

Mensenrechten

Toepassing van het EVRM door de Belgische Rechtbanken op het vlak van Burgerlijk Recht en Strafrecht

Paul BEKAERT
advocaat

I. Interne werking EVRM

1.1 Het EVRM is duidelijk te onderscheiden van "*de Universele verklaring van de rechten van mens*". Deze verklaring is goedgekeurd door de algemene vergadering van de UNO op 10 december 1948. Deze universele verklaring is niet in het Belgisch recht ingevoegd.¹

1.2 Het EVRM daarentegen werd goedgekeurd met wet van 13 mei 1955. De wet werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 19 augustus 1955 en werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 29 juni 1961. Een goedgekeurd internationaal verdrag heeft in de interne Belgische rechtsorde kracht van wet. Het werkt een voldoende nauwkeurige internationale rechtelijke norm, in zonderheid EVRM rechtstreeks en bij voorrang uit.² Arresten van het Hof zijn bovendien bekleed met het gezag van het geïnterpreteerde.³

1.3 Artikel 7 voorziet het legaliteitsbeginsel. In een procedure inzake ruimtelijke ordening roept een der partijen in dat artikel 146.6° Doro artikel 7 EVRM schendt. Artikel 146.6° Doro maakt elke inbreuk op plannen van aanleg en verordening strafbaar. Volgens deze partij kent de term "*inbreuk*" een onbeperkt toepassingsgebied en mist elke nauwkeurigheid, duidelijkheid en onvoorzienbaarheid waaraan strafwetten moeten voldoen.

De Rechtbank van Brugge antwoordt dat alleen het Arbitragehof een decreet mag toetsen aan EVRM.⁴

Hiermee volgt deze Rechtbank de rechtspraak van de Raad va State.⁵

Het Hof van Cassatie volgt deze rechtspraak niet. De Rechtbank kan zelf wet en decreet toetsen aan het EVRM. Volgens het Hof van Cassatie is de burgerlijke rechtbank niet verplicht een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen.

De Rechter is bevoegd om te oordelen over zowel de uitlegging als de toepasbaarheid van de grondwet en van de wet. De Rechter kan de wet en decreet toetsen aan een verdragsbepaling. De verdragsbepaling heeft interne rechtstreekse werking. Het is in de eerste plaats de rechter die een verdrag uitlegt.

Het EVRM-verdrag heeft rechtstreekse werking. Het heeft voorrang op de grondwet. De Rechter dient niet te toetsen aan de grondwet maar moet toetsen aan het verdrag.⁶

¹ Cassatie, 2^o kamer, 4 december 2001, R.W. nr. 36, 4.0 – 5.2 002, kolom 1353-1356

² Cassatie, 27 mei 1971, Pas. 886

³ Cassatie, 14 april 1983, Pas. 866

⁴ onuitgegeven vonnis Rechtbank eerste aanleg Brugge, 5^oK, 5.01.2005

⁵ Raad van State, 13 maart 2003, 104653 www.raadvst-consetat.be

⁶ Cassatie 16 november 2004 P040664 N www.cass.be

Cassatie 16 november 2004 P041127 N www.cass.be

Cassatie 9 november 2004 P040849 N ("Vlaams-Blok-arrest") www.cass.be

II. De toepassing van het EVRM door de belgische rechtbanken op vlak van strafrecht en burgerlijk recht

§1. Verbod van foltering

"Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen." (Art. 3)

Artikel 3 EVRM is toegepast in een aantal gevallen van sociale huisvesting. Volgens het Vredegerecht Tubize verzet artikel 3 zich in een eerste geval tegen de uitdrijving – zonder reden – van een vrouw met een bescheiden inkomen na een korte bezetting van het pand terwijl de winter voor de deur staat. In een ander geval ging het om de huurder van een vreemde nationaliteit met een groot aantal kinderen, de zwangerschap van de huurster en een zwaar arbeidsongeval van de huurder.⁷

§2. Recht op vrijheid en veiligheid

2.1 *"1. Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure. (art. 5.1)*

2.2 *"Een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is." (art. 5 lid 4 EVRM)*

Art. 5.4 EVRM vereist niet dat een beklaagde een advocaat heeft kunnen raadplegen of door een advocaat is bijgestaan alvorens voor de raadkamer te verschijnen ter bevestiging van het bevel tot aanhouding.⁸

2.3. *Een ieder die gearresteerd is moet onverwijld en in een taal die hij verstaat op de hoogte worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen welke tegen hem zijn ingebracht. (art. 5.1)*

Een veroordeelde zit zijn straf uit van 10 jaar.

Na 10 jaar beslist de Minister van Justitie hem te interneren.

De persoon in kwestie wendt zich tot de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg in Gent in kortgeding.

De Voorzitter beveelt de vrijlating.

De Voorzitter is van oordeel dat de Minister van Justitie niet de macht heeft om een beslissing van de rechterlijke macht waarbij een vrijheidsberoving van bepaalde duur wordt uitgesproken om te gaan zetten in onbepaalde duur. Een

⁷ Vredegerecht Tubize 12 maart 1980, 1981, 435

Vredegerecht Tubize 27 oktober 1981, Tijdschrift voor Vrederechters 1982, 171

⁸ Cass. 22 juli 1988, Rev. Liège, 1982, 682, noot Jacobs, A.; Pas. 1988, I, 1346

vrijheidsberoving op dergelijke gronden is in strijd met art. 5 EVRM. De Correctionele Rechtbank heeft destijds geen terbeschikkingstelling van de regering uitgesproken.

Dit euvel kan niet verholpen worden door een oneigenlijk gebruik te maken van de internering.⁹

Deze rechtspraak is omstreden.

2.4 "Een ieder die is gearresteerd of gedetineerd, overeenkomstig lid 1.c van dit artikel, moet onverwijld voor een rechter worden geleid of voor een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen en heeft het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. De invrijheidstelling kan afhankelijk worden gesteld van een waarborg voor de verschijning van de betrokkene ter terechtzitting."

(art. 5 lid 3 EVRM)

Een Kamer van Inbeschuldigingstelling oordeelt dat een gerechtspsychiater weinig ijver aan de dag legt bij uitvoering van zijn opdracht. Zij onderzoekt echter niet of de vertraging bij het neerleggen van zijn deskundigenverslag gerechtvaardigd is of niet.

De Kamer van Inbeschuldigingstelling bevestigt de voorlopige hechtenis.

Het Hof van Cassatie verbreekt op 15 april 1981 het arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling.¹⁰

In een analoge zaak was een Kamer van Inbeschuldigingstelling van oordeel dat het psychiatrisch onderzoek niet abnormaal lang duurde. Er was een vertraging in de neerlegging van het deskundigenverslag van 3 weken.

De redelijke termijn is niet overschreden.¹¹

In een arrest van 11 september 1985 wijst het Hof van Cassatie er op dat onderscheid moet gemaakt worden omtrent de redelijke termijn.

"Redelijke termijn" voorzien in art. 5 §3 is niet hetzelfde met de redelijke termijn in art. 6 §1.¹²

Art. 5.3° lid eist de invrijheidstelling zodra de voorlopige hechtenis onredelijk wordt.

De Kamer van Inbeschuldigingstelling had geoordeeld dat er nog heel wat onderzoeksdaten moeten gebeuren in het dossier dat handel in gestolen cheques betrof. Het Hof van Cassatie op 12 juni 1985 bevestigt dit arrest.

De onderzoeksgerechten moeten de redelijkheid van art. 5.3° lid aan de hand van concrete gegevens van de zaak beoordelen.¹³

⁹ Voorzitter Rechtbank eerste aanleg Gent, 3 juli 2002, onuitgegeven

¹⁰ Cass. 15 april 1981, Pas. 1981, I, 921

¹¹ Cass. 27 juni 1984, Pas. 1984, I, 309

¹² Cass. 11 september 1985, Pas. 1986, I, 27

¹³ Cass. 2°kamer, 12 juni 1985, J.T. 1985, 645
zie ook Cass. 29 mei 1984, Pas. I, 1197

§3. Recht op een eerlijk proces

3.1 *"Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtzaal kan aan de pers en het publiek worden ongezegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving.*

Wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden." (art. 6 lid 1 EVRM)

3.1.1 Toepassingsgebied van art. 6 EVRM

Artikel 6 EVRM is volgens de rechtspraak niet van toepassing op

1. het vooronderzoek
2. de aanhouding en voorlopige hechtenis
3. de voorlopige maatregelen inzake jeugdbescherming
4. de commissies van sociaal verweer¹⁴
5. vordering in zake overbrenging tussen Staten van gevonnisse personen¹⁵

3.1.2 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

In een arrest van 31 mei 1976 verbreekt het Hof van Cassatie een beslissing. De Rechter ten gronde had een bestuurder onder invloed het recht ontzegd verbalisanten op te roepen als getuige ter zitting. De Rechter oordeelt in zijn vonnis dat het niet nodig was de verbalisanten op te roepen voor een "dronkeman" of voor "een persoon zwaar geïntoxiceerd door alcohol". Het Hof van Cassatie is van oordeel dat een rechtbank die dergelijke uitlatingen doet geen enkele waarborg biedt voor de vereiste onafhankelijkheid.¹⁶

In dezelfde lijn ligt het cassatie-arrest dat een arrest van het Hof van Assisen verbreekt.

De voorzitter had in de loop van de debatten gezegd:

"K. heeft gedood om de eer van zijn familie te wreken."

¹⁴ DE NAUW, A., "l'article 6 §1 et 3 de Convention des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale » in Les droits de la défense en matière pénale;

¹⁵ Arrest van 24 februari 2004 P.03.1652.N

¹⁶ Cassatie 31.05.1976, Pas. 1976, I, 1042

Hij had geantwoord op een tussenkomst van de verdediging: "*Zo heb ik het dossier begrepen. Lees de eerste verklaringen.*" Hieruit blijkt volgens het Hof van Cassatie dat de Voorzitter van zodra hij een getuige à charge heeft gehoord, het motief van de misdaad heeft aangeduid en hij heeft reeds zijn mening te kennen gegeven omtrent de schuld van de dader. Een dergelijke uitlating heeft invloed op de beslissing van de jury. Dergelijke toestand is onverenigbaar met het vermoeden van onschuld overeenkomstig art. 6 §2.¹⁷

In een zitting van het Hof van Assisen geeft een gezwoorene aan een van de raadslieden van een beschuldigde een naamkaartje af. Hierop staat: "Dank U voor de knipoogjes. Good luck." Het Hof van Assisen had geweigerd het jurylid te weren uit de jury. Het Hof van Cassatie verbreekt het arrest van het Hof van Assisen. Deze feiten konden de indruk geven en het vermoeden doen rijzen dat dit jurylid niet meer de nodige garanties gaf van onpartijdigheid. Een jurylid moet even onpartijdig zijn als een rechter.¹⁸

In een vonnis had een rechter geschreven dat het niet leuk was te lezen dat de rechtspraak eensluidend is daar waar de rechtspraak verdeeld is. De rechter had er ook aan toegevoegd dat de burgerlijke partij elke zin voor proportie verloren had bij het begroten van de schade. Het Hof van Cassatie was van oordeel dat er in dit geval voldoende waarborgen waren van onpartijdigheid. Immers zegt het Hof van Cassatie, deze negatieve beoordeling in de motivatie na beslissing omtrent de elementen van het dossier stelt de onpartijdigheid van de rechter niet in vraag.¹⁹

3.1.3 Uitlokking

Politieële provocatie is aanwezig als een bedrieglijk middel wordt aangewend om een strafbaar feit te doen plegen doordat aldus de delictuele wil ontstaat of wordt versterkt. Wanneer het voornemen om het misdrijf te plegen is ontstaan zonder tussenkomst van de politie en deze dit voornemen evenmin heeft versterkt doch zich beperkt tot het creëren van de gelegenheid om een strafbaar feit te pletgen in zulkdanige omstandigheden dat de politie de uitvoering ervan kan vaststellen, is er geen provocatie.²⁰

3.1.4 Afwezigheid van de beklaagde

Wat als de advocaat voor de strafrechtbank verschijnt en zijn cliënt is er niet? Elke beklaagde heeft het recht om daadwerkelijk verdedigd te worden door een advocaat. Dit is een wezenlijke waarborg voor een eerlijk proces. De beklaagde verliest het recht op bijstand van een advocaat niet wanneer hij afwezig blijft. Het Europees Hof van de Rechten van de Mens stelde België in het on-

¹⁷ Cassatie 11.05.1983, J.T. 1983, 596

¹⁸ Cassatie 16.10.1984, R.G. nr. 8933

¹⁹ Cassatie 6.02.1980, Pas. 1980, I, 662

²⁰ Cassatie, 5.02.1985, AC 1984-85, 772; Brussel 3.03.1987, R.W. 1987-1988, 640
nooit Alain DENAUW

gelijk in de zaak VAN GIJSEGHEM / BELGIE. ²¹ Het Belgische Hof van Cassatie volgde deze uitspraak van het Europees Hof. In een arrest van 16 maart 1999 ²² besliste het Hof van Cassatie dat er geen verstek is als een advocaat verschijnt zonder cliënt. Een rechter die aan advocaat verbiedt zijn cliënt te vertegenwoordigen schendt art. 6.1 en art. 6.3c van het EVRM. Het EVRM heeft rechtstreekse werking in de interne rechtsorde. Art. 185 §1 en 2 Strafwetboek zijn thans in overeenstemming gebracht met EVRM. ²³

3.1.5 Voorrang EVRM op algemene rechtsbeginselen

Artikel 6 EVRM gaat boven algemene rechtsbeginselen. Zo gaat art. 6.1 EVRM boven het algemeen rechtsbeginsel dat een vonnis van een strafrechtbank erga omnes geldt.

Een verzekerde rijdt onder invloed. De Correctionele Rechtbank van Kortrijk spreekt met een vonnis dd. 16 april 1986 afzonderlijke straffen uit.

De verzekeringsmaatschappij betaalt het slachtoffer uit. De verzekeringsmaatschappij vordert op grond van zware fout voor de burgerlijke rechtbank de schadevergoeding terug, oefent regres uit. De burgerlijke rechtbank oordeelt dat de correctionele rechtbank reeds gezegd heeft dat er geen oorzakelijk verband is. De burgerlijke rechtbank oordeelt gebonden te zijn door het gewijsde van het vonnis van de Correctionele rechtbank. Een strafvonnis geldt immers "erga omnes".

De verzekeringsmaatschappij gaat in beroep. Zij roept in dat zij voor de Correctionele rechtbank niet de mogelijkheid heeft gehad haar stelling nopens het oorzakelijk verband tussen de alcoholintoxicatie enerzijds en het ongeval anderzijds voor te dragen. Zij moet de kans krijgen dit te doen voor de burgerlijke rechtbank naar aanleiding van de regresvordering. Zij beroept zich op art. 6.1. Het strafgerecht kon geen uitspraak doen over de rechten van de verzekeringsmaatschappij tegenover de verzekerde (art. 9 vierde lid in fine van de wet van 1 juli 1956, thans artikel 14 §2 eerste lid, in fine van de wet van 21.11.1989). De verzekeraar kan geen agressieve houding aannemen tegen de verzekerde tijdens het strafproces. De verzekeringsmaatschappij mag immers

²¹ arrest. Nr. 26103/95 RDP, 1999, 780, noot MA Beirnaert dd. 21.1.1999

²² onuitgegeven "Handboek Strafvordering", 3^e druk, p. 628 nr. 1493

²³ §1 De beklaagde, de burgerrechtelijk aansprakelijke partij en de burgerlijke partij verschijnen persoonlijk of in de persoon van een advocaat.

§2 de rechtbank kan in elke stand van het geding de persoonlijke verschijning bevelen, zonder dat tegen haar beslissing enig rechtsmiddel kan worden ingesteld. Het vonnis dat deze verschijning beveelt, wordt ten verzoeken van het openbaar ministerie aan de betrokken partij betekend, met dagvaarding om te verschijnen op de door de rechtbank vastgestelde datum.

Indien de beklaagde noch persoonlijk, noch in de persoon van een advocaat verschijnt, nadat hij op de inleidingszitting overeenkomstig §1 is verschenen, wordt het vonnis dat gewezen wordt geacht op tegenspraak te zijn en ten verzoeken van het openbaar ministerie aan de beklaagde betekend. Ten aanzien van de beklaagde kan een bevel tot medebrenging worden uitgevaardigd.

voor de strafrechter niet vragen één straf uit te spreken zodat zij later regres kan uitoefenen. Het Hof van Beroep van Gent oordeelt dat de verzekeringsmaatschappij niet is gebonden door het gezag van het gewijsde erga omnes van het strafvonnis. Artikel 6 lid 1 gaat boven dit beginsel.²⁴

3.1.6 De redelijke termijn

De Rechter oordeelt onaantastbaar in feite of de redelijke termijn is overschreden. Hij oordeelt over de gevolgen die hieraan verbonden zijn. Geen wettelijke bepaling verplicht de Rechter in hoger beroep de straf te verminderen. Geen wettelijke bepaling belet de Rechter in hoger beroep de straf te verhogen.²⁵ Lagere Rechtbanken volgen niet altijd deze rechtspraak. Wanneer het overschrijden van de redelijke termijn een hinder vormt, zij het ook gedeeltelijk voor de rechten van de verdediging, moet de strafvordering *onontvankelijk* worden verklaard²⁶ aldus een lagere rechtbank. In de principe-arresten van 22 oktober 1986 en 18 november 1986 heeft het Hof van Cassatie beslist dat het aan de vonnisrechter toekomt om te oordelen of een zaak binnen een redelijke termijn is behandeld. Hij oordeelt aan de hand van gegevens van iedere zaak afzonderlijk. Stelt hij vast dat de zaak niet binnen redelijke termijn is behandeld, dan dient hij hier de gevolgen van vast te stellen. Art. 6.1 EVRM schrijft geen sanctie voor. Onontvankelijkheid is niet noodzakelijk de sanctie. De Rechter moet een sanctie bedenken. Hij moet het bekijken vanuit het oogpunt van de bewijslevering. Anderzijds moet hij het bekijken vanuit het oogpunt van het strafgevolg te verbinden met de feiten.²⁷

In het arrest van 1.02.1994 slaat Cassatie dan weer een andere richting in. De feitenrechter moet uitspraak doen over de grond van de zaak. De sanctie is niet langer meer de onontvankelijkheid. De enige mogelijkheid is strafvermindering.²⁸

De redelijke termijn gaat in op de dag waarop de betrokkene in beschuldiging wordt gesteld wegens het plegen van een strafbaar feit. De redelijke termijn gaat in wanneer de betrokkene wegens enige daad van opsporing of vooronderzoek onder de dreiging van strafvervolgning leeft. Dit heeft een ernstige weerslag op zijn persoonlijke toestand. Hij is verplicht geweest bepaalde maatregelen te nemen om zich te verdedigen tegen beschuldigingen die in die zin tgen hem worden aangebracht.²⁹ De termijn:

- kan ingaan vanaf de ondervraging van de verdachte.³⁰

²⁴ Hof Gent, 14^okamer, 23.2.1993, R.W. 1992-1993 nr. 38, 22.05.1993, p. 1302-1304
Hof Gent, 21^okamer, 16.10.1992, nr. 38, p. 1309

²⁵ Cass. 2^okamer, AR p. 99 1478N, 15 mei 2001 <http://www.cass.be> (18.10.2001)

²⁶ Rechtbank Namen, 13^okamer, 26 april 2001, Journ. Proc. 2001, Cf. 415, 24, noot 97

²⁷ Cass. 22.10.1986, R.W. 1987-1988, 535; Cass. 18.11.1986, R.W. 1987-1988, 537

²⁸ Cassatie 1.02.1994, TGR 1994, 128

²⁹ Cassatie 4 oktober 1978, Pas. 1979, I, 153; Cassatie 19 september 1989, Arresten Cassatie, 1989-1990 nr. 41; Cassatie 29 oktober 1991, R.W. 1991-1192, 712

³⁰ Corr. Kortrijk 19.01.1987, R.W. 1988-1989, 513; Corr. Gent 18.09.1987, VI T.Ger. 1988-1989, 340

- Gaat zeker in vanaf de ondervraging wanneer deze gepaard gaat met een huiszoeking³¹
- Gaat in vanaf de aanhouding van de verdachte³²
- Vanaf de inbeslagname³³

De termijn kan geen aanvang nemen vóór de datum van het oudste feit dat voorwerp is van de strafvordering.³⁴

Of de redelijke termijn al dan niet overschreden wordt moet niet in abstracto worden uitgemaakt. Deze vraag moet in het licht van concrete omstandigheden opgelost worden.³⁵ De redelijkheid van de termijn wordt souverain door de feitenrechter beoordeeld. Men kan niet voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie inroepen dat de redelijke termijn zou zijn overschreden aangezien dit een feitelijke kwestie is.³⁶ Het Hof van Cassatie kan enkel onderzoeken of de feitenrechter uit concrete gegevens van de zaak wettig heeft kunnen afleiden dat de redelijke termijn al dan niet werd overschreden.³⁷

De *complexiteit van de zaak* is een wezenlijk criterium. De redelijke termijn wordt verlengd indien er zeer veel of complexe onderzoeksmaatregelen dienen te worden genomen.³⁸ Hij wordt verlengd indien het dossier zeer omvangrijk is.³⁹ De duurtijd van de beraadslaging wordt mede bepaald door de complexiteit van de zaak.⁴⁰ Als het een eenvoudig dossier betreft kan worden verwacht dat de zaak vlug wordt behandeld.⁴¹

De wetgever heeft deze principes in zake redelijke termijn opgenomen in de Belgische wetgeving, nl. in het Wetboek van Strafvordering. Met wet van 30 juni 2000, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 2 december 2000, voert hij een artikel 21 ter in. Dit voorziet dat de rechter zich tot eenvoudige schuldigverklaring kan beperken in plaats van een straf uit te spreken. Andere mogelijkheid is dat de rechter een straf uitspreekt die lager kan zijn dan de wettelijke minimumstraf.

31 Corr. Kortrijk 30 mei 1986, onuitgegeven geciteerd door DECLERCQ L., 386-387; Corr. Gent. 16 oktober 1987, TGR 1988, 126

32 Antwerpen, 27 mei 1986, onuitgegeven geciteerd door LENNENS P., I.c., 804, noot 116

33 Antwerpen, 4 november 1983, onuitgegeven, door LAMBRECHTS, F., I.c., 797, noot 2

34 Cassatie, 21.11.1995, A.C., nr. 502

35 Cass. 11.09.1985, A.C., 1985-1986 nr. 19; Cass. 22.10.1986, R.W. 1987-1988, 535; Cass. 24.05.1988, A.C. 1987-1988, nr. 586; Brussel 20.12.1989, RDP 1990, 799; Brussel 15.10.1990, J.T. 1991, 242

36 Cass. 9.06.1987, A.C. 1986-1987, nr. 602; Cass. 18.02.1998, RDP 1998, nr. 908

37 Cass. 5.05.1987, A.C. 1986-1987, nr. 517

38 Gent, 24 juni 1986, onuitgegeven, geciteerd door DECLERCQ, L., L.C., 383 bevestigd door; Cass. 19 mei 1987, A.C. 1986-1987, nr. 553; Luik 4.02.1987, JLMB, 1988, 663

39 Cass. 12.05.1987, A.C. 1986-1987, nr. 529; Cass. 24.05.1989, A.C. 1988-1989, nr. 543

40 Cass. 9.01.1996, A.C. 1996, nr. 16

41 Corr. Rb. Kortrijk, 19.1.1987, R.W. 1988-1989, 513; Gent, 12.12.1987, TGR, 1988, 91

Twee beklaagden hadden Cassatie-beroep aangetekend tegen het arrest van een Hof van Assisen dat hen veroordeelde. De tweede beklaagde had ook een voorziening in Cassatie gericht tegen een eerder geveld arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling die haar naar het Hof verwees. Het Hof van Cassatie overweegt dat, wanneer de beschuldigde voor het hof van assisen de overschrijding van de redelijke termijn niet heeft ingeroepen, dit niet voor de eerste keer kan worden aangevoerd voor het Hof. Het middel dat het bestreden arrest van het Hof van Assisen verwijt geen rekening te hebben gehouden met een dergelijke overschrijding van de termijn in de straftoemeting werd dan ook niet ontvankelijk beoordeeld. Het arrest voegt eraan toe dat de redelijke termijn, voorzien door artikel 5.3 van het voornoemde Verdrag, enkel betrekking heeft op de voorlopige hechtenis en niet op de straftoemeting.⁴²

3.1.7 Deskundigenonderzoek

Art. 6 is van toepassing op deskundigenonderzoeken. Een rechtsgeding voldoet aan de voorwaarde van een eerlijk proces zoals gesteld door art. 6 EVRM indien het in zijn totaliteit en bezien naar het tijdstip van uiteindelijke beslissing, een eerlijke behandeling heeft gekend. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door de enkele omstandigheid dat een deskundige zijn opdracht heeft uitgevoerd in omstandigheden die mogelijks partijdigheid zouden kunnen meebrengen.⁴³

De eerbied van de rechten van verdediging maakt een algemeen rechtsbeginsel uit. Dit rechtsbeginsel is onafscheidbaar van iedere akte van rechtspleging. Onregelmatigheden in en een deskundigenonderzoek monden uit op nietigverklaring, wanneer zij de rechten van de verdediging hebben geschaad.⁴⁴

Het Hof van Cassatie volgt deze radicale uitspraak niet. De wet voorziet geen uitdrukkelijke sanctie van nietigheid. Het argument dat artikel 6 van het EVRM werd geschonden zou niet voldoende zijn. Wanneer het deskundigenonderzoek niet is gebeurd volgens de regels van het deskundigenonderzoek m.b.t. de waarborg van het tegensprekelijk karakter, heeft dit niet automatisch tot gevolg dat de zaak niet eerlijk is behandeld. Het recht op verdediging is niet miskend indien de partijen voor de rechter de mogelijkheid hebben het deskundigenverslag te betwisten zowel mbt de onregelmatigheden als de vaststellingen en besluiten van de gerechtsdeskundige. Het is dan de rechter die volgens de omstandigheden van het geval dient te oordelen of het aangeklaagde verzuim de rechten van verdediging heeft geschonden.⁴⁵

Het Hof van Cassatie en het Arbitragehof bogen zich over het verschillend statuut van een burgerrechterlijk deskundigenonderzoek enerzijds en een strafrechterlijk deskundigenonderzoek anderzijds.

⁴² Cassatie 15.12.2004 (P0411789F) www.cass.be

⁴³ Cass. 15 maart 1985, Arr. Cass. 1984-1985, 967; Pas. 1985, I, 873 R.W. 1985-1986, 1008

⁴⁴ Brussel, 26.02.1986, TBBR, 1987/1/68

⁴⁵ Cass. 22 mei 1978, R.W. 1978-1979

Een strafrechter ten gronde beveelt een deskundigenonderzoek. De strafrechter ten gronde bepaalt de modaliteiten van het deskundigenonderzoek. De artikelen van het Ger. Wb. Geven aan het gerechtelijk deskundigenonderzoek een tegensprekelijk karakter. Zij zijn al dan niet van toepassing inzake deskundigenonderzoeken voor strafrechtbanken. De strafrechter ten gronde kan in zijn opdracht aan de gerechtsdeskundige tegensprekelijkheid opleggen. Doet deze strafrechter ten gronde dit niet, dan moet de gerechtsdeskundige het onderzoek niet tegensprekelijk voeren.⁴⁶ Hiermee volgt het Hof van Cassatie het Arbitragehof niet dat een arrest ter zake velde.

De Correctionele Rechtbank van Brussel en de Raadkamer van de Correctionele Rechtbank van Namen stelden aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag over hetzelfde onderwerp. De Rechtbank van Brussel van zijn kant diende uitspraak te doen over onvrijwillige doodslag. De Rechtbank stelt een deskundige aan. De deskundige moet het oorzakelijk verband onderzoeken tussen slagen en overlijden. De beklaagde stelt het niet tegensprekelijk karakter van dit deskundigenonderzoek aan de kaak.

De Raadkamer van de Correctionele Rechtbank van Namen van zijn kant zetelde als rechtbank ten gronde. De Raadkamer moest immers oordelen over een internering. De verdachte was beticht van poging tot vrijwillige doodslag. De Rechtbank moet oordelen over de eis van de burgerlijke partij. Om hierover te kunnen oordelen diende een gerechtsdeskundige te onderzoeken of de verdachte krankzinnig was en of hij zijn daden kon controleren. De Raadkamer stelde ambtshalve een préjudiciële vraag aan het Hof. Het Arbitragehof oordeelde in beide zaken op 30 april 1997. Een strafrechter ten gronde moet de gerechtsdeskundige verplichten tegensprekelijk het deskundigenonderzoek uit te voeren. Doet de Rechter dit niet dan schendt hij artikel 6 EVRM.⁴⁷

Wij benadrukken dat het hier gaat om deskundigenonderzoeken voor de strafrechters ten gronde en niet in het kader van het vooronderzoek ! Immers, artikel 6 EVRM is in principe niet van toepassing op het vooronderzoek.

3.2 *"De getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen gescheiden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen a charge."* (6 lid 3, d)

Een beklaagde betwist zijn dronkenschap. Hij vraagt een getuigenverhoor. De Rechtbank in beroep weigert getuigenverhoor. Het Hof van Cassatie stelt in zijn arrest van 15 april 1981 dat art. 6 §1 en 6 §3 van het EVRM het recht op een eerlijk proces toekennen. Deze artikelen geven het recht om getuigen à décharge op te roepen en te ondervragen. Deze ondervraging moet gebeuren in dezelfde voorwaarden als het geval is met getuigen à décharge. EVRM neemt evenwel de feitenrechter niet het recht in feite te oordelen of de ondervraging van getuigen à charge of à décharge nodig is. Hij kan oordelen dat hij deze niet van doen heeft om zijn overtuiging te vormen. De rechter oordeelt op

⁴⁶ Cassatie, 2^ekamer, 12 april 2000, R.W. 2001-2202 nr. 9 27 oktober 2001

⁴⁷ arrest nr. 24/97 van 30 april 1997, rolnummers 957 en 980

onaantastbare wijze over de noodzaak van een getuigenverhoor.⁴⁸ Het feit dat getuigen door een partij werden gedagvaard verplicht de rechter niet tot het houden van getuigenverhoren. Art. 6 EVRM doet hier geen afbreuk aan.⁴⁹

Het recht om niet tegen zichzelf te getuigen en niet mee te werken aan het onderzoek is een aspect van het recht van verdediging. Art. 6 EVRM voorziet dit niet. Toch is het vervat in art. 6 EVRM. Een beklaagde legt onder eed een verklaring af voor een parlementaire onderzoekscommissie. Het O.M. voegt deze verklaring onder eed toe aan het strafdossier. Er is schending van art. 6 lid 1 EVRM.⁵⁰

Het enkel feit dat een getuigenis anoniem is afgelegd is geen grond van onrechtmatigheid. Wel zal er moeten gezorgd worden dat het recht op verdediging gewaarborgd is.

Het Europees Hof voor de Rechtbank van de Mens heeft reeds aangegeven dat, opdat art. 6.3.d EVRM zou zijn geëerbiedigd, een anonieme getuigenis niet doorslaggevend mag zijn voor het bewijs van de tenlastelegging.⁵¹

3.3 "Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan."
(art. 6 lid 2 EVRM)

3.3.1 Zitting in de gevangenis:

Een Voorzitter van de Raadkamer besloot de zitting van de Raadkamer door te laten gaan in de gevangenis. Hij nam deze beslissing met beschikking van dagstelling. De in verdenking gestelde verzoekt in conclusies de zitting niet te laten doorgaan in de gevangenis. Hij riep de schending van art. 6.2 EVRM in: het vermoeden van onschuld.

De wapengelijkheid tussen het Openbaar Ministerie en de beklaagde is verstoord wanneer de zitting doorgaat in de gevangenis. De Voorzitter van de Raadkamer weest het verzoek af als onontvankelijk.⁵²

Ten overvloede beslist de Voorzitter dat zetelen in de gevangenis geen schending inhoudt van art. 6 EVRM. Waarom dit geen schending inhoudt zegt de Voorzitter van de Raadkamer van Brugge er niet bij. De Voorzitter van de Raadkamer verwijst naar een cassatie-arrest van 20 juni 1990. Cassatie erkent de mogelijkheid van redenen van openbare veiligheid of wegens staking van

48 Cass. 12.12.1986, A.C. 1986-1987, nr. 230

49 Cass. 6.11.1985, A.C. 1985-1986, nr. 150; Cass. 8.04.1998, A.R.P 97, 1692 F

50 Cass 2^okamer, 6 mei 1993, R.W. 1993-1994, 382 met noot A. DE NAUW

51 Brussel 29 mei 1997, J.T. 1997, 51; Pol. Vilvoorde 9 april 1990, verkeersrecht 1991, nr. 12

52 Onuitgegeven, Raadkamer Rechtbank Brugge, dd. 11.08.2000

het bewakingspersoneel om in de gevangenis te zetelen. Op zichzelf maakt dit geen schending van het vermoeden van onschuld uit.⁵³

De regering had trouwens ooit plannen om alle zaken van de Raadkamer waarbij de gevangene moet verschijnen in de gevangenis te laten doorgaan. Dit stuit op heftige kritiek van advocaten en mensenrechtenorganisaties. "Democratieën sterven achter gesloten deuren", om het met de woorden van een Amerikaanse rechter te zeggen.

3.3.2 Mediacampagne tegen de verdachte:

Twee beklaagden hadden cassatieberoep aangetekend tegen het arrest van het hof van assisen dat hen veroordeelde. De tweede beklaagde had ook een voorziening in Cassatie gericht tegen een eerder geveld arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling die haar naar het hof van assisen verwees.⁵⁴ Na herhaald te hebben dat de eerbiediging van het algemeen rechtsbeginsel inzake het vermoeden van onschuld, dat is vastgelegd in de artikelen 6.2 EVRM een verplichting uitmaakt voor de rechters die uitspraak moeten doen over de gegrondheid van beschuldiging en dat deze eerbiediging beoordeeld wordt met inachtneming van de rechtspleging in haar geheel, overweegt het Hof van Cassatie dat een miskennis van dit vermoeden in de publieke opinie niet tot gevolg heeft dat de rechter de bepalingen van de verdragen en het algemeen rechtsbeginsel heeft miskend. Het Hof van Cassatie voegt eraan toe dat, noch uit de campagne in de media, die zonder voorgaande was in de annalen van het Belgisch gerecht, noch uit de duur van de voorlopige hechtenis, noch uit de verklaringen van de overheidsinstanties, noch uit de weergave in de pers van bepaalde passages uit het strafdossier of van een opiniepeiling, kan worden afgeleid dat de jury of de magistraten waaruit het hof van assisen bestond, niet onpartijdig zijn geweest of dat zij het vermoeden van onschuld hebben miskend.

§4. Recht op eerbiediging van privé, familie- en gezinsleven

"1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen." (art. 8 EVRM)

⁵³ Arr. Cass. 1989-1990 nr. 613; DECLERCQ, R., "onderzoeksgerechten", p. 279

⁵⁴ Arrest van 15.12.2004 (P.04.1189.F)

4.1 privéleven en sexualiteitsbeleving

SM behoort eveneens tot het privéleven. Het Europees Hof aanvaardt evenwel een inmenging van de overheid, en dit ter bescherming van de gezondheid.

Het past hierbij te verwijzen naar de zaak van een rechter A. A. werd door het Hof van Beroep te Antwerpen veroordeeld wegens schending van artikel 398 Sw. (slagen en verwondingen) en art. 380 bis 1° Sw (meenemen van een meerderjarige met het oog op het plegen van ontucht of prostitutie ten einde eens andere driften te voldoen).⁵⁵

De verdediging voert voor het Hof van Cassatie de schending van artikel 8 aan. Het Hof van Cassatie oordeelt dat SM als deel van de seksualiteitsbeleving tussen instemmende meerderjarigen onder het privéleven valt en dus bescherming geniet van artikel 8 §1 EVRM.⁵⁶ Vervolgens oordeelt het Hof overeenkomstig de uitzonderingen van artikel 8 §2 dat een inmenging in het privéleven door de overheid toegestaan is voor zover die inmenging voorzien is bij de wet (legaliteitsvereiste) en noodzakelijk is in een democratische samenleving (noodzakelijkheidsvereiste) in het belang van de bescherming van de gezondheid (legitimiteitsvereiste).

Wat de legaliteitsvereiste betreft, stelt het Hof dat de strafbaarstelling van het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen ook van toepassing is op SM, en beantwoordt aan het begrip "wet" in de zin van artikel 8 §2. Het Hof stelt dat inmenging van de overheid in SM-handelingen, slechts toegestaan is voor zover de handelingen de gezondheid aantasten van diegene die ze ondergaat, of indien ze zonder instemming van de "ondergaande" partner gebeuren. Indien ze de gezondheid niet aantasten en met instemming van de partner gebeuren, zijn weliswaar de constitutieve elementen van het misdrijf "opzettelijke slagen en verwondingen" aanwezig, maar zijn de feiten niet strafbaar omdat de eerbiediging van het privé-leven als beslissende verschoningsgrond geldt. Of SM al of niet de gezondheid aantast, is een feitenkwestie die het Hof overlaat aan de rechter ten gronde.

Het arrest is belangrijk in de zin dat het Hof van Cassatie SM in de regel als element van het privéleven beschouwt, en onder de bescherming van artikel 8 plaatst.

Men had ook een andere redenering kunnen volgen door te stellen dat bepaalde vormen van SM niet onder de bescherming van het privéleven vallen, omdat ze niet stroken met de finaliteit van de bescherming van het privéleven, met name de bescherming van de intimiteit en waardigheid van de persoon. Men zou hier kunnen verwijzen naar "menselijke waardigheid" als begrenzing van het recht op eerbiediging van het privéleven.

⁵⁵ Antwerpen, 30 september 1997, Mensenrechten, Jaarboek van het interuniversitair centrum Mensenrechten, 1997-1998, 2001, p. 195 e.v.

⁵⁶ Cassatie, 6 januari 1998, idem

Het Hof van Cassatie heeft er evenwel voor gekozen seksualiteit in al zijn aspecten onder de bescherming van het privéleven te brengen. Daarmee ontwijkt het de discussie over de draagwijdte van het begrip "privéleven".

4.2 Eerbiediging van de communicatie

In de Belgische versie van het EVRM wordt het begrip "correspondance" vertaald door "briefwisseling". Uit de rechtspraak van het Europees Hof blijkt evenwel duidelijk dat de term zeer ruim geïnterpreteerd moet worden. Ze omvat alle vormen van communicatie. Dus ook telefoongesprekken en de registratie van telefoongesprekken. Telefoongesprekken vallen zowel onder de bescherming van het privéleven als onder de bescherming van communicatie. Ook zakelijke correspondentie valt onder de bescherming van artikel 8.

Elke inmenging in dit recht vereist een duidelijke wettelijke grondslag.

In 1990 oordeelde het Hof van Cassatie dat een ministriële omzendbrief, die de onderzoeksrechter machtigt om een registratie van telefoongesprekken te bevelen, niet kan beschouwd worden als een 'wet' in de zin van artikel 8 EVRM. Telefoonaftap doorstond dan ook de legaliteitstoets niet.⁵⁷ Naar aanleiding van deze rechtspraak werd een jaar later een artikel 88 bis ingevoegd in het Wetboek van Stafvordering.

4.3 Huiszoeking

De afwezigheid van uitdrukkelijke vermelding van het misdrijf op het huiszoekingsbevel tast op zich niet de regelmatigheid van de delegatie tot huiszoeking aan en levert geen schending van art. 8 EVRM en 17 BUPO, noch een miskennis van het recht van verdediging op, aangezien deze afwezigheid niet eraan in de weg staat dat de feitenrechter, op grond van alle gegevens waarover de partijen tegenspraak kunnen voeren, de regelmatigheid van het huiszoekingsbevel en van zijn uitvoering onderzoekt inzonderheid in de context van de vermelde saisine en van de delegatie en dat partijen hieromtrent verweer voeren (art. 8 EVRM, art. 17 BUPO, art. 89 bis Sv.).⁵⁸

4.4 DNA analyse

Wanneer een verdachte uitdrukkelijk heeft ingestemd met een afname op het lichaam met het oog op een DNA-analyse en aanvaard heeft dat zijn genetisch profiel vergeleken wordt met sporen die op de plaats van het strafbare feit zijn aangetroffen, verplicht noch het algemeen rechtsbeginsel dat verbiedt om op iemand dwang uit te oefenen, noch het recht op eerbiediging van het privé-

⁵⁷ Cass. 2 mei 1990, Arr. Cass. 1989-1990, nr. 516

⁵⁸ Cass, 2^e kamer, AR P.01.1642.N, 26 maart 2002 (V.), <http://www.cass.be> (16 september 2002); Pas. 2002, afl. 3, 799

leven, gewaarborgd bij art. 8 EVRM, waartoe het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit behoort, noch enig andere vigerende wettelijke bepaling de onderzoeksrechter om, na toestemming van de verdachte, hem die toestemming telkens opnieuw te vragen wanneer het onderzoek een nieuwe vergelijking van het regelmatig genomen staal noodzakelijk maakt.⁵⁹

4.5 Vaststelling overspel

Aangezien het recht op privéleven niet enkel een recht op intimiteit, maar ook een seksueel ontplooiingsrecht garandeert, staat buiten kijf dat de vaststelling van overspel door de gerechtsdeurwaarder een inmenging inhoudt van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Opdat dergelijke inmenging geoorloofd is, moet ze voorzien zijn bij wet, een legitiem doel nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. De betrappling op overspel is voorzien bij wet in art. 1016 bis Ger.Wb. en streeft een legitiem doel na, namelijk de bescherming van de openbare orde en de goede zeden. De vraag rijst of de betrappling op overspel proportioneel is, met het vooropgestelde doel, namelijk de bescherming van de openbare orde en de goede zeden. De depenalisering van het overspel zorgde reeds voor een iets wankeler evenwicht tussen de vaststelling door de gerechtsdeurwaarder en het recht op eerbiediging van het privéleven, maar toch wordt algemeen aangenomen dat de betrappling op overspel nog steeds noodzakelijk is in een democratische samenleving, aangezien dat art. 213 B.W. bepaalt dat de echtgenoten elkaar getrouwheid verschuldigd zijn. Ook het Hof van Cassatie oordeelde dat de bij art. 1016 bis Ger.Wb. bedoelde vaststelling van overspel geen inbreuk inhoudt op art. 8, 1° lid EVRM.⁶⁰

Interessant waren de vragen, die bij bepaalde auteurs rezen in verband met het uitbreiden van het begrip 'overspel' naar partners van hetzelfde geslacht. Gezien de inmenging in het recht op privéleven, moest de inmenging voorzien zijn bij wet en met de wet werd enkel overspel tussen partners van hetzelfde geslacht bedoeld. Was de betrappling van homoseksuele partners "voorzien bij wet" ? Indien het EHRM vandaag over deze vraag zou moeten oordelen, zou het deze vraag waarschijnlijk positief beantwoorden. De 'wet' in art. 8 EVRM wordt erg ruim geïnterpreteerd. De regel moet voldoende toegankelijk zijn en voldoende precies geformuleerd zijn om de rechtsonderhorige in staat te stellen de gevolgen van zijn gedrag te voorzien. Ook gevestigde rechtspraak wordt als 'wet' in de zin van art. 8 EVRM beschouwd. Er is een wet, die vandaag voorziet dat er een inmenging kan plaatsvinden in het overspel tussen homoseksuelen: art. 1016 bis Ger.Wb. gecombineerd met het arrest van het Hof van

⁵⁹ Cass, 2°kamer, AR P.00.1540.F, 31 januari 2001 (A en B / Openbaar Ministerie), <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); Arr. Cass. 2001, afl. 2, 195, concl. LOOP; J.T. 2001 (verkort), 402, noot; Pas. 2001, afl. 1, 196, concl. LOOP, R.; Rev. Dr. Pén. 2001, 730, concl. LOOP, R., noot; T. Gez. 2002-03 (verkort), afl. 3, 158, noot BLOCKX, F.

⁶⁰ Cass. 17 december 1998, arr. Cass. 1998, 1151 en R. Cass. 1999, 112, noot P. BORGHS en R.W. 1998-99, 1075 en E.J. 1999, 25, noot; Cass. 29 januari 1999, Arr. Cass. 1999, 107

Cassatie van 17 december 1998.⁶¹ Vóór dit arrest was het maar zeer de vraag of dergelijke 'wet' bestond.

Een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent benadrukt dat de vaststelling van overspel in een woning of private ruimte hoe dan ook een schending van de privacy en een inbreuk op de onschendbaarheid van de woning uitmaakt.⁶² Om die reden voorziet artikel 1016 bis Ger.Wb. in een uitzonderingsregeling met strikte waarborgen: een rechterlijke machtiging door de voorzitter van de rechtbank is vereist, de machtiging geldt slechts voor een bepaalde plaats of plaatsen en voor een bepaalde periode, de gerechtsdeurwaarder doet de vaststellingen alleen, en geen enkele vaststelling mag gedaan worden tussen 21 uur en 5 uur. In casu belde de gerechtsdeurwaarder omstreeks middernacht aan bij een private club, waarvan een man beweerd had dat zijn echtgenote zich daar prostitueerde en dus overspel pleegde. Hij deed zich voor als een gebruikelijke bezoeker, bestelde meerdere drankjes en deed zijn vaststellingen alleen. De rechtbank oordeelde dat dergelijke club als een private ruimte opgevat moest worden en duidelijk te onderscheiden was van een publieke plaats zoals een kroeg of restaurant. Om die reden was er hier sprake van een inbreuk op het privéleven van derden en, indien de echtgenote aanwezig was (wat ze ontkende), ook van het privéleven van de echtgenote. Omdat de specifieke uitzonderingsregeling van artikel 1016 bis Ger.Wb. niet werd nageleefd, werd terecht een schending van art. 8 EVRM vastgesteld en werden de bewijsstukken uit de debatten geweerd.⁶³

4.6 Communicatiemiddelen

Onder het recht op briefgeheim, dat gewaarborgd wordt door art. 29 G.Wb. en art. 8 EVRM verstaat de rechtsleer niet enkel de bescherming van ongeopende brieven, maar ook de geheimhouding van het bestaan en de inhoud van vertrouwelijke brieven. In een arrest van 27 januari 2000 oordeelde het Hof van Cassatie dat noch art. 8 EVRM noch art. 29 Grondwet verhinderen dat de briefwisseling die iemand rechtmatig in bezit heeft, gebruikt wordt als bewijs-

⁶¹ Cass. 17 december 1998, Arr. Cass. 1998, 1151 en R. Cass. 1999, 112, noot P. BORGHS en R.W. 1998-99, 1075 en E.J. 1999, 25

⁶² De uitdrukking dat de vaststelling van overspel hoe dan ook een "schending" of "inbreuk" van het privéleven is, lijkt me hier wat ongelukkig gekozen. Beter zou men zeggen dat er bij de vaststelling van overspel hoe dan ook een inmenging vormt in art. 8 EVRM. Dit lijkt de rechter te bedoelen aangezien hij de uitzonderingsregeling van art. 1016 Ger.Wb. aanvaardt. Om die reden zou men moeten stellen dat de gevolgde procedure van art. 1016 Ger.Wb. een geoorloofde inmenging en dus geen inbreuk of schending vormt, terwijl de procedure hier gevolgd 'het zich voordoen door een gerechtsdeurwaarder als cliënt van een private club' een niet geoorloofde inmenging en dus inbreuk of schending van art. 8 EVRM inhoudt.

⁶³ Rb. Gent 5 maart 1992, AR 00/26/A

middel in een echtscheidingsprocedure of in een geding dat strekt tot voorlopige maatregelen tijdens het echtscheidingsgeding.^{64 65}

Ook telefoongesprekken werden door het EHRM onder het recht op eerbiediging van het privéleven en correspondentie geplaatst. Wanneer we de rechtspraak omtrent de brieven tussen echtgenoten bekijken, kan men de problematiek doortrekken naar de telefoongesprekken. Nemen we de hypothese dat een echtgenoot een opgenomen telefoongesprek tussen hem en zijn partner gebruikt als bewijsmateriaal in een echtscheidingsprocedure. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het opnemen van een telefoongesprek door een van de deelnemers van dit gesprek geen inmenging vormt in de zin van art. 8 EVRM.⁶⁶ Als we dit arrest bestuderen in samenhang met het arrest omtrent de overlegging van brieven door echtgenoten aan het gerecht, zou het in de lijn van de cassatierechtspraak dus geen probleem vormen om een gesprek met een echtgenoot heimelijk op te nemen en vervolgens aan te wenden in een gerechtelijke procedure.

Een man vordert echtscheiding. Hij vordert op grond van een e-mail bericht. Dit gaat uit van zijn echtgenote. Het is gericht aan haar minnaar. Het Hof van Beroep van Gent aanvaardt de e-mail als bewijs. De man heeft het stuk op rechtmatige wijze verkregen. Er is geen schending van het beroepsgeheim. Het Hof gaat de gestelde vraag van schending artikel 8 EVRM uit de weg.⁶⁷

4.7 Afstamming

4.7.1 Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 5 september 1997 dat men – ingevolge art. 8 en 14 EVRM – bij de berekening van de alimentatieuitkering, die een man na een echtscheiding moet uitbetalen aan zijn echtgenote, geen abstractie mocht maken van het bedrag dat hij reeds voor be-

⁶⁴ Cass. 27 januari 2000, Arr. Cass. 2000, 73 en Pas. 2001, I/73 en R.W. 2000-01, 812; vgl. Brussel 2 mei 2002, E.J. 2002, 110, noot P. SCHOLLEN (bewijs op onrechtmatige wijze verkregen)

⁶⁵ Brussel, 24 april 1997, Div. Act. 1998, 89, noot M. LIENARD-LIGNY en Pas. 1996, II, 65 en Rev. Trim.dr.fam. 1997, 371; zie ook Brussel 24 februari 1998, J.L.M.B. 1999, 1513. In dit arrest van het Hof van Beoep te Brussel aanvaardde het hof van beroep een lijst met de nummers van telefoongesprekken die de echtgenote gevoerd had en een attest van een derde, die haar beweerde in een auto van een ander mand te hebben zien stappen. Ook hier werd geoordeeld dat het recht op eerbiediging van het familieleven niet absoluut was voor echtgenoten.

⁶⁶ Cass. 9 januari 2001, Juristenkrant 2001, afl. 25, 5 en www.cass.be, Gent 7 november 2002, Njw. 2003, 563; zie ook EHRM arrest M.M. / Nederland van 8 april 2003: ingeval een politieambtenaar met de toestemming van een procureur een bandopnemer installeert in de telefoon van een vrouw, zodat deze vrouw kan aantonen dat ze seksueel geïntimideerd wordt, is er een inmenging in het recht op privéleven van de andere (telefoon)gesprekspartner. In casu werd zelfs een schending vastgesteld omdat de wettelijke waarborgen niet nageleefd werden.

⁶⁷ Hof van Beroep Gent, II^ekamer, 19 december 2002, N.J.W. nr. 28-9 april 2003, p. 459 – 460; VERSCHULDEN, G., "Liefdesmail aan minnaar aanvaard als bewijs bij echtscheiding", de Juristenkrant, 9 april 2003, p. 10 en 11

paalde natuurlijke kinderen moest betalen. De positieve verplichting van het Marckx-arrest dat een verbod van onderscheid tussen natuurlijke en wettige kinderen inhield, werd in dit arrest nogmaals aanvaard.⁶⁸ Ook bepaalde de Rechtbank van Bergen in een vonnis van 1 december 1999 dat de verplichting opgelegd door art. 8 §1 EVRM om het privéleven te beschermen, inhoudt dat alle maatregelen worden opgenomen die nuttig zijn opdat een persoon die uiterlijk en in zekere mate de kenmerken van het andere geslacht dan dat vermeld in de geboorteakte heeft aangenomen, ook de indentiteitsdocumenten kan verkrijgen waarin het nieuwe geslacht staat aangegeven.⁶⁹

4.7.2 De Belgische wetgever voerde met de Wet van 31 maart 1987 een art. 331 octies in het B.W. in. Overeenkomstig dit artikel kunnen de rechtbanken, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of een ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes gelasten; Het arrest Mikulic ligt volledig in de lijn van de arresten van het Hof van Cassatie van 17 december 1998.⁷⁰ Het Hof van Cassatie kwam daar tot dezelfde conclusie als het EHRM namelijk dat de rechter uit de weigering van de vermoedelijke vader een feitelijk vermoeden mag afleiden. Het Hof van Cassatie oordeelde over het algemeen rechtsbeginsel van het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon. Volgens het Hof van Cassatie was het recht op fysieke integriteit niet onbepikt en moest dit recht uitgelegd worden in de het licht van andere fundamentele rechten, zoals bepaald in art. 8 EVRM.

Een tweede arrest van het Hof van Cassatie, aangaande art. 336 B.W. is nog iets verregaander. Overeenkomstig art. 336 B.W. kan het kind wiens afstamming van vaderszijde niet vaststaat, een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en opleiding vorderen van degene die gedurende het wettelijke tijdvak van verwekking met zijn moeder gemeenschap heeft gehad. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het bewijs hier met een DNA-onderzoek geleverd mocht worden. Het Hof van Cassatie benadrukte de zeer geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit en de eerbiediging van het privéleven en oordeelde dat deze inbreuk niet opwoog tegen het recht van het kind op levensonderhoud. Het Hof van Cassatie suggereerde zelfs dat het DNA-onderzoek gekozen moest worden boven het getuigenbewijs.⁷¹

Het EHRM en het Hof van Cassatie stellen in hun arresten duidelijk dat het recht van een vaderloos kind om de afstamming te kennen primeert boven het recht op fysieke integriteit van de vermeende vader. In het licht van bovenver-

⁶⁸ Cass. 5 september 1997, Arr. Cass. 1997, 781

⁶⁹ Rb. Bergen, 1 december 1999, JLMB, 2000, 821, noot K. UYTTERHOEVEN

⁷⁰ Cass. 17 december 1998, Arr. Cass. 1998, 1141; S. BRIJS, "DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert, heeft (meestal) ongelijk", (noot onder Cass. 17.12.1998), R.; Wass. 1999, 175-196; F. SWENNEN, "Art. 331 octies B.W. en de "rechtsvormende" taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. 17 december 1998), R.W. 1998-1999, 1145; zie ook Antwerpen 5 juni 2002, NJW 2002, 389

⁷¹ Cass. 24 oktober 2002, www.cass.be

melde arresten kunnen ook de post-mortem-DNA-onderzoeken goedgekeurd worden.⁷²

4.7.3 In dezelfde context sprak het Hof van Beroep te Gent zich uit over een onderzoek naar vaderschap. Appellante wilde het vaderschap van een andere man dan de inmiddels overleden echtgenoot van haar moeder laten onderzoeken en vaststellen. Dit bleek onmogelijk te zijn. Zelfs als ze kon aantonen geen bezit van staat te hebben tegenover haar wettelijke vader, kon ze het vaderschap niet betwisten, omdat de situatie niet onder te brengen was in een van de uitzonderingscategorieën van art. 320 B.W. Appellante wierp op dat dergelijke regeling strijdig was met art. 8 en 14 EVRM. Het hof van beroep oordeelde, in de lijn van de arresten van het Arbitragehof, dat er hier geen sprake was van discriminatie, omdat de ongelijke behandeling tussen haar en de kinderen die tengevolge van de uitzonderingen van art. 320 B.W. wel erkend konden worden, niet onevenredig was tav het door de wetgever gestelde doel, namelijk de rust van de gezinnen.⁷³

4.7.4 Het kan niet voldoende benadrukt worden dat het EHRM niet enkel vastgestelde afstammingsrelaties beschermt, maar ok het hebben van zo'n afstammingsband. Ingeval de verwijzingsregel van het I.P.R. verwijst naar een rechtstelsel, zoals bijvoorbeeld het Marokkaanse, waar overspelige kinderen enkel een afstammingsband vastgesteld kunnen zien ten opzichte van hun moeder, is dit strijdig met art. 8 EVRM en de Belgische internationale openbare orde. Volgens een vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, moet in dergelijk geval de Belgische wet toegepast worden.⁷⁴

4.7.5 Artikel 8 EVRM waarborgt niet het recht om te adopteren. In zoverre dat artikel eenieder het recht op eerbiediging van privé en gezinsleven waarborgt, legt het aan de staten niet op om een persoon het statuut van adoptant en geadopteerde toe te kennen. Artikel 8 EVRM waarborgt het recht om te adopteren niet.⁷⁵

4.8 Bezoekrecht

Het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven wordt niet geschonden door de rechterlijke beslissing die bij de vaststelling van de modaliteiten van het bezoekrecht van een vader tav zijn dochter, bepaalt dat dit recht

⁷² Rb. Brugge, 5 oktober 1995, TBBR 1998, 210, noot K. HERBOTS; Antwerpen 1 oktober 1997, TBBR 1999, 60

⁷³ Gent, 29 september 2000, AR 1998/2476

⁷⁴ Rechtbank Antwerpen, 30 juni 1998, R.W. 2000-01, 311, noot K. SWERTS; K. LAMBEIN en B. WYLLEMAN, "het Belgisch internationaal afstammingsrecht na 31 maart 1987", R.W. 1993-94, 664-675

⁷⁵ Cass. 10 april 2003, 1°K, R.W. 2005-2006, nr. 19, 7.01.2006

in België moet worden uitgeoefend, waar het kind verblijft, wanneer blijkt dat de rechter zich heeft laten leiden door het belang van het kind.⁷⁶

4.9 Het recht op bescherming van het privéleven als beperking van de vrijheid van meningsuiting

Art. 22 G.W. (samen met art. 8 EVRM en 19 IVBPR) beschermt rechten en vrijheden (in het bijzonder de bescherming van de goede naam) die door de vrijheid van meningsuiting kunnen worden aangetast. Zij rechtvaardigen, samen met art. 584 Ger.Wb. het preventief optreden van de gewone rechter.⁷⁷

Art. 8 EVRM belet niet dat een werkgever, op grond van een gewettigd vermoeden van betrokkenheid van zijn werknemer bij te zijnen nadele gepleegde misdrijven, maatregelen neemt om door middel van camerabewaking in een door hem uitgebate, publieke toegankelijke winkel, nieuwe strafbare feiten te voorkomen of vast te stellen; Zo'n maatregel, voor zover zij de aangifte van de feiten bij de overheid tot doel heeft, en niet overmatig is, is geen inmenging in de uitoefening van het recht bedoeld in art. 8, tweede lid EVRM. Dit artikel houdt evenmin in dat de bedoelde maatregel vooraf moet worden aangekondigd.⁷⁸

§5. Legaliteitsbeginsel: geen straf zonder wet

1. *Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.*
2. *Dit artikel staat niet in de weg aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend. (art. 7)*

Drie met het Vlaams Blok gelieerde VZW's waren door het Hof van Beroep te Gent veroordeeld op grond van artikel 3 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden. Op grond van die bepaling kan worden gestraft de persoon die behoort tot een groep of

⁷⁶ Cass. 30 september 1993, Arr. Cass. 1993, 783

⁷⁷ Kort.Ged. Brussel 21 december 1995, J.T. 1996, 47 Van het recht op eerbiediging van het privéleven, dat voor de journalisten voortvloeit uit de Grondwet en de internationale verdragen, kan slechts worden afgeweken als de gegevens van een artikel reeds ten tijde van de feiten openbaar waren gemaakt of als er een actueel belang is bij deze openbaarmaking. Rb. Namen 17 november 1997, JLMB 1998, 781, noot A. STROWEL Art. 22 G.W. bevat niet de mogelijkheid van een preventieve inmenging in de vrijheid van drukpers. Kort. Ged. Rb. Luik 12 januari 1999, AM 1999, 287, noot S. De Coster en JLMB 1999, 915

⁷⁸ Cass. 27 februari 2001, AJT 2000-01, 949, noot I. Verhelst

een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in omstandigheden genoemd in artikel 444 van het Strafwetboek, dan wel een zodanige groep of vereniging zijn medewerking verleent. De veroordeelde vzw's riepen voor het Hof van Cassatie schending in van het legaliteitsbeginsel.

Het Hof van Cassatie stelde vooreerst dat aan de legaliteit van een strafbepaling, zoals vereist door artikel 7 EVRM is voldaan wanneer deze bepaling, op zichzelf of in context met andere bepalingen gelezen, op voldoende precieze wijze de strafbaar gestelde gedraging omschrijft en dat dit zo is wanneer het voor hen op wie de strafbepaling toepasselijk is, mogelijk is om op grond ervan de feiten en nalatigheden te kennen die hun strafrechtelijke verantwoordelijkheid meebrengen, zelfs als de nadere omschrijving hiervan wordt overgelaten aan de rechter. Vervolgens oordeelde het Hof van Cassatie dat, voor het strafbare behoren of meewerken overeenkomstig artikel 3 van de Racismewet, de door de vereniging of groep verkondigde discriminatie "kennelijk en herhaaldelijk" moet zijn en dat het aldus om ongelijke behandelingen door de vereniging of de groep moet gaan waarvan het voor de beklagde zonder meer duidelijk is dat zij niet voor een objectieve en redelijke rechtvaardiging vatbaar zijn, hetzij wegens de aard zelf van de behandeling, hetzij op grond van de bestaande rechtspraak, en welke ongelijke behandelingen bijgevolg geen nadere legitimiteits- en proportionaliteitstoets door de rechter behoeven. Het Hof besloot bijgevolg dat deze bepaling de beklagde dan ook toelaat het strafbaar "behoren tot" of "medewerken aan" op voorhand te kennen, en aldus ook voldoet aan artikel 7 EVRM en het legaliteitsbeginsel. De veroordeelden riepen in dat de racismewet het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging aantasten. Het legaliteitsbeginsel zou geschonden zijn. Het Hof van Cassatie antwoordt dat artikel 3 van de racismewet duidelijk bepaalt welke gedragingen het strafbaar stelt. Het legaliteitsbeginsel is niet geschonden. Het feit dat de VZW's de grondwettelijkheid van deze strafbepalingen betwisten doet niets af van de duidelijkheid daarvan.⁷⁹

§6. Vrijheid van meningsuiting

"1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid van mening te koesteren en de vrijheid om inlichtigen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de

⁷⁹ Cassatie, 9 november 2004, P.04.0849.N ("Vlaams-Blok-arrest") www.cass.be

goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen."
(art. 10 EVRM)

6.1 NMBS, Euro Liège NV en gedelegeerd bestuurder vorderen van journalisten en uitgever van een krant afgifte van de nota betreffende een audit. Deze nota was door een gunstige wind op krantenredactie terecht gekomen. Op deze nota hadden de journalisten een artikel gesteund *"In een klein stationnetje aan de Maas"*. Bij eenzijdig verzoekschrift stellen de benadeelden hun eis. Na derdenverzet besloot de Voorzitter van de Rechtbank in Brussel in kortgeding artikel 10 toe te passen.⁸⁰ De Voorzitter in kortgeding treedt volmondig het Europees hof bij. In het arrest Goodwin (tegen Verenigd Koninkrijk) dd. 27.3.1996 besliste het Europees Hof dat de bescherming van de journalistieke bronnen één van de hoekstenen is van de persvrijheid die beschermd wordt door artikel 10 EVRM. Afgifte van dit stuk zou leiden tot de ontdekking van de bron. De vordering tot afgifte van de nota is ongegrond.

6.2 Vakbondsmilitanten geven in een pamflet kritiek op de bedrijfsleiding van een onderneming. De bedrijfsleiding dagvaardt de vakbondsmilitanten voor de burgerlijke rechtbank van Antwerpen. De Rechtbank van Antwerpen veroordeelt de verantwoordelijke voor het uitgeven van het pamflet tot schadevergoeding met vonnis dd. 24.9.1994. Het Hof van Beroep van Antwerpen vernietigt het vonnis. Het Hof oordeelt dat er een evenwicht moet zijn tussen de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM enerzijds en de beperkingen opgelegd door artikel 10 van het EVRM anderzijds. Het Hof is van oordeel dat de tekst van het pamflet geen afbreuk doet aan het evenwicht. Aan de vrijheid van meningsuiting moet een brede interpretatie worden toegekend, niet alleen in het licht van de Belgische grondwet maar ook in het licht van artikel 10 EVRM. De tekst komt niet aanstootgevend of agressief voor. Er kan zeker niet worden aangetoond dat de vakbondsmilitanten de bedoeling hadden te schaden. De tekst is niet nodeloos grievend voor de bedrijfsleiding. De tekst is afgestemd om te informeren als goed huisvader. Men wil verder onderzoek naar of remediëring van mistoestanden. Een vakbondsorganisatie mag een afwijkende mening hebben. Zij mag kritiek spuien op het beleid.⁸¹

6.3 Twee journalisten van een bekend weekblad publiceren een artikelenreeks. Hierin vallen zij vier magistraten van het Hof van Beroep aan. Zij verwijten hen het hoederecht over de kinderen toegekend te hebben aan de vader notaris X. Zijn vrouw betichtte hem van incest. De zaak leidde tot seponering. In de artikelenreeks verwijten de journalisten de magistraten partijdigheid. Er wordt gesteld dat zij en bepaalde familieleden net zoals notaris X banden hebben met extreem rechts. De vier magistraten spannen voor de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel een rechtgeding in tegen ondermeer de journalisten. Zij eisen

⁸⁰ onuitgegeven kortgeding Brussel 7.06.2002

⁸¹ Antwerpen, 7.02.1996, AXM, 1996/3, 357

een schadevergoeding op grond van art. 1382 voor de zeer eerrovende en lasterlijke artikelenreeks. Zij verwerpen het recht op vrijheid van meningsuiting in deze zaak. De Rechtbank veroordeelt de journalisten tot 1 F morele schadevergoeding. Zij worden tevens veroordeeld tot publicatie van de uitspraak in het weekblad en zes andere bladen. In hoger beroep wordt de uitspraak bevestigd. Het Hof van Cassatie bevestigt het arrest van het Hof van Beroep. Het Europees Hof van de Rechten van de Mens oordeelt op 24.1.1997 dat de Rechtbank, het Hof van Beroep en het Hof van Cassatie artikel 10 hebben geschonden met hun uitspraak.⁸²

In het arrest van Cassatie in zelfde zaak oordeelt het Hof van Cassatie dat de Rechter naar een rechtvaardig evenwicht moet streven inzake vrijheid van meningsuiting. Dit evenwicht is er een tussen het belang van de vrijheid van meningsuiting enerzijds, en de beperkingsgronden aangenomen in artikel 10 lid 2 EVRM anderzijds.⁸³

6.4 Een afvalverwerkend bedrijf vraagt schadevergoeding van 20 000 000 BF en publicatie van een vonnis. Een leraar mandataris voor Agalev voerde een campagne tegen het bedrijf. Het bedrijf zou het Ijzerbekken bezoedelen. De Rechtbank van Veurne is van oordeel dat er een hiaat is in de wet. Volgens deze rechter heeft hij als rechter niet de mogelijkheid de meningsuiting te toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel behalve wanneer er een misdrijf gepleegd is. Hij toetst de vrijheid van meningsuiting enkel aan de strafwet art. 443 en artikel 1382 dat het burgerlijk luik van dit misdrijf uitmaakt. De Rechtbank van Veurne bekritiseert rechtspraak en rechtsleer die het recht van vrijheid van meningsuiting durven toetsen aan de zorgvuldigheidsplicht. Deze zorgvuldigheidsplicht toetsen zij aan de criteria van het EVRM. Hij besluit dat er in deze zaak geen laster en eerroof is. Er moet een wet komen die de zorgvuldigheidregel vaststelt volgens de normen van het EVRM.⁸⁴

6.5 In een bevelschrift van 31.1.1989 was de Voorzitter van de Rechtbank te Luik van oordeel dat een maatregel in een gevangenis waardoor werd verhinderd dat een gedetineerde bepaalde tijdschriften ontving, in strijd was met artikel 10 EVRM. Met deze uitspraak werd duidelijk aangesloten bij de ontwikkeling van de rechtspraak van het EVRM en het EHRM volgens dewelke ook gedetineerden aanspraak kunnen maken op waarborgen inzake expressievrijheid en recht op ontvangst van informatie zoals bedoeld in art. 10. Beperkingen dienaangaande moeten eveneens de toets van het tweede lid van artikel 10 EVRM kunnen doorstaan, rekening houdend uiteraard met het bijzonder aspect veiligheid en openbare orde in de gevangenis.⁸⁵

⁸² Jaarboek 1996/1997 van het Inter Universitair Centrum Mensenrechten pag 280-296

⁸³ Cass. 13 september 1994, 1^okamer, R.W. 1991-1192, nr. 14 kolom 464-466

⁸⁴ Burgerlijke Rechtbank Veurne, 6^okamer, 18.2.2002, 1463-1466

⁸⁵ Voorzitter Rechtbank Luik, Kgd. 31.1.1989, JLMB

6.6 In een bevelschrift van 16 mei 1995 gaat de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen in op het vraagstuk betreffende de bevoegdheid van de kortgedingrechter tot het uitvaardigen van het verbod tot een bepaalde uitoefening van expressie-vrijheid. In casu vroeg de eiser verbod uitspraak te doen of verklaringen af te leggen. Deze verklaringen zouden betrekking hebben op criminele activiteiten of negatieve feiten waarbij de eiser betrokken is. Het verbod zou gelden voor radio, T.V., pers of welk ander communicatiemiddel ook. In het bevelschrift stelt de Voorzitter strijdigheid met art. 10 EVRM vast. De Voorzitter is van oordeel dat met name aan de voorwaarde "*voorzien bij de wet*" niet is voldaan. Art. 584 Ger.Wb. biedt volgens de Rechter onvoldoende wettelijke basis tot het uitvaardigen van een spreek- publicatie- of zendverbod.⁸⁶

De Luikse Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg had in een bevelschrift van 19 oktober 1995 een vordering tot publicatieverbod van een boek afgewezen omdat een dergelijke maatregel in strijd zou komen met art; 10 EVRM.⁸⁷

6.7 Een modeontwerpster vraagt dat maatregelen zouden worden genomen tegen een romanschrijver.

Zij vraagt met name maatregelen ten aanzien van publicatie en verspreiding. Zij maakt de zaak aanhangig bij de Voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg. De Voorzitter, naderhand gevolgd door het Hof van Beroep, spreken bepaalde maatregelen uit.⁸⁸ Het Hof oordeelt dat het recht van vrijheid van meningsuiting niet absoluut is. Het is onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen en sancties die in een democratische samenleving nodig zijn ter bescherming van de goede naam en de rechten van anderen. De Rechtbank moet een evenwicht zoeken. Voorlopige maatregelen zijn geen verboden censuur in de zin van art. 25 van de Grondwet. Immers, de regelen van art. 8 en 10.2 EVRM hebben rechtstreekse werking en voorrang op de interne rechtsregels.

De zaak komt circa een jaar later voor, ten gronde. De Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen oordeelt op 21.12.2000.⁸⁹ Art. 10 EVRM reflecteert verschillende waarden die onderling in competitie kunnen zijn. Dit artikel beklemtoont de individuele zelf expressie en de vrije uiting van mening. Het artikel onderlijnt tegelijk ook andere rechten en vrijheden. Het wijst op de verplichting van diegene die een mening verspreiden. Art. 10.2 somt een aantal rechtswaarden op die beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting aanbrenge. Een beperking van de vrijheid van meningsuiting in het raam van artikel 10.2 EVRM kan mede beoordeeld worden in het kader van art. 8 EVRM.⁹⁰ Krachtens art. 10 EVRM kunnen maatregelen enkel opgelegd worden in zover-

⁸⁶ Voorzitter Rechtbank Antwerpen kgd. 16.5.1995, A & M 1996/2 met noot D. VOORHOOF

⁸⁷ Voorzitter Rechtbank Luik, 19.10.1994, JMB, 1995, 1998

⁸⁸ Hof van Beroep Antwerpen, 4.11.1999, R.W. 2000-2001, p. 1457-1459

⁸⁹ Antwerpen, 5^okamer, 21 december 2000, R.W. 2000-2001, p. 1460 e.v.

⁹⁰ ECRM 20.02.1995, Nevest Portugal Appel 20683/92 onuitgegeven

re zij voorzien zijn bij wet. Er moet een dringende sociale behoefte voor zijn. De beperking moet proportioneel zijn met het nagestreefte doel. Art. 10.2 EVRM noemt bescherming van goede naam en rechten van anderen. De Rechtbank oordeelt dat hij de maatregel van verbod herhaling van het misdrijf niet kan opleggen. Er is geen Belgische wet die dit oplegt. Art. 10.2 eist wettelijke grondslag.

Evenmin kan hij publicatieverbod en terugtrekking uit de handel bevelen. Er is een rechtsgrond nl. art. 1382. Publicatieverbod is een vorm van herstel van de schade in natura. De maatregel moet echter nog effect opleveren. Anders strekt het verbod niet meer tot herstel van schade. De Rechtbank kent geen enkele maatregel toe.

6.8 Een journalist-redacteur van een dagblad was via de ouders van een minderjarige waarvan wordt voorgehouden dat hij het slachtoffer zou geweest zijn van seksueel misbruik, in bezit gekomen van een afschrift van het strafdossier. Naar aanleiding van verschillende artikels die hij over deze zaak publiceerde, werd door de persoon die van het seksueel misbruik was verdacht, klacht met burgerlijke partijstelling ingediend bij de onderzoeksrechter wegens misbruik van inzagerecht. De journalist en de ouders van de minderjarige werden daarop vervolgd wegens inbreuk op artikel 460ter van het Strafwetboek dat het gebruik bestraft door de in verdenking gestelde of de burgerlijke partij van door inzage in het dossier verkregen inlichtingen met als doel en tot gevolg het verloop van het gerechtelijk onderzoek te hinderen, inbreuk te maken op het privéleven, de fysieke of morele integriteit of de goederen van een in het dossier genoemde persoon. De journalist stelde, na een veroordeling in eerste aanleg die door het hof van beroep werd bevestigd, cassatieberoep in.⁹¹

In een tweede middel werd schending aangevoerd van artikel 10 EVRM dat de vrijheid van meningsuiting garandeert. De journalist hield vooreerst voor dat de appelrechters door hun beslissing dat zijn strafrechtelijke veroordeling niet in strijd was met artikel 10 EVRM, te gronden op de enkele vaststelling dat hij niet werd vervolgd wegens het uiten van zijn mening, de draagwijdte van die bepaling – die ook de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken omvat – hadden beperkt. Het Hof van Cassatie oordeelde evenwel dat artikel 10.2 EVRM beperkingen toelaat aan de door artikel 10.1 EVRM gewaarborgde vrijheden, dat het verbod van artikel 460ter van het Strafwetboek beantwoordt aan de door artikel 10.2 EVRM gestelde vereisten en doeleinden en dat de rechters van het Hof van beroep, door hem te veroordelen wegens mededaderschap aan de inbreuk op artikel 460ter van het Strafwetboek, de waarborg van de vrijheden van meningsuiting, nieuwsgaring en informatieverstrekking van artikel 10.1 EVRM niet hadden miskend. Vervolgens stelde het Hof van Cassatie vast dat de rechters in concreto hebben geoordeeld dat artikel 460ter Strafwetboek beantwoordt aan de vereisten en doeleinden van artikel 10.2 EVRM en dat in concreto de afweging van de op te leggen sanctie hebben gemaakt. Ten slotte voerde de journalist aan dat de rechters van het Hof van Beroep, door hem schuldig te verklaren aan een inbreuk

⁹¹ arrest van 7 december 2004 (P.04.1006.N)

op artikel 460ter Strafwetboek zonder vast te stellen dat de inlichtingen onjuist waren en de inlichtingen geen zaak van openbaar belang zouden betreffen, hetzelfde artikel 10 EVRM hadden geschonden. In zijn antwoord daarop oordeelde het hof evenwel dat de omstandigheid dat artikel 10.1 EVRM ook de nieuwsgaring en het bronnengeheim van de journalist waarborgt, niet belet dat de wettelijke beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting die beantwoorden aan de vereisten en doeleinden van artikel 10.2 EVRM ook voor een journalist gelden en dat de bedoelde wettelijke beperkingen niet vereisen dat onder meer de inlichtingen onwettig verkregen zijn, onjuist zijn of geen zaak van openbaar belang betreffen. Door de journalist te veroordelen wegens mededaderschap aan de inbreuk op artikel 460ter van het Strafwetboek, hadden de appelrechters bijgevolg de uit artikel 10.1 EVRM afgeleide persvrijheid niet miskend.

6.9 In het zogenaamd "Vlaams Blok proces" roepen de beklaagden in dat in zoverre artikel 3 Racismewet de vrijheid van mening, van vergadering en van vereniging beperkt, doet het volgens de VZW's afbreuk aan de vrijheden van de artikelen 19, 26 en 27 van de Grondwet, samen genomen met de artikelen 10 en 11 EVRM. In ondergeschikte orde werd gevraagd een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Arbitragehof ten einde te weten of de artikelen 1 en 3 van de Racismewet een schending inhielden van de aangehaalde artikelen van de Grondwet, samen genomen met de artikelen 10 en 11 EVRM. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de Racismewet niet beoogt of tot gevolg heeft dat het publieke debat "*waarbij een politieke partij discussie voert over naturalisatie, asiel en samenlevingsproblemen in verband met de aanwezigheid van steeds grotere groepen vreemdelingen op Belgisch grondgebied*" verboden of strafbaar is maar enkel strafbaar stelt, het aanzetten tot discriminatie of segregatie, haat of geweld jegens een persoon, een groep of een gemeenschap of de leden ervan, wegens ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming alsmede het behoren tot een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk dergelijke discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in de omstandigheden genoemd in artikel 444 van het Strafwetboek, dan wel het verlenen van medewerking aan zodanige groep of vereniging. Met betrekking tot het "publieke debat" en de "bijzondere plaats van de politieke partij" of "het politieke samenlevingsmodel" worden daarbij geen uitzonderingen bepaald. Vervolgens stelt het Hof van Cassatie ⁹² dat de artikelen 10.1 en 11.1 EVRM de vrijheid van mening, van vergadering en van vereniging waarborgen maar het EVRM beperkingen aan deze vrijheden toelaat en dat onder meer artikel 3 van de Racismewet, artikel 4, a) van het Verdrag Rassendiscriminatie – bepaling die geen rechtstreekse werking heeft – in de Belgische rechtsorde omzet. Aansluitend stelde het hof ook vast dat de eiseressen niet aanvoerden dat de artikelen 19, 26 en 27 van de Grondwet verdergaande eisen aan de beperking van de vrijheid van mening, van vergadering of van vereniging stellen dan de beperking die de artikelen 10.2 en 11.2 EVRM toelaten, dat zij ook niet de grondwettelijkheid van artikel 4, a) Verdrag Rassendiscriminatie betwisten en evenmin betwisten dat artikel 3 van de Racismewet in overeenstemming is met dit verdrag maar enkel aanvoeren dat, in zoverre artikel 3 van de Racismewet de vrijheid van mening, van vergadering en van vereniging beperkt, het afbreuk

⁹² Cass. 9 novem ber 2004, P04.0849 www.cass.be

doet aan de vrijheden van de artikelen 19, 26 en 27 van de Grondwet, samen genomen met de artikelen 10 en 11 EVRM. Nu het bestreden arrest evenwel oordeelde dat artikel 3 Racismewet de vrijheid van meningsuiting, vergadering en vereniging niet inperkt op een wijze die strijdig is met het EVRM, werd de beslissing op grond van deze verdragrechtelijke bepalingen naar recht verantwoord.

6.10 Ook in de Belgische rechtspraak heeft artikel 10 EVRM toepassing gevonden bij de invulling van het recht van de gedetineerde op toegang tot informatiebronnen. In een beschikking van 31.01.1989 van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Luik werd een beperking op de informatievrijheid van een gedetineerde uitdrukkelijk in strijd geacht met artikel 10 EVRM. Door de gevangenisdirectie was verbod opgelegd tot abbonering op en ontvangst van het (anarchistisch) tijdschrift "Alternatives Libertaires". De beschikking benadrukt dat de vrijheid van expressie en informatie ook geldt voor gedetineerden en dat het ontzeggen aan een gedetineerde van een abonnement op een tijdschrift een beperking inhoudt op diens ontvangstvrijheid en recht op informatie. In casu werd het verbod tot abbonering en ontvangst van het tijdschrift in strijd geacht met artikel 10 EVRM. Primo was er strijdigheid met artikel 10 §1 omwille van het discriminerende onderscheid dat werd gemaakte tussen de abboneringsbeperking op buitenlandse tijdschriften (via een uitgever) en de mogelijkheid van abbonering van Belgische tijdschriften via De Post, daar waar de ontvangstvrijheid gewaarborgd is "ongeacht grenzen". Secundo werd het verbod ook als een inbreuk beoordeeld op artikel 10 §2 EVRM, met name wegens het niet pertinent motiveren van de noodzakelijkheid van deze maatregel binnen het kader van de restrictief te interpreteren legimitatiegronden opgesomd in artikel 10 §2.⁹³

§7. Recht om te huwen

"Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen." (art. 12 EVRM)

7.1 Art. 12 EVRM bepaalt dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen. In een arrest van 9 december 1994 oordeelde het Hof van Cassatie dat het recht om te huwen niet het recht omvat om tegen de wil van de andere echtgenoot gehuwd te blijven.⁹⁴ Vooral bij discussies omtrent schijnhuwelijken speelt art. 12 EVRM een grote rol. Principieel geniet ieder individu het recht om te huwen: het recht geldt dus ook voor mensen die illegaal in België verblijven. Het schijnhuwelijk wordt echter niet beschermd door art. 12 EVRM. De rechters maken vaak de evenwichtsoe-

⁹³ Rb. Luik (Kort Geding) 31.01.1989, Jur. Liège 1989, 241

⁹⁴ Cass. 9.12.1994, Arr. Cass. 1994, 1091 en R.W. 1995-96, 14 en E.J. 1995, 11, noot B. POELEMANS

fening tussen het recht om te huwen en het misbruik van dit recht. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat men aan illegalen het recht op huwelijk slechts kan weigeren indien de mogelijke vestiging in België het enige doel is. Ingeval het huwelijk enkel een voordeel van mogelijke vestiging kan opleveren, zonder dat het bewijs van veinzing geleverd is, kan de rechter het huwelijk niet weigeren.⁹⁵ In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank van eerste aanleg te Leuven dat er ten gevolge van de principiële huwelijksvrijheid hoge eisen gesteld worden aan het bewijs van het geveinsd karakter. *"Een geheel van omstandigheden moet aangeduid worden die met een aan zekerheid grenzende graad van waarschijnlijkheid aangeven dat het huwelijk wordt afgewend van zijn normale intentie."* In casu bleek dat er een leeftijdsverschil van vijftien jaar bestond tussen de twee verloofden, dat ze zeer moeilijk communiceerden, omdat de vrouw Nederlands sprak en de man Engels en dat de vrouw in het verleden reeds met een man gehuwd was, die het huwelijk had aangewend om verblijfsrecht te bekomen. De rechtbank benadrukt dat het precair karakter van een verblijfsstoestand van een van de echtgenoten een omstandigheid vormt, die doet twifelen aan het huwelijk, maar dit op zichzelf niet volstaat. De rechtbank meende dat de verloofden het voordeel van de twijfel genoten, hetgeen volgde uit art. 12 EVRM.⁹⁶

7.2 De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordeelde dat art. 12 EVRM niet geschonden was, ingeval een ambtenaar van de burgerlijke stand het huwelijk weigert te voltrekken omdat elementen uit het verhaal van man en vrouw niet overeenstemmen, omdat de vrouw de schulden van de man heeft betaald en omdat de man een gereputeerd homoseksueel is.⁹⁷

7.3 De Procureur des Konings van Luik verzet zich tegen de huwelijksinzegening van een illegaal die in ons land verblijft. Hij roept in dat het huwelijk enkel als doel heeft de uitwijzing te verhinderen. De illegaal wil uitwijzing wegens misdrijven en illegaal verblijf voorkomen. Hij vordert opheffing van het verzet van de Procureur tegen zijn voorgenomen huwelijk. De Rechtbank van Luik stelt in een vonnis van 8 december 1998 de Procureur in het ongelijk. Het recht op huwelijk is gewaarborgd door art. 12 EVRM. De Procureur moet het bewijs van veinzing leveren. Illegaal verblijf en strafveroordeling vormen geen belemmering voor het recht op huwelijk. Er bestaat in casu een werkelijke wil om een huwelijk aan te gaan overeenkomstig de wezenlijke doeleinden van het huwelijk. De huwelijksinzegening biedt een voordeel in hoofde van de eiser – illegaal namelijk vestiging. Deze vestiging is echter niet het enige doel. Het verzet van de Procureur is ongegrond.⁹⁸

7.4 De rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens voorziet dat de overheid desnoods tijdelijk de aanwezigheid van een illegaal dient

⁹⁵ Luik, 8 december 1998, Rev. Dr. Étr. 1999, 263

⁹⁶ Rb. Leuven 10 juni 2002, AR 5226 2002

⁹⁷ Rb. Brussel 19 november 1999, J.T. 2000, 667

⁹⁸ Luik, 8.12.1998, Rev.dr. étr. 1999, 263

te dulden. Dit moet een huwelijk mogelijk maken. De betrokkene moet concrete huwelijksplannen aantonen. Men kan niet verlangen dat ze deze plannen buiten het land realiseren. Ook de Belgische rechtspraak past dit principe toe.⁹⁹

7.5 Het recht op huwen betekent niet dat men geen recht op scheiding heeft. Het betekent niet dat men het recht heeft om gehuwd te blijven. Een Rechtbank spreekt echtscheiding uit op grond van 5 jaar feitelijke scheiding. Het Hof van Beroep en Cassatie bevestigen. De vrouw roept in dat tegen haar wil in haar huwelijk wordt ontbonden. Zij beroept zich op artikel 12 van het EVRM. Volgens het Hof van Cassatie betekent het recht te huwen niet het recht gehuwd te blijven tegen de wil in van de andere partner.¹⁰⁰

Bibliografie

- C.D.P.K. LIBRI – nr. 4 DE HERT, P. « Artikel 8 EVRM en het Belgisch Recht », "De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie",
- DE NAUW, A. "L'article 6 §1 en §3 de la Convention des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale »
In
« Les droits de la défense en matière pénale »
Actes du colloque des 30 – 31 mai – 1^{er} juin 1985 Ed. du jeune Barreau de Liège 1985
- DE SCHUTTER, O., VAN DROOGHENBROECK, S., "Droit international des droits de l'homme devant le juge national », Brussel 1999
- « Mensenrechten », Jaarboek van het interuniversitair centrum mensenrechten, ICM 1994, Antwerpen 1995
- "Mensenrechten", Jaarboek van het interuniversitair centrum mensenrechten, ICM 1995 – 1996, Antwerpen 1996
- "Mensenrechten", Jaarboek van het interuniversitair centrum mensenrechten, ICM 1996 – 1997, Antwerpen 1997
- "Mensenrechten", Jaarboek van het interuniversitair centrum mensenrechten, ICM 1997 – 1998, Antwerpen 2001
- PARMENTIER, S., (editor), "Mensenrechten tussen retoriek en realiteit", tegenspraak Cahier 14, Gent, 1994
- RIMANQUE, K., in samenwerking met PEETERS, B., en VERMEIRE, L., "De toepassing van het EVRM in de praktijk", Antwerpen 1987
- SENAËVE, P., LEMMENS, P., « De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht », Antwerpen, Groningen, Oxford, 2003
- VAN DEN WYNGAERT, C., "Strafrecht en strafprocesrecht", Antwerpen, 1999
- VERSTRAETEN, R., "Handboek strafvordering", Antwerpen, 1999

⁹⁹ ECRM, 1977, X V.BRD, nr. 7175/75 decisions & reports, 6, p. 138

¹⁰⁰ Cass. AR C 22.N, 9 december 1994 (V.C./M), R. Cass. 1995, 62, noot DE BUS-SCHERE C.: E.J. 1995, 11, noot POELEMANS, B.; Div. Act. 1995, 61, noot; R.W. 1995-96, 14; Arr. Cass. 1994, 1091; Bull. 1994, 1079; Pas; 1994, I, 1079

"Ours is the age of rights.

*Human rights is the idea of our time, the only political-moral idea that has
Received universal acceptance"*

(HENKIN, Louis, "*The Age of Rights*")