

ENKELE PROBLEMEN VAN HET GERECHTELIJK ONDERZOEK

L. Huybrechts

Voorwoord

De hiernavermelde problemen van het gerechtelijk onderzoek worden voornamelijk behandeld vanuit de jurisprudentie van het Hof van Cassatie. Dit rechtscollege is geen feitenrechter; de werkelijkheid is het evenwel niet vreemd. Wat het strafproces betreft, meer bepaald ook het gerechtelijk onderzoek en het bewijs in strafzaken, heeft het hof oog voor de 'contraintes' van de praktijk en voor de kracht van feiten. Het hof moet evenwel het evenwicht bewaren en de rechtspraktijk behoeden voor twee uitersten: enerzijds, een wereldvreemde toepassing van het recht, anderzijds, praktijken in strijd met de wet.

I

1. Het instellen van het gerechtelijk onderzoek

Het gerechtelijk onderzoek wordt ingesteld door de rechtshandeling van een daartoe bevoegd persoon die een onderzoeksrechter adieert van het onderzoek betreffende een tot diens bevoegdheid behorend misdrijf.¹

A. BEVOEGDHEID VAN DE ONDERZOEKSRECHTER

1. Misdrijven die tot de bevoegdheid van de onderzoeksrechter behoren

De misdrijven die tot bevoegdheid van de onderzoeksrechter behoren, worden bepaald vanuit driedubbel oogpunt: de aard van het misdrijf, de plaats van het misdrijf, of beter gezegd het verband van het misdrijf of zijn dader met het ambtsgebied van de onderzoeksrechter, en de persoon van de dader.

1. H.-D. BOSLY, *Éléments de droit de la procédure pénale*, Académia-Bruylant-Maison du droit de Louvain, 1994, 188-119; R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, nr. 304 e.v.; A. DE NAUW, 'Het adieëren van de onderzoeksrechter', *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen-Arnhem, Kluwer Rechtswetenschappen-Gouda Quint, 1988, 1-27; J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 2de druk, nr. 429 e.v.; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, 294 e.v.; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 2de druk, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, nr. 404 e.v.

a. De aard van het misdrijf (*ratione materiae*)

- misdaden en wanbedrijven (*cf.* b.v. art. 62*bis* Sv.);
- wanbedrijven die behoren tot de bevoegdheid van de politierechtbank (art. 138 Sv.);
- overtredingen die met vermelde misdrijven samenhangen (*cf.* art. 226 en 227 Sv.).

b. Het verband met het ambtsgebied van de onderzoeksrechter (art. 23 Sv.) (*ratione loci*)

- de plaats van het misdrijf;
- de verblijfplaats van de verdachte, d.i. deze op het ogenblik van de klacht of op het ogenblik waarop de vervolgingen worden ingesteld²;
- de plaats waar de verdachte kan worden gevonden, d.i. de plaats waar hij wordt gearresteerd.

c. De persoon van de dader (*ratione personae*)

De onderzoeksrechter is niet bevoegd ten aanzien van bepaalde personen:

- personen met strafrechtelijke immuniteit;

Het betreft de Koning (art. 88 G.W.), de diplomaten (Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer van 18 april 1961), de leden van het parlement, behoudens bij ontdekking op heterdaad (art. 59 G.W.), en de federale ministers en de leden van de Gemeenschap- en Gewestregeringen (art. 103, 125 en 147 G.W.).³

- personen met voorrecht van rechtsmacht (art. 479 e.v. Sv.);

Het betreft onder meer de magistraten en de leden van het openbaar ministerie die tot de rechterlijke orde behoren, dit zijn zowel effectieve als eventueel plaatsvervangende raadsheren of rechters en de referendarissen bij het Hof van Cassatie⁴, maar met uitsluiting van de rechters in handelszaken en rechters en raadsheren in sociale zaken, de leden van de Raad van State, het auditoraat of het coördinatiebureau ervan, de leden van het Arbitragehof en de referendarissen bij dat Hof, die een misdaad of een wanbedrijf hebben gepleegd.⁵

2. Cass., 17 november 1952, *Pas.*, 1953, I, 160; Cass., 30 mei 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1144; *Pas.*, 1989, I, 1032.

3. Zie ook de zogenaamde Brievenbus- of di Rupo-wet van 17 december 1996 houdende tijdelijke en gedeeltelijke uitvoering van art. 103 G.W. (*B.S.*, 18 december 1996), gewijzigd bij de Wet van 28 februari 1997 houdende tijdelijke en gedeeltelijke uitvoering van artikel 103 van de Grondwet (*B.S.*, 1 maart 1997), en de Bijzondere wet van 28 februari 1997 houdende tijdelijke en gedeeltelijke uitvoering van artikel 125 van de Grondwet (*B.S.*, 1 maart 1997).

4. Artikel 479 Sv., zoals aangevuld bij artikel 27 van de Wet van 6 mei 1997 strekkende tot de bespoediging van de procedure voor het Hof van Cassatie (*B.S.*, 25 juni 1997).

5. R. VERSTRAETEN, 'Voorrecht van rechtsmacht', *Strafrecht voor rechtspractici – IV*, Leuven-Amersfoort. Acco, 1991, 95-144.

Het voorrecht van rechtsmacht geldt niet voor overtredingen, doch wel voor wanbedrijven die tot de bijzondere bevoegdheid van de politierechtbank behoren.⁶

- militairen en gelijkgestelden;

De krijgsgerechten zijn bevoegd voor al de misdrijven tegen de militaire strafwet of tegen de gewone strafwet, begaan door hen die op het ogenblik dat het feit werd gepleegd, waren onderworpen aan de militaire strafwet (art. 21 Militaire Strafvordering).

- minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd vóór de volle leeftijd van achttien jaar (art. 36, 4° Jeugdbeschermingswet).

In afwijking met artikel 36, 4°, en behoudens samenhang met vervolging wegens andere misdrijven dan de hierna vermelde, is de onderzoeksrechter bevoegd ten aanzien van minderjarigen ouder dan zestien jaar en beneden de achttien jaar op het ogenblik van de feiten (art. 36bis Jeugdbeschermingswet), voor:

- 1° overtredingen inzake wegverkeer;

- 2° de wanbedrijven van artikel 418, 419 en 420 Sw., die samenhangen met overtredingen inzake wegverkeer;

- 3° de wanbedrijven van de Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

In uitzonderingsomstandigheden en in geval van volstreckte noodzaak kan de onderzoeksrechter worden geadieerd van een zaak van een minderjarige (art. 49 Jeugdbeschermingswet).

Grensoverschrijdende misdrijven

Een misdrijf kan zich uitstrekken in tijd en ruimte zodat soms de bestanddelen ervan verspreid zijn over meerdere gerechtelijke arrondissementen; wanneer een van de constitutieve bestanddelen ervan plaats had in het gerechtelijk arrondissement van de onderzoeksrechter, is hij territoriaal bevoegd.

De problematiek van de territoriale bevoegdheid stelt zich ook ten aanzien van grensoverschrijdende misdrijven. Overeenkomstig de door de jurisprudentie gebruikte objectieve ubiquiteitstheorie zijn de Belgische strafgerechten bevoegd om een misdrijf te bestraffen indien één van de constitutieve bestanddelen ervan op Belgisch grondgebied heeft plaatsgevonden.⁷ Een merkwaardige toepassing van deze theorie betrof de uitgifte te Teheran door een Iranee van een ongedekte cheque. De Belgische strafrechter werd bevoegd geacht omdat die cheque getrokken was op een Belgische bank en ook in België betaalbaar was gesteld; de afwezigheid van een voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds, maakt namelijk een constitutief element van het complexe misdrijf van uitgifte van cheque zonder dekking uit.⁸

6. Cass., 25 juni 1877, *Pas.*, 1877, I, 272.

7. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven-Amersfoort, Acco, 1990, 2de druk. nrs. 226-227.

8. Cass., 23 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 575; *Pas.*, 1979, I, 582.

Was de uitgifte van de cheque determinerend voor de afgifte of levering, dan kan de Belgische rechter meteen ook bevoegd zijn voor wat de oplichting betreft.⁹

2. *Regeling van de bevoegdheidsproblemen*

a. Onmiddellijk vastgestelde territoriale onbevoegdheid

De territoriale bevoegdheid is van openbare orde.¹⁰ Wanneer een onderzoeksrechter onmiddellijk na het instellen van het gerechtelijk onderzoek vaststelt dat hij territoriaal onbevoegd is, verwijst hijzelf de klacht naar de onderzoeksrechter die territoriaal bevoegd is (art. 69 Sv.).

b. Andere gevallen van onbevoegdheid

In alle andere gevallen moeten de problemen van bevoegdheid worden opgelost door het onderzoeksgerecht, hetzij in de loop van het gerechtelijk onderzoek, hetzij bij de regeling van de verdere procedure.

Indien de onderzoeksrechter, onmiddellijk na het instellen van het gerechtelijk onderzoek of later in de loop ervan, vaststelt dat hij om een andere dan een territoriale reden niet bevoegd is of dat een andere wettelijke hinderpaal de uitoefening van de strafvordering in de weg staat, b.v. het ontbreken van een klacht wanneer de wet zulks vereist, is hij niet bevoegd om zelf daarover een beslissing te nemen. Hij moet – zo mogelijk onmiddellijk en zonder enige onderzoeksdaad te verrichten – het dossier met een gemotiveerde beschikking van mededeling overmaken aan het openbaar ministerie met het oog op regeling van de procedure door het onderzoeksgerecht.¹¹

Het openbaar ministerie kan het onderzoeksgerecht vorderen de onderzoeksrechter te ontlasten van het gerechtelijk onderzoek, eventueel om het in een ander arrondissement te laten voortzetten.¹²

c. Concurrerende bevoegdheid

Wanneer twee onderzoeksrechters of twee onderzoeksgerechten geadieerd zijn van éénzelfde feit of betreffende samenhangende feiten, kan dit bevoegdheidsprobleem worden opgelost door¹³:

3

9. J. SPREUTELS, 'Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale', *R.D.P.*, 1961, 237-258; L. HUYBRECHTS, 'Oplichting', *Commentaar Strafrecht en strafvordering*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, nr. 39 en 40.

10. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, 291.

11. J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 2de druk, nr. 435.

12. R. DECLERCQ, 'Onderzoeksgerechten', *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, nr. 337 e.v.

13. R. DECLERCQ, 'Onderzoeksgerechten', *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, nr. 347 e.v.

– toepassing van de regel *non bis in idem*;

De ene onderzoeksrechter of onderzoeksgerecht wacht tot de andere onderzoeksrechter zijn onderzoek heeft beëindigd en het andere onderzoeksgerecht de zaak heeft verwezen.

– regeling van rechtsgebied, al naar het geval door het Hof van Cassatie of het Hof van beroep (art. 540 Sv.).

3. Gevolg van de onbevoegdheid

Meestal rijst het bevoegdheidsprobleem maar in de loop van het gerechtelijk onderzoek; deze omstandigheid tast de rechtsgeldigheid van de reeds verrichte onderzoeksdaden niet aan.

Wanneer b.v. slechts in de loop van het gerechtelijk onderzoek blijkt dat de verdachte ook feiten heeft gepleegd toen hij ‘het voorrecht van rechtsmacht genoot’, dan blijven de tot op dat ogenblik regelmatig gestelde onderzoeksdaden geldig.¹⁴

Het kan evenwel voorkomen dat het vanaf het begin vaststond dat de onderzoeksrechter in het geheel niet bevoegd was. Een onbevoegde onderzoeksrechter kan geen rechtsgeldige rechterlijke beslissingen nemen of niet op regelmatige wijze tot zijn bijzondere ambtsbevoegdheden behorende onderzoeksdaden verrichten. Bewijs dat ingevolge dergelijke onwettige beslissingen of onderzoeksdaden werd verkregen, is onrechtmatig verkregen en derhalve nietig. De onderzoeksdaden die de onderzoeksrechter uitsluitend stelde in zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, zijn nochtans wel rechtsgeldig.¹⁵

Vanaf het begin vaststaande onbevoegdheid of achteraf onjuist of ongegrond gebleken verdenking

De bevoegdheid van de onderzoeksrechter moet worden bepaald aan de hand van het feit waarvan hij werd geadieerd. Men mag evenwel de van het begin vaststaande onbevoegdheid niet verwarren met de achteraf vastgestelde onjuistheid of ongegrondheid van het feit of van bepaalde bestanddelen ervan. Wordt b.v. de onderzoeksrechter geadieerd van een misdrijf waarvan men vermoedt dat het in zijn gerechtelijk arrondissement werd gepleegd, dan zijn de beslissingen en bijzondere onderzoeksdaden van de onderzoeksrechter niet nietig omdat achteraf, wellicht door het onderzoek zelf, blijkt dat het feit in een ander gerechtelijk arrondissement werd gepleegd.

14. Cass., 19 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 988; *Pas.*, 1983, I, 916.

15. Cass., 4 februari 1997, *Rec. Cass.*, 1997, 383-393, noot A. DE NAUW, ‘Welgekomen verfijningen van de regels betreffende de adiëring van de onderzoeksrechter’.

B. ADIËREN VAN DE ONDERZOEKSRECHTER

1. Wijze van adiëren

Er bestaan vier manieren om een onderzoeksrechter te adiëren: op vordering van het openbaar ministerie, ingevolge stelling als burgerlijke partij, door zichzelf te adiëren bij heterdaad en door verwijzing door de correctionele rechtbank.

- a. Op vordering van de Procureur des Konings of van de arbeidsauditeur (art. 47, 54, 60, 61, 64 en 138 Sv.)

De onderzoeksrechter moet in de eerste plaats nagaan of hij wordt geadieerd door een ter zake bevoegd lid van het openbaar ministerie en of geen wettelijke hinderpaal de uitoefening van de strafvordering belet. Hij moet er bovendien over waken dat de vordering tot het instellen van het gerechtelijk onderzoek aan de substantiële vormvereisten voldoet.

Bevoegde vervolgende partij

De fiscale substituten zijn wat betreft de strafvordering wegens een overtreding van de wetten en verordeningen in fiscale aangelegenheden bevoegd over het ganse rechtsgebied van het Hof van beroep waar zij benoemd zijn (art. 151*bis*, eerste lid, Ger. W.); zij mogen hun vorderingen tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek opstellen zowel in het arrondissement van hun benoeming als in het arrondissement van de geadieerde onderzoeksrechter.¹⁶

In geval van samenloop of samenhang van overtredingen betreffende aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten met een of meer overtredingen die niet tot de bevoegdheid van deze laatsten behoren, zijn zowel de Procureur des Konings als de arbeidsauditeur bevoegd; de procureur-generaal wijst aan wie de openbare rechtsvordering zal uitoefenen (art. 155, tweede lid, Ger. W.). Deze aanwijzing is een interne aangelegenheid van het openbaar ministerie; de rechter mag zich ermee niet inlaten.¹⁷

Geen wettelijke hinderpaal

De onderzoeksrechter moet vervolgens nagaan of geen wettelijke hinderpaal het instellen van de strafvordering belet zodat deze niet ontvankelijk is, b.v. bij afwezigheid van een klacht ingeval van een klachtmisdrijf.

Bij fiscale misdrijven op grond van een klacht of een aangifte door een fiscaal ambtenaar moet de onderzoeksrechter nagaan of deze ambtenaar daartoe behoorlijk werd gemachtigd door zijn gewestelijke directeur, al naargelang het geval deze van

16. Cass., 28 januari 1997, *F.J.F.*, 1997, 201.

17. Cass., 8 oktober 1996, *J.T.*, 1997, 496.

de Administratie der directe belastingen of van de Administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, registratie en domeinen, ofwel, indien de ambtenaar behoort tot de Administratie van de bijzondere belastinginspectie, door een van de drie ter zake bevoegde ambtenaren die daartoe, op eensluidend advies van de administrateur-generaal, door de secretaris-generaal van het Ministerie van Financiën werden aangewezen, onder de ambtenaren van deze administratie of ervan ter beschikking gesteld (art. 29, tweede lid, Sv.). Ontbreekt deze machtiging dan is de strafvordering niet ontvankelijk.¹⁸

Vormvereisten van de vordering

De door het openbaar ministerie aan de onderzoeksrechter gerichte vordering tot het instellen van een onderzoek moet schriftelijk, gedagtekend en ondertekend zijn; deze vormvereisten zijn substantieel, maar voor het overige is de vordering aan geen andere bijzondere vormvereiste onderworpen.¹⁹ De substantiële vormvereisten verhinderen niet dat de onderzoeksrechter mondeling wordt gevorderd, voor zover van de invordering b.v. daags nadien een gedagtekend en ondertekend geschrift wordt opgesteld.²⁰ De vordering kan in bepaalde omstandigheden zelfs blijken uit de aanwezigheid van een magistraat van het openbaar ministerie op de plaats van de door de onderzoeksrechter gedane huiszoeking en door de ondertekening door de magistraat van het openbaar ministerie van het proces-verbaal van deze huiszoeking dat de datum en het uur vermeldt waarop ze is verricht.²¹

b. Ingevolge stelling van burgerlijke partij in handen van de onderzoeksrechter (art. 63 en 70 Sv.)

De burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter is alleen ontvankelijk als de zaak bij hem aanhangig is of wettig bij hem aanhangig kan worden gemaakt.²²

De stelling van burgerlijke partij is een rechtshandeling en vereist rechtsbekwaamheid overeenkomstig de regelen van het burgerlijk recht.²³ Ze kan geschieden door de benadeelde zelf of door een advocaat (art. 440, tweede lid, Ger. W.).

De klager kan binnen de 24 uren afstand doen van zijn klacht; in dat geval is hij niet gehouden tot de kosten gemaakt nadat de afstand is betekend, onverminderd nochtans eventuele schadevergoeding aan de verdachte (art. 66 Sv.).

Na een stelling van burgerlijke partij dient de onderzoeksrechter ervan mededeling te doen aan de Procureur des Konings (art. 70 Sv.). Deze kan de vorderingen nemen die hij gepast acht, maar hij is niet verplicht enige vordering te nemen.

18. Cass., 23 juni 1995, *F.J.F.*, 1996, 48.

19. Cass., 9 mei 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1157; *Pas.*, 1990, I, 1034.

20. Cass., 26 mei 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 912; *Pas.*, 1992, I, 849.

21. Cass., 30 september 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1151; *Pas.*, 1992, I, 1071, concl. J. VELU.

22. Cass., 1 april 1996, *R.D.P.*, 1996, 984, concl. E. LIEKENDAEL.

23. R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1990, nr. 32 e.v.

Indien door de stelling van burgerlijke partij de strafvordering in werking wordt gesteld, moet de onderzoeksrechter de burgerlijke partij opdragen om bij wijze van borgsom de vermoedelijke nodige som voor de kosten van de rechtspleging te storten (art. 5 Wet 1 juni 1849). In de loop van het onderzoek kan de onderzoeksrechter een aanvullende borgsom eisen, indien de eerste onvoldoende lijkt. Zolang de geëiste borgsom niet is gestort, kan het onderzoek geen doorgang vinden. Desnoods moet de burgerlijke partij die onvermogen is, rechtsbijstand vragen (art. 672 Ger. W.).²⁴

c. Door zichzelf te adiëren bij heterdaad (art. 59 Sv.)

Wanneer de onderzoeksrechter zelf een misdaad of een wanbedrijf op heterdaad ontdekt kan hij ofwel zich vergenoegen met het mededelen ervan aan de Procureur des Konings, ofwel zichzelf adiëren; hierdoor stelt hij de strafvervolgning in. De onderzoeksrechter kan zo nodig de aanwezigheid van de Procureur des Konings vorderen en moet hem vanzelfsprekend in elk geval van het gebeurde kennis geven. De onderzoeksrechter zal zichzelf adiëren wanneer vertraging het optreden van het gerecht zou schaden.

Ontdekken van nieuwe feiten

Wanneer de onderzoeksrechter niet op heterdaad nieuwe feiten ontdekt, moet hij ze ter kennis brengen van de Procureur des Konings (art. 29, eerste lid, Sv.).²⁵ Het is de onderzoeksrechter evenwel niet verboden om in zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie omtrent deze nieuwe feiten alle nuttige gegevens in te winnen zonder evenwel daden te mogen stellen behorende tot zijn specifieke bevoegdheden als onderzoeksrechter.²⁶

d. Door verwijzing door de correctionele rechtbank (art. 193 Sv.)

Wanneer een rechtbank vaststelt dat tijdens de behandeling van een bij haar regelmatig aanhangig gemaakt wanbedrijf nieuwe gegevens aan het licht komen waardoor de aard van de oorspronkelijk als wanbedrijf omschreven feit wordt verzwaard in misdaad, verwijst ze de beklaagde naar de onderzoeksrechter.

24. P. VAN CAENEGHEM, 'Rechtsbijstand (art. 664 e.v. Ger.W.). Overzicht van rechtspraak (1983-1993)', *T.G.R.*, 1995, 124-130.

25. Cass., 27 juni 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 679; *Pas.*, 1995, I, 699.

26. Cass., 11 december 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 401; *Pas.*, 1991, I, 355; Cass., 4 februari 1997, *Rec. Cass.*, 1997, 383-393, noot A. DE NAUW, 'Welgekomen verfijningen van de regels betreffende de adiëring van de onderzoeksrechter'.

2. Omvang van het gerechtelijk onderzoek

De onderzoeksrechter wordt geadieerd van een bepaald feit (*in rem*) en niet slechts met het onderzoek tegen een bepaald persoon (*in personam*). Hieruit volgt dat de onderzoeksrechter kan overgaan tot de inverdenkingstelling van alle daders of medeplichtigen ook al werden ze niet in de rechtsvordering of de burgerlijke partijstelling vermeld.

Niet geadieerd van een kwalificatie

De onderzoeksrechter is niet gehouden door de kwalificatie die de vervolgende partij of de burgerlijke partij aan het feit gaf. Wanneer echter een wettelijke hinderpaal het instellen van strafvervolgning wegens een feit onder de toepasselijke kwalificatie ervan belet, kan de onderzoeksrechter niet rechtsgeldig tot onderzoek overgaan.²⁷

Geen geijkte bewoordingen

De feiten die het voorwerp uitmaken van het gerechtelijk onderzoek worden bepaald door de vordering van het openbaar ministerie of de aanstellingsakte van de burgerlijke partij. De aanduiding van deze feiten dient niet in geijkte bewoordingen te gebeuren.²⁸

Bepaling van het feit

De onderzoeksrechter is geadieerd van de feiten die zijn aangegeven in de aanvankelijke vordering en aanvullende vorderingen van het openbaar ministerie of in de aanstellingsakte van de burgerlijke partij.²⁹ De gegevens van de bijgevoegde stukken kunnen dienstig zijn om de eventuele vage bewoordingen van de vordering te interpreteren, niet om ze aan te vullen.³⁰

De vordering tot het instellen van het gerechtelijk onderzoek, in voorkomend geval gelezen, d.i. geïnterpreteerd, in context met de erbij gevoegde stukken, bepaalt van welk, reeds gepleegd, feit of feiten de onderzoeksrechter werd geadieerd. Deze vordering kan betrekking hebben niet alleen op een reeds in enigerlei mate vaststaand feit, maar ook op een feit waaromtrent nog geen concrete aanwijzing van het bestaan van enig misdrijf voorhanden is. In dit geval is het de opdracht van de onderzoeksrechter de bewijzen van het bestaan van dat misdrijf te verzamelen. De onderzoeksrechter vermag evenwel niet ambtshalve zijn gerechtelijk onderzoek uit te breiden tot een feit waarop de vordering tot het instellen van het gerechtelijk

27. Cass., 19 juni 1996, *Arr. Cass.*, nr. 244.

28. Cass., 23 april 1996, *F.J.F.*, 1996, 497.

29. Cass., 29 maart 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 328; *Pas.*, 1994, I, 326.

30. R. DECLERCQ, *Beginnelen van Strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, nr. 323.

onderzoek geen betrekking had. De omstandigheid dat het feit dat niet onder de vordering van het gerechtelijk onderzoek was begrepen, samenhangend zou zijn met het feit dat onder deze vordering was begrepen of samen met dat feit een collectief misdrijf zou kunnen opleveren, doet hieraan geen afbreuk.³¹

Onderzoek van alle omstandigheden van het feit

Wanneer het gerechtelijk onderzoek ten laste van een bepaald persoon de verdenking van fictieve export en facturaties naar Zwitserland betreft en er een verklaring van een getuige voorhanden is dat een financiële instelling als tussenpersoon voor deze transacties handelde, valt de huiszoeking bij deze laatste binnen de omvang van het gerechtelijk onderzoek.³²

Deelneming aan het misdrijf van personen waarvoor de onderzoeksrechter niet bevoegd is door personen waarvoor hij wel bevoegd is

De omstandigheid dat een onderzoeksrechter wordt geadieerd *in rem* belet niet dat het openbaar ministerie hem kan verzoeken een onderzoek in te stellen ten laste van personen die mededaders of medeplichtigen van een minister kunnen zijn, voor zover op basis van vervolging verder geen daad van onderzoek ten aanzien van die minister wordt gesteld.³³

Fatale slordigheden in de samenstelling van het dossier

Bij de vorderingen tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek en de aanvullende vorderingen zijn meestal stukken gevoegd. Het is niet vereist dat van deze bijgevoegde stukken een inventaris wordt opgemaakt.³⁴

De inleidende en aanvullende vorderingen vallen vaak maar volledig te begrijpen wanneer men ze samenleest met de daar bijgevoegde stukken. Onderzoekersrechter plegen nogal eens deze stukken van de vorderingen te scheiden; bovendien valt het voor dat hun dossiers slordig zijn samengesteld. Hierdoor wordt het achteraf dikwijls totaal onmogelijk om na te gaan van welk precies feit op welk precies ogenblik de onderzoeksrechter werd geadieerd en of de vordering op het ogenblik dat ze werd ingesteld, wel ontvankelijk was, zodat de vonnisrechter niet anders overblijft dan ze niet ontvankelijk te maken. Om dit te vermijden dient men een gulden regel te respecteren: splits nooit de vordering van de daarbij gevoegde stukken; werk desnoods met fotokopies.

Er moet ook over worden gewaakt dat de rechtsvorderingen steeds bij het dossier zijn gevoegd. Wanneer bij het dossier processen-verbaal van onderzoeksverrichtin-

31. Cass., 4 februari 1997, *Rec. Cass.*, 1997, 383-393, noot A. DE NAUW, 'Welgekomen verfijsningen van de regels betreffende de adiering van de onderzoeksrechter'.

32. Cass., 27 juni 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 439; *Pas.*, 1993, I, 435.

33. Cass., 5 mei 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 439; *Pas.*, 1993, I, 435.

34. Cass., 27 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, 1238, noot.

gen afkomstig uit een ander strafdossier worden gevoegd, mag men niet uit het oog verliezen een kopie van de rechtsvorderingen van dit andere gerechtelijke onderzoek bij het dossier te doen voegen.³⁵

3. Einde van het gerechtelijk onderzoek

De onderzoeksrechter blijft zijn rechtsmacht behouden totdat de raadkamer de rechtspleging heeft geregeld of overeenkomstig de bepalingen betreffende de regeling van rechtsgebied hem van het onderzoek heeft ontlast.³⁶

2. De 'klassieke' onderzoeksverrichtingen

A. HUISZOEKING EN INBESLAGNEMING

1. Vereiste van een wettelijke regeling

a. Huiszoeking

De huiszoeking is een dwangmiddel waardoor de bevoegde overheid, in de bij de wet bepaalde gevallen en in de vormen die ze voorschrijft, een woning of haar aanhorigheden binnentreedt teneinde:

- hetzij een misdrijf op heterdaad vast te stellen;
- hetzij de bewijzen van een voorheen gepleegd misdrijf te verzamelen en in beslag te nemen;
- hetzij de vermoedelijke daders of medeplichtigen van een misdrijf te vatten.³⁷

Luidens artikel 15 G.W. is de woning onschendbaar en kan geen huiszoeking plaatshebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die ze voorschrijft.

Huiszoeking betekent een inmenging in het recht op het privéleven, het gezinsleven, het huis of de briefwisseling; ze is slechts toegelaten onder de voorwaarden van artikel 8.2 E.V.R.M. In elk geval moet de wet de huiszoeking bepalen en regelen (zie ook art. 17 I.V.B.P.R.).

35. L. HUYBRECHTS, 'Het gebruik in het strafproces van een ander strafdossier', *Om deze redenen – Liber Amicorum Armand Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 283-304, inzonderheid, nr. 24.

36. Cass., 29 maart 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 328; *Pas.*, 1994, I, 326.

37. H.-D. BOSLY, *Eléments de droit de la procédure pénale*, Académie-Bruylant-Maison du Droit de Louvain, 1994, 114 e.v.; R. DECLERCK, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, nr. 286 e.v.; J. D'HAENENS, *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 2de druk, 1985, nr. 436 e.v.; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. Du Jeune Barreau de Liège, 1989, 300 e.v.; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafprocedure*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 2de druk, nr. 445 e.v.; L. VIAENE, 'Huiszoeking en beslag in strafzaken', *A.P.R.*, nr. 10.

b. Inbeslagneming

e

De inbeslagneming is eveneens een dwangmiddel. Algemeen wordt aangenomen dat elke ambtenaar van gerechtelijke politie ertoe mag overgaan, wanneer dit mogelijk is zonder tevens een huiszoeking zonder toestemming of een fouillering uit te voeren.³⁸ Men stoelt deze politiebevoegdheid om inbeslagnemingen te verrichten soms op artikel 15,3°, Wet van 2 augustus 1992 op het Politieambt.³⁹

2. De huiszoeking en inbeslagneming op last van een Belgische overheid

a. Bevoegde personen

Het Wetboek van Strafvordering kent de bevoegdheid om een huiszoeking en inbeslagneming te verrichten in beginsel aan de onderzoeksrechter toe (art. 87, 88, 89, 89bis en 90 Sv.).

Bij een op heterdaad ontdekt of hiermee gelijkgesteld misdrijf (art. 41 Sv.) heeft evenwel de Procureur des Konings het recht huiszoeking en inbeslagneming te verrichten op de plaats van het misdrijf (art. 32 e.v. Sv.) en in de woning van de verdachte (art. 36 en 37 Sv.). De officieren van gerechtelijke politie, hulpofficieren van de Procureur des Konings, hebben dezelfde bijzondere ambtsbevoegdheden (o.m. art. 49 en 50 Sv.).

Controle op de noodzakelijkheid en de evenredigheid

De huiszoekingen en inbeslagnemingen worden vaak aangevraagd door officieren van politie. Het staat de onderzoeksrechter af te wegen of de omstandigheden wel het gebruik van deze dwangmiddelen vereisen. De onderzoeksrechter heeft inderdaad niet alleen tot taak de waarheid te vinden, maar hij moet ook de verdachte beschermen tegen al te ijverige politiemensen.⁴⁰

Een huiszoeking die niet evenredig is met het nagestreefde doel, kan een schending opleveren van artikel 8 E.V.R.M., b.v. een huiszoeking in het kantoor van een advocaat waarbij inbreuk wordt gepleegd op het beroepsgeheim.⁴¹ Een onredelijk hoog aantal huiszoekingen kan ook een dergelijke schending opleveren.⁴²

Vooraf op heterdaad vastgesteld en niet ten einde op heterdaad vast te stellen

In geval van vaststelling van een op heterdaad ontdekte misdaad of wanbedrijf zijn de Procureur des Konings en de officieren van de gerechtelijke politie die hem

38. R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 2de druk, nr. 343.

39. J. DE PEUTER, 'Beslag in strafzaken', *Commentaar Strafrecht en strafvordering*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 6.

40. B. DE SMET, *De hervorming van het strafrechtelijk onderzoek in België*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Uitgevers, 1996, nr. 579.

41. Hof Mensenrechten, 16 december 1992 (Niemiets/Duitsland), *J.T.*, 1994, 65.

42. Hof Mensenrechten, 25 februari 1993 (Crémieux/Frankrijk), *R.U.D.H.*, 1993, 236.

bijstaan, bevoegd om een huiszoeking te verrichten zonder bevel van de onderzoeksrechter, zelfs na negen uur 's avonds en vóór vijf uur 's morgens. Voor de wettigheid van een onder dergelijke voorwaarden verrichte huiszoeking is vereist dat vooraf, overeenkomstig artikel 41 Sv., een op heterdaad ontdekte misdaad of wanbedrijf is vastgesteld.⁴³

b. Begrip woning

Onder de term woning, in de zin van artikel 15 G.W. en 87 Sv. moet worden verstaan de plaats, met inbegrip van de erdoor omsloten eigen aanhorigheden, die een persoon bewoont om er zijn verblijf of zijn werkelijke verblijfplaats te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privé-leven.⁴⁴

De woning kan ook het beroepskantoor omvatten

De term woning in de zin van artikel 8 E.V.R.M. kan het kantoor van de beoefenaar van een vrij beroep omvatten.⁴⁵

c. Uren tijdens dewelke huiszoeking is toegelaten

Artikel 1 Wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht, bepaalt dat geen huiszoeking in een voor het publiek niet toegankelijke plaats mag worden verricht vóór vijf uur 's morgens en na negen uur 's avonds; dit verbod vindt evenwel geen toepassing:

1° wanneer een bijzondere wetsbepaling de opsporing of de huiszoeking 's nachts toelaat;

2° wanneer een magistraat of een officier van gerechtelijke politie zich tot vaststelling op heterdaad van een misdaad of wanbedrijf ter plaatse begeeft;

3° in geval van verzoek of toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats;

4° in geval van oproep vansuit die plaats;

5° in geval van brand of overstroming.

Krachtens artikel 1*bis* van vermelde wet moet het verzoek of de toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats, schriftelijk en voorafgaand aan de opsporing of huiszoeking worden gegeven.

Artikel 27 Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt bevat een analoge, maar veel uitgebreidere bepaling.⁴⁶

43. Cass., 13 december 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 527; *Pas.*, 1990, I, 471.

44. Cass., 23 juni 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 624; *Pas.*, 1993, I, 613.

45. Hof Mensenrechten, 16 december 1992 (Niemietz/Duitsland), *J.T.*, 1994, 65.

46. L. ARNOU, 'De zoeking en de inbeslagname: de bestaande en de nieuwe regeling', in CHR. DE VALKENEEER, *De nieuwe politiewetgeving in België*, 1993, 171-225; *Le droit de la police*, 1991.

Wanneer opsporingen of huiszoekingen in een voor het publiek niet toegankelijke plaats worden verricht op verzoek of met toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats, moet dit verzoek of deze toestemming schriftelijk en voorafgaand aan de opsporing of de huiszoeking worden gegeven; de vereiste van een schriftelijke en voorafgaande toelating geldt ongeacht of de opsporingen of huiszoekingen 's nachts of overdag plaatshebben.⁴⁷

Geen verplichting bij verzoek om toestemming om gebrek van hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie kenbaar te maken

De rijkswachters of politieagenten die een persoon om toestemming voor een huiszoeking vragen, zijn niet verplicht hem mede te delen dat zij niet de hoedanigheid hebben van officier van gerechtelijke politie.⁴⁸

d. Aanwezigheid van de verdachte

Artikel 39 Sv. schrijft voor dat de huiszoekingen en inbeslagnemingen gebeuren in aanwezigheid van de verdachte of, indien hij er niet bij aanwezig wil of kan zijn, in aanwezigheid van een gemachtigde die hij kan aanstellen. De aanwezigheid bij de huiszoeking van de verdachte die van zijn vrijheid is beroofd, is niet voorgescreven op straffe van nietigheid.⁴⁹

e. Optreden buiten het eigen gerechtelijk arrondissement

De territoriaal bevoegde onderzoeksrechter kan buiten zijn arrondissement alle tot zijn bevoegdheid behorende daden van opsporing of gerechtelijk onderzoek verrichten of gelasten, wanneer hij van oordeel is dat ernstige en dringende omstandigheden zulks vereisen (artikel 62*bis* Sv.). Hij beslist in eer en geweten over het dringende karakter van de werkzaamheden die hem verhinderen persoonlijk een huiszoeking te verrichten.⁵⁰

De onderzoeksrechter, die door een collega bij wege van een ambtelijke opdracht wordt aangezocht om onderzoeksverrichtingen uit te voeren of te doen uitvoeren ten einde de bewijzen of aanwijzingen van een welbepaald misdrijf te verzamelen, meer bepaald om een huiszoeking op een nauwkeurig aangegeven plaats te verrichten, mag met de zelfs mondeling gegeven toestemming van de met het onderzoek belaste magistraat onderzoeksverrichtingen uitvoeren of doen uitvoeren, die niet uitdrukkelijk in de ambtelijke opdracht zijn aangegeven; hij mag onder meer een huiszoe-

47. Cass., 3 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1361.

48. Cass., 8 september 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 677; *Pas.*, 1993, I, 664.

49. Cass., P.96.0594.F, 25 september 1996, *Vincent/Fidelitas*, *Rec. Cass.*, 1972, nr. 305.

50. Antwerpen, 2 december 1993, *R.W.*, 1993-94, 855.

king verrichten op een andere plaats, wanneer door de uitvoering van de oorspronkelijk voorgeschreven onderzoeksverrichtingen de onmiddellijke uitvoering van nieuwe onderzoeksverrichtingen nodig is geworden ter ontdekking van de waarheid.⁵¹

f. Motivering van het huiszoekingsbevel van de onderzoeksrechter

Artikel 89*bis* Sv. vereist dat het bevel tot huiszoeking en inbeslagneming met redenen omkleed is. Dit houdt alleen in dat het misdrijf, de plaats en het voorwerp van de huiszoeking moeten worden vermeld, maar niet dat de concrete feiten moeten worden omschreven.

Doorhalingen moeten worden goedgekeurd

Een niet-goedgekeurde doorhaling moet als niet bestaande worden beschouwd. Wanneer het huiszoekingsbevel betrekking heeft op de woonst met een bepaald huisnummer is de zonder voorafgaande geldige toestemming op een ander huisnummer uitgevoerde huiszoeking nietig.⁵²

g. Bevoegde officieren

De onderzoeksrechter kan de opdracht tot huiszoeking en inbeslagneming toevertrouwen aan een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de Procureur des Konings. Hij kan deze opdracht alleen maar geven aan een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de Procureur des Konings, in wiens rechtsgebied de verrichtingen moeten plaatshebben. Wanneer de onderzoeksrechter optreedt op vordering van een onderzoeksrechter van een ander arrondissement, kan hij opdracht geven aan een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de Procureur des Konings, van dat andere arrondissement; hij geeft die opdracht bij een met redenen omklede beschikking en alleen in het geval van noodzaak. De gekregen opdracht mag nooit worden overgedragen (art. 89*bis* Sv.).

De leden van de gerechtelijke politie bij de parketten en de leden van de Rijkswacht zijn bevoegd over het gehele grondgebied van het Rijk, zodat wettig is de opdracht die een onderzoeksrechter voor een huiszoeking en inbeslagneming van papieren titels of bescheiden in het arrondissement heeft gegeven aan een officier van de gerechtelijke politie, hulpofficier van de Procureur des Konings, van een ander arrondissement.⁵³

51. Cass., 17 november 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 957; *Pas.*, 1993, I, 959.

52. Rb. Turnhout, 14 januari 1992, *Turnh. Rechtsl.*, 1992, 143.

53. Cass., 4 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 129; *Pas.*, 1984, I, 120.

De opdracht van de onderzoeksrechter tot huiszoeking en inbeslagneming wordt, in beginsel, gegeven aan de ambtsbediening; wanneer de gedelegeerde districtscommandant van de rijkswacht verhinderd is, worden de opgedragen verrichtingen wettig uitgevoerd door de onderofficier van de rijkswacht, die de districtscommandant regelmatig vervangt en die zelf de hoedanigheid heeft van officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de Procureur des Konings. De officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de Procureur des Konings, die een door de onderzoeksrechter gegeven opdracht tot huiszoeking en inbeslagneming regelmatig uitvoert, kan zich wettig doen bijstaan door een ondergeschikt agent, die onder zijn rechtstreekse leiding optreedt.⁵⁴

h. Ontdekking van aanwijzingen van een ander misdrijf

Tijdens een huiszoeking met betrekking tot een op heterdaad betrapte misdrijf kunnen geldige vaststellingen worden verricht van een ander misdrijf waarvan de sporen werden gevonden, voor zover de grenzen van de oorspronkelijke huiszoeking niet worden overschreden.⁵⁵

Wanneer de officieren van de gerechtelijke politie bij een regelmatige huiszoeking in opdracht van de onderzoeksrechter aanwijzingen vinden van een ander misdrijf, mogen zij overgaan tot inbeslagneming van alle voorwerpen die kunnen dienen voor de opheldering hiervan.⁵⁶

Met de uitdrukkelijke toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats, mag – zelfs niet bij de wet bepaalde – huiszoeking worden verricht door officieren of agenten van gerechtelijke politie en mag zij eventueel leiden tot de vaststelling van een misdrijf waarvoor de opsporingen waarmee zij zijn belast niet waren bedoeld.⁵⁷

i. De drugwet

Verschillende bijzondere wetten bevatten aparte regelingen van huiszoeking en inbeslagneming. Krachtens artikel 7, § 3, Drugwet hebben de officieren van gerechtelijke politie en de ambtenaren of beambten, daartoe door de Koning aangewezen, toegang tot de apotheken, winkels en alle andere plaatsen bestemd voor de verkoop of de aflevering van de in deze wet genoemde stoffen, gedurende de tijd dat zij voor het publiek toegankelijk zijn. Gedurende dezelfde uren hebben zij ook toegang tot de depots die bij deze plaatsen aansluiten, zelfs wanneer die depots voor het publiek niet toegankelijk zijn. Zij mogen te allen tijde de lokalen betreden welke

54. Cass., 28 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 817; *Pas.*, 1984, I, 749.

55. Cass., 7 februari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 142; *Pas.*, 1995, I, 143.

56. Cass., 23 april 1996, *F.J.F.*, 1996, 497.

57. Cass., 8 september 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 677; *Pas.*, 1993, I, 664.

dienen voor het vervaardigen, bereiden, bewaren van die stoffen. Hetzelfde geldt voor de lokalen waarin de in artikel 2bis, § 1, van vermelde wet bedoelde stoffen in groep worden gebruikt.⁵⁸

Huiszoeking steeds toegestaan in een productielokaal

Men moet een goed onderscheid maken tussen de regeling betreffende de plaatsen bestemd voor de verkoop en de lokalen bestemd voor de productie. Ingevolge artikel 7, § 3, Drugwet mogen de genoemde officieren en anderen te allen tijde huiszoeking verrichten in lokalen waarvan werkelijke aanwijzingen bestaan dat ze dienen voor het vervaardigen, bereiden, bewaren of opslaan van de in de wet genoemde stoffen, zelfs wanneer die lokalen deel uitmaken van een woning.⁵⁹

j. Aanwezigheid van derden

Het beginsel van het geheim karakter van het voorbereidend onderzoek belet in principe niet dat de onderzoeksrechter de verdachte ondervraagt en een huiszoeking laat uitvoeren in het bijzijn van derden.⁶⁰

Verbod van aanwezigheid van fiscale ambtenaren

..f

Het zogenaamde charter van de belastingplichtige, Wet van 4 augustus 1986, verbiedt op straffe van nietigheid de aanwezigheid van fiscale ambtenaren bij huiszoeking (art. 463 W.I.B. 1992 en gelijkaardige bepaling in de verschillende fiscale wetboeken).⁶¹ Dit verbod is evenwel niet van toepassing op de krachtens artikel 71 van de Wet van 28 december 1992 bij het parket gedetacheerde fiscale ambtenaren en evenmin op de fiscale ambtenaren die, krachtens artikel 31 van de Wet van 30 maart 1994 tot uitvoering van het globaal plan op het stuk van de fiscaliteit, ter beschikking zijn gesteld van de Centrale Dienst voor de bestrijding van de georganiseerde economische en financiële delinquentie (CDGEFID – OCDEFO).

58. W. BROSENS, 'De strafbare feiten, het gebruik van drugs, de vaststelling van de overtredingen', *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, nr. 20.

59. Cass., 1 oktober 1996, *R.D.P.*, 1997, 788.

60. Cass., 27 maart 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1033; *Pas.*, 1985, I, 947, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

61. M. ROZIE, 'De medewerking van belastingambtenaren aan het fiscaalstrafrechtelijk onderzoek', *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 43-53.

k. Bijzondere problemen

Onwettige huiszoeking en inbeslagneming en ernstige aanwijzingen van schuld

Om een voorlopige hechtenis wettig toe te laten moeten de vermoedens van schuld gegrond gaan op rechtmatig verkregen bewijs. Gegevens welke werden verkregen door een onwettige huiszoeking of inbeslagneming kunnen niet als ernstige aanwijzingen van schuld in aanmerking worden genomen.⁶²

Onwettige huiszoeking en inbeslagneming en bewijs van schuld

Een veroordeling mag niet steunen op de tijdens een onwettige huiszoeking gedane vaststelling en op ingevolge die onwettige vaststellingen verzamelde bewijzen. De rechter moet kunnen controleren of de huiszoeking regelmatig is geschied. Om die reden moet het dossier het bevel tot huiszoeking – of minstens een kopie ervan – bevatten. Wanneer dit niet het geval is dan zal dat leiden tot ongeldigverklaring van de huiszoeking.⁶³

Er moet dus over worden gewaakt dat het huiszoekingsbevel bij het dossier is gevoegd. Men mag dit ook niet uit het oog verliezen bij voeging van processen-verbaal van een huiszoeking afkomstig uit een ander strafdossier.⁶⁴

Huiszoeking in de woning van een parlements lid

Nieeonwettig is de huiszoeking die door een onderzoeksrechter is bevolen en door de politie in de woning van een parlements lid is uitgevoerd zonder verlof van de Kamer waarvan het parlements lid deel uitmaakt, zelfs als ze gedaan wordt tijdens de zitting van het parlement en zelfs buiten het geval van ontdekking op heterdaad, wanneer niet blijkt dat de met het onderzoek belaste magistraat het voornemen had tot vervolging van dat parlements lid (art. 45, lid 1, G.W.).⁶⁵

3. Huiszoeking ingevolge verzoek van een buitenlandse overheid

a. Uitleveringswet

Art. 873 Ger. W. bepaalt dat de vreemde rogatoire commissies slechts worden uitgevoerd na machtiging van de minister van Justitie, tenzij internationale verdragen anders bepalen. Artikel 11 van de Uitleveringswet bepaalt dat de rogatoire commissies die strekken tot huiszoeking en inbeslagneming, slechts mogen worden uitgevoerd wegens een van de feiten waarvoor uitlevering mogelijk is. Behalve bij

62. Cass., 17 mei 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 493; *Pas.*, 1994, I, 480.

63. Cass., P.96.0350.F, 24 april 1996, (PG Brussel/Isanza Nkanda Lomkoy), *Rec. Cass.*, 97/1, nr. 110.

64. L. HUYBRECHTS. 'Het gebruik in het strafproces van een ander strafdossier', *Om deze redenen – Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 283-304, inzonderheid nr. 24.

65. Cass., 30 september 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 115; *Pas.*, 1992, I, 1071, concl. J. VELU.

huiszoeking ter gelegenheid van een voorlopige aanhouding moeten ze voorafgaandelijk door de raadkamer uitvoerbaar worden verklaard. De overige rogatoire commissies moeten in de regel worden uitgevoerd zodra daartoe machtiging is gegeven door de minister van Justitie overeenkomstig artikel 873, tweede lid, Ger. W.⁶⁶

De onderzoeksrechter die in dringende gevallen, op grond van een officieel bericht van de verzoekende Staat, ten laste van de vreemdeling een voorlopig bevel tot aanhouding heeft verleend, is gemachtigd te handelen naar de regelen van artikel 87 tot 90 Sv.; hij kan een huiszoeking en inbeslagneming gelasten zonder dat vooraf het buitenlands bevel tot aanhouding of de gelijkwaardige akte door de daartoe bevoegde raadkamer uitvoerbaar moet zijn verklaard (art. 5, vierde lid, Uitleveringswet).⁶⁷

b. Benelux-Uitleveringsverdrag

Krachtens artikel 24 van het Benelux-Uitleveringsverdrag worden de rogatoire commissies van de Verdragsluitende Partijen rechtstreeks overgemaakt. Deze die strekken tot een huiszoeking of een inbeslagneming, zullen slechts worden uitgevoerd voor feiten die op grond van het Verdrag aanleiding kunnen geven tot uitlevering. Er is niet voorzien in een voorafgaande controle door de raadkamer, slechts in een goedkeuring tot overdracht van de overtuigingsstukken achteraf.

Fiscale misdrijven

Nu er geen voorafgaande controle door de raadkamer is, moet de onderzoeksrechter er bijzonder opletten dat het feit vatbaar is voor uitlevering. Dit is niet altijd het geval bij fiscale misdrijven.⁶⁸

c. Schengen-Overeenkomst

Bij artikel 50.1 van de Schengen-Overeenkomst verbinden de Overeenkomstsluitende Partijen zich ertoe om elkaar wederzijds rechtshulp te verlenen bij overtredingen van wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften betreffende de accijnzen, de B.T.W. en de douane. Artikel 50.4 preciseert dat deze rechtshulp kan worden geweigerd wanneer het vermoedelijke verminderde of ontdoken bedrag een lagere waarde vertegenwoordigt dan 25.000 ECU, of de vermoedelijke waarde van de op regelmatige wijze in- of uitgevoerde goederen minder bedraagt dan 100.000 ECU, tenzij de feiten wegens hun aard of de persoon van de dader door de verzoekende Overeenkomstsluitende Partij als zeer ernstig wordt beschouwd.

66. Cass., 14 oktober 1992. *Arr. Cass.*, 1991-92, 1197; *Pas.*, 1992, I, 1155.

67. Cass., 14 juni 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 611; *Pas.*, 1994, I, 590.

68. P. DE HERT, 'Internationale samenwerking inzake fiscale delicten en verbeurdverklaring vóór en na Schengen', *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 55-176.

Voor het overige is ingevolge artikel 51 van de Schengen-Overeenkomst huiszoeking en inbeslagneming mogelijk voor feiten die geen uitleveringsdelicten opleveren.

B. EXPERTISES

1. Bevoegdheid van de onderzoeksrechter

Men neemt aan dat de onderzoeksrechter – ook buiten heterdaad (art. 43 en 44 Sv.) – deskundigen kan aanstellen. De deskundigen zijn de technische adviseurs van de rechter.

De onderzoeksrechter oordeelt in feite en derhalve op onaantastbare wijze, maar onder toezicht van de onderzoeksgerechten, over de noodzaak en de raadzaamheid van een deskundigenonderzoek.⁶⁹

2. Vrije keuze van een deskundige

In principe kiest de onderzoeksrechter vrij wie hij als deskundige aanstelt. Een in de zaak reeds aangestelde deskundige wiens advies door de beklaagde wordt betwist, mag met een aanvullende opdracht worden gelasten zonder dat daardoor het recht van de beklaagde op een eerlijke behandeling van zijn zaak wordt geschonden.⁷⁰

De expertise betreffende de oorzaken van een faillissement en het naleven van de Wet op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen; een uitzondering?

Door de Wet tot herziening van het bedrijfsrevisoraat van 21 februari 1985 werd, naast de titel van bedrijfsrevisor, deze van accountant erkend en dit laatste beroep gereguleerd. De artikelen 78 en 82 verlenen aan de externe accountants en ook aan de bedrijfsrevisoren het monopolie om geregeld uit voeren of zulks aan te bieden: ‘2° de expertise, zowel privé als gerechtelijk, op het gebied van de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen, alsmede de analyse volgens boekhoudmethodes van de toestand en de werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, hun rentabiliteit en risico’s’.

Er werd gevonnis dat het monopolie van de externe accountant zich ook uitstrekt tot de gerechtelijke expertise in strafzaken; op die grond werd de expertise van iemand die reeds vaak voor het gerecht als deskundige was opgetreden maar niet de kwalificatie van accountant had, uit de debatten geweerd.⁷¹ Ik ben er mij van bewust dat niet iedereen die mening zal delen, maar voor mijn part is deze beslis-

69. Cass., 25 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 212; *Pas.*, 1984, I, 198.

70. Cass., 6 juni 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 567; *Pas.*, 1995, I, 590.

71. Antwerpen, 31 januari 1992, *R.W.*, 1991-92, 139, noot L. HUYBRECHTS, ‘Het monopolie van de externe accountant en de expertise in strafzaken’.

sing naar recht verantwoord. Eender hoe, men kan slechts de raad geven alleen een bedrijfsrevisor of externe accountant te gelasten met een expertise betreffende de oorzaken van een faillissement en het naleven van de Wet op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen.

3. Weigering van de opdracht of vertraging bij de uitvoering

De deskundige mag de aan hem gegeven opdracht niet weigeren.⁷² Artikel 10 van de Wet van 1 juni 1849 op de herziening van de tarieven in criminele zaken stelt de weigering strafbaar met een geldboete van 50 tot 500 F.

Ingevolge artikel 2 K.B. van 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken kan ieder onverantwoord uitstel bij de uitvoering van de opdracht of bij de neerlegging van het verslag vermindering medebrengen van het honorarium; de rechter dient, telkens als dit mogelijk is, een termijn te bepalen binnen dewelke de opdracht moet afgewerkt zijn.

4. Verplichte eedaflegging

De deskundige dient steeds de eed af te leggen. Hij wordt afgelegd, hetzij mondeling bij de onderzoeksrechter, hetzij door aanbrenging van het formulier op het verslag, hetzij bij een gedagtekend en ondertekend geschrift (art. 44 Sv.); dit laatste kan eventueel na het neerleggen van het verslag worden bijgevoegd.

Ontbreekt de eedaflegging dan is het deskundigenverslag nietig. Krachtens artikel 407, derde lid, Sv. is de nietigheid evenwel gedekt wanneer een vonnis of arrest op tegenspraak is gewezen, behalve datgene dat een maatregel van inwendige aard inhoudt, zonder dat de nietigheid door een van de partijen is voorgedragen of door de rechter ambtshalve werd uitgesproken.

5. Uitvoering van het deskundigenonderzoek

a. Onafhankelijk, niet-vooringenomen en onpartijdig

Afgezien van de vraag of in strafzaken een deskundige nu al of niet kan worden gewraakt⁷³, staat het buiten kijf dat de deskundige onafhankelijk van de partijen, niet-vooringenomen en onpartijdig moet zijn.

De moeilijkheden die ter zake kunnen rijzen bewees de UNIOP-zaak, waarin allerlei betwistingen werden aangevoerd. Het Hof van Cassatie besliste evenwel dat geen schending van het onderzoeksgeheim of van de rechten van verdediging kon worden afgeleid uit de deelneming van de deskundige aan de verhoren door de onderzoekers, noch uit de toegang van de deskundige tot het dossier, noch uit het

72. Cass., 20 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 482; *Pas.*, 1978, I, 455.

73. F. HUTSEBAUT, 'Het deskundigenonderzoek in strafzaken', *Strafprocesrecht voor rechtspractici*. Leuven-Amersfoort, 1986, 113-161, inzonderheid, nr. 36 e.v.

feit dat hij een afschrift heeft ontvangen van de processen-verbaal van de onderzoekers nadat hij zijn verslag heeft ingediend. Een gewoon hoffelijkheidscontact tussen de deskundige en het openbaar ministerie tijdens een schorsing van de zitting tast in casu het eerlijke karakter van het proces niet aan. De waarborgen neergelegd in artikel 6 E.V.R.M. werden geëerbiedigd tijdens het verloop van de deskundigenverrichtingen.⁷⁴

b. Niet-contradictoir

Tot voor kort oordeelde de jurisprudentie dat het deskundigenonderzoek in strafzaken niet op tegenspraak gebeurt; artikel 962 en volgende Ger. W. werden inderdaad niet toepasselijk geacht.⁷⁵ Het niet-tegensprekelijk karakter van het deskundigenonderzoek betekent op zichzelf niet dat artikel 6.1 E.V.R.M. is geschonden of dat het recht van verdediging is miskend.⁷⁶ De eerbiediging van het recht van verdediging en van artikel 6.1 E.V.R.M. vereist uiteraard wel dat het deskundigenverslag bij de vonnisrechter aan de tegenspraak van de partijen wordt onderworpen.⁷⁷

Het Arbitragehof heeft kort geleden geoordeeld dat de artikelen 43, 44 en 148 Sv. de artikelen 10 en 11 G.W. schenden in zoverre ze zouden worden uitgelegd in de zin dat een door strafvonnisrechter bevolen deskundigenonderzoek niet op tegenspraak zou moeten geschieden.⁷⁸

c. Hulp toegelaten; delegatie verboden

In principe moet de deskundige zijn opdracht zelf uitvoeren. Niets belet evenwel dat hij de hulp inroept van derden of dat het onderzoek door andere specialisten wordt uitgevoerd onder zijn controle.⁷⁹ Gehele of gedeeltelijke delegatie van de opdracht aan derden is evenwel verboden.⁸⁰

d. Geen territoriale beperking

Voor de uitvoering van zijn opdracht is de deskundige niet gebonden door de bepalingen van artikel 62bis Sv. volgens welke de onderzoeksrechter onder bepaalde voorwaarden buiten zijn arrondissement daden van opsporing of van gerechtelijk onderzoek kan verrichten⁸¹; kortom, de deskundige kan zijn verrichtingen ook uitvoeren buiten het gerechtelijk arrondissement van de onderzoeksrechter.

74. Cass., verenigde kamers, 5 april 1996, *R. Cass.*, 1996, 257; *R.D.P.*, 1996, 634.

75. Cass., 20 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 482; *Pas.*, 1978, I, 455.

76. Cass., 23 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1021; *Pas.*, 1982, I, 458.

77. Cass., 7 februari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 147; *Pas.*, 1995, I, 149.

78. Arbitragehof, 30 april 1997, *J.T.*, 1997, 494.

79. Cass., 19 oktober 1936, *R.G.A.R.*, 1326, 2250; C. D'HAESE, 'Delegatie van deskundigenonderzoek leidt tot onregelmatige bewijsgaring', noot onder Cass., 23 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 746.

80. F. HUTSEBAUT, 'Het deskundigenonderzoek in strafzaken', *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, Leuven-Amersfoort, 1986, 113-161, inzonderheid, nr. 57.

81. Cass., 21 oktober 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 244; *Pas.*, 1987, I, 224.

e. Anonieme inlichtingen

De deskundige mag wanneer de wet geen bijzonder bewijs voorschrijft, rekening houden met gegevens uit een vertrouwelijke en anonieme bron.⁸²

6. *Beoordeling van het deskundigenverslag*

De rechter is niet gebonden door het advies van de deskundige; hij mag wel de bewijskracht ervan niet miskennen maar beoordeelt vrij de bewijswaarde ervan.⁸³ Uit het enkele feit dat de rechter anders beslist dan de deskundige adviseert, kan vanzelfsprekend niet worden afgeleid dat de bewijskracht van het deskundigenverslag is miskend.⁸⁴

Bij de beoordeling van de waarde van een deskundigenverslag mag de rechter rekening houden met een ander deskundigenverslag dat tijdens een andere rechtspleging tussen dezelfde partijen is neergelegd.⁸⁵

Gevaar voor verjaring

Het afwerken van de expertise, het neerleggen door de deskundige van brieven en zelfs van zijn verslag stuiten de verjaring niet, omdat het geen daden zijn van onderzoek in de zin van artikel 22 V.T.Sv.

De onderzoeksrechter moet steeds acht slaan op de lopende verjaring; deze regel geldt vanzelfsprekend voornamelijk voor boekhoudkundige expertises. Hij doet er goed aan vooraf met de deskundige te evalueren welke tijd deze in redelijkheid nodig heeft om zijn expertise zonder overhaasting, maar toch met bekwame spoed af te werken.

3. **Beschermdе geheimen**

A. *BEROEPSGEHEIM*

1. *Dragers van het beroepsgeheim*

a. Op grond van artikel 458 Sw.

Artikel 458 Sw. stelt strafbaar met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van 100 tot 500 F, geneesheren, heilkundigen, officieren van gezondheid, apothekers en vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van

82. Cass., 27 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1315; *Pas.*, 1986, I, 1181.

83. Cass., 28 februari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 232; *Pas.*, 1995, I, 234.

84. Cass., 6 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 88; *Pas.*, 1988, I, 141.

85. Cass., 12 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 817; *Pas.*, 1986, I, 717.

hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken.⁸⁶ Artikel 458 Sw. heeft een algemene draagwijdte en geldt voor alle personen die ingevolge de wet, de gebruiken of de zeden iemands noodzakelijke confidenten zijn.

De jurisprudentie aanvaardt dat onder meer de beoefenaars van volgende beroepen dragers van beroepsgeheim zijn:

- bedienaars van een eredienst;
- bedienaars van gerechtelijke beroepen of ambten, zoals magistraten zowel van de zittende als van de staande magistratuur, juryleden, het personeel van griffies en parketten, gerechtsdeurwaarders, gerechtsexperten, leden van de politie;
- beoefenaars van juridische beroepen zoals advocaten en notarissen.

Naast het beroep van journalist dat een gans bijzonder probleem stelt, wordt voor volgende beroepen de toepasselijkheid van artikel 458 Sw. niet aangenomen:

- de effectenmakelaar (d.i. de vroegere wisselagent);
- de (thans: niet-externe) accountant;
- de fiscale consulent;
- de bankier.

Deze personen hebben slechts een discretieverplichting ten aanzien van hun cliënt.

b. Krachtens bijzondere wetten

Verschillende bijzondere wetten leggen het beroepsgeheim op aan de beoefenaars van bepaalde beroepen of ambten.

1° In de sfeer van de maatschappelijke hulpverlening; de medewerkers aan de jeugdbescherming

De Jeugdbeschermingswet legt het beroepsgeheim op aan elkeen die in welke hoedanigheid ook zijn medewerking verleent aan de toepassing ervan (art. 77).⁸⁷

86. 'Secret professionnel', in *R.P.D.B.*, dl. XII, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie générale de droit, 1951; L. VIAENE, 'Huiszoeking en beslag in strafzaken', *A.P.R.*, 1962, nr. 499 e.v.; A. MARCHAL en J.P. JASPAR, *Droit criminel*, Bruxelles, Larcier, 1965, nr. 1309 e.v.; G. SCHUIND en A. VANDEPLAS, *Droit criminel*, 4de uitg., dl. I, Bruxelles, Swinnen, 1980; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Némésis, 1985; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2de uitg., Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, nr. 287 e.v.; J. LECLERCQ, 'Secret professionnel', in *Les Nouvelles*, Droit pénal, IV, Bruxelles, Larcier, 1989.

87. J. SMETS, 'Jeugdbeschermingsrecht', *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, nr. 2036.

Een door de jeugdrechtbank bevolen medisch-psychisch onderzoek betreffende een minderjarige mag niet worden aangewend in een strafzaak betreffende een ander persoon.⁸⁸

2° In de commerciële sfeer

In de commerciële sfeer hebben volgende ambtenaren of beoefenaars van een vrij beroep het beroepsgeheim in acht te nemen, onder dreiging van de straffen bepaald in artikel 458 Sw.:

- de fiscale ambtenaren (b.v. art. 337 en 453 W.I.B. 1992);
- de bedrijfsrevisoren, hun stagiairs en de personen voor wie ze instaan (art. 27, tweede lid, Wet 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut der bedrijfsrevisoren);
- de natuurlijke personen en rechtspersonen die ingeschreven zijn in het register van de externe accountants, de vennoten en leden van de bedoelde rechtspersonen (art. 95, tweede lid, Wet 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat).

Het K.B. 19 mei 1992, genomen krachtens de Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, heeft de titel en het beroep van boekhouder gereguleerd. Artikel 5, § 1, 4°, van het K.B. legt de titularissen van het gereguleerd boekhoudersberoep op zich te houden aan het beroepsgeheim. Een K.B. kan m.i. echter geen misdrijf invoeren; de geheimhoudingsplicht van de boekhouder is dan ook uitsluitend deontologisch en kan niet voor de onderzoeksrechter en strafvonnisrechter worden ingeroepen.

2. Getuigenis in rechte

a. Vrijheid van de getuige

De drager van beroepsgeheim die in rechte getuigenis aflegt mag spreken, maar is hiertoe niet verplicht; hij oordeelt zelf in geweten of hij een geheim mag bekend maken. Getuigenis in rechte betekent, worden gehoord door een rechter – een onderzoeksrechter of een vonnisrechter – na de eed als getuige te hebben afgelegd. Wanneer een onderzoeksrechter of een vonnisrechter de drager van een beroepsgeheim oproept om te getuigen, moet deze gevolg geven aan de uitnodiging; hij moet ook de eed afleggen. Het is slechts na het stellen van de bepaalde vraag dat de getuige kan uitmaken of het te geven antwoord betrekking heeft op een in de uitoefening van zijn beroep vernomen of toevertrouwd geheim en kan beslissen of hij dit bekend maakt of niet.⁸⁹ Dat de getuige reeds sprak tijdens het gerechtelijk onderzoek

88. Cass., 28 juni 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1298; *Pas.*, 1989, I, 1186.

89. D. HOLSTERS, 'Bewijsmiddelen in strafzaken', *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, nr. 10.

ontneemt hem niet het recht alsnog het beroepsgeheim ter terechtzitting in te roepen.⁹⁰

Valt het antwoord op de gestelde vraag onder het beroepsgeheim, dan beslist de getuige of hij dit kan verstrekken of niet. Hij moet hierbij in afweging nemen, enerzijds, de maatschappelijke verantwoording van zijn beroepsgeheim, anderzijds, het belang van zijn cliënt. Deze afweging verplicht hem ertoe zich zorgvuldig rekenschap te geven van de omstandigheden van de zaak en het doel van het verhoor. Gaat het om een burgerlijke zaak of een strafzaak? Is de geheimgerechtigde eiser beklaagde of slachtoffer? De getuige kan eventueel rekening houden met het feit dat zijn cliënt hem ontslaat van zijn beroepsgeheim, maar deze omstandigheid verplicht hem nog niet te spreken en ze is op zich ook geen voldoende verantwoording *ervan*.⁹¹ Een verhoor is geen louter spel van vraag en antwoord. De getuige onder eed die over een bepaalde zaak wordt ondervraagd, mag spontaan spreken zonder een meer precieze vraag af te wachten en mag vertrouwelijke stukken overhandigen ook wanneer het hem niet uitdrukkelijk wordt gevraagd.⁹²

De officier van gerechtelijke politie mag weigeren de naam van een informant bekend te maken als hij het voor de bescherming van die persoon en in het belang van de misdaadbestrijding in geweten nodig acht die naam te moeten verzwijgen.⁹³

b. Toezicht van de rechter

De rechter houdt toezicht op het inroepen van het beroepsgeheim. Hij kan oordelen dat het antwoord op de gestelde vraag er niet onder valt. Zwijgt de getuige toch, dan zal de rechter hem wettig veroordelen wegens weigering te getuigen.⁹⁴

De rechter moet *in concreto* nagaan of de weigering te spreken of stukken over te leggen door het beroepsgeheim wordt verantwoord dan wel of dit wordt afgewend van het doel waarvoor het werd ingesteld.⁹⁵ Zo mag een geheimhouder geen door het beroepsgeheim gedekte feiten bekend maken die aanleiding kunnen geven tot strafvervolgung ten laste van zijn cliënt, maar dit verbod geldt niet voor feiten waarvan de cliënt zelf het slachtoffer is geweest.⁹⁶ Hierbij moet evenwel worden aangetekend dat ingevolge artikel 14(3)g I.V.B.P.R. en impliciet ook de artikelen 6 en 10 E.V.R.M. de getuige die zich door de waarheid te zeggen zelf aan vervolgingen zou blootstellen, mag weigeren te spreken.⁹⁷

90. Cass., 23 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 96; *Pas.*, 1987, I, 89.

91. Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 235; *Pas.*, 1979, I, 248.

92. Cass., 15 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1261; *Pas.*, 1985, I, 1147.

93. Cass., 26 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 881; *Pas.*, 1986, I, 801.

94. Cass., 23 juni 1958, *Arr. Cass.*, 1958, 854; *Pas.*, 1958, I, 1180.

95. Cass., 18 juni 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 993; *Pas.*, 1992, I, 924.

96. Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 720; *Pas.*, 1988, I, 662.

97. CHR. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, 2de uitg., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 642.

3. *Spontane bekendmaking*

De dragers van beroepsgeheim zijn niet onderworpen aan de aangifteverplichting van artikel 29, eerste lid, Sv.; integendeel ze hebben zwijgplicht.

a. De geneesheren

Wat de geneesheren betreft moet toch gewezen worden op een aantal uitzonderingen.

Artikel 20 K.B. 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten, bepaalt dat elke geneesheer geroepen in een geval dat aanleiding kan geven tot gerechtelijk onderzoek, zoals, bijvoorbeeld, vergiftiging, daar, ogenblikkelijk, aan de gerechtelijke overheid zal kennis van geven. Deze verplichting was vroeger strafrechtelijk gesanctioneerd. De strafbaarstelling werd opgeheven door het artikel 50 K.B. nr. 78 van 10 november 1967. Dit doet vanzelfsprekend geen afbreuk aan het bestaan van de wettelijke verplichting.

Artikel 61 Code van Geneeskundige Plichtenleer bepaalt dat wanneer de geneesheer meent dat een minderjarige wordt mishandeld, ondervoed is of onvoldoende wordt verzorgd, hij de ouders, de voogd of de gerechtelijke overheid hiervan op de hoogte dient te brengen; indien de geneesheer een willekeurige vrijheidsberoving of een poging tot vergiftiging vaststelt, moet hij de gerechtelijke overheid verwittigen; in al deze gevallen treedt de geneesheer in de eerste plaats op om het slachtoffer te beschermen. De code is nog steeds niet uitgevaardigd bij een in Ministerraad overlegd K.B. en heeft daarom nog geen verbindende kracht. Dit verhindert niet dat de geneeskundige tuchtoverheid mag vaststellen dat de voorschriften van de Code behoren tot de regelen van de medische plichtenleer.⁹⁸ De Orde van Geneesheren mag zelfs een tuchtstraf opleggen aan een geneesheer, wanneer hij vaststelt dat deze het beroepsgeheim heeft geschonden, ook al verwijst die beslissing bovendien naar de Code geneeskundige plichtenleer, waaraan nog geen verbindende kracht werd verleend.⁹⁹

Artikel 61, eerste en derde lid, Code van Geneeskundige Plichtenleer legt een bijzondere en genuanceerde aangifteverplichting op wat minderjarigen betreft. De bescherming van het minderjarige slachtoffer is primordiaal, maar een aangifte bij de gerechtelijke overheid kan aangewezen zijn. Soms zal ze duidelijk onafwendbaar zijn, wanneer het slachtoffer – zij het nu een minderjarige of een volwassene – willekeurig van zijn vrijheid wordt beroofd of wordt vergiftigd. Geen andere overheid of instantie dan de gerechtelijke overheid is bevoegd om dan maatregelen te nemen.

98. Cass., 9 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1215; *Pas.*, 1986, I, 1093.

99. Cass., 19 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1235; *Pas.*, 1988, I, 1147.

b. De noodtoestand

Quid evenwel wanneer de geheimhouder zonder dat hij door de wet verplicht wordt te spreken of zonder dat hij getuigenis in rechte aflegt, spontaan geheimen bekend maakt aan politie of gerecht? Men beweert vaak dat hij dit nooit mag doen en dat het steeds een strafbare schending van het beroepsgeheim oplevert. Doctrine heeft gewezen op de aberrante en absurde consequenties van deze stelling.¹⁰⁰

Eender hoe, het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat ingevolge een noodtoestand de geheimhouder – het betrof een geneesheer – gelet op de respectieve waarden van de tegen elkaar indruisende plichten en gelet op het bestaan van een ernstig en dreigend gevaar voor anderen – het ging om de schuilplaats van gevaarlijke misdadigers – redenen kan hebben om te oordelen dat hem ter vrijwaring van een hoger belang dat hij verplicht of gerechtigd was voor alle andere te beschermen, geen andere weg openstond dan het toevertrouwd geheim bekend te maken. De bekendmaking was aldus strafrechtelijk gerechtvaardigd en er was geen misdrijf.¹⁰¹

In een andere zaak besliste de rechter dat een geneesheer van een reanimatiedienst waar een drugpatiënt werd binnengebracht die zich een overdosis heroïne had ingespoten, wegens het gevaar dat die persoon voor zichzelf en voor anderen betekende en mede gelet op de bepalingen van artikel 422*bis* Sw. betreffende het schuldig verzuim, straffeloos de politie mocht verwittigen.¹⁰²

4. Onderzoeksdaden bij of tegen de drager van een beroepsgeheim

Stukken en bescheiden die een drager van een beroepsgeheim opstelt in de uitoefening van zijn beroep of ambt en vertrouwelijke gegevens bevatten, vallen onder het beroepsgeheim. Niets belet evenwel de onderzoeksrechter huiszoeking te verrichten of te doen verrichten bij de drager van een beroepsgeheim om er – eventueel met eerbiediging van het beroepsgeheim – bepaalde zaken of stukken op te sporen en in beslag te nemen.¹⁰³

a. Huiszoeking

Het is een vaststaand gebruik dat de onderzoeksrechter een huiszoeking bij een arts of advocaat zelf uitvoert en dat in de regel een afgevaardigde van de disciplinaire overheid van de betrokkene bij de huiszoeking aanwezig is. De afgevaardigde kijkt

100. F. VAN NESTE, 'Kan het beroepsgeheim absoluut worden genoemd', *R.W.*, 1977-78, 1281-1303, inzonderheid 1296.

101. Cass., 13 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1203; *R.C.J.B.*, 1989, 588 noot A. DE NAUW, 'La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité'.

102. K.I. Luik, 6 maart 1985, *J.L.*, 1985, 661, noot F. PIEDBŒUF, 'Het cassatieberoep werd verworpen bij arrest van 8 mei 1985'.

103. Cf. b.v. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, 326-327.

de stukken in en oordeelt wat onder het beroepsgeheim valt of niet. De onderzoeksrechter moet zich echter niet onvoorwaardelijk aansluiten bij diens zienswijze: hij beslist in laatste instantie of een document wordt in beslag genomen of niet.¹⁰⁴ Wanneer slechts een welbepaald stuk – b.v. een medisch dossier – moet worden inbeslaggenomen, wordt deze opdracht toevertrouwd aan een officier van gerechtelijke politie die wordt vergezeld van een afgevaardigde van de disciplinaire overheid; het stuk wordt in een verzegelde omslag gestoken en neergelegd ter griffie.

Geen aanwezigheid van de onderzoeksrechter en een afgevaardigde van de disciplinaire overheid bij een huiszoeking bij een bedrijfsrevisor of een externe accountant

De genoemde gebruiken bestaan niet voor alle beroepen, waarvan de beoefenaars dragers van een beroepsgeheim zijn. In een nota van Procureur-generaal G. DEMANET van 19 juni 1991, goedgekeurd door het college van de procureurs-generaal bij de hoven beroep, wordt geponeerd dat de bestaande gebruiken niet kunnen worden uitgebreid tot de bedrijfsrevisoren en de externe accountants. Hun beroepsgeheim – zo wordt gesteld – is enkel ingesteld in het algemeen belang en niet in het belang van diegene die hen heeft gekozen: het is dus beperkt. Uit achting voor het Instituut der Bedrijfsrevisoren en het Instituut der Accountants kan de onderzoeksrechter zich eventueel laten begeleiden door een vertegenwoordiger van deze instituten, die de huiszoeking eenvoudigweg zou bijwonen zonder meer. Het is enkel de onderzoeksrechter die kan beslissen welke stukken, door het beroepsgeheim zijn gedekt en bijgevolg niet in beslag kunnen worden genomen.

b. Inbeslagnemingen

De regels van de inbeslagneming verschillen al naargelang de drager van het beroepsgeheim niet of wel zelf verdachte is.

1°. Niet verdacht

Stukken die de betrokkene in de uitoefening van zijn beroep opstelt en een beroepsgeheim bevatten, vallen eveneens onder de bescherming van het beroepsgeheim. Dit belet evenwel niet dat men in beslag mag nemen:

- de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken of eruit voortkomen;
- de andere bewijsstukken, voor zover die niet voortspruiten uit de persoonlijke betrekkingen van de drager van het beroepsgeheim met de cliënt. Zo mogen stukken die de cliënt krachtens de wet moet opstellen en bewaren, zoals boekhouding en verantwoordingsstukken, facturen en de stukken of zaken die hij in bewaring heeft gegeven, zoals titels, effecten, gelden, in beslag worden genomen, maar niet de

104. R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 2de druk, nr. 501.

vertrouwelijke briefwisseling b.v. tussen de advocaat en zijn cliënt.¹⁰⁵ Het vertrouwelijke karakter van een stuk is een objectief gegeven. Het is niet omdat een advocaat een geschrift als confidentieel heeft aangemerkt, dat het dit ook is.¹⁰⁶

Werkdocumenten betreffende boekhouding en verantwoordingsstukken

M.i. spruiten de werkdocumenten ter voorbereiding van stukken die de cliënt krachtens de wet moet houden, zoals boekhouding en verantwoordingstukken, jaarrekeningen en briefwisseling met derden ter voorbereiding ervan, niet voort uit de persoonlijke betrekkingen van de bedrijfsrevisor of de externe accountant met zijn cliënt: ze mogen derhalve in beslag worden genomen.

2°. Verdacht

Beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit. Wanneer iemand van beroepsmisdrijf wordt verdacht, kan hij zijn beroepsgeheim niet inroepen om zich aan het onderzoek te onttrekken. Hij mag zwijgen als verdachte of als beklaagde. Stukken die voortvloeien uit de persoonlijke betrekkingen van de drager van het beroepsgeheim met een cliënt en als bewijs dienstig zijn, mogen echter in beslag worden genomen.¹⁰⁷

Geen in verdenkingstelling vereist

Het is voor de regelmatigheid van de inbeslagneming niet vereist dat de drager van het beroepsgeheim formeel in verdenking was gesteld of dat hij persoonlijk kennis had van de ingestelde vervolging.¹⁰⁸

5. Sanctie op de schending van het beroepsgeheim door het strafonderzoek

Bewijs dat door het openbaar ministerie, de onderzoeksrechter of de politie verkregen werd met schending van het beroepsgeheim is onwettig en kan niet in rechte gebruiken;¹⁰⁹ deze sanctie treft ook al het uit het onwettig verkregen bewijs afgeleid bewijs. Zo oordeelde een cassatie-arrest dat het de Procureur des Konings verboden is om bij een strafvervolging inlichtingen te gebruiken die hij zou hebben vernomen ingevolge een schending van het beroepsgeheim door een disciplinaire overheid.¹¹⁰

105. M. MAHIEU en J. BAUDREZ, *De Belgische advocatuur*, Kuurne, Leieland, 1980, nr. 1943 e.v.; G. SCHOORENS, 'De vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaten', *Jura Falc.*, 1990-91, 39-66.

106. Cass., 10 maart 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 854; *Pas.*, 1982, I, 815.

107. Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 749; *Pas.*, 1985, I, 670.

108. Cass., 22 december 1992, *Arr. Cass.*, 1992, 1462; *Pas.*, 1992, I, 1402.

109. B.v. PH. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nr. 539; R. DECLERCQ, *Beginnelsen van strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, nr. 1177 e.v.

110. Cass., 29 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1329; *Pas.*, 1986, I, 1194.

Schending van het beroepsgeheim wordt niet vermoed omdat men in rechte stukken overlegt die er blijkbaar onder vallen¹¹¹: een schending van het beroepsgeheim moet worden aangetoond.

B. BRIEFGEHEIM

1. Principe

Artikel 8.1 E.V.R.M. – en 17.1 I.V.B.P.R. – waarborgt het recht op eerbiediging van de briefwisseling; inmenging in dit recht is slechts toegelaten onder de voorwaarden bepaald in artikel 8.2 E.V.R.M. De wet moet de inmenging in het briefgeheim bepalen en regelen. Artikel 8.1 E.V.R.M. is evenwel niet toepasselijk op de documenten die reeds hun bestemming hebben bereikt en door hun bestemming worden bewaard.¹¹²

Krachtens artikel 29 G.W. is het briefgeheim onschendbaar; de wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim van de aan de post toevertrouwde brieven. Net zoals het E.V.R.M. heeft deze grondwettelijke regel slechts betrekking op de aan de post toevertrouwde brieven; eens dat de brieven ter bestemming zijn gekomen zijn ze niet langer beschermd door de wet.¹¹³

De schending van het briefgeheim is strafbaar gesteld bij artikel 460 Sw.; hij die schuldig bevonden wordt aan het wegmaken van een aan de post toevertrouwde brief of aan het openen ervan om het geheim ervan te schenden, wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot een maand en/of met geldboete van 26 tot 200 F, onverminderd zwaardere straffen, indien de schuldige een ambtenaar of een agent van de regering of van de posterijen is.

Pleeft geen schending van briefgeheim degene die kennis neemt van een hem door de post ter hand gestelde brief en deze daarna aan de overheid overhandigt, wanneer hij de werkelijke bestemming van de brief is, of wegens de aanwijzingen die de brief omvat moet geloven dat hij de werkelijke bestemming ervan is.¹¹⁴

Ingevolge artikel 478 Faillissementswet dienen de brieven geadresseerd aan de gefailleerde te worden overgemaakt aan de curator die ze opent. Deze bepaling is niet in strijd met de grondwet die enkel het briefgeheim tegenover de overheid waarborgt, niet tegenover particulieren.¹¹⁵

De schending door een ambtenaar van het briefgeheim van een niet aan de post toevertrouwde brief is een daad van willekeur die inbreuk maakt op de door de Grondwet gewaarborgde vrijheden en rechten.¹¹⁶

111. Cass., 6 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82. 980; *Pas.*, 1982, I, 924.

112. J. VELU en R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, nr. 680.

113. A. MARCHAL en J.P. JASPAR, *Droit Criminel*, dl. I, 3de druk, Bruxelles, Larcier, 1965, nr. 1341.

114. Cass., 12 februari 1951, *Arr. Cass.*, 1951, 319.

115. Kh. Namen 3 februari 1983, *R.R.D.*, 1983, 152.

116. *R.P.D.B.*, VII, v^o Lettre missive, nr. 84.

2. Inbeslagneming door de onderzoeksrechter

Artikel 87 en 88 Sv. machtigen de onderzoeksrechter om brieven in beslag te nemen.

3. Sanctie op de schending van het briefgeheim door de onderzoeksrechter of officieren van gerechtelijke politie

Het is evident dat bewijs dat door de onderzoekers verkregen werd met schending van het briefgeheim nietig is en in rechte niet kan worden gebruikt.

4. Bewijs en misdrijf

A. TER HERINNERING: DE BEWIJSREGELS

1. E.V.R.M.

Het E.V.R.M. laat het aan elke Verdragstaat over om de toelaatbaarheid, de bewijswaarde en de bewijslast in strafzaken te regelen.¹¹⁷ Het komt dus niet aan de E.V.R.M.-organen toe om uit te maken of de nationale rechter de bewijsmiddelen goed of slecht heeft beoordeeld; het enige waarop zij toezien is of de bewijzen à charge of à décharge op een wijze werden aangebracht die een eerlijk proces waarborgde, en dat dit proces zelf op een eerlijke wijze werd gevoerd.

Dit doet geen afbreuk aan het feit dat de opsporing en het onderzoek op loyale wijze moeten gebeuren; nochtans een onrechtmatig verkregen bewijs is op zich niet strijdig met artikel 6 E.V.R.M., voor zover het bevestigd wordt door andere bewijsgegevens die rechtmatig werden verkregen. Tenslotte moet de bewijsgaring de menselijke waardigheid eerbiedigen.

2. Interne recht

Ook naar het interne recht moet bewijs op eerlijke wijze en zonder slinkse middelen worden vergaard. Bepaalde bewijzen worden in se ongeoorloofd beschouwd¹¹⁸:

117. J. VELU en R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, nr. 489 e.v.; R. ERGEC en A. SCHAUS, 'Examen de jurisprudence (1990-1994) La convention européenne des droits de l'homme', *R.C.J.B.*, 1995, 341-414, nr. 92; P. TRAEST, 'Bewijsvoering en verdediging van mensenrechten', *Jaarboek Mensenrechten*, 1993-1994, 39-65.

118. Zie omtrent het onrechtmatig bewijs in strafzaken: H. BOSLY, *La régularité de la preuve en matière pénale*, *J.T.*, 1992, 121-128; R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Prolegomena 13, Bruxelles, Swinnen, 1988, 52-59; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België 1994, nrs. 1177-1186; A. DE NAUW, 'Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale Belge', *R.D.P.*, 1990, 705-723; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de*

- bewijs verkregen met miskenning van de menselijke waardigheid;
- bewijs op ongeoorloofde wijze verkregen, b.v. door diefstal van documenten, nietige huiszoeking of inbeslagneming, af luisteren van communicaties in strijd met de wet, provocatie of misleidende belofte dat geen vervolging zal worden ingesteld.

Onrechtmatig verkregen bewijs mag niet in aanmerking worden genomen en evenmin al wat erop volgt. Wanneer een bewijsmiddel op een onrechtmatige wijze werd verkregen mag inderdaad de rechter er zijn beslissing niet op laten steunen en moet hij het uit de debatten weren. Nietig bewijs wordt dus niet weggelaten uit het dossier, maar buiten het beraad gehouden.¹¹⁹

Onrechtmatig verkregen bewijs kan ook niet dienen als element van vermoeden van schuld om een voorlopige hechtenis te rechtvaardigen. Zo mag een aanhoudingsbevel niet gegrond worden op een onwettige telefoontap.¹²⁰

B. MISDRIJF EN BEWIJS

1. Absolute uitsluiting van het door de onderzoekers zelf onrechtmatig verkregen bewijs

Zoveel is zeker dat naar Belgisch recht de onderzoeksrechter, de Procureur des Konings, de officieren en agenten van gerechtelijke politie, kortom de speurders en onderzoekers, geen misdrijf mogen plegen, anderen daartoe aanzetten of maar op enigerlei wijze helpen om bewijs door een misdrijf te verkrijgen. Dergelijk bewijs is in elk geval nietig; nochtans is niet elk bewijs waarvan de verkrijging in verband staat met een misdrijf of een onregelmatigheid, nietig. De jurisprudentie ter zake is in volle evolutie.

2. De verkrijging van bewijs welke slechts gepaard gaat met een misdrijf

Men mag het plegen van een misdrijf om bewijs te verkrijgen niet verwarren met de vaststelling van een misdrijf welke slechts met een misdrijf gepaard gaat. In het

→

procédure pénale, Ed. Scientifique de la faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, 757-762; D. HOLSTERS, 'Bewijsmiddelen in strafzaken' en 'Bewijsvoering in Strafzaken', *Commentaar strafrecht en strafvordering*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België; F. HUTSEBAUT, 'Het onrechtmatig verkregen bewijs en zijn gevolgen', *Strafrecht voor rechtspractici – IV*, Leuven, Acco, 1991, 47-94; R. LEGROS, 'La preuve légale en droit pénal', *J.T.*, 1978, 389-595; P. MANDOUX, 'Aspects récents de la légalité de la preuve en droit pénal', *Droit pénal des affaires*, Bruxelles: Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, 31-47; A. MASSET, 'Limites de certains modes de preuve', *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1985, 161-199; R. SCREVEN, 'La preuve pénale en droit belge', *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 65-85; PH. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 282-362; P.E. TROUSSE, 'La preuve des infractions', *R.D.P.*, 1958, 731-766; CHR. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 2de uitg., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 759-765; R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 2de uitg. Antwerpen-Apeldoorn: Maklu Uitgevers, 1993, nrs. 1210-1233.

119. Gent, 4 mei 1993, *T.V.B.R.*, 1993 (verkort), 60.

120. Cass., 26 juni 1996, *TRD & I*, 1996, alf. 10, 62.

eerste geval kan men alleen maar het misdrijf vaststellen na zelf eerst een misdrijf te hebben gepleegd; in het tweede geval zijn de door de verdachte en de vaststeller gepleegde misdrijven slechts concomitant. De omstandigheid dat een getuige zelf een misdrijf pleegt om zijn waarneming te doen – een particulier had de nummerplaat van een voertuig genoteerd dat een snelheidsovertreding beging en had hierbij dezelfde snelheid aangehouden – tast de rechtsgeldigheid van dit bewijs niet aan.¹²¹

3. Bewijs verkregen door een misdrijf dat niet door de onderzoekers zelf wordt gepleegd

De jurisprudentie werd geconfronteerd met drie onderscheiden gevallen van overmaking van een bewijsstuk door een derde, waarbij telkens een vermoede of bewezen onrechtmatigheid aan de oorsprong van de verkrijging van het bewijs lag of de overmaking van het bewijs gepaard ging met een mogelijke onregelmatigheid.

a. Het bewijsstuk met onbekende oorsprong

Wanneer een onbekende aan de politie of het gerecht een bewijsstuk heeft overgemaakt dan kan de verdediging vanzelfsprekend opwerpen dat ze geen controle heeft op de rechtmatigheid van de verkrijging en aanvoeren dat het bewijs verkregen werd of moet worden vermoed te zijn verkregen door een misdrijf, zoals diefstal, schending van het beroepsgeheim of het briefgeheim. Dergelijk verweermiddel werd aangenomen in een tweetal fiscale strafzaken.

In de eerste zaak had de Procureur des Konings een anonieme brief ontvangen waarbij uittreksels van een termijnrekening waren gevoegd.¹²² Op vertoon van deze stukken had de beklaagde bekend dat hij 8.500.000 F inkomsten niet had aangegeven in de directe belasting. In de tweede zaak had een zogezegd betrouwbaar persoon die onbekend wenste te blijven, een rekeninguittreksel aan de politie bezorgd.¹²³ De rechtbanken verklaarden in beide zaken de bewijsvoering welke volledig was opgebouwd op grond van de anoniem overgemaakte rekeninguittreksels, onwettig, omdat tot bewijs van het tegendeel moest worden vermoed dat ze verkregen werd met schending van het briefgeheim.

M.i. werd de schending van het briefgeheim verkeerd begrepen. Het betreft enkel de brieven en stukken die hun bestemming nog niet hebben bereikt.¹²⁴ Het is niet omdat een brief of een ander document ooit aan de post werd toevertrouwd dat het

121. Cass., 6 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 23; *Pas.*, 1978, I, 13.

122. Corr. Tongeren, 18 december 1985, *F.J.F.*, 1986, 205.

123. Corr. Brussel, 18 april 1986, *R.W.*, 1987-88, 59.

124. FR. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 1980, I, nr. 115; A. MARCHAL en J.P. JASPAR, *Droit criminel*, 3de uitg., I, Bruxelles, Larcier, 1975, nr. 275; A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 8ste uitg., Gent, E. Story-Scientia, 1985, nr. 470; zie ook, Cass., 22 december 1992, *R.W.*, 1992-1993, nr. 810.

daarom ten eeuwige dage onder de bescherming van het briefgeheim valt. Er bestaat evenmin een wettelijk vermoeden dat een brief in het bezit van een derde gekomen is door schending van het briefgeheim. Dat er schending van het briefgeheim is geweest moet blijken uit de concrete omstandigheden der zaak.¹²⁵

- b. Het onrechtmatig door een derde verkregen bewijsstuk dat bij toeval in het bezit kwam van politie of gerecht

Het Hof van Cassatie werd een enkele jaren geleden geconfronteerd met een zaak waarin de Procureur des Konings had gebruik gemaakt van een door een chanteur gestolen notitieboekje dat de 'zwarte' boekhouding van de beklaagde bevatte. De politie ontving het boekje van een derde die het niet zelf had gestolen. Het Hof oordeelde dat het bewijsstuk door het O.M. mocht worden gebruikt want '*... uit het enkele feit dat een stuk bedrieglijk is weggenomen van de eigenaar niet noodzakelijk volgt dat de overlegging in rechte onrechtmatig is*'. De feitenrechter had bovendien vastgesteld: '*... dat de met het onderzoek belaste personen en de aangever geen enkele onrechtmatige daad hebben gepleegd om in het bezit te komen van dat stuk en dat er geen verband bestaat tussen de diefstal van het litigieuze boekje en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen*'.¹²⁶

In een andere zaak ging het om een diefstal van een boekentas met documenten door een echtgenote die deze wilde gebruiken in de echtscheidingsprocedure. De onfortuinlijke man had klacht neergelegd bij de onderzoeksrechter en zich burgerlijke partij gesteld. Ingevolge huiszoeking bij de vrouw vond men de boekentas terug. Deze bleek bewijsstukken te bevatten van een B.T.W.-fraude. Ook hier oordeelde het Hof van Cassatie dat die stukken als bewijs mochten worden gebruikt bij de strafvervolgingen wegens B.T.W.-misdrijven ten laste van de bestolen echtgenoot.¹²⁷

- c. Het bewijsstuk dat niet door een misdrijf werd verkregen maar waarvan de overmaking met een onregelmatigheid of een misdrijf gepaard gaat

De vraag rijst of het achterhouden van bedrijfsdocumenten door een vertrouwenspersoon, b.v. een werknemer, om ze aan de politie of parket door te spelen, deze als bewijsmiddel ongeldig maken. M.i. moet die vraag ontkennend worden beantwoord, voor zover uiteraard de politie of het parket de werknemer niet tot de diefstal heeft aangezet. De reden is eenvoudig. De bedrijfsdocumenten die een werkgever aan zijn werknemer toevertrouwt, zijn niet onrechtmatig in diens bezit gekomen. Het achter-

125. L. HUYBRECHTS, 'Het anoniem toegezonden overtuigingsstuk', noot onder Corr. Brussel, 18 april 1986, R.W., 1987-1988, 59-62.

126. Cass., 17 januari 1990, *Pas.*, 1990, I, 588, R.W., 1990-91, 463. noot L. HUYBRECHTS, 'Het door de aangever onrechtmatig verkregen bewijs'.

127. Cass., 17 april 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 834; R.D.P., 1992, 94-109, noot C. DE VALKENEER, 'De illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve'.

houden en overmaken ervan aan de politie of het gerecht kan misschien in zijn hoofd een huisdiefstal zijn, maar het is geen misdrijf dat wordt gepleegd om een bewijs te bekomen. De werknemer had namelijk rechtmatig toegang tot de stukken.

Het Hof van Cassatie kreeg over een dergelijk geval te oordelen. Een nachtportier van een hotel had tijdens zijn werkuren de gedetailleerde gegevens uit de zwarte boekhouding van het hotel ongemerkt en buiten weten van zijn werkgever opgetekend en bij een anonieme aangifte gevoegd. Het Hof achtte dit bewijs rechtmatig omdat de betrokkene geen misdrijf of onregelmatigheid had moeten plegen om de boekhouding af te schrijven maar er krachtens zijn dienstverband toegang toe had.¹²⁸

In een recent geval was de aangever, naar de vaststelling van de feitenrechters, bij toeval in het bezit gekomen van bepaalde documenten; de rechters oordeelden dat, enerzijds, de omstandigheid dat hij deze stukken bedrieglijk verborg en aan derden overhandigde, anderzijds, een toevallig bezit een onregelmatig gebruik, inzonderheid 'voor een doel waartoe hij in persoon niet wettelijk gemachtigd was', niet rechtvaardigt en oordeelden dat het bewijs onrechtmatig was verkregen. Het Hof van Cassatie vernietigde het arrest met volgende considerans: 'dat aan de rechtmatige verkrijging van het bewijs, waarvan de aangever bij toeval in het bezit kwam zonder zelf hiertoe een misdrijf of een andere onrechtmatigheid te hebben gepleegd, geen afbreuk wordt gedaan, noch doordat hij dit bewijs niet onmiddellijk aan de gerechtelijke overheid overhandigt maar bedrieglijk verbergt, noch doordat hij zonder wettelijke machtiging van dit bewijs gebruik maakt of laat maken'.¹²⁹

4. Het op zelfstandige en regelmatige wijze verkregen bewijs na een aangifte die op een onregelmatigheid berust

Een laatste probleem betreft de bekendmaking die op een onregelmatigheid berust. De Rijkswacht in Gent had ten laste van een verdachte een opsporing ingesteld op grond van informatie verstrekt door de Franse Gendarmerie. Deze informatie had betrekking op de mogelijkheid dat de verdachte in België betrokken was bij de uitbating van een druglabo; ze was verkregen ingevolge een telefoontap door de Franse gerechtelijke overheden welke was uitgevoerd conform de toen in Frankrijk geldende voorschriften. De Belgische Rijkswacht sprong zeer voorzichtig met de informatie om; zij voerde een observatie uit om er de bevestiging van te verkrijgen. Nadat de informatie behoorlijk was geverifieerd en waarschijnlijk bevonden, vorderde de Procureur des Konings een gerechtelijk onderzoek; alvorens tot huiszoeking te doen overgaan liet de voorzichtige onderzoeksrechter de observatie nog eens

128. Cass., 4 januari 1994, *Pas.*, 1994, I, 1; *Rec. Cass.*, 1994, 72, noot PH. TRAEST, 'Wanneer is het door een derde verkregen bewijs toelaatbaar?'; idem, *R.W.*, 1994-95, 185, concl. Adv.-Gen. J. DUJARDIN, noot D. D'HONDT, 'Gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafproces: is het tij reeds gekeerd?'; inmiddels werd de beklaagde door de verwijzingsrechter veroordeeld en werd zijn cassatieberoep verworpen.

129. Cass., AR P.97.1329.N, 9 december 1997, (PG Brussel / Smets), *onuitg.*

overdoen. De uiteindelijke huiszoeking was een schot in de roos; men kon een kanjer van een druglabo oprollen.

Edoch! Inmiddels was Frankrijk veroordeeld door het Hof van Straatsburg wegens schending van artikel 8 E.V.R.M. omdat zijn af luisterwetgeving niet voldoende waarborgen bood om misbruiken te voorkomen; het toenmalige Franse recht vermeldde met onvoldoende duidelijkheid de omvang en de modaliteiten van het appreciatierecht van de overheden betreffende het af luisteren.¹³⁰ Omwille van de veroordeling van Frankrijk door Straatsburg en op grond van de cassatiejurisprudentie betreffende het onrechtmatig verkregen bewijs verklaarde het Hof van Beroep van Gent het bewijs dat helemaal het gevolg was van de in Frankrijk onrechtmatig verkregen informatie, nietig en sprak de beklaagde vrij.

De Procureur-generaal te Gent stelde cassatieberoep in. Het Hof van Cassatie vernietigde het bestreden arrest op volgende grond:¹³¹ *‘Overwegende dat de strafrechter een hem ter beoordeling voorgelegd misdrijf alleen maar bewezen mag verklaren op grond van regelmatig verkregen bewijs;*

Dat het bewijs van een misdrijf niet hetzelfde is als de bekendmaking van een misdrijf; dat een bekendmaking niet voor onbestaande kan worden gehouden;

Overwegende dat in geval van bekendmaking van een misdrijf het aan het bevoegde openbaar ministerie staat te oordelen welk gevolg hieraan wordt gegeven en of het mogelijk lijkt om er regelmatig bewijs van in te zamelen;

Dat de omstandigheid dat de aangever van het misdrijf dit ingevolge een onwettigheid heeft vernomen, geen afbreuk doet aan de rechtmatigheid van het bewijs, dat zelf zonder enige onwettigheid naderhand werd verkregen;

Overwegende dat de appèlrechters door de considerans ‘het hof van beroep is dan ook van oordeel dat het in België gevoerde onderzoek lastens (eerste verweerder) niet kan los gekoppeld worden van het in Frankrijk gevoerde onderzoek dat het noodzakelijke uitgangspunt heeft gevormd voor het opstarten van een onderzoek alhier’, hun beslissing omtrent de rechtmatigheid van het in België ingezameld bewijs niet naar recht verantwoorden’.

Deze jurisprudentie is volgens de ene onder omstandigheden wel aanvaardbaar maar te subtiel.¹³² maar lijkt volgens de andere – op grond van een onderzoek van vergelijkbare hypothesen – niet aanvaardbaar.¹³³ Men moet evenwel goed nadenken: wanneer men aanneemt dat na een bekendmaking van een misdrijf welke op

130. E.H.R.M., 24 april 1990, (zaken Huvig en Kruslin / Frankrijk), P.B.C., série A, vol. 176; P. LAMBERT, ‘Les écoutes téléphoniques, Arrêts Huvig et Kruslin c. La France, du 24 avril 1990, de la Cour européenne des droits de l’homme’, J.T., 1990, 749-750.

131. Cass., 30 mei 1995, Arr. Cass., 1995, nr. 267, concl. PH. GOEMINNE; Pas., 1995, I, 565; Rec. Cass., 1996, 142 e.v., noot P. TRAEST, ‘De internationalisering van het bewijsrecht: over telefoontap en de eisen die aan in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden’.

132. P. TRAEST, ‘De internationalisering van het bewijsrecht: over telefoontap en de eisen die aan in het buitenland verworven bewijs moeten gesteld worden’, noot onder Cass., 30 mei 1995, Rec. Cass., 1996, 142 e.v., nr. 16.

133. J. MESSINNE, ‘Jurisprudence en matière de preuve pénale’, Liber Amicorum José Vanderveeren, Bruxelles. Bruylant, 1997, 75-101, inzonderheid 94.

een onregelmatigheid berust, geen regelmatige opsporing en onderzoek meer kan worden ingesteld of rechtmatig bewijs kan worden ingezameld, dan neemt men aan dat in dat geval soms een misdadiger een vrijbrief moet krijgen om straffeloos zijn misdrijf verder te zetten.¹³⁴ Het zal toch niet gewaagd zijn te onderstellen dat in dergelijk geval de politie, de Procureur des Konings en de onderzoeksrechter integendeel de deontologische plicht hebben om op te treden!

134. M. DE SWAEF, 'Tapverbod en tapvergunning. Enkele kanttekeningen bij de Afluisterwet van 30 juni 1994': *R.W.*, 1995-96, 449-453, inzonderheid 452.