitueren, kan dan ook gesteld worden dat de ‘sociale gevaarlijkheid’ fungeert als een algemeen-oriënterende *sentencing guideline*. In dat opzicht is het rechtsstelsel van de kandidaat-Lidstaten heel wat verfijnder dan de vereisten die het Belgische strafrecht oplegt.⁶⁹ Daarnaast kan de sociale gevaarlijkheid van de kandidaat-Lidstaten m.i. ook een wezenlijke bijdrage leveren aan een discussie die zich thans binnen Europa zelf ontwikkelt. Sinds december 2000 worden we in de E.U. immers geconfronteerd met het

61. § 152 (2) StPO.

62. Het gaat hierbij om de zogenaamde ‘Vergehen’. Dit zijn strafbare feiten met een maximumstraf van minder dan één jaar vrijheidsstraf of die worden gestraft met een geldboete alleen (§ 12 StPO).

63. § 153 StPO.

64. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 457; A. DE NAUW, *L.c.*, 156.

65. Zoals geciteerd door J. VERVAELE, “Het Openbaar Ministerie in de strafrechtspleging. Vergt strafrechtsbeleid een nieuwe definitie van de trias politica?”, *R.W.* 1990-91, 1017.

66. M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1989, 53.

67. De beslissing tot seponering is immers voorlopig en heeft geen gezag van gewijsde.

68. Dit is met name het geval in Bulgarije, Hongarije, Slowakije, Roemenië en Polen.

69. Bij de straftoemeting beschikt de strafrechter in het commune strafrecht immers over een zeer grote beoordelingsvrijheid: zie hierover PH. TRAEST, “Rechtshandhaving door de strafrechter”, *R.W.* 2001-02, 1227 en 1228. Dit wordt m.i. niet gecompenseerd door de beperkte vereisten van art. 195 Sv. Zie hierover: D. HOLSTERS, “Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?”, in X., *Liber amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 47.

Handvest van de grondrechten.⁷⁰ Artikel 49 §3 van dit document bepaalt dat “*the severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence*”. Hiermee wordt het principe van proportionaliteit tussen de sancties en de strafbare feiten geponereerd, dat reeds is neergelegd in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lidstaten en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁷¹ Binnen de E.U. begint nu steeds meer het inzicht te groeien dat, wil deze proportionaliteitsvereiste een gemeenschappelijke invulling krijgen, men zich moet buigen over de verschillende parameters die de ernst van een feit constitueren. In eenzelfde beweging probeert men ook aan de stereotype bewoordingen “*sanctions effectives, proportionnées et dissuasives*”⁷² een zekere inhoud te geven. Deze ontwikkeling sluit in grote mate aan bij de Aanbeveling No. R (92) 17 in het kader van de Raad van Europa.⁷³ Ook in deze tekst wordt gesteld dat “*disproportionality between the seriousness of the offence and the sentence should be avoided*”.⁷⁴ Men gaat echter verder dan dit, aangezien ook aanbevolen wordt om de sancties te herijken in het licht van een coherent strafstelsel dat de ernst van de feiten reflecteert.⁷⁵ Hiertoe zouden dan criteria ontworpen moeten worden die bepalen welke omstandigheden een feit ‘ernstig’ maken.⁷⁶ De ernst van een strafbaar feit wint binnen de E.U. overigens ook aan belang via een ander instrument, met name binnen het kader van de wederzijdse erkenning. Zo wordt in het programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen gesteld dat de werkingssfeer van een bepaalde maatregel beperkt kan worden tot bepaalde ernstige strafbare feiten. Dit veronderstelt evenwel een gemeenschappelijke notie omtrent deze ernst.⁷⁷ In de eerste pogingen binnen de E.U. om de ernst van het feit te bepalen, worden doorgaans drie indicatoren weerhouden, namelijk de aard van de fout (moreel element), de door de overtreden strafnorm beschermde waarde, en de schade.⁷⁸ Per indicator worden nog

70. Zie in het algemeen: F. DEBUSSERE, “Het Handvest van de grondrechten van de E.U.”, *Jura Falc.* 2001-02, 39-88.

71. http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/04473_eu.pdf. De rechtspraak waarnaar verwezen wordt is de algemene rechtspraak van het H.v.J. over het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel kan verschillende uitdrukkingen hebben, bijvoorbeeld de noodzakelijke evenredigheid tussen de opgelegde sanctie en de ernst van de gepleegde inbreuk. Zie b.v. H.v.J. 21 juni 1979, Atalanta t. Produktschap voor Vee en Vlees, zaak 240/78, *Jur.* 1979, 2150-2151, r.o. 13; H.v.J. 30 april 1998, Commissie t. B.R.D., zaak 24/97, *Jur.*, I, 2140 e.v., r.o. 14.

72. Terminologie die door het Hof van Justitie ontwikkeld werd (zie hierover S. MANACORDA, “Le droit pénal et l’Union européenne: esquisse d’un système”, *Rev.sc.crim.* 2000, 111-113) en in het kader van veel Europese rechtsinstrumenten thans wordt gehanteerd (zie bijvoorbeeld art. 5.1 Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, *Pb. L.* 164 van 22 juni 2002).

73. Recommendation No. R (92) 17 of the Committee of Ministers to member states concerning consistency in sentencing. Zie <http://cm.coe.int/ta/rec/1992/92r17.htm>.

74. Aanbeveling A.4.

75. Aanbeveling B.1 en B.2.

76. Aanbeveling B.5. (i). Hierbij mag recidive in overweging worden genomen, maar geen overheersende rol spelen (aanbeveling D.2).

77. A. WEYEMBERGH, *l.c.*, 166-167.

78. Zie hierover M. DELMAS-MARTY, “La légitimité de l’harmonisation”, nog te verschijnen in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE en E. LAMBERT-ABDELGAWAD (eds.), *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe, The harmonisation of criminal sanctions in Europe*, te verschijnen in 2003. Deze criteria zijn deels geïnspireerd door een Italiaanse omzendbrief inzake depenalisering.

maals drie niveaus onderscheiden,⁷⁹ waarbij de uiteindelijke ernst van het feit bepaald wordt door de verschillende parameters die tegelijkertijd inspelen. Een echt diepgaand onderzoek daarentegen ontbreekt alsnog. De juridische ontwikkeling van de proportionaliteitsvereiste in het strafrecht van de E.U. en van de Lidstaten is nog maar net begonnen. Gelet op de hierboven geschetste werking en inhoudelijke invulling van de sociale gevaarlijkheid in de kandidaat-Lidstaten, kan het zeker en vast de moeite waard zijn om, vanuit het hierboven geschetste perspectief, deze figuur van naderbij te bestuderen.

3. Conclusie

In het algemeen kan gesteld worden dat het concept van de sociale gevaarlijkheid in de kandidaat-Lidstaten binnen het klassieke strafrechtelijk instrumentarium formeel gezien een erfenis is van jarenlange invloed vanuit Moskou. Dit verklaart waarom de West-Europese jurist binnen het klassieke strafrecht schijnbaar onvertrouwd is met dit concept. De wijze waarop de sociale gevaarlijkheid in de kandidaat-Lidstaten thans wordt ingevuld, is echter van een dergelijke aard dat de sociale gevaarlijkheid niet incompatibel lijkt te zijn met de Westerse penale stelsels. Het vervolgingsbeleidsel of de stopzetting van de vervolging, is immers niet als dusdanig gekend, maar er bestaan wel degelijk sterk vergelijkbare figuren, onder de vorm van de seponering op grond van het opportuniteitsbeginsel. Daarnaast kan de sociale gevaarlijkheid als alomtegenwoordig concept in Oost-Europa ook bijdragen tot de verdere ontwikkeling van een aantal materieel strafrechtelijke aspecten. Zo heb ik pogen aan te geven dat, althans op rechtsdogmatisch vlak, de sociale gevaarlijkheid als constitutief element van het misdrijf sterke gelijkenissen vertoont met het concept van de materiële wederrechtelijkheid. Dit concept is onderontwikkeld in de Franse en Belgische rechtsleer, maar is sterk uitgewerkt in Nederland en Duitsland. Het feit dat we in het kader van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid binnenkort steeds meer in aanraking zullen of kunnen komen met de sociale gevaarlijkheid,⁸⁰ kan een heropening betekenen van het in België reeds herhaaldelijk gewenste rechtsdogmatische debat.⁸¹ Een ander en uiterst actueel domein waar de sociale gevaarlijkheid zeker en vast haar steentje kan bijdragen, betreft de bepaling van de ernst van het strafbaar feit in functie van het proportionaliteitsbeginsel.⁸² Binnen het kader van de E.U. lijkt de ontwikkeling van deze proportionaliteitsvereiste van start te zijn gegaan. Het kan hierbij zeker raadzaam zijn om een diepgaande studie te houden over de implicaties van de sociale gevaarlijkheid op het vlak van de straftoemeting in de kandidaat-Lidstaten.

79. *Ibid.*

80. Men kan bijvoorbeeld denken aan bepaalde feiten die in een nieuwe Lidstaat tot een vrij spraak hebben geleid wegens onvoldoende sociale gevaarlijkheid. Een vervolging op basis van deze feiten in een huidige Lidstaat is dan in beginsel onmogelijk door de werking van art. 54 SUO.

81. Zie L. DUPONT, *l.c.*, 145.

82. Vooral N. JAREBORG heeft op dit vlak reeds vele verdiensten. Hij benadert de ernst van het feit hierbij vanuit het perspectief van de "just desert": zie bijvoorbeeld A. VON HIRSCH en N. JAREBORG, "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis", *Oxford J.L.S.* 1991, vol. 11.

De voorlopige conclusie van deze denkoefening lijkt dan ook te zijn dat een concept dat doet terugdenken aan het Europa van het IJzeren Gordijn, blijkbaar weinig problemen levert op het vlak van de strafrechtsbedeling. De geconstateerde verschilpunten lijken geen onoverkomelijke moeilijkheden met zich te brengen. Het voor de wederzijdse erkenning noodzakelijke wederzijds vertrouwen in elkanders strafrechtssysteem hoeft dus niet onmiddellijk gecompromitteerd te worden door het concept van de sociale gevaarlijkheid. Het opzet van deze bijdrage bestond er echter, gelet op het beperkte kader, geenszins in om dit vertrouwen wat betreft de sociale gevaarlijkheid te vestigen.⁸³ Het had enkel tot bedoeling opmerkelijk te maken dat zelfs de meest onbekende concepten, niet noodzakelijk aanleiding geven tot een systeem dat vanuit het West-Europees perspectief niet getolereerd kan worden. Het is echter aan een meer uitgebreide en diepgaande studie om dit vermoeden te bevestigen. Alleen op deze werkwijze zal een sterk vertrouwen tussen de staten kunnen groeien. Een andere weg naar de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid is onbestaande.

83. Dit is immers een evolutief proces waaraan bewust jarenlang (zal) moet(en) worden gewerkt. Overigens wordt door verschillende auteurs opgemerkt dat ook binnen de huidige E.U. onvoldoende onderling vertrouwen heerst. Zie A. KLIP, "Amsterdams Uniestrafrecht. Beschouwingen over de internationaal strafrechtelijke samenwerking na het Verdrag van Amsterdam", *N.J.B.* 1998, 814; G. VERMEULEN, "Van Tampere tot Laken. Meer veiligheid ten koste van vrijheid en rechtvaardigheid", *Panopticon* 2002, 1-2; A. WEYEMBERGH, *l.c.*, 169.