

Het Handboek "Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen" is in de loop der jaren uitgegroeid tot een standaardwerk, dat zowel door studenten als door rechtspractici wordt gebruikt. Door zijn heldere, synthetische formulering en de talrijke voorbeelden is dit een van de meest leesbare boeken uit de rechtsliteratuur.

Professor Chris Van den Wyngaert is emeritus hoogleraar aan de rechtsfaculteit van de Universiteit Antwerpen, waar zij gedurende bijna 25 jaar de vakken strafrecht en strafprocesrecht doceerde. Sinds bijna 20 jaar bekleedt zij de hoogste internationale rechterlijke ambten: zij was rechter ad hoc in het Internationaal Gerechtshof (2000-2002), rechter in het Joegoslavië-tribunaal (2003-2009), rechter in het Internationaal Strafhof (2009-2018) en sinds 2017 rechter in het Kosovo-tribunaal. Haar academisch werk als hoogleraar en haar opinies als internationaal magistraat hebben haar talrijke onderscheidingen opgeleverd. Zij behaalde vijf eredoctoraten (Uppsala (2001), Brussel (2009), Case Western Reserve - Ohio (2013), Maastricht (2013) en Stellenbosch (2018)). In 2018 kreeg zij de prestigieuze World Peace through Law Award aan de Washington University of Saint Louis (USA). Zij werd tevens gelauwerd, zowel in Vlaanderen (Gouden Penning van het Vlaams Parlement (2011), Groot Ereteken van de Vlaamse Gemeenschap (2018)), als in België, waar Koning Philip haar de titel van Barones verleende (2014).

Steven Vandromme is in 2001 afgestudeerd als licentiaat in de Rechten met grote onderscheiding. Hij is sinds 2007 verbonden aan het parket van de procureur des Konings te Antwerpen, nu als eerste substituut. Verder is hij als wetenschappelijk medewerker lid van de Onderzoeksgroep Rechtshandhaving aan de Universiteit Antwerpen. Hij is auteur van talrijke publicaties, o.a. in het Rechtskundig Weekblad, het Tijdschrift voor Strafrecht en de Commentaar Strafrecht en Strafvoeding.

www.gompel-svacina.eu



Strafrecht en strafprocesrecht
IN HOOFDLIJNEN
BOEK 1 • Strafrecht

Chris Van den Wyngaert
Steven Vandromme

Strafrecht en strafprocesrecht IN HOOFDLIJNEN

Chris Van den Wyngaert
Steven Vandromme

11^{de} herziene uitgave

Chris Van den Wyngaert

Steven Vandromme

STRAFRECHT
&
STRAFPROCESRECHT

IN HOOFDLIJNEN

Boek I – Strafrecht

Chris Van den Wyngaert & Steven Vandromme
Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen
Boek I – Strafrecht
Oud-Turnhout / 's-Hertogenbosch
Gompel&Svacina
2019

XXXV + 585 blz. – 24 cm
ISBN 978-94-6371-152-4
D/2019/14.401/55
NUR 824

© Chris Van den Wyngaert, Steven Vandromme en Gompel&Svacina

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke, voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteurs en van de uitgever.

Al het mogelijke werd gedaan om de informatie in dit boek zo juist en actueel te maken als kan. Auteurs of uitgever kunnen niet verantwoordelijk worden gesteld voor mogelijke nadelen die lezers door eventuele onvolkomenheden in het boek zouden ondervinden.

Gompel&Svacina bvba
Uitgevers

Reebokweg 1, B-2360 Oud-Turnhout | info@gompel-svacina.be
Rietveldendweg 60, NL-5222 AS 's-Hertogenbosch | info@gompel-svacina.nl
www.gompel-svacina.eu

Woord vooraf

Dit is de elfde editie van het handboek Strafrecht en Strafprocesrecht in Hoofdlijnen, sinds het voor het eerst verscheen in 1991, meer dan een kwart eeuw geleden. Bijna alle hoofdstukken van het boek zijn in de loop der jaren grondig bijgewerkt en soms herschreven. Zo was er de zgn. Franchimont-hervorming van 1998, de uitdrukking van een nieuwe procesfilosofie in het strafprocesrecht, en waren er talloze evoluties in de rechtspraak, nationaal maar ook internationaal. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook het Belgisch Grondwettelijk Hof, zijn niet meer weg te denken uit de Belgische strafrechtspraktijk. Ook de Europese Unie beweegt zich steeds meer op het territorium van het straf(proces)recht, wat een bijkomende uitdaging is voor al wie op de hoogte wil blijven van deze materie.

Het is al vaak gezegd: het Belgisch straf(proces)recht is mee van de oudste ter wereld, met een negentiende-eeuws Strafwetboek (1867) en een hoogbejaard Wetboek van Strafvordering dat uitgevaardigd werd door Napoleon (1808) maar dat in wezen teruggaat op de Grande Ordonnance Criminelle van Colbert (1670). Door de talrijke wetswijzigingen zijn de wetboeken bijna onleesbaar geworden, zelfs voor specialisten in de materie en is de oorspronkelijk heldere constructie van Napoleon tot een afzichtelijk bouwwerk verkommerd.

Veel hoop werd gesteld tijdens de vorige legislatuur in het initiatief tot invoering van een volledig nieuw Strafwetboek. Dit initiatief is helaas voorlopig in de koelkast beland. De – waarschijnlijk nog veel meer dringende – herziening van het wetboek van Strafvordering, waarvan de herwerking in een vergevorderd stadium was, dreigt eveneens van de legislatieve horizon te verdwijnen. Met de “Potpourriwetten” was gepoogd enkele essentiële veranderingen aan te brengen aan het strafprocesrecht. Belangrijke onderdelen van Potpourri II werden echter vernietigd door het Grondwettelijk Hof, met name het stuk over assisen en de veralgemeende correctionalisering.

Wat het materieel strafrecht betreft worden in deze nieuwe editie een reeks belangrijke vernieuwingen en aanpassingen besproken, zoals de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, de strafuitvoering en de recidive, naast ontwikkelingen in de rechtspraak. Ook is er het nieuwe Vlaamse Jeugddelinquentiedecreet, dat kort wordt geschetst.

Op het gebied van het strafprocesrecht zijn naast een aantal punctuele wijzigingen de meest opvallende vernieuwingen de invoering van de burgerinfiltranten, de spijptantenregeling, de verfijning van de regeling van het deskundigenonderzoek en de aanpassing van de buitengerechtelijke afhandeling, en uiteraard ook de evoluties in de rechtspraak. De gedeeltelijke vernietiging van Potpourri II werd verwerkt, met toch nog aandacht voor de vernietigde regeling omwille van mogelijke problemen van overgangsrecht in de eerstkomende jaren.

Een werk van deze omvang kan niet langer in stand gehouden worden door een enkele auteur. Voor het onderdeel Strafprocesrecht mocht ik opnieuw rekenen op Professor Philip Traest, mijn collega proximus aan de Gentse Universiteit met wie ik al vele jaren samen werk (onder meer destijds in de Commissie Franchimont). Eerste Substituut Steven Vandromme, mijn oud-student en gewaardeerd wetenschappelijk medewerker tijdens mijn periode als voltijds hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen, nam de actualisering van het onderdeel Strafrecht voor zijn rekening. Hun ervaring als advocaat respectievelijk parketmagistraat zorgt voor een belangrijke meerwaarde aan het boek.

Wij hebben, zoals in de vorige editie, ernaar gestreefd het volume van dit boek niet te sterk te doen uitdeinen, om het geheel nog overzichtelijk en “verteerbaar” te houden als instrument voor het onderwijs en de praktijk. Dit is een steeds moeilijker wordende opgave met de niet-aflatende stroom van “punctuele wijzigingen” aan een inmiddels steeds meer gammel negentiende-eeuws bouwwerk. Hopelijk zullen wij, wanneer de beloofde nieuwe wetboeken er zijn, het aantal pagina’s drastisch kunnen inperken.

Bart De Smet, substituut van de procureur-generaal te Antwerpen, tevens oud-student en gewaardeerd wetenschappelijke medewerker, kon wegens tijdgebrek niet langer meewerken aan de actualisering van het Handboek, maar stelde documentatie ter beschikking die nuttig was voor deze 11de editie. Hiervoor onze hartelijke dank.

Ook past een dankwoord voor Wim Lammens, Bart Loosvelt, Jan Roelandt en Onno Vancoillie, assistenten aan de Universiteit Gent voor hun gewaardeerde assistentie.

Chris Van den Wyngaert
2 september 2019

Beknopte Inhoudstafel

Boek 1	1
Titel 1. Algemene Inleiding	3
Titel 2. Materieel Strafrecht	77
Deel I. De strafwet	79
Deel II. Het misdrijf	185
Deel III. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid	299
Deel IV. Strafbare poging en strafbare deelneming	355
Deel V. De sanctie	403
Boek 2	587
Titel 3. Algemene beginselen strafprocesrecht	589
Titel 4. Strafprocesrecht	707
Deel I. De rechten van de verdediging in strafzaken	709
Deel II. De vorderingen die uit het misdrijf voortvloeien	799
Deel III. Het vooronderzoek in strafzaken	927
Deel IV. Het onderzoek ter terechtzitting	1283

Inhoudstafel

Woord vooraf	vii
Beknopte bibliografie	xxv
Vaak geciteerde wetten	xxxii
Vindplaats rechtspraak	xxxv
Boek 1	1
Titel 1. Algemene Inleiding	3
<i>Hoofdstuk 1. Definitie</i>	5
<i>Hoofdstuk 2. Historisch overzicht</i>	7
1. Archaïsche stelsels	7
2. De middeleeuwen	8
a. het oudgermaanse strafproces	8
b. het inquisitoire strafproces	9
3. De Verlichting, het 'revolutionair' strafrecht en de codificaties van Napoleon	11
a. de verlichting	11
b. het 'revolutionair' strafrecht (1789-1800)	12
c. de codificaties van Napoleon	13
(i) de Code d'instruction criminelle van 1808	13
(ii) de Code pénal van 1810	13
4. Het huidige strafrecht in België	13
a. de grondwet van 1830	13
b. het strafwetboek	14
c. het wetboek van Strafvordering	15
<i>Hoofdstuk 3. Theorieën over strafrecht</i>	17
1. Inleiding	17
2. De klassieke leer	19
a. achtergrond	19
b. schuld en straf	19
c. doel en functie van de straf	20
3. De positivistische school en het sociaal verweer	21
a. achtergrond	21
b. schuld en straf	22
c. doel en functie van de straf	24
4. Het nieuw sociaal verweer	25
a. achtergrond	25
b. schuld en straf	26
c. doel en functie van de straf	27
5. Het neoclassicisme als reactie op positivisme en nieuw sociaal verweer	27
a. de Magna Charta op de helling?	27
b. het nieuw realisme	29
c. strekkingen binnen het nieuw realisme	30

6. Het voorstel van nieuw Strafwetboek	32
<i>Hoofdstuk 4. Politieke dimensie van het strafrecht</i>	34
1. Strafrecht en beleid	34
a. het beleid m.b.t. de strafbaarstelling	34
(i) wie beslist over de strafbaarstelling?	34
(ii) wat mag strafbaar worden gesteld?	35
b. het vervolgingsbeleid	41
(i) wie vervolgt?	41
(ii) met welke middelen?	42
(iii) al dan niet vervolgen?	43
c. het sanctioneringsbeleid	44
(i) welke straffen?	44
(ii) wie sanctioneert?	46
(iii) beoordelingsvrijheid van de rechter: hoe ver?	47
d. het strafuitvoeringsbeleid	47
(i) straffen, eens opgelegd: altijd uitvoeren?	47
(ii) straffen vroegtijdig beëindigen?	48
(iii) rechterlijke controle op de strafuitvoering?	49
(iv) moet het slachtoffer een 'zeg' hebben in de strafuitvoering?	49
2. De 'crisis' van het strafrecht	50
<i>Hoofdstuk 5. Bronnen van het straf(proces)recht</i>	53
1. De Grondwet	53
a. de fundamentele rechten	53
b. de bepalingen inzake de rechterlijke macht	54
c. strafrechtelijke verantwoordelijkheid van parlementsleden en ministers	55
2. De wet	55
a. materieel strafrecht	55
(i) Strafwetboek 1867	55
(ii) complementaire wetten	57
(iii) bijzondere wetten	58
(iv) verhouding tussen algemeen en bijzonder strafrecht: art. 100 Sw.	60
(v) defederalisering van het strafrecht?	61
b. strafprocesrecht	63
(i) Wetboek van Strafvordering 1808	63
(ii) complementaire wetten	63
(iii) bijzondere wetten	65
(iv) defederalisering van het strafprocesrecht?	66
(v) gewoonte en gebruik	67
(vi) ministeriële richtlijnen en omzendbrieven van het College van procureurs-generaal	68
3. Het internationaal recht	68
a. het volkenrecht	68
b. de mensenrechten	69
c. het internationaal strafrecht	72
(i) algemeen	72
(ii) Europese Unie	74
Titel 2. Materieel Strafrecht	77
Deel I. De strafwet	79
<i>Hoofdstuk 1. Het legaliteitsbeginsel</i>	81

1. Begrip	81
2. Betekenis van het begrip 'wet'	84
a. 'wet'	84
b. 'krachtens een wet'	85
c. 'krachtens de algemene door de beschaafde volkeren erkende rechtsbeginselen'	86
<i>Hoofdstuk 2. Interpretatie van de strafwet</i>	88
1. De letterlijke interpretatie van de strafwet	88
2. De teleologische interpretatie van de strafwet	90
3. De verboden analogische interpretatie van de strafwet	92
<i>Hoofdstuk 3. De strafwet en het EVRM</i>	96
1. Strafbaarstellingen strijdig met het EVRM	96
a. strafbaarstellingen strijdig met het vermoeden van onschuld	96
b. strafbaarstellingen strijdig met het recht op een eerlijk proces	97
c. strafbaarstellingen strijdig met het recht op privacy	97
d. strafbaarstellingen strijdig met het recht op vrije meningsuiting en/of de godsdienstvrijheid	98
e. beperkingen ingevolge het gelijkheidsbeginsel (art. 10, 11 en 11bis Gw.)	100
f. decriminalisering abortus en euthanasie: strijdig met recht op leven?	101
2. Straffen strijdig met het EVRM	102
a. onmenselijke en vernederende straffen	102
b. doodstraf	103
c. disproportionele straffen	103
d. straffen strijdig met het recht op eigendom	104
e. straffen in strijd met het gelijkheidsbeginsel	105
<i>Hoofdstuk 4. Toepassing van de strafwet in de tijd</i>	106
1. De geldingsduur van de strafwet	106
a. beginpunt	106
b. eindpunt	107
(i) opheffing door de wetgever	107
(ii) opheffing door onbruik: in principe onmogelijk	108
(iii) vernietiging door het Grondwettelijk Hof	108
2. Wetsconflicten in de tijd	109
a. begrip	109
b. de (strengere) strafwet kan niet retroactief worden toegepast	110
(i) beginsel	110
(ii) toepassingsgebied	110
a. wetten waarbij een nieuw misdrijf in het leven wordt geroepen	110
b. wetten waarbij de straffen bepaald voor een reeds bestaand misdrijf worden verzwamd	111
c. wetten die het toepassingsgebied van een reeds bestaande strafbaarstelling uitbreiden	114
d. wetten die het toepassingsgebied van reeds bestaande straffen uitbreiden	115
e. wetten waarbij een nieuwe straf wordt ingevoerd	115
f. wetten die de strafuitvoering verzwamen?	117
(iii) beperkingen	118
a. niet-strafrechtelijke sancties	118
b. procedurewetten	119
c. interpretatieve wetten	122

c. de terugwerkende kracht van de mildere strafwet	122
(i) beginsel	122
(ii) toepassingsgebied	122
a. de afschaffing van een misdrijf	122
b. de verlaging van de strafmaat	123
c. de wetten die het toepassingsgebied van bestaande strafbaarstellingen beperken	125
(iii) beperkingen	126
a. nieuwe wetten die een oude wet over hetzelfde onderwerp vervangen met behoud van strafbaarstelling	126
b. gelegenheidswetten en tijdelijke wetten	126
c. uitvoeringsreglementen	127
<i>Hoofdstuk 5. Toepassing van de strafwet naar de persoon</i>	128
1. Gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel	128
2. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen	129
a. situering	129
b. argumenten in de discussie	130
(i) kan een rechtspersoon 'opzettelijk' handelen of 'onachtzaam' zijn?	131
(ii) kan een rechtspersoon wel worden gestraft?	131
(iii) strijdig met principe van de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid?	132
(iv) is het strafrecht een aangepast sanctioneringsmechanisme?	132
(v) de rechten van de verdediging in strafzaken: ook toepasselijk op de rechtspersoon?	133
c. strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersonen in het Belgisch strafrecht	134
(i) het principe van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen	134
(ii) welke rechtspersonen?	135
a. zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersonen	135
b. ook (economische) groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid	136
c. verenigingen die immuun blijven voor strafvervolging	137
(iii) voor welke misdrijven?	139
(iv) de schuld bij rechtspersonen	140
(v) samenloop van verantwoordelijkheid	141
(vi) delegatie?	145
(vii) de administratieve en burgerlijke sanctionering van de rechtspersoon	145
a. administratieve sancties	145
b. burgerlijke sancties	146
c. de aanpak van rechtspersonen via de bepalingen inzake witwassen	146
3. Schuldonbekwamen	147
4. Schijnbare uitzonderingen: immuniteiten en voorrechten	147
<i>Hoofdstuk 6. Toepassing van de strafwet in de ruimte</i>	149
1. Misdrijven op Belgisch grondgebied gepleegd	150
a. principe	150
b. bepaling van het Belgisch grondgebied	150
(i) het land	151
(ii) de territoriale zee	151
(iii) Belgische schepen	152

(iv) het luchtruim	152
(v) Belgische vliegtuigen	153
c. De bepaling van de plaats van het misdrijf	154
(i) lokaliseringstheorieën	154
(ii) ubiquiteitsleer en effectenleer	155
(iii) leer van de ondeelbaarheid	157
(iv) kanttekeningen	158
2. Misdrijven in het buitenland gepleegd	160
a. volkenrechtelijke aanknopingspunten	160
(i) het beschermingsbeginsel	161
(ii) het actief personaliteitsbeginsel	161
(iii) het passief personaliteitsbeginsel	162
(iv) het universaliteitsbeginsel	163
(v) het vertegenwoordigingsbeginsel	164
b. dubbele incriminatie	165
c. toepassingsgevallen	167
(i) misdaden en wanbedrijven tegen de staatsveiligheid	169
(ii) misdaden en wanbedrijven tegen de openbare trouw	169
(iii) terroristische misdrijven	170
(iv) misdaden en wanbedrijven door een Belg in het buitenland gepleegd	170
(v) misdaden waarvan een Belg in het buitenland het slachtoffer is	173
(vi) internationale misdrijven	173
a. algemene verwijzingsregel (art. 12bis VTSv.)	174
b. oorlogsmisdaden, misdaden tegen de mensheid en genocide (art. 6, 1 ^o bis en 10, 1 ^o bis VTSv.)	177
c. bepaalde terreurdaden (art. 10, 6 ^o VTSv.)	180
d. sekstoerisme en mensenhandel (art. 10ter, 1 ^o , 1 ^o bis, 2 ^o en 3 ^o VTSv.)	182
e. corruptie (art. 10quater VTSv.)	183
f. piraterij op zee	183
g. goederen- en reizigersvervoer over de weg	184
Deel II. Het misdrijf	185
<i>Hoofdstuk 1. Begrip</i>	187
1. Definitie	187
2. Constitutieve elementen van het misdrijf	189
a. het materieel element	191
b. het moreel element	192
c. het element wederrechtelijkheid	193
<i>Hoofdstuk 2. Indeling van de misdrijven</i>	194
1. Wettelijke drieledige indeling: misdaden, wanbedrijven en overtredingen	194
a. begrip en oorsprong	194
b. bepaling van de aard van het misdrijf	195
c. belang van het onderscheid	196
(i) materieel strafrecht	196
(ii) strafprocesrecht	198
d. kritiek op de drieledige indeling der misdrijven	198
e. andere indelingen	202
2. Indeling volgens de Grondwet: politieke en persmisdrijven	202
a. achtergrond	202
b. politieke misdrijven	203

(i) definitie	203
(ii) het onderscheid tussen zuiver en gemengd politieke misdrijven	204
a. zuiver politieke misdrijven	204
b. gemengd politieke misdrijven	204
(iii) het gunstregime voor politieke misdrijven	207
(iv) de uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven	207
c. persmisdrijven	209
(i) definitie	209
(ii) toepassingsvoorwaarden	210
a. het moet om een meningsuiting gaan	210
b. deze meningsuiting moet strafbaar zijn	211
c. het misdrijf moet gepleegd zijn via de drukpers	211
d. er moet een daadwerkelijke openbaarheid aan worden gegeven	213
(iii) het gunstregime voor persmisdrijven	214
3. Indeling volgens de beschermde waarde	215
a. fiscale misdrijven	217
(i) materieel strafrecht	218
(ii) strafprocesrecht	218
b. economische misdrijven	219
(i) materieel strafrecht	220
(ii) strafprocesrecht	221
c. sociale misdrijven	222
(i) materieel strafrecht	223
(ii) strafprocesrecht	224
4. Indeling volgens het moreel element	224
a. opzettelijke en onopzettelijke misdrijven	224
b. onachtzaamheidsmisdrijven en reglementaire misdrijven	225
c. belang van het onderscheid	225
5. Indeling volgens de uitvoeringswijze	226
a. handelings- en verzuimsmisdrijven	226
(i) begrip	226
(ii) overzicht van de verzuimsmisdrijven	227
(iii) de oneigenlijke verzuimsdelicten	228
b. aflopende (ogenblikkelijke) en voortdurende misdrijven	230
(i) begrip	230
(ii) belang van het onderscheid	232
c. enkelvoudige en voortgezette of collectieve misdrijven	233
(i) begrip	233
(ii) belang van het onderscheid	234
d. gelegenheidsmisdrijven en gewoontemisdrijven	234
(i) begrip	234
(ii) belang van het onderscheid	235
6. Andere indelingen	236
a. eigen misdrijven	236
b. openbare en private of klachtmisdrijven	236
c. misdrijven op heterdaad	237
d. basismisdrijven en gekwalificeerde misdrijven	238
e. gewone gedrags- en gevolgmisdrijven	238
f. krenkingmisdrijven, gevaarzettingsmisdrijven en voorbehoeden- de misdrijven	239

<i>Hoofdstuk 3. Rechtvaardigingsgronden</i>	241
1. Begrip	241
a. definitie en grondslag	241
b. onderscheid met schulduitsluitingsgronden	242
c. onderscheid met verschoningsgronden en verzachtende omstandigheden	244
(i) verschoningsgronden	244
(ii) verzachtende omstandigheden	245
2. Wettige verdediging of noodweer	245
a. begrip	245
b. toepassingsvoorwaarden	246
(i) voorwaarden i.v.m. de aanval	246
a. de aanval moet onrechtmatig zijn	246
b. de aanval moet nakend of onafwendbaar zijn	247
c. het moet gaan om een aanslag tegen personen	248
(ii) voorwaarden i.v.m. de afweringsdaad	248
a. subsidiariteit	248
b. proportionaliteit	248
c. vóór of tijdens de aanval, niet erna	249
d. het moet gaan om doodslag of slagen en verwondingen	249
e. verdedigingswil vereist?	250
c. art. 417 Sw.: twee vermoedens van wettige verdediging	250
(i) afwering bij nacht van de inklimming in een bewoond huis	251
(ii) verdediging tegen diefstal of plundering met geweld tegen personen	251
d. enkele bijzondere gevallen	251
(i) noodweerexces (noodweerverschrijding)	251
(ii) putatieve noodweer	252
3. Noodtoestand	252
a. begrip	252
b. toepassingsvoorwaarden	255
(i) subsidiariteit	255
(ii) proportionaliteit	255
c. enkele twistvragen i.v.m. noodtoestand	257
(i) 'voorafgaande fout' en noodtoestand	257
(ii) noodtoestand en eigen belang	258
(iii) noodtoestand en wettelijke verplichting zich aan een kwaad bloot te stellen of erin te berusten	259
(iv) misdrijven waarvoor de noodtoestand niet kan worden ingeroepen	260
4. Wettelijk voorschrift	261
a. begrip	261
(i) regel	261
(ii) uitzondering	262
b. expliciet wettelijk voorschrift	262
c. impliciet wettelijk voorschrift	264
(i) het zgn. 'ouderlijk kastijdingsrecht' of iusta fustigatio	265
(ii) heelkundige ingrepen	265
(iii) bepaalde sportactiviteiten	266
(iv) oorlogsdaden waardoor de strafwet wordt geschonden	267
5. Hoger bevel	268
a. begrip	268
b. toepassingsvoorwaarden	269

(i) het bevel moet rechtmatig zijn	269
(ii) het bevel moet uitgaan van de overheid	270
c. het onrechtmatig hoger bevel: geen rechtvaardigingsgrond	271
(i) principe	271
(ii) bijzondere regeling voor hiërarchisch ondergeschikten	271
(iii) hoger bevel en bijzondere opsporingsmethoden	274
a. als verschoningsgrond	274
b. als rechtvaardigingsgrond	275
6. Toestemming van het slachtoffer: geen rechtvaardigingsgrond	275
a. principe	275
b. toestemming en vrije beschikking	277
c. geneeskunde, sport en toestemming van het slachtoffer	279
<i>Hoofdstuk 4. Verschoningsgronden, verzachtende en verzwarende omstandigheden</i>	280
1. Verschoningsgronden	281
a. begrip	281
b. ratio legis	282
c. strafverminderende en strafuitsluitende verschoningsgronden	282
d. overzicht van de voornaamste verschoningsgronden	283
(i) de uitlokking	284
(ii) de aangifte van bepaalde misdrijven aan de overheid	286
a. toepassingsgevallen in het Belgisch positief recht	286
b. de problematiek van de kroongetuigen	287
(iii) de onderwerping aan de overheid	289
(iv) het (onrechtmatig) hoger bevel	289
(v) sommige gevallen van bloed- en aanverwantschap	290
a. vermogensdelicten tussen familieleden	291
b. hulp aan familieleden	292
(vi) herstel van de schade	292
(vii) niet-bestrafing van slachtoffers van mensenhandel	293
(viii) pro memorie: de 'decumul' in voormalig art. 5, tweede lid Sw.	293
2. Verzachtende omstandigheden	294
a. begrip	294
b. ratio legis	294
3. Verzwarende omstandigheden	295
a. begrip	295
b. subjectieve en objectieve verzwarende omstandigheden	297
(i) subjectieve verzwarende omstandigheden	297
(ii) objectieve verzwarende omstandigheden	298
Deel III. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid	299
<i>Hoofdstuk 1. Algemene begrippen</i>	301
1. Het strafrechtelijk schuldconcept	301
2. Schuld, schuldbequaamheid en toerekeningsvatbaarheid	302
a. achtergrond	302
b. minderjarigen	304
c. geestsgestoorden	306
d. rechtspersonen	308
3. Schuld en objectieve aansprakelijkheid	308
4. Schuld, vermoeden van onschuld en art. 6.2 EVRM	310
5. Schuld en causaliteit	313

a. probleemstelling	313
b. oplossing in de rechtspraak	314
(i) de equivalentie leer	315
(ii) de adequatie leer	316
(iii) de heersende rechtspraak	317
6. Strafrechtelijke schuld en aquiliaanse fout	318
<i>Hoofdstuk 2. Het moreel element van het misdrijf</i>	321
1. Algemene beginselen	321
a. opzet	322
b. onachtzaamheid	322
c. schuld door wetsinbreuk	323
2. Opzet	325
a. begrip	326
b. graden van opzet	326
(i) algemeen opzet (dolus generalis)	328
(ii) bijzonder opzet (dolus specialis)	329
(iii) gans bijzonder opzet	330
c. de modaliteiten van het opzet	330
(i) rechtstreeks opzet	331
(ii) onrechtstreeks opzet (potentieel willen)	335
(iii) potentieel weten (de 'had moeten weten'-test)	337
3. Onachtzaamheid	337
a. algemeen	338
(i) culpa lata of culpa levissima?	338
(ii) subjectief of objectief foutcriterium?	338
b. onachtzaamheidsmisdrijven en rechtspersonen	339
<i>Hoofdstuk 3. De schulduitsluitingsgronden</i>	339
1. Begrip	340
2. Dwang of overmacht	340
a. begrip	340
b. toepassingsvoorwaarden	340
(i) de dwang moet onweerstaanbaar zijn	341
(ii) de wil van de dader moet volledig uitgeschakeld zijn	343
(iii) de dwang mag niet aan de dader te wijten zijn	344
c. enkele bijzondere gevallen	344
(i) dwang en onachtzaamheidsmisdrijven	344
(ii) dwang en alcohol- of drugintoxicatie	346
(iii) persoonlijke noodtoestand	346
3. Dwaling of onwetendheid	346
a. begrip	347
(i) feitelijke dwaling	348
(ii) rechtsdwaling	350
(iii) belang van het onderscheid	351
b. toepassingsvoorwaarden	351
(i) de dwaling moet 'onoverwinnelijk' ('niet-foutief') zijn	352
(ii) de dwaling moet slaan op een constitutief element van het misdrijf	353
c. enkele bijzondere gevallen	353
(i) dwaling en onachtzaamheidsmisdrijven	353
(ii) dwaling m.b.t. rechtvaardigingsgronden	353
a. putatieve noodweer	353

b. putatieve noodtoestand	353
c. putatief hoger bevel	354
Deel IV. Strafbare poging en strafbare deelneming	355
<i>Hoofdstuk 1. Strafbare poging</i>	357
1. Inleiding	357
a. algemene begrippen	357
b. objectivistische en subjectivistische pogingsleer	360
(i) objectivisme, subjectivisme en omschrijving van de poging	360
(ii) objectivisme, subjectivisme en bestraffing van de poging	361
c. de strafbare poging in het Belgisch Strafwetboek	362
2. Constitutieve elementen van de strafbare poging	362
a. het voornemen een welbepaald misdrijf te plegen	362
b. een uitvoeringshandeling	363
c. de staking of mislukking onafhankelijk van de wil van de dader	365
(i) de onvoltooide poging	365
(ii) de voltooide poging	366
3. Gevallen waarin de poging niet strafbaar is	367
a. wanbedrijven en overtredingen	367
b. spontane terugtrek	368
(i) spontaan	369
(ii) definitief	370
(iii) voordat het misdrijf is voltooid	370
c. het onmogelijk misdrijf	371
(i) probleemstelling	371
(ii) oplossing in rechtsleer en rechtspraak	372
(iii) putatieve en absurde misdrijven	374
4. Bestrafing van de poging	375
a. algemene beginselen	375
b. toepassing	375
(i) bestraffing van de poging tot misdaad	375
(ii) bestraffing van de poging tot wanbedrijf	376
(iii) bestraffing van de poging tot overtreding	376
<i>Hoofdstuk 2. Strafbare deelneming</i>	377
1. Begrip	377
2. Theoretische grondslagen	378
a. de accessoriteit van de strafbare deelneming	378
b. inchoate crimes?	379
3. Constitutieve elementen van de strafbare deelneming	381
a. wilsovereenstemming	381
(i) deelnemingsopzet	381
(ii) verzwarende omstandigheden	383
(iii) specificiteit van de wilsovereenstemming	385
(iv) geen deelneming aan onopzettelijke misdrijven	385
b. misdrijf waaraan wordt deelgenomen	385
(i) een misdrijf	385
(ii) een misdrijf dat daadwerkelijk wordt gepleegd	386
(iii) het misdrijf moet niet noodzakelijk voltooid zijn	386
c. 'positieve' deelnemingsdaad	387
(i) de deelnemingsdaad moet met één van de in art. 66 en 67 Sw. opgesomde gedragingen overeenkomen	388

a. het verlenen van materiële hulp	388
b. het verlenen van morele hulp	389
(ii) het moet om een positieve daad gaan	390
a. principe	390
b. deelneming door onthouding?	390
(iii) de deelnemingsdaad moet worden gesteld vóór of tijdens het misdrijf, niet erna	392
4. Bestrafing van de strafbare deelneming	394
a. verschil tussen medeplichtigheid en mededaderschap	394
b. de weerslag van de verzwarende omstandigheden	394
5. Bijzondere vormen van daderschap en strafbare deelneming	395
a. strafbare deelneming en rechtspersonen	395
b. gebruik van minderjarigen om misdrijven te plegen	395
c. schuldig verzuim: een nieuwe vorm van daderschap?	396
d. 'superior responsibility'	397
e. criminele organisaties	398
f. joint criminal enterprise ('JCE')	400
Deel V. De sanctie	403
<i>Hoofdstuk 1. Overzicht van de sancties</i>	405
1. Straffen	406
a. inleiding	406
(i) wat is een 'straf'?	406
(ii) kenmerken van strafrechtelijke straffen	407
(iii) niet-strafrechtelijke sancties	409
(iv) strafsancities en het EVRM	410
(v) indeling van de straffen	411
b. de doodstraf	413
(i) situering	413
(ii) argumenten voor en tegen de doodstraf	414
c. de vrijheidsstraffen	416
(i) gevangenisstraf en opsluiting	416
(ii) hechtenis	418
(iii) vrijheidsstraffen en rechtspersonen	419
d. de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank	420
(i) begrip	420
(ii) toepassingsgebied	420
(iii) inhoud van de TBS	421
e. de geldboete	422
(i) strafrechtelijke geldboeten	422
a. geldboeten die gelden t.a.v. natuurlijke personen	422
b. geldboeten die gelden t.a.v. rechtspersonen	422
(ii) berekening van de geldboeten: het systeem van de opdecimen	423
(iii) boetevervangende gevangenisstraf	424
(iv) administratieve geldboeten en administratieve transacties	425
a. principe	425
b. onderscheid tussen administratieve boeten en administratieve transacties	427
(v) bijdrage aan het slachtofferhulpfonds	429
f. de straf onder elektronisch toezicht	429
(i) begrip en filosofie van de wet	429

(ii) toepassingsgebied (art. 37ter Sw.)	430
(iii) tenuitvoerlegging (art. 37quater Sw.)	431
a. bijzondere verjaringstermijn van de straf	431
b. invulling en opvolging van de uitvoering van de straf	432
c. schorsing van de straf onder elektronisch toezicht	432
g. de werkstraf	433
(i) begrip en filosofie van de wetgever	433
(ii) toepassingsgebied	434
(iii) tenuitvoerlegging van de werkstraf	436
h. de autonome probatiestraf	437
(i) begrip en filosofie van de wetgever	437
(ii) toepassingsgebied (art. 37octies Sw.)	438
(iii) tenuitvoerlegging	439
i. de bijzondere verbeurdverklaring of confiscatie	440
(i) de gewone confiscatie (art. 42, 1° en 2° Sw.)	442
a. welke zaken kunnen worden geconfisqueerd?	442
b. voor welke misdrijven?	445
c. is confiscatie verplicht of facultatief?	446
d. kan gewone confiscatie worden uitgesproken t.a.v. zaken die aan een derde toebehoren?	447
(ii) de confiscatie van vermogensvoordelen of voordeelsontneming (art. 42, 3° en 43bis Sw.)	449
a. begrip	449
b. welke vermogensvoordelen kunnen worden geconfisqueerd?	450
c. bewijslast?	452
d. voor welke misdrijven?	453
e. is voordeelsontneming verplicht of facultatief?	453
f. wat gebeurt er met de geconfisqueerde zaken?	455
g. confiscatie van vermogensvoordelen die aan een derde toebehoren?	455
h. raming van de te confisqueren vermogensvoordelen	457
i. het apart kaalplukonderzoek: de 'buitgerichte' procedure	458
(iii) de verruimde voordeelsontneming (art. 43quater Sw.)	459
a. bedoeling wetgever	459
b. welke veroordelingen?	460
c. waarin bestaat de 'verruiming'?	461
d. bewijslast?	461
(iv) de confiscatie als beveiligingsmaatregel	462
j. de afzetting	463
k. de ontzetting	463
l. het beroepsverbod	465
m. de bekendmaking van vonnissen en arresten	467
n. straffen die gelden t.a.v. rechtspersonen	468
(i) de ontbinding	468
(ii) het verbod bepaalde werkzaamheden te verrichten	469
(iii) de bedrijfssluiting	469
(iv) de bekendmaking van de veroordeling	469
o. andere bijkomende straffen	470
(i) vervallenverklaring van het recht tot sturen	470
(ii) stadionverbod	471

(iii) woonverbod	471
p. voorstellen de lege ferenda	471
(i) de verwijzing naar de tuchtrechtelijke of de bestuurlijke overheid	471
(ii) de schuldigverklaring met waarschuwing	472
(iii) het rijverbod als vorm van mobiliteitsbeperking	473
(iv) opgelegde behandeling	474
(v) verwijdering van het grondgebied	474
2. Burgerlijke gevolgen van het misdrijf	475
a. de wettelijke onbekwaamheid (pro memorie)	475
b. de teruggave	475
c. de gerechtskosten	476
d. de schadevergoeding	477
e. bijzondere burgerlijke sancties	478
(i) onwaardigheid om te erven	478
(ii) vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit	479
3. Maatregelen	481
a. maatregelen t.a.v. minderjarigen	481
(i) de afhandeling op het niveau van het openbaar ministerie	482
(ii) de afhandeling op het niveau van de jeugdrechter of jeugdrechtbank	483
b. de internering van geestesgestoorde delinquenten	485
(i) wettelijk kader en situering	485
(ii) definitie en doelstellingen van de internering	486
(iii) toepassingsvoorwaarden	487
a. de strafbare feiten	487
b. de ernstige geestesstoornis	489
c. het gevaar voor de maatschappij	490
(iv) de gerechtelijke fase	490
a. het psychiatrisch deskundigenonderzoek	490
b. de rechterlijke beslissing tot internering	491
c. kosten, teruggave en bijkomende veiligheidsmaatregelen	492
d. de burgerlijke rechtsoverdracht van de slachtoffers	492
<i>Hoofdstuk 2. Straftoemeting</i>	494
1. De straftoemeting in de strikte betekenis	494
a. criteria voor de straftoemeting	494
(i) straftoemeting en beoordelingsvrijheid van de rechter	494
(ii) de motivering van de straftoemeting (art. 163 en 195 Sv.)	497
(iii) straftoemetingcriteria de lege ferenda	501
b. de verschoningsgronden (art. 78 Sw.)	504
c. de verzachtende omstandigheden (art. 79-85 Sw.)	504
(i) toelaatbaarheid van de verzachtende omstandigheden	504
a. misdaden	505
b. wanbedrijven uit het Strafwetboek	505
c. wanbedrijven in bijzondere wetten	505
d. overtredingen	506
(ii) werking van de verzachtende omstandigheden	506
a. criminele straffen (art. 80-84 Sw.)	506
b. correctionele straffen (art. 85 Sw.)	507
c. politiestrafen	508
(iii) correctionalisering en contraventionalisering	508
a. begrip	508

b. wie kan correctionaliseren?	509
c. voorwaarden	510
(iv) verzachtende omstandigheden de lege ferenda	513
d. recidive of herhaling (art. 54-57 Sw.)	513
(i) begrip	513
(ii) toepassingsvoorwaarden	514
a. een vroegere strafrechtelijke veroordeling	514
b. een nieuw misdrijf	514
c. de staat van herhaling moet door de wet zijn bepaald	515
(iii) strafverzwaring bij wettelijke herhaling	516
(iv) bijzonder gevolg van de herhaling: de TBS	519
e. de samenloop (art. 58-65 Sw.)	519
(i) meerdaadse samenloop	520
(ii) eendaadse samenloop	522
a. eendaadse samenloop stricto sensu	522
b. voortgezette misdrijven	522
(iii) belang van het onderscheid	524
(iv) bepaling van de 'zwaarste straf'	525
f. de straftoemeting bij verzwarende omstandigheden	527
g. de straftoemeting bij strafbare poging en strafbare deelneming	528
(i) poging	528
(ii) deelneming	528
h. onderlinge combinatie van de straftoemetingsregels	529
2. De modaliteiten van de strafoplegging: 'effectief', met uitstel, en de opschorting van de uitspraak	529
a. algemene beginselen	529
b. ratio legis	531
c. uitstel en opschorting: wettelijke regeling	532
(i) toepassingsvoorwaarden	533
a. uitstel	533
b. opschorting	535
c. afwijking bij sommige drugsmisdrijven	536
(ii) de probatievoorwaarden	536
(iii) duur proeftermijn	538
(iv) gevolgen	538
a. uitstel	538
b. opschorting	539
<i>Hoofdstuk 3. Strafvuivering</i>	540
1. Algemene beginselen	540
a. achtergrond	541
b. bronnen van het strafuitvoeringsrecht	542
(i) interne rechtspositie van veroordeelde gedetineerde	542
(ii) externe rechtspositie van veroordeelde gedetineerden	545
c. de rechterlijke controle op de strafvuivering	546
d. het Centraal Strafreger	548
2. Omstandigheden die het verval of tenietgaan van de straffen meebrengen	550
a. de dood van de veroordeelde	550
b. de verjaring van de straf	551
(i) termijnen	551
(ii) stuiting van de verjaring	552

(iii) de ontvluchting	553
(iv) schorsing van de verjaring	553
c. amnestie	554
d. genade	555
3. De uitvoering van de straffen	556
a. de tenuitvoerlegging van de geldboete en de verbeurdverklaring	556
b. de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen	558
(i) algemene beschouwingen	559
(ii) de beveiligingsperiode	561
(iii) de door de minister van Justitie toe te kennen strafuitvoeringsmodaliteiten	561
a. de uitgaansvergunning (art. 4 en 5 Wet Strafvuivering)	561
b. het penitentiair verlof (art. 6 tot 9 Wet Strafvuivering)	562
c. de plaatsing in een transitiehuis (art. 9/1 tot 9/3 Wet Strafvuivering)	562
d. de procedure (art. 10 tot 14 Wet Strafvuivering)	562
e. de onderbreking van de strafvuivering (art. 15 tot 20 wet strafvuivering)	563
f. de invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied (art. 20/1 wet strafvuivering)	563
(iv) de door de strafuitvoeringsrechter/strafuitvoeringsrechtbank toe te kennen strafuitvoeringsmodaliteiten	563
a. de voorwaardelijke invrijheidstelling	564
b. de voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied of met het oog op overlevering	567
c. beperkte detentie en elektronisch toezicht	567
d. opvolging en controle (art. 62 en 63 wet strafvuivering)	568
e. herroeping, schorsing en herziening van een strafuitvoeringsmodaliteit	569
f. de definitieve invrijheidstelling (art. 71 wet strafvuivering)	570
g. bijzondere bevoegdheden van de strafuitvoeringsrechter	570
(v) oud regime dat voorlopig nog van kracht blijft voor vrijheidsstraffen van 3 jaar en minder: de niet-uitvoering van de korte gevangenisstraf	571
c. de tenuitvoerlegging van de TBS	573
(i) uitvoeringsprocedure van de TBS	573
(ii) verloop van de vrijheidsbeneming	573
(iii) verloop van de invrijheidstelling onder toezicht	574
(iv) ontheffing van de TBS	574
d. probatie-uitstel en probatie-opschorting	575
(i) toezicht op de probatievoorwaarden	575
(ii) de herroeping van het (probatie)uitstel en de (probatie)opschorting	575
a. herroeping van het uitstel	576
b. herroeping van de opschorting	577
c. nog enkele algemene aspecten van de herroeping	577
4. De uitvoering van beveiligingsmaatregelen	577
a. de uitvoering van de maatregelen van de jeugdrechter	577
b. de tenuitvoerlegging van de intemer	578
(i) de uitvoeringsmodaliteiten	578
(ii) de procedure	580

(iii) gelijktijdige tenuitvoerlegging van een internering en een veroordeling tot een vrijheidsstraf	581
(iv) de internering van veroordeelden	581
<i>Hoofdstuk 4. Uitwissing en eerherstel</i>	583
1. Automatische uitwissing	583
2. Eerherstel	584

Beknopte bibliografie

- BEAUTHIER, J.P., *Bewijs in strafzaken/La preuve en droit pénal*, Brugge, Die Keure, 2011, 119 p.
- BEKAERT, H., *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch Strafrecht*, Brussel/Antwerpen, Universitaire Publikaties/Ontwikkeling, 1965, 359 p.
- BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, Brussel, Bruylant, 1901-1903, 2 dln.
- BLAISE, N. en COLETTE-BASECQZ, N., *Manuel de droit pénal général*, Limal, Anthemis, 2016, 660 p.
- BODSON, P., *Manuel de droit pénal. Principes généraux de la répression*, Luik, Ed. de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, 570 p.
- BOSLY, H.-D., VANDERMEERSCH, D. en BEERNAERT, M.-A., *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Chartre, 2017, 2096 p.
- BOSLY, H.-D. en DE VALKENEER, C. (ed.), *Les infractions. Vol. 1. Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2016, 944 p.
- BOSLY, H.-D. en DE VALKENEER, C. (ed.), *Les infractions. Vol. 2. Les infractions contre les personnes*, Brussel, Larcier, 2010, 848 p.
- BOSLY, H.-D. en DE VALKENEER, C. (ed.), *Les infractions. Vol. 3. Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Brussel, Larcier, 2011, 488 p.
- BOSLY, H.-D. en DE VALKENEER, C. (ed.), *Les infractions. Vol. 4. Les infractions contre la foi publique*, Brussel, Larcier, 2012, 504 p.
- BOSLY, H.-D. en DE VALKENEER, C. (ed.), *Les infractions. Vol. 5. Les infractions contre l'ordre public*, Brussel, Larcier, 2013, 792 p.
- BOURDOUX, G.L. en DE VALKENEER, Ch., *La loi sur la fonction de police*, Brussel, Larcier, 1993, 351 p.
- BRAAS, A., *Précis de droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1946, 3e druk, 371 p.
- BRAAS, A., *Précis de procédure pénale*, Brussel, Bruylant, 1950 (deel I) en 1951 (deel II), 2 dln., 1160 p.
- CARNOT, M., *De l'instruction criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers, avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de cassation*, Brussel, 1830, 6 dln.
- CHAVEAU, A. en HELIE, F., *Théorie du Code pénal*, Brussel, Bruylant, 1863, 2e druk, 3 dln.
- CHOME, P., KLEES, O. en LORENT, A. (ed.), *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4 dln.
- COLLIN, F., *Strafrecht*, Brussel, Larcier, 1948.
- COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen van de hervorming*, Brussel, Ministerie van Justitie, 1979, 137 p.
- COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Beschouwingen van de Commissie over het voorontwerp van Strafwetboek van de H. Robert Legros, Koninklijk Commissaris voor de Hervorming van het strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1986, 126 p.
- COMMISSIE STRAFPROCEDURE, *Voorontwerp van wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporings- en het gerechtelijk onderzoek*, Ed.scientifique Fac.D.Liège/Maklu, 1994, 194 p.
- COMMISSIE STRAFPROCEDURE, *Voorontwerp van wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporings- en het gerechtelijk onderzoek bijgewerkt na raadplegingen*, Ed.scientifique Fac.D.Liège/Maklu, 1995, 149 p.

Rechtvaardigingsgronden

Voorbehoedende misdrijven houden strafbaarstellingen in van de eventuele voorbereidingshandelingen die tot het plegen van een misdrijf kunnen leiden.¹⁰³⁹ De bedoeling hiervan is te kunnen optreden tegen voorbereidingshandelingen die geen begin van uitvoering van een welbepaald misdrijf inhouden en die dus niet onder de rechtsfiguur van de poging kunnen worden gevat.¹⁰⁴⁰

Zo is bv. het bedrieglijk namaken of vervalsen van sleutels (art. 488 Sw.), een voorbereidingshandeling van diefstal en van woonstschennis. Ook de verboden wapendracht (inbreuk op de *Wapenwet*) en bendevorming (art. 322 e.v. Sw.) kunnen in deze categorie worden ondergebracht, evenals het recente misdrijf van binnendringen in havengebieden (art. 546/1 e.v. Sw.)¹⁰⁴¹, wat immers als een voorbereidingshandeling gezien kan worden van een terroristische aanslag, het uithalen van drugs uit een container, een ladingdiefstal of van mensensmokkel van illegale vreemdelingen.

1. Begrip

A. DEFINITIE EN GRONDSLAG

Rechtvaardigingsgronden zijn omstandigheden waardoor een strafbaar feit zijn wederrechtelijk karakter verliest.¹⁰⁴² Zij 'rechtvaardigen' het misdrijf, doordat zij tot gevolg hebben dat een principieel ontoelaatbare gedraging toelaatbaar wordt. De gedraging verliest hierdoor niet alleen haar wederrechtelijk karakter, maar de dader is zelfs gerechtigd de daad te stellen.

Zo is wie aangevallen wordt, gerechtigd de aanval af te weren: de slagen of verwondingen die hierbij aan de aanrander worden toegebracht, zijn gerechtvaardigd door *wettige verdediging* (art. 416 Sw.).

Een politieofficier die in een woning binnendringt om een huiszoeking te verrichten op grond van een huiszoekingsbevel van de onderzoeksrechter, maakt zich niet schuldig aan woonstschennis (art. 148 Sw.) omdat zijn handeling gerechtvaardigd is door het *hoger bevel* (art. 70 Sw.).

De bestuurder van een ziekenwagen die een patiënt bij urgentie naar het ziekenhuis moet vervoeren en hierbij een verkeersovertreding pleegt, is gerechtvaardigd door de *noodtoestand*. In de gegeven omstandigheden is de bestuurder van de ziekenwagen gerechtigd de strafwet te schenden.¹⁰⁴³

Rechtvaardigingsgronden komen in alle rechtsstelsels voor. Het Belgische strafrecht kent de volgende rechtvaardigingsgronden: de wettige verdediging (art. 416 Sw.), het wettelijk voorschrift (art. 70 Sw.), het hoger bevel (art. 70 Sw.) en de noodtoestand. De eerste drie rechtvaardigingsgronden zijn uitdrukkelijk in de wet bepaald, de vierde werd door de rechtspraak ingevoerd.

In het voorstel van nieuw Strafwetboek wordt een 5^e rechtvaardigingsgrond ingevoegd, met name *wettig verzet tegen misbruiken door de overheid*: 'Er is geen misdrijf wanneer actief of passief verzet wordt geboden tegen een kennelijk onwettige daad van de overheid, die een onverwijldde reactie noodzakelijk maakt teneinde onherstelbare schade te voorkomen, en dit verzet wordt uitgeoefend op een manier die evenredig is met de aard en het belang van de onwettigheid'

1039. Zie alg. A. DE NAUW, 'Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen', Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1982, 90 p.

1040. Zie *infra*, strafbare poging, p. 357.

1041. F. MELIS, 'Havens binnendringen voortaan strafbaar', *IHT* 2016, 458-460; S. VANDROMME, 'De strafbaarstelling van binnendringen in havengebied', *T.Strafr.* 2017, 238-244.

1042. A. VERHEYLESonne, 'Les causes de justification', in P. CHOME, O. KLEES en A. LORENT (ed.), *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, losbl., 108 p.

1043. Bv. Pol. Antwerpen 19 januari 2005, *T.Pol.* 2008, 27, noot. Al stelt de Wegcode wel bepaalde voorwaarden aan het rijgedrag van prioritaire voertuigen: A. LINERS en M. LANGOUCHE, 'Véhicules prioritaires, police et Code de la route', *Vigiles* 2008, 79-85. Maar ook particulieren of een huisarts die niet met een prioritaire voertuig rijden, kunnen desgevallend de noodtoestand inroepen om zich met spoed naar het ziekenhuis of een patiënt te begeven.

(art. 16)¹⁰⁴⁴, ook al wordt er meteen bij vermeld dat deze slechts zeer uitzonderlijk zal kunnen worden toegepast.

In principe geldt dat rechtvaardigingsgronden *algemeen* zijn, d.w.z. dat zij voor elk misdrijf kunnen worden aangevoerd. Er zijn echter veel uitzonderingen op dit principe. Wettige verdediging kan enkel worden aangevoerd ter rechtvaardiging van doodslag of slagen en verwondingen, niet van andere misdrijven. Wettelijk voorschrift, hoger bevel (art. 70 Sw.) en noodtoestand (art. 136octies Sw.) kunnen niet worden ingeroepen als rechtvaardigingsgrond bij oorlogsmisdaden, misdaden tegen de mensheid en genocide. Noodtoestand kan niet worden ingeroepen bij foltering (art. 417ter, *in fine* Sw.).

In België moet de rechter, bij de beoordeling van de vraag of de feiten bewezen zijn, niet apart oordelen over het bestaan van het misdrijf (kwalificatievraag) en de vraag of er rechtvaardigingsgronden zijn. Dit brengt met zich dat beide vragen in België soms worden vermengd.

In Nederland volgt men daarentegen de techniek van de zgn. *gelede vraagstelling*. De rechter beslist eerst over de vraag of het tenlastegelegde bewezen is (*eerste materiële vraag*). Daarna moet hij nagaan of het tenlastegelegde feit een strafbaar feit oplevert (*tweede materiële vraag of kwalificatievraag*). Vervolgens komt de vraag aan bod of de verdachte deswege strafbaar is (*derde materiële vraag*), waarbij zowel rechtvaardigingsgronden als schulditsluitingsgronden aan de orde komen (art. 350 Ned.Sv.).¹⁰⁴⁵

B. ONDERSCHIED MET SCHULDITSLUITINGSGRONDEN¹⁰⁴⁶

Een onderscheid wordt gemaakt tussen rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden. Schulditsluitingsgronden hebben geen betrekking op de wederrechtelijkheid van de gedraging, maar enkel op de schuld van de dader. Zij 'rechtvaardigen' de gedraging niet, maar heffen enkel de schuld van de dader op; zij 'verontschuldigen' de dader, maar maken de gedraging daarom nog niet toelaatbaar.

Als een gevangengenomen soldaat in een oorlogssituatie door de vijand wordt gefolterd, en hierbij staatsgeheimen prijsgeeft, dan kan het misdrijf dat hij heeft gepleegd (art. 116 of 118 Sw.) weliswaar verontschuldigd zijn wegens *dwang*. Zijn gedraging wordt hierdoor echter niet toelaatbaar.

Als een persoon door een verkeerd technisch advies van de overheid een plaatselijke reglementering overtreedt, dan is dit misdrijf mogelijk verontschuldigd door onoverwinnelijke *dwaling*. Het feit dat hij heeft gepleegd wordt daardoor echter niet gerechtvaardigd.

Het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden bestaat niet in alle rechtsstelsels. Het is vooral onder invloed van de Duitse rechtsleer dat

1044. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT, m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 591 p.

1045. Zie G. KNIGGE, 'Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit', in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1993, 46 p.

1046. Zie *in extenso infra*, de schulditsluitingsgronden, p. 339.

meer en meer auteurs, ook in België, het onderscheid maken.¹⁰⁴⁷ Nieuw is het echter niet. Zo maakte Haus reeds duidelijk het onderscheid tussen de '*causes qui effacent la criminalité de l'action*' en de '*causes qui effacent la culpabilité de l'auteur*'.¹⁰⁴⁸ Het heeft echter geen uitdrukkelijke wettelijke basis en de rechtspraak maakt het nog niet altijd. Vaak wordt voor beide categorieën de verzamelnaam 'rechtvaardigingsgronden' gebruikt, met als subcategorieën 'objectieve rechtvaardigingsgronden' voor de eigenlijke rechtvaardigingsgronden en 'subjectieve rechtvaardigingsgronden' voor de schulditsluitingsgronden.¹⁰⁴⁹

Het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden is echter van groot principieel belang. Het concept 'schulditsluitingsgrond' laat toe begrip op te brengen voor de persoonlijke situatie waarin de dader zich bevond toen hij een strafbare gedraging stelde zonder er evenwel de gedachte aan vast te knopen dat zijn gedrag hierdoor toelaatbaar wordt. Vanuit een moreel oogpunt is dit een nuttig onderscheid.

Stel dat brand uitbreekt in een bioscoop en dat, in de panieksituatie waarin de toeschouwers de zaal verlaten, enkele personen worden vertrappeld. Het begrip dat men opbrengt voor de personen die in deze situatie letsels aan anderen hebben toegebracht hoeft niet te betekenen dat men deze gedraging op algemene wijze toelaatbaar acht. Zij kunnen weliswaar worden vrijgesproken op grond van *dwang*, maar hun gedraging wordt niet beschouwd als gerechtvaardigd. Anders is het gesteld met de wettige verdediging: wanneer iemand op onrechtmatige wijze wordt aangevallen en zich hiertegen verweert, is zijn afweringsdaad toelaatbaar. Schulditsluitingsgronden maken de gedraging dus nooit rechtmatig: zij heffen enkel de schuld van de dader op. Gerechtvaardigd gedrag daarentegen is in wezen toelaatbaar gedrag.

Het onderscheid is ook van belang i.v.m. de positie van het slachtoffer. Zo mag wie van zijn vrijheid wordt beroofd door een politieofficier die over een geldig aanhoudingsbevel beschikt zich niet verweren, omdat de daad van de politieofficier steunt op het wettelijk voorschrift en het hoger bevel (art. 70 Sw.) en hierdoor gerechtvaardigd is.¹⁰⁵⁰ Gaat de vrijheidsberoving echter uit van een persoon die onder *dwang* (schulditsluitingsgrond; art. 71 Sw.) handelt omdat hij zelf wordt bedreigd door iemand anders, dan heeft men het recht zich hiertegen te verweren.

1047. Zie alg. A. ESER, 'Justification and excuse: a key issue in the concept of crime', in A. ESER en G.P. FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Freiburg, 1987, 17-65; J.C. SMITH, *Justification and excuse in the criminal law*. London, Stevens and Sons, 1989, 133 p.

1048. J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gent, Hoste, 1879, 3e druk, dl.1, 460 e.v. en 502 e.v.

1049. Zie bv. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles, o.c.*, nr. 2247 (onderscheid tussen 'causes de non-imputabilité' en 'causes de justification proprement dites'); H. BEKAERT, *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch Strafrecht*, Brussel/Antwerpen, Universitaire Publicaties/Ontwikkeling, 1965, 226 e.v. en 257 e.v. (onderscheid subjectieve/objectieve rechtvaardigingsgronden); C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 797 e.v. (zelfde onderscheid); J. CONSTANT, *o.c.*, nr. 225 tot 390 (geen onderscheid). Ook R. LEGROS maakt in zijn *Voorontwerp van Strafwetboek* (Brussel, Ministerie van Justitie, 1985) geen onderscheid. De term schulditsluitingsgronden wordt vooral door de moderne auteurs gebruikt, zie bv. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 460 e.v.

1050. Cf. Corr. Leuven 11 juni 1998, *T.Vred.* 1999, 160; *T.Vred.* 1999, 300 (Burgerlijke partijstelling door sleepdienst die gevorderd werd door agenten is onontvankelijk).

Tot slot kan erop worden gewezen dat rechtvaardigingsgronden *in rem* werken, schulduitsluitingsgronden *in personam*. Wanneer verscheidene personen deelnemen aan een gerechtvaardigd misdrijf, dan gaan zij allen vrijuit; schulduitsluitingsgronden hebben echter enkel een weerslag op de persoon die ze kan aanvoeren.

C. ONDERSCHIED MET VERSCHONINGSGRONDEN EN VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN

(i) *verschoningsgronden*¹⁰⁵¹

Verschoningsgronden zijn omstandigheden die met zich brengen dat de straf hetzij verminderd (strafverminderende verschoningsgronden), hetzij uitgesloten wordt (strafuitsluitende verschoningsgronden). Zij hebben geen betrekking op het bestaan van het misdrijf zelf. Zij betreffen enkel de *straf*: al naar gelang de verschoningsstrafverminderend of strafuitsluitend is, heeft zij de vermindering of de uitsluiting van de straf tot gevolg.

Wanneer een persoon tijdens een caféruzie zijn zelfbeheersing verliest en zijn gesprekspartner slagen toebrengt, kan hij, al naargelang van de omstandigheden, de provocatie of uitlokking als strafverminderende verschoningsgrond aanvoeren (art. 411 Sw.). Zijn gedraging wordt hierdoor niet gerechtvaardigd, maar de rechter zal een strafvermindering toepassen.¹⁰⁵²

Bij verschoningsgronden blijven de overige kenmerken van het misdrijf bestaan. Dit is van belang voor de burgerlijke gevolgen: aangezien de rechtvaardigingsgrond het misdrijf opheft, kan een *gerechtvaardigd misdrijf* uit zichzelf geen burgerlijke gevolgen hebben.¹⁰⁵³ Een verschoningsgrond werkt enkel in op de bestraffing, maar laat het misdrijf bestaan, zodat de veroordeelde ook tot schadevergoeding gehouden zal zijn.

Een verder onderscheid is dat rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden op algemene rechtsbeginselen berusten, terwijl verschoningsgronden in principe uitsluitend uit een imperatieve bepaling van de wet voortvloeien (art. 78 Sw.). Anders gezegd: rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden zijn algemeen en gelden voor alle misdrijven, terwijl verschoningsgronden specifiek zijn en enkel voor welbepaalde misdrijven gelden.

Wanneer iemand in een noodsituatie een misdrijf pleegt, zal hij, afhankelijk van de omstandigheden, de *noodtoestand* als rechtvaardigingsgrond kunnen aanvoeren.¹⁰⁵⁴ Dit hoeft niet uitdrukkelijk in de wet te zijn bepaald, omdat noodtoestand een algemene rechtvaardigingsgrond is. Provocatie daarentegen is slechts een verschoningsgrond, en geldt daarom slechts voor het *specifieke* misdrijf waarvoor zij is bepaald, nl. doodslag en slagen en verwondingen (art. 411 Sw.). Dit brengt mee dat de verplichte strafvermindering ingeval van *provocatie* niet t.a.v. andere misdrijven kan worden toegepast.

Zo zal de beklaagde die vervolgd wordt wegens verkrachting niet als verschoningsgrond kunnen aanvoeren dat het slachtoffer hem tot de daad heeft geprovoceerd. Zelfs al kan dit worden aangetoond, dan nog geldt geen verplichte strafvermindering, omdat t.a.v. verkrachting geen verschoningsgrond in de wet is bepaald. Provocatie als strafverminderende verschoningsgrond

1051. Zie *in extenso infra*, verschoningsgronden, p. 281.

1052. Zie *infra*, de uitlokking, p. 284.

1053. Zie bv. Cass. 21 maart 1979, *Pas.* 1979, I, 862, *RCJB* 1982, 139, noot J. VERHAEGEN.

1054. Zie *infra*, noodtoestand, p. 252.

voor verkrachting is dus uitgesloten, wat daarentegen niet uitsluit dat de dader zich op provocatie beroept maar dan als verzachtende omstandigheid.

(ii) *verzachtende omstandigheden*

Verzachtende omstandigheden laten, net zoals de verschoningsgronden, de strafbaarheid van het feit bestaan, maar hebben enkel een strafverlaging tot gevolg. Het verschil met de strafverminderende verschoningsgronden is hierin gelegen dat de verschoningsgronden limitatief in de wet zijn opgesomd en verplicht door de rechter moeten worden toegepast. Verzachtende omstandigheden daarentegen zijn niet uitdrukkelijk in de wet bepaald: zij worden aan de soevereine beoordeling van de strafrechter overgelaten.¹⁰⁵⁵

Waar in het hierboven aangehaalde voorbeeld van verkrachting de beklaagde zich niet op de provocatie als verschoningsgrond zal kunnen beroepen, wordt de toepassing van provocatie als verzachtende omstandigheid niet uitgesloten door de wet. Alles zal hier afhangen van de concrete omstandigheden van de zaak. Strafvermindering is in dat geval steeds facultatief: zelfs al stelt de rechter vast dat het slachtoffer de dader heeft geprovoceerd, dan nog is hij niet verplicht een lagere straf toe te passen, omdat het slechts een verzachtende omstandigheid, en geen verschoningsgrond betreft.

2. Wettige verdediging of noodweer

A. BEGRIP¹⁰⁵⁶

Er is wettige verdediging of *noodweer* wanneer een persoon, ter verdediging van zichzelf of van een ander, een onrechtmatige aanval afweert d.m.v. slagen, verwondingen of doodslag. Deze rechtvaardigingsgrond is uitdrukkelijk omschreven in art. 416 Sw., dat bepaalt:

‘Er is noch misdaad, noch wanbedrijf, wanneer de doodslag, de verwondingen en de slagen geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zichzelf of van een ander’.

Anders dan in de meeste andere landen is de wettige verdediging in België geen algemene maar een *bijzondere rechtvaardigingsgrond*, waarvan de toepassing in principe beperkt is tot slagen en verwondingen en doodslag. Art. 416 is immers opgenomen in Boek II Sw., niet in Boek I dat de algemene beginselen bepaalt. Het gevolg is dat

1055. Zie *infra*, verzachtende omstandigheden, p. 245.

1056. Zie alg. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles*, o.c., nr. 2632-2696; J. CONSTANT, o.c., nr. 323-340; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., nr. 816-872; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., nr. 363-380; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t.II, *L'infraction pénale*, Brussel, Larcier, 2010, 438-464; T. ONGENA, ‘Wettige verdediging of noodweer’, in *Comm.Straf*. Zie ook A.J.M. MACHIELSE, *Noodweer in het strafrecht. Een dogmatische en rechtsvergelijkende studie*, Amsterdam, Stichting Onderzoek Recht en Beleid, 1986, 752 p.; D. DASSONVILLE, ‘Droit de légitime défense et débordements éventuels: aperçu de droit comparé’, *Rev.dr.pén.* 2008, 5-31; R. VAN STEENBERGHE, ‘Le droit contemporain de légitime défense. Entre réalisme et idéalisme’, *Ann.dr.Louvain* 2010, 43-54; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld. Een onderzoek naar de accuraatheid en de coherentie van de strafrechtelijke kwalificaties en instrumenten aangewend als reactie op fysiek interpersoonlijk geweld*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 633-753.

enkel deze misdrijven, en niet om het even welk strafbaar feit, op grond van noodweer kunnen worden gerechtvaardigd. Een ander verschilpunt met sommige buitenlandse regelingen is dat in België noodweer *enkel* kan worden aangevoerd om onrechtmatige aanrandingen van *personen* af te weren. Noodweer ter verdediging van de aantasting van materiële goederen is niet toegelaten.¹⁰⁵⁷

B. TOEPASSINGSVOORWAARDEN

De toepassingsvoorwaarden hebben betrekking, zowel op de aanvalsdaad als op de afweringsdaad, en dienen cumulatief vervuld te zijn.

(i) voorwaarden i.v.m. de aanvalsdaad

A. DE AANVAL MOET ONRECHTMATIG ZIJN

Wie 'aangevallen' wordt door een persoon die zelf gerechtvaardigd is, is niet gerechtigd zich hier tegen te verweren. Het is enkel voor zover de aanval onrechtmatig is, dat het recht op wettige verdediging ontstaat.

Als iemand wordt gearresteerd door een politieofficier die over een rechtmatig aanhoudingsbevel beschikt, is er geen 'aanval', die aan de betrokkene een recht op wettige verdediging geeft.¹⁰⁵⁸ Is de vrijheidsbeneming daarentegen onrechtmatig, dan heeft hij het recht zich te verdedigen.¹⁰⁵⁹ Als een vrouw gekidnapd of verkracht wordt, mag zij zich hier tegen verweren, desnoods d.m.v. slagen en verwondingen.

De omstandigheid dat de aanvaller zelf een beroep zou kunnen doen op een schulduitsluitingsgrond, maakt de aanval niet rechtmatig. Zo heeft men bv. het recht zich te verweren tegen de aanval van een krankzinnige, hoewel deze laatste zelf een beroep op de schulduitsluitingsgrond, bepaald door art. 71 Sw. kan doen.

B. DE AANVAL MOET NAKEND OF ONAFWENDBAAR ZIJN

Deze voorwaarde houdt verband met het hierna besproken vereiste dat de afweringsdaad ogenblikkelijk noodzakelijk moet zijn. Wettige verdediging is immers een uitzondering op het algemeen verbod op eigenrichting. Het is slechts in zoverre de aangevallene niet in de mogelijkheid verkeerde de hulp van de overheid in te roepen, dat hij het recht heeft zich te verdedigen. Dit veronderstelt dat de aanval nakend en onafwendbaar is. De beoordeling hiervan is, zoals voor alle hier besproken voorwaarden, een feitenkwestie waarover de strafrechter op soevereine wijze beslist.

1057. Cf. bv. art. 41, eerste lid Nederlands Sw. en § 33 Duits *StGB*.

1058. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., 863; Antwerpen 30 oktober 1998, *Limb.Rechtsl.* 1999, 154, noot J. KERKHOFS, *RW* 1999-2000, 611, noot P. ARNOU.

1059. Luik 22 november 2012, *JLMB* 2013, 1474.

C. HET MOET GAAN OM EEN AANSLAG TEGEN PERSONEN

Naar Belgisch recht is wettige verdediging enkel mogelijk voor het afweren van aanslagen tegen personen. Een aanslag tegen goederen met geweld afslaan, kan niet op grond van deze rechtsfiguur worden gerechtvaardigd.¹⁰⁶⁰

Het moet hier niet noodzakelijk gaan om de verdediging van de eigen persoon, ook aanslagen tegen andere personen mogen worden afgeweerd. Vandaar dat de term wettige *zelf*verdediging onnauwkeurig is. Het moet een aanval zijn waardoor de persoon in zijn persoonlijke integriteit wordt geraakt: hieronder vallen niet enkel aanslagen tegen het leven en de fysieke integriteit, maar bv. ook tegen de vrijheid en de seksuele integriteit, bv. aanranding of verkrachting.¹⁰⁶¹

In sommige landen slaat de wettige verdediging ook op de afwering van aanslagen tegen goederen. Deze rechtvaardigingsgrond bestaat in verschillende staten in de VSA en ook in Nederland en Duitsland. Ook in Frankrijk wordt hij erkend.

In Zuid-Afrika werd door de auto-industrie een afweermechanisme vervaardigd om *carjackings* tegen te gaan: bij een overval worden vuurtongen van 2,5 meter 'uitgespuwd', waardoor potentieel dodelijk geweld wordt toegebracht aan de overvaller. Dit afweermechanisme, dat naar Zuid-Afrikaans recht toelaatbaar is¹⁰⁶², is onverenigbaar met het Belgische art. 416 Sw.

Ook in België gaan stemmen op om wettige verdediging van goederen toe te laten. Dit punt was aan de orde n.a.v. een reeks gewelddadige ramkraken op juwelierszaken. De zaak *Tybergien*, een Harelbeekse juwelier die vervolgd werd wegens het neerschieten van een vluchtende Poolse ramkraker (2001) en hiervoor een voorwaardelijke straf opliep wegens verschoonbare doodslag¹⁰⁶³, bracht de discussie op gang en gaf aanleiding tot een wetsvoorstel om de wettige verdediging van goederen onder bepaalde voorwaarden toe te laten.¹⁰⁶⁴ M.i. moet de wetgever niet tornen aan de regels inzake wettige verdediging. Buiten de principiële bezwaren tegen het toelaten van fysisch geweldgebruik ter verdediging van goederen, is de voorgestelde wetswijziging niet opportuun vanuit een praktisch perspectief: het risico bestaat immers dat inbrekers die weten dat eigenaars van bestolen panden geweld mogen gebruiken, ook zelf sneller tot geweldgebruik zullen overgaan, waardoor de spiraal van het geweldgebruik riskeert te worden aangewakkerd. Bovendien riskeren mensen al te snel naar wapens te grijpen om hun goederen te verdedigen.

De zaak F.G. is hiervan een voorbeeld. Een fiere eigenaar van een groenteserre was herhaaldelijk het slachtoffer geweest van diefstal van groenten ('moeskopperij', oud art. 557, 6° Sw.). Om hieraan een einde te stellen stond hij op een gegeven dag de dief in zijn serre op te wachten en schoot hem bij de eerstvolgende gelegenheid neer.¹⁰⁶⁵ Incidenten van deze aard riskeren zich op te stapelen als wettige verdediging van goederen zou worden toegelaten.¹⁰⁶⁶

1060. Corr. Luik 21 maart 1980, *Jur.Liège* 1981, 37, noot F. PIEDBOEUF, *RW* 1991-92, 197, noot C. D'HAESE.

1061. Antwerpen 27 mei 1981, *RW* 1983-84, 1899, noot P. ARNOU.

1062. 'Anti-theft device with a vengeance', *Time Magazine*, 21 december 1998, 12.

1063. Corr. Kortrijk 15 november 2002, *RABG* 2003, 803, noot L. DELBROUCK, 'Bescherming van eigendom: nood aan wetswijziging?'

1064. Zie Wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek inzake noodweer, *Parl.St Kamer*, 2000-01, nr. 1288: rechtvaardiging van verdediging van eigendommen, behalve voor daden van vrijwillige doodslag. Uiteraard moet het verweer wel volstrekt noodzakelijk zijn.

1065. *De Standaard*, 2/3 augustus 2003.

1066. Zie ook P. DE HERT en P.P.J. VAN DER MEIJ, 'Op weg naar de far west? Wettige zelfverdediging naderbij bekeken', *Vigiles* 2004, 33-39.

A. SUBSIDIARITEIT

De afweringsdaad moet 'ogenblikkelijk noodzakelijk' zijn. Ogenblikkelijk noodzakelijk betekent dat de aanval niet op een andere wijze kan worden afgeweerd. Deze voorwaarde is een toepassing van het *subsidiariteitsbeginsel*: als de betrokkene andere middelen heeft om zich tegen de aanval te verweren, bv. door de overheid ter hulp te roepen, betekent dit dat de afwering niet ogenblikkelijk noodzakelijk is en zal hij zich niet op wettige verdediging kunnen beroepen.

In dit verband bestaat in de literatuur betwisting over de vraag of het slachtoffer van de aanval de verplichting heeft te vluchten indien hij daartoe de mogelijkheid heeft. Deze vraag moet in het licht van de concrete omstandigheden worden beantwoord, met name vanuit de vraagstelling of de afweringsdaad 'ogenblikkelijk noodzakelijk' was.¹⁰⁶⁷

B. PROPORTIONALITEIT

De afweringsdaad moet in verhouding staan tot de aanval. Deze voorwaarde hangt nauw samen met de vorige: wanneer slagen en verwondingen volstaan om een aanval af te weren, zou doodslag een disproportionele afweringsdaad zijn (*proportionaliteitsbeginsel*). Dit zou tevens betekenen dat de subsidiariteitsvoorwaarde niet is vervuld, aangezien de aanval ook op een andere wijze, nl. d.m.v. slagen en verwondingen, had kunnen worden afgeweerd.¹⁰⁶⁸

Voor wettige verdediging is evenredigheid vereist tussen de ernst van de aanval en de ernst van het geweld dat is gebruikt om de aanval af te weren, maar niet tussen het geweld van degene die zich verdedigt en de verwondingen die zijn tegenstander daardoor heeft opgelopen.¹⁰⁶⁹ Dit laatste heeft degene die zich verdedigt, immers niet volledig zelf in de hand.

De mate waarin de politie geweld mag gebruiken bij de uitoefening van haar taken, wordt nader omschreven in art. 37 Wet Politieambt.¹⁰⁷⁰

C. VÓÓR OF TIJDENS DE AANVAL, NIET ERNA

Deze voorwaarde hangt samen met de voorwaarden dat de aanval onafwendbaar en de afwering ogenblikkelijk noodzakelijk moet zijn. Eens de aanval voorbij, dan is wettige verdediging uitgesloten, en kan er slechts sprake zijn van wraak.

Zo kan de persoon die een vluchtende aanrander in de rug heeft geschoten, geen beroep doen op wettige verdediging.¹⁰⁷¹ De vrouw die, nadat zij door haar dronken man is afgeranseld, deze neersteekt terwijl hij zijn roes ligt uit te slapen, bevindt zich niet

1067. Cass. 19 april 2006, *NC* 2008, 343, noot J. DE HERDT, 'De vlucht is de beste (wettige) verdediging'; Antwerpen 13 september 2001, *RW* 2002-03, 1387, noot T. ONGENA.

1068. Zie bv. Cass. 23 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 577; Cass. 19 april 2006, *JT* 2006, 361, noot; Corr. Tongeren 20 juni 1990, *RW* 1990-91, noot B. SPRIET.

1069. Cass. 23 januari 2013, *Arr.Cass.* 2013, 189, *NC* 2013, 320, *Pas.* 2013, 166.

1070. Voor een toepassing zie: Antwerpen 21 september 2005, *RW* 2006-07, 521, noot.

1071. Corr. Luik 21 maart 1980, *Jur.Liège* 1981, 37, noot F. PIEDBOEUF.

in staat van wettige verdediging.¹⁰⁷² Zij kan misschien terugvallen op de strafvermindende verschoningsgrond provocatie, maar op de wettige verdediging kan zij zich niet beroepen.

In de Engelse literatuur is opgemerkt dat deze regels onvoldoende rekening houden met het feit dat vrouwen fysiek zwakker zijn dan mannen en daarom meestal niet in staat zijn een aanval door een man af te weren. Meer bepaald rijst de vraag naar de toepassing van deze regels in de situatie van zgn. *battered women*, nl. vrouwen die mishandeld worden door hun echtgenoot of door pooiers (bv. in de context van mensenhandel) en die aan ernstig fysiek en emotioneel misbruik worden blootgesteld. De kritiek is dat de regels ter zake te sterk zijn toegesneden op 'mannelijke' gedragsregels en onvoldoende rekening houden met het feit dat vrouwen die door mannen worden aangevallen, doorgaans in de onmogelijkheid zijn de aanval af te weren omdat zij fysiek gezien niet even sterk zijn. Hierdoor zou de rechtsfiguur van de wettige verdediging in de praktijk enkel openstaan voor mannen, niet voor vrouwen.¹⁰⁷³

De *leading case* in de discussie betreffende dit probleem is de zaak *Ahluwalia*.¹⁰⁷⁴ Het betrof een Indische vrouw die gedurende meer dan 10 jaar op extreme wijze was mishandeld door haar echtgenoot. Hij had haar herhaaldelijk geslagen met als resultaat uitgeslagen tanden, gebroken benen en talloze hospitaliseringen. Bovendien had hij haar op ernstige wijze seksueel misbruikt en verschillende malen met de dood bedreigd. Op een gegeven moment bereikten de geweldplegingen een piek. De man had, na een korte escapade met een vriendin, zijn vrouw verminkt door een gloeiend strijkijzer op haar gelaat te duwen. Hij had ermee bedreigd haar in brand te zullen steken als zij zijn telefoonrekeningen niet zou betalen. Daarop doodde Ahluwalia haar man: terwijl hij sliep overgoot zij hem met petroleum en stak hem vervolgens in brand. Het verweer van wettige verdediging werd niet aanvaard, maar aangenomen werd dat de vrouw zich in een toestand van provocatie bevond, waardoor de tenlastelegging werd verminderd (*manslaughter* i.p.v. *murder*) en dus ook een lagere straf kon worden toegepast.¹⁰⁷⁵

In de Verenigde Staten was er de ophefmakende zaak van *Lorena Bobbit* die haar echtgenoot castrerde als reactie op gedwongen sodomie (1993). Zij liep het huis uit met het afgebeten lichaamsdeel, nam de wagen en wierp het uit het venster van haar auto. Haar man John slaagde erin zijn verloren lichaamsdeel terug te vinden, maar werd vervolgd wegens seksueel misbruik. Zowel Lola als John Bobbit werden door de jury vrijgesproken.¹⁰⁷⁶

D. HET MOET GAAN OM DOODSLAG OF SLAGEN EN VERWONDINGEN

Doorgaans wordt aangenomen dat wettige verdediging geen algemene, maar slechts een specifieke rechtvaardigingsgrond is: niet alle misdrijven, maar enkel doodslag en slagen en verwondingen kunnen erdoor worden gedekt.

Hoewel de tekst van art. 416 Sw. enkel over doodslag en slagen en verwondingen gaat, moet *a fortiori* worden aangenomen dat ook minder zware vormen van verdediging toelaatbaar zijn, zoals het onschadelijk maken van de aanval door hem van

1072. Gent 11 december 1963, *RW* 1963-64, 1656.

1073. A. McCOGAN, 'In defence of battered women who kill', *Oxford Journal of Legal Studies* 1993, 508; C. WELLS, 'Domestic violence and self-defence', *New Law Journal* 1990, 127; D. NICHOLSON en R. SANGHVI, 'Battered women and provocation: The implications of R. v. Ahluwalia', *Criminal Law Review* 1993, 728.

1074. *Ahluwalia*, Court of Appeal, Criminal Division, 31 juli 1992, [1992] 4 *All ER* 140.

1075. Zie R. GEARY, *Essential criminal law*, London, 1994, 69.

1076. Zie hierover G. FLETCHER, *With Justice for some. Protecting victim's rights in criminal trials*, Addison Wesley, 1995, 133.

zijn vrijheid te beroven, met een wapen op afstand te houden of het toebrengen van materiële schade.¹⁰⁷⁷

E. VERDEDIGINGSWIL VEREIST?

Stel dat een geneesheer op het punt staat een patiënt een dodelijke injectie te geven. De patiënt is zich hiervan niet bewust, maar heeft van zijn kant een moord op de geneesheer beraamd. Op het ogenblik waarop de geneesheer de injectie wil geven slaat de patiënt de geneesheer dood met een stomp voorwerp. Kan de patiënt zich op wettige verdediging als rechtvaardigingsgrond beroepen?

In Duitsland wordt deze vraag negatief beantwoord. Volgens de Duitse rechtsleer is vereist dat de aangevallene die zich verdedigt tegen een onrechtmatige aanval, een 'verdedigingswil' heeft, nl. dat hij zich wil verdedigen.¹⁰⁷⁸ Indien de 'verdedigingswil' als voorwaarde wordt gesteld kan degene die een ander aanvalt zonder te weten dat hij zich in staat van wettige verdediging bevindt, zich niet op wettige verdediging als rechtvaardigingsgrond beroepen. Het stellen van deze voorwaarde is m.i. verantwoord omdat zij verband houdt met de *ratio legis* van de wettige verdediging als rechtvaardigingsgrond, nl. het vermijden van eigenrichting. Wanneer er objectief gesproken geen sprake is van eigenrichting omdat de 'aangevallene' die zich verdedigt niet weet dat hij wordt aangevallen, dan moet een beroep op wettige verdediging m.i. uitgesloten worden.¹⁰⁷⁹

In het voorstel van nieuw Strafwetboek wordt de wettige verdediging opgenomen in Boek I en geldt dan principieel voor alle misdrijven. Ze wordt kernachtig, met vermelding van de verdedigingswil, als volgt omschreven:

'Eigenrichting waarbij een misdrijf wordt gepleegd, is niet geoorloofd.

Er is evenwel wettige verdediging en dus geen misdrijf wanneer iemand, die niet in de mogelijkheid verkeert om een onrechtmatige, ernstige en ogenblikkelijke aanval tegen zijn persoon of tegen een derde te ontwijken, anders dan door het als misdrijf omschreven feit te plegen, zich met de wil deze aanval af te weren op een evenredige manier verweert' (art. 15)¹⁰⁸⁰

C. ART. 417 SW.: TWEE VERMOEDENS VAN WETTIGE VERDEDIGING

In twee gevallen vermoedt de wet dat de dader zich in staat van wettige verdediging bevond. Deze vermoedens zijn vervat in art. 417 Sw. en hebben betrekking op de nachtelijke afwering van de inklimming in een bewoond huis en op de verdediging tegen diefstal of plundering met geweld.

(i) afwering bij nacht van de inklimming in een bewoond huis

Wie 's nachts de braak of inklimming van een bewoond huis of de aanhorigheden ervan afweert, mag de kwade bedoelingen van de dader vermoeden en wordt geacht

1077. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 374.

1078. Zie bv. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1988, 4e druk, 307; A.J.M. MACHIELSE, *o.c.*, 91-137.

1079. G. KNIGGE, *o.c.*, 30.

1080. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT, m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 591 p.

in staat van wettige verdediging te zijn.¹⁰⁸¹ Het betreft een vermoeden *juris tantum*, dat bijgevolg steeds kan worden weerlegd. De weerlegging van dit vermoeden zal mogelijk zijn als blijkt dat de dader niet 'kon geloven aan een aanranding van personen, hetzij als rechtstreeks doel van hem die poogt in te klimmen of in te breken, hetzij als gevolg van de weerstand welke diens voornemen mocht ontmoeten' (art. 417, tweede lid Sw.).

De algemene regel dat de wettige verdediging slechts kan slaan op personen, niet op goederen, blijft dus overeind. Is de hier bedoelde afweringsdaad niet bij nacht, maar overdag gepleegd, dan geldt het vermoeden van wettige verdediging niet. Wel zal de dader zich in dat geval op de strafverminderende verschoningsgrond, bepaald in art. 412 Sw. kunnen beroepen, en eventueel ook op de uitlokking (art. 411 Sw.).

(ii) verdediging tegen diefstal of plundering met geweld tegen personen

'Wanneer het feit plaats heeft bij het zich verdedigen tegen daders van diefstal of plundering die met geweld tegen personen wordt gepleegd', wordt de dader eveneens vermoed zich in staat van wettige verdediging te bevinden (art. 417, derde lid Sw.).

Oorspronkelijk schijnt de wetgever hieraan het karakter van een onweerlegbaar vermoeden te hebben willen geven. Een dergelijk vermoeden lijkt vandaag overdreven. Volgens de rechtsleer, hierin gevolgd door het Hof van Cassatie, gaat het nog slechts om een vermoeden *juris tantum*.¹⁰⁸²

D. ENKELE BIJZONDERE GEVALLEN

(i) noodweerecces (noodweeroverschrijding)

De Belgische wetgeving bevat geen uitdrukkelijke oplossing voor het zgn. 'noodweerecces', nl. het geval waarin de afweringsdaad niet aan de vereisten van de noodweer voldoet, doordat zij bv. buiten verhouding tot de aanvaldaad staat of zelf omslaat in een aanvaldaad. In Nederland is hiervoor een strafuitsluitingsgrond bepaald.¹⁰⁸³ In België kan in geval van noodweerecces, afhankelijk van de concrete omstandigheden, mogelijk toepassing worden gemaakt van de *morele dwang* als schulduitsluitingsgrond (art. 71 Sw.) of van de *uitlokking* als strafverminderende verschoningsgrond (art. 411 Sw.).

In het voorstel van nieuw Strafwetboek wordt noodweerecces opgenomen als een algemene strafverminderende verschoningsgrond (art. 34).

1081. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 871. Zie Corr. Dendermonde 17 september 2001, *AJT* 2001-02, 338, *Juristenkrant* 2001, afl. 34, 3 (weergave T. ONGENA).

1082. P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1951, nr. 355; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 871; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 378; Cass. 13 februari 2018, *JLMB* 2018, 536, noot F. KUTY, *NC* 2018, 474, noot J. DE HERDT.

1083. Art. 41, tweede lid Ned.Sw. bepaalt: 'Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van eene hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt'. Zie ook § 33 Duits *StGB*.

(ii) putatieve noodweer

Wie zonder kwade bedoelingen meent met een onrechtmatige aanval geconfronteerd te zijn, maar zich in werkelijkheid tegen een rechtmatige 'aanval' verweert, kan zich niet op noodweer als rechtvaardigingsgrond beroepen: hij zal hoogstens een beroep kunnen doen op de *dwaling* als schulditsluitingsgrond.

Zo kan het slachtoffer van een gewapende overval dat per vergissing een politieman onder vuur neemt die het huis is binnengedrongen om de eigenaar hulp te bieden, zich niet op wettige verdediging beroepen omdat hij in de veronderstelling verkeerde een aanval van een inbreker af te weren. Er was immers geen 'aanval' van de politieman, dus één van de grondvoorwaarden voor de wettige verdediging ontbreekt.

Zie bv. het volgende krantenknipsel: *Rijkswachters pakken agenten op* – Een rijkswacht-patrouille heeft donderdagavond een anonieme wagen van de gerechtelijke politie klemgerekend en de inzittenden ingerekend. De gerechtelijke agenten hadden even tevoren een overvaller gearresteerd, maar een toevallige getuige van de arrestatie dacht dat het om een ontvoering ging en alarmeerde de rijkswacht. Die trad meteen doortastend op. [...] Een verontwaardigde onderzoeksrechter Damien Vandermeersch moest tussenbeide komen om het misverstand op te helderen.¹⁰⁸⁴

Een ander voorbeeld: *Cameraploegen hinderen politie en gerecht* – Een cameraman is door de Luikse politie neergeschoten bij een zoektocht naar twee gewapende verdachten. Een agent die ter versterking was opgeroepen en niet wist dat er gefilmd werd, nam de camera voor een wapen en vuurde. [...] 'Maar ik ben een journalist, schreeuwde cameraman Yves Strevalet. De agenten wisten niet wat hen overkwam. Zij wisten niets af van de aanwezigheid van een televisieploeg'.¹⁰⁸⁵

3. Noodtoestand

A. BEGRIP¹⁰⁸⁶

Er is noodtoestand wanneer de strafwet wordt overtreden ter vrijwaring van een rechtsgoed dat 'hogere' is dan de door de overtreden strafbepaling beschermde waarde. Noodtoestand veronderstelt dus een conflict tussen twee rechtsgoederen, waarbij bewust de voorrang wordt gegeven aan het 'hogere' rechtsgoed, ook al moet de strafwet hierbij worden geschonden. Noodtoestand is een algemene rechtvaardigingsgrond, die voor alle misdrijven kan worden ingeroepen.

Klassieke voorbeelden van in noodtoestand gepleegde misdrijven zijn de therapeutische abortus, de snelheidsovertreding gepleegd door de bestuurder van een ziekenwagen die een patiënt bij hoogdringendheid naar het hospitaal moet vervoeren¹⁰⁸⁷ en de vernieling van afsluitingen door

1084. *De Standaard*, 26-27 april 1997.

1085. *De Standaard*, 13 januari 2003.

1086. Zie alg. P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1951, 364 p.; J. CONSTANT, 'L'état de nécessité en droit pénal belge', *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1970, 761-778; J.Y. CHEVALLIER, 'L'état de nécessité', in *Mélanges Bouzat*, Parijs, Ed. A. Pedone, 1980, 117-134; A. DE NAUW, 'La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité' (noot onder Cass. 13 mei 1987), *RCJB* 1989, 593-630. Zie ook P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles*, o.c., nr. 2698-2728; J. CONSTANT, o.c., nr. 315-322; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., nr. 873-881; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., nr. 383-391; F. KUTY, o.c., 464-480.

1087. Pol. Gent 4 mei 2007, *RW* 2008-09, 80.

het brandweerkorps dat zo dicht mogelijk bij de brandhaard wil geraken. Een geneesheer die moet kiezen welk kind van een Siamese tweeling te redden zal ook op de noodtoestand steunen.

De *leading case* uit de Engelse literatuur is de zaak *Dudley & Stephens*, waarin overlevenden van een scheepsramp ten einde raad de koksjongen hadden opgegeten om niet van honger te moeten omkomen.¹⁰⁸⁸ Deze casus is een illustratie van de persoonlijke noodtoestand, waarbij het *eigen* belang van de dader mee in de weegschaal wordt gelegd.¹⁰⁸⁹ In deze zaak werd de noodtoestand niet aanvaard.

Noodtoestand komt in de strafwetboeken van de 19^e eeuw niet als rechtvaardigingsgrond voor, ook niet in het Belgische. Hij gold hoogstens als schulditsluitingsgrond, waarbij de noodtoestand dan een variant vormde van de morele dwang. Vandaag geldt de noodtoestand als een rechtvaardigingsgrond. In de meeste landen werd hij op jurisprudentiële basis ingevoerd. Slechts in de meest recente strafwetboeken werd hij uitdrukkelijk in de wet geregeld.¹⁰⁹⁰ Ook in België bestaat voor deze rechtsfiguur (nog) geen expliciete wettelijke basis.

De fundering van de noodtoestand lijkt deels op *utilitaire*, deels op meer *principiële overwegingen* te berusten. Het sociale nut van de niet-bestrafing is bij noodtoestand hoger dan het nut van de bestrafing. In het voorbeeld van de ziekenwagen of het brandweerkorps ligt dit voor de hand. Maar ook principiële overwegingen zijn van belang: de wet kan immers niet alle situaties op voorhand voorzien, en in bepaalde gevallen kan het eerbiedigen van de strafwet tot meer onrecht leiden dan het overtreden ervan. Dit gold vroeger bij de zgn. therapeutische abortus, waarbij de geneesheer moest kiezen tussen het leven van de moeder en dat van het kind. In die gevallen moet het recht voorgaan op de individuele strafnorm. Zowel J. Bentham als I. Kant zouden zich in deze overwegingen kunnen terugvinden.

Vroeger heerste onzekerheid over de vraag of de noodtoestand als een rechtvaardigingsgrond, dan wel als een schulditsluitingsgrond moest worden beschouwd. Dit onderscheid is niet louter van theoretisch belang, maar heeft praktische consequenties. De persoon die geconfronteerd wordt met een handeling van iemand die zich in noodtoestand bevindt, zal deze niet als een onrechtmatige aanval mogen afweren; de derde, die hulp verleent aan degene die in noodtoestand een misdrijf pleegt, zal eveneens van de strafrechtelijke immuniteit genieten: het door de noodtoestand gerechtvaardigde feit is immers geen misdrijf, en waar geen misdrijf is, kan geen sprake zijn van strafbare deelneming.

In de rechtspraak is de noodtoestand gedurende geruime tijd beschouwd geweest als een vorm van *morele dwang*. De gelijkenis tussen de twee concepten is hierin gelegen dat ook bij dwang de dader voor een conflictsituatie wordt geplaatst, waarin hij niet anders kan dan een strafbaar feit te plegen. Het verschil tussen beide is echter dat de noodtoestand berust op een bewuste keuze van de dader, daar waar bij dwang

1088. *The Queen v. Dudley and Stephens*, Queen's Bench Division. 9 december 1884, 14 *Q.B.D.* 1884, 273.

1089. Zie *infra*, kan noodtoestand worden toegepast wanneer één van de rechtsgoederen waartussen men moet kiezen het eigen belang is?, p. 258.

1090. Zie het Duitse *StGB* van 1975, waarin naast de schulditsluitende noodtoestand (§ 35) de rechtvaardigende noodtoestand (§ 34) werd opgenomen.

deze keuzemogelijkheid ontbreekt: dwang betekent immers dat de wil van de dader, en hiermee zijn keuzemogelijkheid, volledig is uitgeschakeld.¹⁰⁹¹ Vandaag wordt dan ook aanvaard dat noodtoestand een afzonderlijke rechtvaardigingsgrond uitmaakt, die zich onderscheidt van de schuldsluitingsgrond dwang.¹⁰⁹²

Een ander verschil is dat bij morele dwang de *hiërarchische verhouding* tussen de twee betrokken rechtsgoederen niet speelt: bij dwang kan ook aan het 'lagere' rechtsgoed voorrang worden verleend, terwijl bij noodtoestand het 'hogere rechtsgoed' steeds moet voorgaan. Praktisch gezien is het niet steeds gemakkelijk het onderscheid tussen noodtoestand en dwang te maken. Het hangt immers af van de subjectieve ingesteldheid van de dader.

Als een moeder door een tulpenbollenveld holt (en hierbij vernielingen aanricht) om haar kind van de verdrinkingsdood te redden, is er dan sprake van morele dwang omdat niet van haar gevegd wordt dat zij haar kind laat verdrinken, of van noodtoestand omdat zij voorrang gaf aan het zwaarst wegend belang?¹⁰⁹³ Zo oordeelde de Politierechter van Gent dat de beklagde die door het rood licht is gereden, moest worden vrijgesproken omdat hij op het ogenblik van de vastgestelde inbreuk geconfronteerd werd met een overmachtsituatie daar zijn hoogzwangere echtgenote zeer dringend naar de kraamkliniek diende gevoerd te worden.¹⁰⁹⁴ Hij had hier evengoed een beroep kunnen doen op de rechtsfiguur van de noodtoestand.

Noodtoestand vertoont tevens gelijkenissen met *wettige verdediging*. Men zou de wettige verdediging zelfs als een vorm van noodtoestand kunnen beschouwen.¹⁰⁹⁵ Noodtoestand is echter veel ruimer doordat hij niet beperkt is tot de afwering van onrechtmatige aanvallen, maar toepasselijk is op alle misdrijven waardoor de bescherming van een hoger rechtsgoed wordt gevrijwaard.

Tot slot kan worden gewezen op de gelijkenis tussen noodtoestand en het *wettelijk voorschrift* als rechtvaardigingsgrond. In beide gevallen is er een conflict tussen twee verplichtingen. Bij noodtoestand gaat het om een conflict tussen een wettelijke en een morele verplichting¹⁰⁹⁶, terwijl het bij het wettelijk voorschrift om een conflict tussen twee wettelijke verplichtingen gaat.

In het voorstel van nieuw Strafwetboek wordt de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond gecodificeerd als volgt:

'Er is noodtoestand en dus geen misdrijf wanneer iemand enkel door het plegen van een misdrijf een recht of een belang kan vrijwaren dat een ernstig en onmiddellijk gevaar loopt en waarvan de waarde hoger is dan de waarde van hetgeen door het misdrijf wordt prijsgegeven.

1091. Het onderscheid tussen de noodtoestand en de morele dwang (persoonlijke noodtoestand/schuldsluitende noodtoestand) wordt toegeschreven aan J. GOLDSCHMIDT ('Der Notstand, ein Schuldproblem', *Osterreichisches Zeitschrift für Strafrecht* 1913, 129-196 en 224-229), die het onderscheid tussen de twee figuren voor het eerst zou hebben geanalyseerd. De ideeën uit zijn gezaghebbend artikel werden naderhand als vanzelfsprekend overgenomen in de Duitse rechtsleer en hebben ook buiten Duitsland een zeer ruime erkenning verkregen. Zie hierover S.I. POLITOFF en F.A.J. KOOPMANS *Schuld*, Monografieën Strafrecht, nr. 7, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 50-51.

1092. Cass. 13 mei 1987, *RCJB* 1989, 588, noot A. DE NAUW.

1093. G. KNIGGE, *o.c.*, 27.

1094. Pol. Gent 11 maart 2009, *TGR-TWVR* 2009, 187.

1095. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles, o.c.*, nr. 2633; J. CONSTANT, *o.c.*, nr. 323.

1096. Die soms wettelijk gesanctioneerd is, *cf.* art. 422bis Sw.

Er is geen aanleiding tot rechtvaardiging van de feiten indien men de aangevoerde noodtoestand zelf opzettelijk heeft doen ontstaan.' (art. 13)¹⁰⁹⁷

B. TOEPASSINGSVOORWAARDEN

(i) subsidiariteit

De vrijwaring van het beschermde rechtsgoed moet onmiddellijk noodzakelijk zijn. Deze voorwaarde komt overeen met wat hoger, i.v.m. de wettige verdediging werd uiteengezet. Zij houdt in dat het misdrijf dat wordt gepleegd om het beschermde rechtsgoed te vrijwaren *noodzakelijk* moet zijn. Dit betekent dat de aantasting van het beschermde rechtsgoed 'zeker, actueel en noodzakelijk' moet zijn¹⁰⁹⁸, en dat de bescherming van het betrokken rechtsgoed niet op een andere wijze mag kunnen worden gevrijwaard.¹⁰⁹⁹

Zo werd aangenomen dat *dienstweigerings* wegens gewetensbezwaren niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de noodtoestand, aangezien er andere middelen bestaan om het gevrijwaarde rechtsgoed te beschermen, nl. de burgerdienst.¹¹⁰⁰ Een geneesheer die een *snelheidsbeperking* negeert of die fout parkeert om tijdig bij een patiënt te kunnen arriveren zal deze overtreding van de Wegcode enkel dan kunnen rechtvaardigen als dit, in de gegeven omstandigheden, werkelijk noodzakelijk was.¹¹⁰¹

Doorgaans weigeren de rechtscolleges de noodtoestand te aanvaarden t.a.v. bedrijven die worden vervolgd wegens schending van de *sociale wetgeving* (bv. het niet-betalen van de werkgeversbijdrage aan de RSZ) en die als noodtoestand de vrees voor een faillissement invoeren.¹¹⁰² In het hieronder aangehaalde voorbeeld van de werknemers die de werkgever hadden *gegijzeld*, werd een beroep op de noodtoestand eveneens afgewezen op grond van de overweging dat de vrijwaring van het beschermde rechtsgoed op een andere wijze had kunnen worden bewerkstelligd.

(ii) proportionaliteit

Het beschermde rechtsgoed moet van 'hogere', of minstens van gelijke waarde zijn als het geschonden rechtsgoed. De afweging tussen de twee 'rechtsgoederen' waartussen wordt gekozen, gebeurt door de dader, op het ogenblik van de feiten, maar het is uiteindelijk de rechter die over het waardenconflict beslist. Dit is niet steeds een gemakkelijke opgave. Voorbeelden uit de rechtspraak van situaties waarin de noodtoestand werd aangevoerd, zijn er in overvloed.

Een geneesheer die een gevaarlijke misdadiger aan de overheid aangaf en hierdoor zijn *beroepsgeheim* schond, werd gerechtvaardigd door de noodtoestand.¹¹⁰³

1097. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH (ed.) m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2017.

1098. *Cf.* C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 877.

1099. P.E. TROUSSE, *o.c.*, nr. 2718; P. FORIERS, *o.c.*, nr. 505; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 878; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 390.

1100. Zie bv. Mil. Ger. 28 juli 1958, *JT* 1959, 548.

1101. Pol. Soignies 26 oktober 1972, *JT* 1973, 63; Cass. 10 juni 1974, *Pas.* 1974, I, 1040.

1102. Zie bv. Corr. Charleroi 3 mei 1981, *JTT* 1981, 360; Brussel 19 november 1986, *Jur.Liège* 1987, 47.

1103. KI Luik 6 maart 1985, *Jur.Liège* 1985, 661, noot F.P.; KI Luik 22 januari 1987, *Rev.Liège* 1987, 217; Cass. 13 mei 1987, *Rev.Liège* 1987, 1165, noot Y. HANNEQUART en *RCJB* 1989, 588, noot A.

Een moeder die haar minderjarige kinderen aan het *omgangsrecht* van de vader *onttrok* (in strijd met art. 432 Sw.) uit gegronde vrees voor mishandeling van de kinderen door de vader, werd vrijgesproken op grond van de noodtoestand.¹¹⁰⁴

De automobilist die een *verboden verkeersmanoeuvre* uitvoert om een verkeersongeval te vermijden en hierbij de Wegcode overtreedt, wordt vrijgesproken op grond van de noodtoestand.

Ook in het *sociaaleconomisch recht* wordt de noodtoestand soms ingeroepen. Meestal wijzen de rechtbanken de toepassing ervan af.¹¹⁰⁵ Werknemers die hun werkgever *gijzelen* om hun eisen i.v.m. tewerkstelling kracht bij te zetten, kunnen zich niet op de noodtoestand beroepen om hun gedrag te rechtvaardigen: het geldelijke en morele belang van de betrokken werknemersfamilies kan niet opwegen tegen de persoonlijke vrijheid van het slachtoffer.¹¹⁰⁶

Vaak ook wordt de noodtoestand ingeroepen om schendingen van het *milieustrafrecht* te rechtvaardigen. Meestal wordt dit door de rechtspraak afgewezen op grond van de overweging dat het sociaaleconomisch belang (bv. het vermijden van de sluiting van een onderneming) niet opweegt tegen het ecologisch belang.¹¹⁰⁷

Omdat de toepassing van de noodtoestand ertoe leidt dat de rechter, in de concrete situatie die hem wordt voorgelegd, de schending van de strafwet *gedoogt*, is de toepassing van deze rechtsfiguur in de praktijk een zeer delicate aangelegenheid. Dit komt vooral tot uiting in maatschappelijk omstreden aangelegenheden, zoals bv. in de jaren '80 bij abortus.¹¹⁰⁸ De noodtoestand als rechtvaardigingsgrond moet daarom met de nodige omzichtigheid worden toegepast: een al te brede toepassing van deze rechtsfiguur zou er immers toe leiden dat de rechter de strafwet naast zich zou neerleggen.

Hierbij moet een *objectief criterium* worden toegepast: de rechter moet uitgaan van een objectieve rangschikking van de met elkaar in conflict staande rechtsgoederen, van de hiërarchie tussen de betrokken rechtsgoederen in de gegeven maatschappelijke context. In het kader van een steeds meer gedifferentieerde pluralistische maatschappij is dit een bijzonder moeilijke en delicate afweging. Een subjectief criterium, dat enkel zou steunen op de waardenafweging zoals zij zich in de voorstelling van de dader op het ogenblik van de feiten voltrok, lijkt echter moeilijk aanvaardbaar. Het zou ertoe leiden dat wat voor de ene dader rechtvaardigbaar zou zijn, niet voor de andere

DE NAUW. Zie ook Cass. 22 mei 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1353, concl. M. DE SWAEF, *Pas.* 2012, 1160, 1104. Cass. 10 mei 1977, *RW* 1978-79, 459, noot A. WINANTS; Cass. 24 april 1979, *Pas.* 1979, I, 1002 (noodtoestand verworpen); Cass. 22 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 230; Cass. 22 september 1981 *Pas.* 1982, I, 110; Cass. 21 oktober 1986, *Pas.* 1987, I, 215; Cass. 28 oktober 1987, *JT* 1988, 144 (noodtoestand aanvaard); Corr. Brussel 15 april 1996, *JLMB* 1997, 231; Cass. 9 oktober 2002, *RW* 2006-07, 658, noot; Cass. 19 oktober 2005, *RW* 2006-07, 1605; Brussel 11 januari 2002, *JT* 2002, 249; Corr. Veurne 23 januari 2007, *RW* 2007-08, 411, noot.

1105. Bv. Antwerpen 20 november 2003, *T.Straf.* 2004, 371.

1106. Luik 28 juni 1979, *RRD* 1979, 1028.

1107. Zie bv. Corr. Gent 27 september 1993, *TMR* 1994, 210; Antwerpen 27 juni 2001, *TMR* 2002, 284; Gent 24 september 1999, *T.Straf.* 2001, 210 (Beide beklaagden die daartoe bevoegd waren en de mogelijkheden hadden, lieten na de voorwaarden te scheppen die de naleving van de vergunningsvoorwaarden gegarandeerd zouden hebben door de productie aan te passen aan de ontoereikende zuiveringsinstallatie. De bedrijfsbelangen waren op een aanvaardbare manier te verzoenen met een aangepaste exploitatie, waarbij de normen nageleefd worden. Het blijkt niet dat de beklaagden door de omstandigheden niet anders konden handelen dan zij deden); Corr. Dendermonde 27 mei 2003, *TMR* 2004, 66.

1108. Corr. Gent 12 februari 1988, *TGR* 1988, 30; Gent 14 november 1988, *TGR* 1988, 168. Cf. hierover F. VAN NESTE, 'Het abortus-dossier, anno 1989', *RW* 1988-89, 865-870 en C. VAN DEN WYNGAERT, 'De abortuskwestie nogmaals in een stroomversnelling?', *Panopticon* 1989, 211-216.

zou kunnen worden gerechtvaardigd. Dit lijkt moeilijk verenigbaar met het principe van de objectieve rechtvaardigingsgronden, die niet enkel de strafbaarheid van de gedraging als dusdanig opheffen, maar die tevens een algemene toelaatbaarheid ervan impliceren. Hierdoor ontstaat een precedentwerking t.a.v. toekomstige gelijkaardige gevallen. Om deze reden mag enkel rekening worden gehouden met objectieve criteria.¹¹⁰⁹

Wanneer de twee rechtsgoederen van *gelijke* rang zijn, wordt aangenomen dat de dader in principe vrij is te kiezen.¹¹¹⁰ M.i. is dit in sommige gevallen voor betwisting vatbaar.¹¹¹¹

C. ENKELE TWISTVRAGEN I.V.M. NOODTOESTAND

(i) 'voorafgaande fout' en noodtoestand

Vroeger werd vaak door de rechtspraak aangenomen dat wie door zijn eigen fout de situatie had gecreëerd die de oorzaak van de noodtoestand uitmaakte, zelf de noodtoestand niet als rechtvaardigingsgrond kon invoeren: de *culpa in causa* of 'voorafgaandelijke fout' zou dan de noodtoestand uitsluiten. Volgens deze zienswijze zou bv. de persoon die door een onachtzaamheid een brand veroorzaakt, die overslaat naar de flat van zijn buurman, en die vervolgens deze flat betreedt om de brand te blussen, zich niet op de noodtoestand kunnen beroepen indien hij naderhand wordt vervolgd wegens woonstschennis en wegens het toebrengen van materiële schade aan de woning van de buurman (inbeuken van de deur, waterschade, enz.).

Deze rechtspraak, die toepassing maakte van een voorwaarde die afkomstig is van de schulduitsluitingsgrond dwang, heeft terecht kritiek uitgelokt omdat zij neerkwam op de stelling dat de bescherming van het 'hogere' goed (nl. in het beschermen van de flat van de buurman tegen brand) niet langer zou moeten worden gevrijwaard wanneer de dader een fout heeft begaan.¹¹¹² In een arrest van 13 mei 1987 heeft het Hof van Cassatie zich bij deze zienswijze aangesloten en duidelijk gesteld dat de fout van de dader de noodtoestand niet verhindert.¹¹¹³

Veel hangt echter af van de concrete feitelijke situatie. Een bendelid dat 10 kg heroïne laat verdwijnen, kan vermoeden dat de criminele organisatie het daarbij niet zou laten. Hij heeft zich dan ook bewust in de situatie gebracht, die hem er vervolgens toe bracht de identiteit van de chauffeur van de verdwenen drugs aan de bende vrij te geven, waarop die bende vervolgens die chauffeur is gaan opzoeken en hem heeft opgesloten tot hij zou zeggen wat hij met de drugs heeft gedaan. Het bendelid dat de organisatie naar de chauffeur heeft geleid door diens identiteit vrij te geven, werd vervolgd als medeplichtige aan de kidnaping van die chauffeur. Er kan geen noodtoestand zijn indien de dader (het bendelid) zonder daartoe gedwongen te zijn, zich bewust heeft geplaatst in een toestand die op voorzienbare wijze leidt tot een conflict tussen

1109. Zie A. DIERICKX, 'Over de (putatieve) noodtoestand' (noot onder Corr. Mechelen 17 maart 2006), *NC* 2007, 395-403.

1110. Zie bv. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 879.

1111. Zie *infra*, kan noodtoestand worden toegepast wanneer één van de rechtsgoederen waartussen men moet kiezen het eigen belang is?, p. 258.

1112. P. FORIERS, *o.c.*, nr. 500; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 800.

1113. Cass. 13 mei 1987, *RCJB* 1989, 588, noot A. DE NAUW; Cass. 24 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 177.

belangen¹¹¹⁴, nu in een dergelijk geval de eerbiediging van de strafrechtelijk gesanctioneerde plicht gebiedt dat de dader zich niet in die toestand plaatst. Het bendelid had zich immers nooit met illegale drughandel moeten inlaten.

In het voorstel van nieuw Strafwetboek wordt gestipuleerd dat de feiten niet worden gerechtvaardigd indien de betrokkene de aangevoerde noodtoestand zelf opzettelijk heeft doen ontstaan.¹¹¹⁵

(ii) noodtoestand en eigen belang

Sommige auteurs vragen zich af of noodtoestand kan worden toegepast indien één van de twee rechtsgoederen het eigen belang van de dader is, omdat in dergelijke situaties kan worden betwijfeld of een 'vrije' keuze wel mogelijk is. Vaak zal het in dergelijke situaties dan ook eerder om morele dwang, dan om noodtoestand gaan. De Belgische rechtspraak geeft over deze vraag geen uitsluitel. Klassieke voorbeelden hiervan zijn het geval van de twee drenkelingen aan de redplank, waarbij de ene de andere van de plank duwt om zelf in leven te kunnen blijven, of dat van de schipbreukelingen die, om niet van honger om te komen, de koksjongen opeten.

Het ware wellicht duidelijker om, zoals in Duitsland, een onderscheid te maken tussen twee soorten noodtoestand, nl. een rechtvaardigende en een schuldsluitende noodtoestand.¹¹¹⁶ De schuldsluitende noodtoestand komt gedeeltelijk overeen met wat in België onder het begrip 'morele dwang' wordt ondergebracht: het is de toestand van de persoon die door omstandigheden zozeer in het nauw gedreven is dat van hem redelijkerwijze niet kan worden verwacht dat hij het misdrijf niet zou hebben gepleegd, zonder dat zijn daad hierdoor objectief gerechtvaardigd en dus toelaatbaar wordt. De drijvende kracht achter de gedraging is hier niet de bewuste keuze voor het 'hogere' rechtsgoed, maar het vrijwaren van het eigen leven of dat van een ander waarmee men affectief verbonden is t.a.v. een nakend gevaar.

De schuldsluitende noodtoestand in § 35 Duits *StGB* is echter ruimer dan de morele dwang omdat niet vereist wordt dat de wil van de dader volledig wordt uitgeschakeld, zoals bij dwang het geval is. Voor de persoonlijke noodtoestand als schuldsluitingsgrond volstaat de '*Unzumutbarkeit*', nl. dat van de dader geen andere gedraging had kunnen worden verwacht (de zgn. 'onvergbaarheid'). Naast deze in de wet bepaalde 'onvergbaarheid' kent het Duitse recht bovendien een ongeschreven schuldsluitingsgrond voor onvergbaarheid.

Het begrip dat voor dergelijke situaties kan worden opgebracht beperkt zich echter tot de verwijtbaarheid van de gedraging in het concrete geval (schuldsluiting) maar betekent niet dat de gedraging als dusdanig rechtmatig wordt. Ook hier kan bezwaarlijk van rechtvaardiging worden gesproken, maar lijkt een beroep op de schuldsluitingsgrond dwang verantwoord.

1114. Cass. 4 maart 2014, *Arr.Cass.* 2014, 594, *NC* 2014, 148, *RABG* 2014, 947. Zie in dezelfde zin: Cass. 13 november 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1914, concl. M. DE SWAEF.

1115. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT, m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 591 p.

1116. *StGB* 1975, § 34 (rechtfertiger Notstand) en § 35 (entschuldigender Notstand).

Dit geldt ook voor het bekende, onder meer ook door Kant geciteerde voorbeeld van de twee schipbreukelingen aan de redplank: hoewel de categorische imperatief niet kan verantwoorden dat onschuldig leven wordt opgeofferd om het eigen leven te vrijwaren en er dus geen rechtvaardiging mogelijk is, kan in het concrete geval de dader 'verontschuldigd' worden door de omstandigheden. Hetzelfde geldt voor het geval van de uitgehongerde schipbreukelingen die de koksjongen doden en opeten.¹¹¹⁷ Zouden hieronder eveneens kunnen worden gerekend: het prijsgeven van staatsgeheimen door een persoon die wordt gefolterd; lichamelijk letsel, toegebracht door toeschouwers die in paniek uit een brandende schouwburg vluchten of verwondingen toegebracht aan personen die zich tijdens een sportmanifestatie te midden van een op hol geslagen supportersmassa bevinden.

Het Italiaanse Hof van Cassatie aanvaardde daarentegen wel dat de diefstal door een dakloze, werkloze man van een kleine hoeveelheid voeding om zijn acute honger te stillen gerechtvaardigd was door de noodtoestand.¹¹¹⁸

In de toelichting bij het voorstel van een nieuw Strafwetboek wordt uitdrukkelijk gesteld dat er geen noodtoestand kan zijn, wanneer twee gelijkwaardige belangen tegenover mekaar staan. Er zou desgevallend wel sprake kunnen zijn van onweerstaanbare dwang als schuldontheftingsgrond.¹¹¹⁹

(iii) noodtoestand en wettelijke verplichting zich aan een kwaad bloot te stellen of erin te berusten

In de rechtsleer wordt vaak als voorwaarde voor de noodtoestand gesteld dat de aantasting van het beschermd rechtsgoed niet door de wet mag opgelegd zijn.¹¹²⁰ Zo zijn soldaten en politieambtenaren verplicht bepaalde gevaren te trotseren en zouden zij zich niet op de noodtoestand kunnen beroepen om zich aan deze gevaren te onttrekken. Dit geldt ook bij wettelijke verplichtingen of verplichtingen die voortvloeien uit een rechterlijke beslissing. Zo is bij aantastingen van het eigendomsrecht (bv. bij een gedwongen onteigening of bij inbeslagname of opeising) de persoon die door dergelijke maatregelen wordt getroffen, wettelijk verplicht ze te ondergaan: hij zal zich niet op de noodtoestand kunnen beroepen indien hij ter vrijwaring van zijn rechtsgoed een misdrijf pleegt. De normale, zelfs ernstige nadelen inherent aan de eerbiediging van de wet, bv. stijging van de productiekosten of verzwarende van de administratieve lasten, maken geen noodtoestand uit.

Het valt m.i. te betwijfelen of het hier om een zelfstandige voorwaarde gaat. De conclusie dat in de aangehaalde gevallen de noodtoestand niet kan gelden, vloeit m.i. voort uit de hoger opgesomde voorwaarden, zodat er geen behoefte is aan een aparte voorwaarde. Dat soldaten en politieambtenaren verplicht zijn gevaren te trotseren en deze verplichting niet opzij mogen zetten door zich op de noodtoestand te baseren, houdt m.i. verband met de hoger uiteengezette

1117. Het hier aangehaalde voorbeeld deed zich voor in de Britse rechtspraak (*The Queen v. Dudley and Stephens*, Queen's Bench Division, 9 december 1884, 14 *Q.B.D.* 1884, 273) en leidde tot een afwijzing van noodtoestand als rechtvaardigingsgrond voor doodslag (*murder*). De betrokken casus beheerste de Engelse literatuur en rechtspraak m.b.t. dit onderwerp gedurende gans de 19e en 20e eeuw en heeft ertoe geleid dat vandaag *necessity* nog steeds niet als rechtvaardigingsgrond voor *murder* kan worden ingeroepen.

1118. Cass. (Italië) 2 mei 2016, nr. 18248, *JLMB* 2017, 1844, noot F. KUTY.

1119. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH (ed.) m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2017, 65.

1120. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles, o.c.*, nr. 2716; J. CONSTANT, *o.c.*, nr. 318.; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 876; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 387.

overweging dat in geval van schending van de wet ter vrijwaring van het *eigen* rechtsgoed, de noodtoestand bezwaarlijk een rechtvaardigingsgrond kan opleveren. Het is m.i. om die reden, en niet omdat het hier om een wettelijk opgelegde aantasting van het beschermde rechtsgoed gaat, dat de noodtoestand niet kan worden toegepast.

(iv) misdrijven waarvoor de noodtoestand niet kan worden ingeroepen

Hierboven werd gezegd dat de noodtoestand een algemene rechtvaardigingsgrond is. Dit betekent dat noodtoestand in principe voor alle misdrijven kan worden ingeroepen. Vandaag moet, vanuit het internationaal recht, de vraag worden gesteld of er geen beperkingen zijn aan de mogelijkheid de noodtoestand in te roepen.¹¹²¹ Bepaalde internationale mensenrechten worden als zo fundamenteel aangemerkt dat zij onder geen enkele omstandigheid, ook niet in geval van oorlog of algemene noodtoestand kunnen worden beperkt of opgeschort. Onder deze 'absolute' mensenrechten valt het verbod van folteringen en onmenselijke en vernederende behandelingen (zie art. 3 & 15.2 EVRM en art. 7 & 4.2 IVBPR).

- In het verdrag voor de bestraffing van folteringen, is uitdrukkelijk opgenomen dat folteringen nooit met een beroep op de noodtoestand kunnen worden gerechtvaardigd.¹¹²² Men mag aannemen dat het recht niet gefolterd te worden geldt als het 'hogere' rechtsgoed dat aan geen ander rechtsgoed mag worden prijsgegeven.¹¹²³ Tijdens de Bush-administratie werd in een reeks controversiële memoranda van het Ministerie van Justitie in de VS beweerd dat folteringen in bepaalde situaties toelaatbaar zouden zijn. Deze memoranda leidden rechtstreeks tot zware misbruiken in, onder meer, de gevangenissen van Abu Graib (Irak) en Guantanamo (Cuba). De Obama-administratie heeft deze technieken van bij haar aantreden in 2009 resoluut afgewezen. Van de aangekondigde vervolging van de verantwoordelijken kwam echter niets terecht. In het Belgisch strafrecht is intussen uitdrukkelijk bepaald dat de noodtoestand het misdrijf van foltering niet kan verantwoorden (art. 417ter, laatste lid Sw.).
- T.a.v. oorlogsmisdaden, genocide en misdaden tegen de mensheid¹¹²⁴ wordt het beroep op de noodtoestand nu door de wet uitgesloten. Art. 136octies Sw. bepaalt dat geen enkel belang, geen enkele noodzaak van politieke, militaire of nationale aard, het plegen van oorlogsmisdaden kan rechtvaardigen, zelfs niet bij wijze van represaille.¹¹²⁵

1121. E. DAVID, 'L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité', *Rev. belge D.int.* 1978-79, 65-84; J. VERHAEGEN, 'Les règles non dérotables et leur place en droit pénal de la justification', in *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 187-196.

1122. Art. 2 Conventie tegen folteringen en andere wrede, onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen, VN, New York, 10 december 1984, *U.N. G.A./Res.39/46*.

1123. Om deze reden zou een wet zoals de Besluitwet 22 juni 1945 (*BS* 9-10 juli 1945, zie hierover J. CONSTANT, *o.c.*, nr. 341) waardoor bepaalde daden van de weerstand tijdens de tweede wereldoorlog werden gerechtvaardigd 'op grond van de beweegredenen en het beoogde resultaat', vandaag waarschijnlijk op gespannen voet staan met de hierboven vermelde bepalingen.

1124. Zie E. DAVID, *o.c.* Zie ook C. VAN DEN WYNGAERT, 'Een bijzondere wet voor de bestraffing van oorlogsmisdaden, een overbodige onderneming?', *Panopticon* 1989, 516-524.

1125. O. DUBOIS, 'Le droit pénal des conflits armés et la théorie de la nécessité', *Ann.dr.Louv.* 1995, 95-112.

4. Wettelijk voorschrift

A. BEGRIP¹¹²⁶

(i) regel

De juridische basis voor het 'wettelijk voorschrift' is art. 70 Sw., dat bepaalt dat 'er geen misdrijf is, wanneer het feit door de wet voorgeschreven en door de overheid bevolen is'.

Art. 70 omvat eigenlijk twee afzonderlijke rechtvaardigingsgronden: het wettelijk voorschrift en het hoger bevel. Waar beide vroeger niet altijd werden onderscheiden neemt men vandaag doorgaans aan dat het om twee aparte rechtvaardigingsgronden gaat. Dit onderdeel handelt over het wettelijk voorschrift, het hoger bevel wordt hierna behandeld.

Het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond houdt in dat de persoon die bij de uitvoering van een wettelijk voorschrift een strafbaar feit pleegt, geen misdrijf begaat. In wezen gaat het bij deze rechtsfiguur dus om de oplossing van een conflict tussen twee regels, waarvan de ene de gedraging toelaat en de andere de gedraging strafbaar stelt. De regel die de gedraging toelaat, wordt hierbij als *tegennorm* tegenover de verbodsregel geplaatst. De term 'voorgeschreven' in art. 70 wordt geïnterpreteerd in de betekenis van 'toegelaten': de tegennorm die wordt ingeroepen ter rechtvaardiging van een strafbare gedraging, moet deze gedraging niet echt 'voorschrijven', het volstaat dat de betrokken gedraging door de tegennorm wordt toegelaten.¹¹²⁷

Voor de toepassing van art. 70 Sw. wordt het begrip *wet* niet in de strikte, formele betekenis gebruikt, maar in de materiële zin: het verwijst naar het hele normenstelsel, met inbegrip van internationale, nationale, regionale en lokale regels. Wel worden enkel *Belgische* normen bedoeld, inclusief de rechtstreeks werkende normen van het internationaal recht. Buitenlandse normen vormen geen basis voor de toepassing van art. 70 Sw.¹¹²⁸

Zo kunnen in het buitenland, maar niet in België aanvaarde rechtvaardigings- of schulditsluitingsgronden (bv. wettige verdediging van goederen of toestemming van het slachtoffer) in België niet worden toegepast. De beklaagde die ze inroep zal hoogstens kunnen genieten van de onoverwinnelijke dwaling, voor zover de algemene voorwaarden daartoe vervuld zijn.

Tot op zekere hoogte lijkt het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond een overbodige constructie. Wetsconflicten kunnen immers worden opgelost aan de hand van de algemene rechtsbeginselen inzake enerzijds de normenhiërarchie, en anderzijds het algemeen principe *lex specialis derogat generali*, zodat er strikt genomen geen behoefte bestaat aan een specifieke op het strafrecht toegesneden rechtsfiguur.¹¹²⁹

1126. Zie alg. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles, o.c.*, nr. 2609; J. CONSTANT, *o.c.*, nr. 202; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 849-854; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 350-353; F. KUTY, *o.c.*, 430-438.

1127. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 850; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 352.

1128. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 850-853.

1129. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 849.

Toch blijkt in de praktijk soms nood te zijn aan een aparte rechtvaardigingsgrond. De normenhiërarchie wordt bij de toepassing van art. 70 Sw. immers niet steeds strikt gevolgd.

De rechtspraak i.v.m. de schending van het beroepsgeheim is hiervan een illustratie: zij aanvaardt dat een koninklijk besluit kan gelden als 'wettelijk voorschrift' ter rechtvaardiging van de schending van een bepaling van het Strafwetboek (art. 458 Sw.).

Bij conflicten tussen normen van gelijke rangorde is de norm die als *lex specialis* geldt soms bijzonder vaag. Dit is bv. het geval bij het 'ouderlijk kastijdingsrecht' en bij de toepassing van art. 1966 BW als 'wettelijk voorschrift' ter rechtvaardiging van bepaalde sportactiviteiten.

Toch kan men zich bij de studie van deze materie niet ontdoen van de indruk dat het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond een vrij artificiële constructie is, die deels samenhangt met het feit dat de toestemming van het slachtoffer als rechtvaardigingsgrond wordt afgewezen.

(ii) uitzondering

Art. 70 Sw. geldt 'behoudens wat de misdrijven betreft, bepaald door Boek II, Titel 1bis van het Strafwetboek'. Dit betekent dat het wettelijk voorschrift of het hoger bevel niet kunnen worden ingeroepen voor genocide, misdaden tegen de mensheid en oorlogsmisdaden.

B. EXPLICIET WETTELIJK VOORSCHRIFT

Soms wordt art. 70 Sw. in verband gebracht met artikelen waarbij in de strafbaarstelling zelf het woord 'wederrechtelijk', of 'buiten de gevallen die de wet bepaalt' voorkomt. Het 'wettelijk voorschrift' is hier *expliciet*, omdat de uitzondering in de wet is ingeschreven.

Zo is de aanhouding van een persoon die op heterdaad wordt betrapt door een openbaar ambtenaar geen *wederrechtelijke vrijheidsberoving* (art. 147 Sw.), aangezien art. 40 Sv. en art. 1 Voorlopige Hechteniswet deze aanhouding wettigen. Hetzelfde geldt voor woonstschennis door openbare ambtenaren (art. 148 Sw.), die wordt gerechtvaardigd bij betrapping op heterdaad (art. 36 Sv.). Zie ook art. 434 en 439 Sw. i.v.m. aanhouding door particulieren. *Geweldgebruik* door politieambtenaren is, onder bepaalde omstandigheden, wettelijk toegelaten (zie art. 37 Wet Politieambt). Zie ook art. 47quinquies § 4 Sv. dat werd ingevoegd door de Wet Bijzondere Opsporingsmethoden. Voorbeeld hiervan is het installeren van een *safe house* van waaruit informanten en infiltranten kunnen opereren bij de opsporing van criminele organisaties.

Andere toepassingsgevallen zijn het misdrijf *hulpverzuim aan een persoon in nood* (art. 422bis Sw.), dat kan worden gerechtvaardigd als de hulpverzuimer niet kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen of als hij, indien hij de gevaarstoestand niet persoonlijk heeft vastgesteld, op grond van de omstandigheden waarin hij werd verzocht te helpen, kon geloven dat het verzoek niet ernstig was of dat er gevaar aan verbonden was (art. 422bis, tweede lid Sw.).

Ook de *schending van het beroepsgeheim* valt in deze categorie: art. 458 Sw., dat de schending van het beroepsgeheim principieel strafbaar stelt, voorziet in twee uitzonderingen, nl. het geval waarin de geheimhouder wordt geroepen om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie te getuigen, en het geval waarin de wet hem tot bekendmaking verplicht. Zo verplicht

het KB van 1 maart 1971 betreffende het voorkomen van bepaalde besmettelijke ziekten (zoals cholera, pest, tuberculose, lepra, etc.), de geneesheer deze ziekten te melden aan de gezondheidsinspecteur en de burgemeester. Geneesheren die een dergelijke melding hebben gedaan kunnen niet worden gestraft op grond van art. 458 Sw.: het KB geldt als 'wettelijk voorschrift', waardoor de schending van het beroepsgeheim wordt gerechtvaardigd.¹¹³¹ Ook kan worden gewezen op het KB van 31 mei 1885 luidens welk geneesheren die worden opgeroepen in gevallen die tot een opsporingsonderzoek kunnen leiden (bv. een vergiftiging) verplicht zijn de overheid onmiddellijk in kennis te stellen. Geneesheren of hulpverleners die een geval van kindermishandeling of een seksueel misdrijf tegen een minderjarige of kwetsbare persoon vaststellen en die aan de voorwaarden voldoen van art. 458bis Sw. (dringend gevaar voor de psychische of fysieke integriteit van het kind) mogen dit misdrijf aan de procureur des Konings melden.¹¹³² Het toepassingsgebied van deze uitzondering werd geleidelijk nog uitgebreid.¹¹³³ De opheffing van het beroepsgeheim is echter niet van toepassing op de advocaat voor wat betreft het meedelen van vertrouwelijke informatie van zijn cliënt wanneer die zijn cliënt mogelijk aan strafvervolgving blootstelt (art. 458quater Sw.).¹¹³⁴

Euthanasie is niet strafbaar als moord of doodslag indien zij geschiedt volgens de voorwaarden bepaald in de *Euthanasiewet* van 28 mei 2002.¹¹³⁵

Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde, naar aanleiding van een dodelijk ongeval bij een betoging die het verkeer belemmerde, dat er van *kwaadwillige belemmering van het verkeer* (art. 406 Sw.) geen sprake is wanneer het verkeer gehinderd wordt door een vakbondsactie, in zoverre de feiten kaderen binnen een normale vakbondsactie die op voorhand werd aangekondigd en die er louter toe strekte ruchtbaarheid te geven aan syndicale eisen. Dat er afspraken werden gemaakt met de politie die ook ter plaatse was op het ogenblik van de feiten, is een extra element om de kwaadwilligheid uit te sluiten. In een noot bij dit arrest wordt er echter terecht voor ge-

1130. KB 1 maart 1971 betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten, BS 23 april 1971, deels geregionaliseerd.

1131. Corr. Ieper 9 januari 1992, *Sportrechtspraak* 4.2, nr. 22 (Dopingwet 2 april 1965 – verplichting tot bekendmaking gegevens – geen schending beroepsgeheim).

1132. V. DE SOUTER, 'Het beroepsgeheim en de invoering van een spreekrecht door de wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen. Een nadere analyse van het artikel 458bis van het Strafwetboek', *TJK* 2001, 184-192; J. PUT en I. VAN DER STRAETE, 'Het spanningsveld tussen beroepsgeheim en kindermishandeling: wetgevingde initiatieven in België en Nederland', *T.Gez.* 2001-02, 70-84; N. COLETTE-BASECQZ, 'Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée', *Ann.dr.Louv.* 2002, 3-30; N. COLETTE-BASECQZ, 'La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant. La justification par l'autorisation de l'article 458bis du Code pénal ou par l'état de nécessité', *T.Gez.* 2009-10, 22-27.

1133. Wet 30 november 2011 tot wijziging van de wetgeving wat de verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie betreft, BS 20 januari 2012; Wet van 23 februari 2012 tot wijziging van artikel 458bis Sw. teneinde het uit te breiden voor misdrijven van huiselijk geweld, BS 26 maart 2012; G. GENICOT, 'L'article 458bis nouveau du Code pénal: le secret médical dans la tourmente', *JT* 2012, 717-725; L. NOUWYNCK, 'La position des différents intervenants psycho-médico-sociaux face au secret professionnel dans un contexte judiciaire – cadre modifié, principe conforté', *Rev.dr.pén.* 2012, 589-641; E. LANGENAKEN, 'Portée et conséquences de la réécriture de l'article 458bis du Code pénal sur le secret professionnel', *Rev.Dr.ULg.* 2013, 65-76; A. DIERICKX, 'Misdrijven gepleegd ten aanzien van een minderjarig of kwetsbaar persoon. Een commentaar bij de wet van 30 november 2011', *NC* 2013, 33-38.

1134. Ingevoegd als gevolg van Grondwettelijk Hof 26 september 2013, nr.127/2013, *A.GrWH* 2013, 2289, BS 21 november 2013, *JT* 2013, 682, noot, *JT* 2014, 136, noot L. CHRISTIANS, *JLMB* 2013, 2025, noot G. GENICOT en E. LANGENAKEN, *NJW* 2014, 211, noot M. RODRIGUEZ, *RW* 2013-14, 1255, noot D. VAN GERVEN; Grondwettelijk Hof 5 december 2013, nr.163/2013, *A.GrWH* 2013, 2913, BS 12 maart 2014, *NJW* 2014, 263, noot, *RW* 2013-14, 799. Zie ook S. ROYER en F. VERBRUGGEN, "Komt een terrorist met zijn advocaat bij de dokter ..." Mogen of moeten beroepsgeheimhouders spreken?" *NC* 2017, 22-52.

1135. Wet 28 mei 2002 betreffende de euthanasie; A. DIERICKX, 'Euthanasie', in *Comm.Straf.*

Art. 77 Vreemdelingenwet bestraft de hulpverlening aan een illegale vreemdeling om België binnen te komen of er te verblijven, zelfs als dit niet uit geldgewin gebeurt (want dan is het mensensmokkel: art. 77bis e.v. Vreemdelingenwet). Deze strafbepaling is echter niet van toepassing indien de hulp voornamelijk om humanitaire redenen verleend wordt. Deze uitzondering is vandaag weer erg actueel, gelet op de problematiek van de transmigranten aan het Brusselse Noordstation.¹¹³⁷

Men kan zich bij al deze voorbeelden afvragen of men wel een beroep op het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond nodig heeft, en of men niet volstaat met de vaststelling dat het materieel element in de delictsomschrijving niet is voltrokken. Immers, het gaat hier om gevallen waarbij de delictsomschrijving zelf uitzonderingen bepaalt: als de beklaagde zich in één van deze uitzonderingstoestanden bevindt, dan is er geen misdrijf en is het bijgevolg niet nodig zich op het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond te beroepen. Het lijkt logischer dit probleem via de *kwalificatievraag* op te lossen, nl. de vraag of de elementen, vereist door de delictsomschrijving, aanwezig zijn. Deze oplossing is te verkiezen boven de omweg via de rechtvaardigingsgrond 'wettelijk voorschrift'. Volgens deze tweede benadering vraagt de rechter zich af of de gedraging van de verdachte, t.a.v. wie bewezen is dat hij de elementen uit de delictomschrijving vervuld heeft, gerechtvaardigd is doordat zij beantwoordt aan één van de uitzonderingen in de delictsomschrijving.¹¹³⁸

C. IMPLICIET WETTELIJK VOORSCHRIFT

Art. 70 Sw. wordt eveneens toegepast in een aantal situaties waarin de tegennorm niet uitdrukkelijk in de strafbaarstelling is opgenomen. Het 'wettelijk voorschrift' als rechtvaardigingsgrond is hier *impliciet*. Het wordt in België¹¹³⁹ voornamelijk in de volgende situaties toegepast.

1136. Antwerpen 28 oktober 2004, *RW* 2006-07, 924, noot S. VAN OVERBEKE.

1137. P. DELGRANGE en O. STEIN, 'L'incrimination du trafic des êtres humains et de l'aide à l'entrée et au séjour: protection des victimes ou lutte contre l'immigration irrégulière? Le point sur le cadre légal', *Rev.dr.étr.* 2018, afl. 200, 485-500; C. MACQ, 'L'aide désintéressée au séjour et à la circulation d'un étranger en séjour irrégulier: passible de sanctions pénales?', *JT* 2019, 260-264. Zie ook Cass. (Frankrijk) 12 december 2018, *JLMB* 2019, 489, noot P. MARTENS.

1138. Zie *supra*, constitutieve elementen van het misdrijf, p. 189.

1139. In Nederland wordt het merendeel van de hierna vermelde voorbeelden gerangschikt onder een andere rechtsfiguur, nl. het *ontbreken van materiële wederrechtelijkheid*, die, sedert het Veearts-arrest van 1933, een ongeschreven rechtvaardigingsgrond vormt. Zie hierover G. KNIGGE, *o.c.*, 32-33. Niet alle gevallen die in Nederland door de figuur van het 'ontbreken van materiële wederrechtelijkheid' worden gedekt, worden in België via het wettelijk voorschrift opgelost. Zo aanvaardt de rechtspraak in bepaalde gevallen buitenwettelijke uitzonderingen op wettelijke strafbaarstellingen. Zie bv. de uitsluitingsgronden *exceptio artis* of *kunstexceptie* voor zedenschennende publicaties en de *familie-exceptie* voor bepaalde gevallen van openbare zedenschennis. Zie bv. Gent 2 mei 1988, *TGR* 1988, 119, noot D. VOORHOOF (art. 383 Sw. – tentoonstelling van perverse schilderijen – kunstexceptie); Cass. 20 december 1976, *RW* 1977-78, 451, noot J. DE ZEGHER (art. 385 Sw. – nudisme in familiekring – familie-exceptie). Zie ook C.P.M. CLEIREN en S.R. BAKKER, 'De Kunstexceptie. Gemiste kansen voor de artistieke vrijheid?', *Strafblad* 2011/6, 33-41; J. ROZIE, 'Kunst en strafrecht', in *Kunst en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 27-54.

Traditioneel wordt aangenomen dat lichte slagen (bv. oorvegen, een kleine tik op de vingers, enz.) door ouders op hun kinderen gepleegd, op grond van art. 70 Sw. kunnen worden gerechtvaardigd. Strikt genomen gaat het hier om schendingen van art. 398 Sw. (opzettelijke slagen) of lichte gewelddaden (art. 563, 3° Sw.). De tegennorm wordt hier gevormd door de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek i.v.m. het ouderlijk gezag en de plicht tot gehoorzaamheid van het kind aan zijn ouders die ook de mogelijkheid tot aanvaardbare straffen impliceert. Deze, enigszins vage, tegennorm kan uiteraard niet alle feitelijkheden van ouders t.a.v. hun kinderen rechtvaardigen. De tegennorm zal worden beoordeeld in het licht van wat in de omstandigheden van de zaak sociaal en pedagogisch aanvaardbaar is.¹¹⁴⁰ Ook het EVRM speelt hier een rol.¹¹⁴¹

(ii) heilkundige ingrepen

Een chirurg die een heilkundige ingreep verricht, pleegt strikt genomen een inbreuk op art. 398 Sw.: hij heeft opzettelijke slagen en verwondingen toegebracht aan zijn patiënt. Het feit dat hij hierbij een preventieve of curatieve bedoeling heeft, is niet van belang, aangezien de beweegreden strafrechtelijk irrelevant is: wat telt is dat de chirurg de ingreep wetens en willens heeft verricht.

De vraag rijst hoe men de straffeloosheid van artsen in dergelijke omstandigheden moet verklaren. In vele landen wordt aangenomen dat artsen niet kunnen worden gestraft omwille van het feit dat het slachtoffer met de ingreep heeft ingestemd. In België wordt de toestemming van het slachtoffer echter afgewezen als rechtvaardigingsgrond.

Na enige aarzeling in de literatuur en de rechtspraak, waarbij de rechtvaardiging in dergelijke situaties in de noodtoestand werd gezocht, wordt vandaag aangenomen dat de rechtvaardiging hier uit het wettelijk voorschrift voortvloeit.¹¹⁴² De tegennorm is de *Wet Uitoefening Geneeskunst*¹¹⁴³: door het geneeskundig beroep te organiseren en te reglementeren heeft de wet artsen de toelating gegeven de fysieke integriteit van hun patiënten aan te tasten. De arts geniet het voorschrift van de wet om handelingen te stellen die kunnen worden geanalyseerd als opzettelijke slagen en verwondingen, mits naleving van een *preventief of therapeutisch doel*, de vrije en geïnformeerde

1140. Bv. Antwerpen 13 maart 2012, *RW* 2012-13, 1592; Antwerpen 30 januari 2019, *NC* 2019, 163; Corr. Gent 27 februari 2013, *TJK* 2014, 291, noot C. MELKEBEEK. Zie het themanummer 'De 'pedagogische' tik?' van *TJK* 2009/1, 10-44; A. VERSTAPPEN, 'Kan het ouderlijk tuchtigingsrecht (nog) gerechtvaardigd worden? De plaats van de pedagogische tik binnen het strafrecht', *TJK* 2014, 234-248; G. MARLIER, 'Naar een burgerlijk (en dus ook strafrechtelijk) verbod op de ouderlijke pedagogische tik?', *T.Fam.* 2017, 38-39; G. MARLIER, *Familie in het straf- en strafprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2018, 472-500.

1141. EHRM 25 april 1978, Tyrer/Verenigd Koninkrijk, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 26 (zweepslagen toegebracht aan minderjarigen – schending art. 3); EHRM 25 maart 1993, Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 247-C (schending art. 8).

1142. Zie alg. C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Brussel, Bruylant, 1987, 475 p.; H. NYS, *Geneeskunde, recht en medisch handelen*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2005, 714 p.

1143. KB nr. 78, 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, ge-coördineerd bij Wet van 10 mei 2015, *BS* 18 juni 2015.

toestemming van de patiënt¹¹⁴⁴, de evenredigheid tussen de risico's en de resultaten en tot slot de naleving van de regels van de kunst.¹¹⁴⁵

Uiteraard is de interpretatie en dus ook het toepassingsgebied van deze rechtvaardigingsgrond sterk afhankelijk van de (evolutie van de) medische consensus rond de begrippen preventie en therapie, en zou men zich kunnen voorstellen dat ingrepen die vandaag niet als preventief of curatief worden beschouwd, in de toekomst wel zullen kunnen worden gerechtvaardigd op grond van hetzelfde KB nr. 78.

Vóór de Euthanasiewet van 28 mei 2002 kon het KB nr. 78 niet worden ingeroepen om *euthanasie* te rechtvaardigen. Vroeger nam men ook aan dat *esthetische chirurgie* en *sterilisatie* uit de rechtvaardigingsgrond waren uitgesloten. In het licht van de nieuwe ontwikkelingen en opvattingen in de geneeskunde is dit laatste vandaag voorbijgestreefd.¹¹⁴⁶

Dat medische ingrepen kunnen worden gerechtvaardigd op grond van art. 70 Sw. *juncto* KB nr. 78, brengt uiteraard niet mee dat artsen van een volledige strafrechtelijke immuniteit genieten, van zodra de ingreep die zij verrichten preventief of curatief bedoeld is. Niets belet immers dat de arts art. 418 tot 420 Sw. zou schenden indien hij een fout heeft begaan bij het stellen van de diagnose of het uitvoeren van de ingreep, en hierdoor lichamelijk letsel of zelfs de dood van de patiënt heeft veroorzaakt. In dat geval zal hij kunnen worden vervolgd wegens het onachtzaamheidsmisdrif, bepaald door art. 418 tot 420 Sw.

Zo zal de chirurg, die per vergissing het rechterbeen van de patiënt heeft geamputeerd, i.p.v. het linkerbeen, weliswaar worden vrijgesproken van een betichting wegens opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.), maar hoogstwaarschijnlijk schuldig worden bevonden aan het toebrengen van onopzettelijke slagen en verwondingen (art. 420 Sw.).¹¹⁴⁷

(iii) bepaalde sportactiviteiten

T.a.v. de beoefening van sportactiviteiten die gepaard kunnen gaan met het toebrengen van slagen en eventueel met lichamelijk letsel, wordt eveneens het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond toegepast. Ook wordt, net zoals bij heelkundige ingrepen, de 'toestemming van het slachtoffer' afgewezen als rechtvaardigingsgrond.¹¹⁴⁸

Vroeger werd de niet-bestrafing van sportactiviteiten die strikt genomen een schending van de strafwet inhouden, gefundeerd op art. 1966 BW, dat de wettigheid van sportmanifestaties impliceert. Intussen heeft de wetgever in een algemeen wettelijk kader voorzien, met bijzondere voorschriften voor risicovechtporten.¹¹⁴⁹

1144. Zie art. 8 Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt.

1145. Zie bv. Brussel 12 februari 2014, *JLMB* 2014, 996, *Rev.dr.pén.* 2014, 717.

1146. Zie Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon, *BS* 18 mei 2004; Wet 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, *BS* 30 december 2008; Wet 23 mei 2013 tot regeling van de vereiste kwalificaties om ingrepen van niet-heelkundige esthetische geneeskunde en esthetische heelkunde uit te voeren en tot regeling van de reclame en informatie betreffende die ingrepen, *BS* 2 juli 2013.

1147. Zie bv. Corr. Brugge 15 januari 1990, *Vl.T.Gez.* 1990-91, 70.

1148. Zie alg. R. CHARLES, 'Le sport et le droit pénal', *Rev.dr.pén.* 1952-53, 852-869.

1149. Wet 31 mei 1958 tot reglementering van de bokswedstrijden en -exhibities. In Vlaanderen geldt thans het Vlaams Decreet van 20 december 2013 inzake gezond en ethisch sporten, verder uitgewerkt in een aantal uitvoeringsbesluiten.

Een bokser mag zijn tegenstander knock-out slaan. Als een bokser tijdens een boksmatch echter het oor van zijn tegenstander afbijt (zoals in het geval van de beroemde Amerikaanse boxer Mike Tyson), kan hij zich niet op het wettelijk voorschrift beroepen: deze gedraging maakt immers op generlei wijze deel uit van de regels van de bokssport.

Anderzijds hoeft een schending van de regels van de sport niet noodzakelijk te betekenen dat de verdachte tevens een strafbaar feit heeft gepleegd. Zo werd een voetballer, die een andere voetballer tijdens het spel had verwond en hiervoor van de scheidsrechter een rode kaart had gekregen toch door de strafrechter vrijgesproken omdat de beklagde de zorgvuldigheidsnorm niet had overschreden en de kwetsuur van het slachtoffer te wijten was aan 'een ongelukkige en onvoorzienbare samenloop van omstandigheden die deel uitmaken van de normale risico's die inherent zijn aan de beoefening van de beoefende sporttak'.¹¹⁵⁰

Net zoals t.a.v. de arts geldt ook hier dat de immuniteit van de sportbeoefenaar niet onbeperkt is: om zich op de straffeloosheid te beroepen zal hij de spelregels van de betrokken sport moeten naleven, en niets belet dat hij, wanneer hij uit onachtzaamheid of uit gebrek aan voorzorg of vooruitzicht aan een ander (speler of toeschouwer) lichamelijk letsel toebrengt, zal kunnen worden vervolgd op grond van de art. 418 tot 420 Sw.¹¹⁵¹

(iv) oorlogsdaden waardoor de strafwet wordt geschonden

De tegennorm kan ook uit het internationaal recht worden geput. Zo zijn sommige daden die in normale omstandigheden strafbaar zijn, toegelaten als zij binnen het kader van een gewapend conflict worden gepleegd. In deze categorie vallen bv. het nemen van krijgsgevangenen, het vernielen van militaire installaties, het toebrengen van lichamelijk letsel en zelfs doodslag en moord. Deze handelingen kunnen mogelijk worden gerechtvaardigd op grond van het internationaal oorlogs- en humanitair recht. Uiteraard kunnen niet alle misdrijven die gepleegd worden in het kader van een gewapend conflict worden gerechtvaardigd door het loutere feit dat er een gewapend conflict bestond. Het is enkel voor zover het gedragingen betreft die toelaatbaar zijn volgens het internationaal oorlogs- en humanitair recht dat de rechtvaardigingsgrond bestaat.¹¹⁵²

De discussie over de executie van *Osama Bin Laden* door VS elitetroepen, de *navy Seals* in het Pakistaanse stadje Abbottabad (mei 2011) situeert zich (eveneens) in deze context.¹¹⁵³ De *Seal*

1150. Antwerpen 25 juni 1993, *Jurisprudentiebundel Strafrecht en Strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1997, 161; Corr. Leuven 31 maart 2009, *T.Strafr.* 2009, 323.

1151. Zie Cass. 21 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 249, waarin wordt gesteld dat, om te bepalen of een speler verantwoordelijk is voor de tijdens een sportwedstrijd aan een ander veroorzaakte verwondingen, de daden van de speler moeten worden beoordeeld in verhouding tot de beoefening van de sport en rekening houdende met de normale aan die sportbeoefening verbonden risico's, ook al is het zo dat elke deelnemer aan een dergelijke wedstrijd verplicht is zowel de algemene regels van voorzichtigheid als die van de door hem beoefende sport in acht te nemen. HUYBRECHTS, L., 'Sportmanifestaties en toeschouwers' (noot onder Antwerpen 24 april 1985), *RW* 1985-86, 2229-2233; Antwerpen 4 december 1981, *RW* 1982-83, 2553, noot A. WINANTS; Luik 22 april 1981, *Rev.dr.pén.* 1983, 215, noot N. GEELHAND.

1152. Zie N. KEIJZER, 'Oorlogsmisdrijven en het beroep op wettelijk voorschrift of hoger bevel: artikel 10, lid 1 van de Wet Oorlogsstrafrecht', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 1980, 334; C. VAN DEN WYNGAERT, 'De bestrafing van oorlogsmisdaden' in *Cursus Humanitair Recht. Tekstboek*, Het Nederlandse Rode Kruis, Het Belgische Rode Kruis (Vlaamse Gemeenschap), 1990, 159-192.

1153. Zie het gedetailleerde relaas van Nicholas SCHMIDLE, 'Getting at Bin Laden', *The New Yorker*, 15-20 augustus 2011.

die het dodelijke schot loste rapporteerde: 'Geronimo E.K.I.A.', wat betekent 'Geronimo, (code-naam voor Osama Bin Laden) *enemy killed in action*. De Verenigde Staten gaan ervan uit dat dit een legitieme militaire operatie was.

Of deze stelling klopt moet worden beoordeeld vanuit het internationaal humanitair recht. In oorlogstijd (d.w.z. tijdens een gewapend conflict) is het immers toegelaten militaire doelwitten te treffen. Vraag is echter of er sprake was van een gewapend conflict en of Bin Laden een militair doelwit was.

Indien dit niet het geval was, wat door velen wordt aangenomen, dan gelden de regels van de 'vredestijd'. Het betreft dan geen militaire operatie maar een *law enforcement operation*. In dat geval moet de geoorlooftheid van het optreden van de *Seals* worden beoordeeld vanuit het perspectief van de wettige verdediging als mogelijke rechtvaardigingsgrond.¹¹⁵⁴

De hier bedoelde rechtvaardigingsgrond werkt enkel in de aangegeven richting, niet omgekeerd: schendingen van het internationaal oorlogs- en humanitair recht kunnen nooit worden gerechtvaardigd met een beroep op de nationale tegennorm. Deze regel werd uitdrukkelijk opgenomen in de zgn. *Nürnberg principes*, en is ook erkend door de Belgische rechtspraak¹¹⁵⁵ en wetgeving (art. 136octies § 1 Sw.).

Vroeger was het praktisch belang van de regels van het oorlogsstrafrecht vrij beperkt, omdat zij enkel in oorlogstijd golden, en beperkt waren tot klassieke oorlogssituaties, d.w.z. internationale conflicten tussen twee soevereine staten. Meer en meer worden soldaten ingezet 'in vrede-tijd', in het kader van vredesoperaties (*peace keeping* én *peace enforcing operations*) onder auspiciën van de VN of de NAVO. Dit gebeurt niet enkel in internationale conflicten zoals de oorlog in het voormalig Joegoslavië maar ook in niet-internationale conflicten zoals de burgeroorlogen in Somalië, Rwanda, Kosovo en Afghanistan. De kans dat Belgische soldaten in aanvaring komen met het oorlogsstrafrecht is hierdoor vergroot.¹¹⁵⁶ Zo werden bv. Belgische militairen vervolgd wegens het mishandelen van jonge kinderen tijdens een vredesoperatie in Somalië (1997).¹¹⁵⁷

5. Hoger bevel

A. BEGRIP¹¹⁵⁸

Wie in uitvoering van een rechtmatig bevel van de overheid een misdrijf pleegt, is gerechtvaardigd op grond van het hoger bevel. Deze rechtvaardigingsgrond vloeit eveneens voort uit art. 70 Sw.

1154. Zie *supra*, wettige verdediging, p. 245.

1155. Cass. 4 juli 1949, *Pas*, 1949, I, 506, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT.

1156. Zie ook N. LAGASSE, 'L'emploi de la force sur le territoire national par les militaires en dehors des situations régies par le droit des conflits armés', *Rev.b.dr.const.* 2013, 3-51.

1157. Mil.Ger. 17 december 1997, *JT* 1998, 286.

1158. Zie alg. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles*, o.c., nr. 2610-2631; J. CONSTANT, o.c., nr. 201-208; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, o.c., nr. 855-860; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., nr. 355-362. Zie ook A. ANDRIES, 'L'obéissance militaire et les interdictions du droit international public', in *Xe Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1982, 549-606; E. DAVID, 'L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité', *Rev.b.dr.intern.* 1978-79, 65-84; Y. DINSTEIN, *The defense of*

Het klassieke voorbeeld van een op deze wijze gerechtvaardigd misdrijf is dat van de beul die een doodvonnis voltrekt: het feit dat met de delictsomschrijving 'moord' overeenkomt, is gerechtvaardigd door het hoger bevel.

Andere toepassingsgevallen zijn: de officier van gerechtelijke politie die, met een wettig aanhoudingsbevel in de hand, een verdachte aanhoudt (rechtvaardigingsgrond t.a.v. de tenlastelegging wederrechtelijke vrijheidsberoving – art. 147 Sw.); de gerechtsdeurwaarder die, voorzien van een bevelschrift van de voorzitter van de rechtbank, in een privé-woning binnendringt om overspel vast te stellen (rechtvaardiging t.a.v. woonstschennis – art. 148 Sw.).

Nog andere voorbeelden zijn: de boer die wordt opgevorderd om met zijn tractor een afsluiting omver te rijden teneinde de hulpdiensten toegang te verlenen tot een neergestort vliegtuig (rechtvaardiging t.a.v. de vernieling van afsluitingen – art. 545 Sw.); de verstrekker van een telecomunicatiedienst die op bevel van de onderzoeksrechter een per GSM gevoerd telefoongesprek opneemt (rechtvaardiging t.a.v. het misdrijf af luisteren van privé-communicaties – art. 259bis en 314bis Sw.); de computerspecialist die wordt opgevorderd door de onderzoeksrechter om hem te helpen bij de toegang tot, het ontoegankelijk maken of het verwijderen van computergegevens (rechtvaardiging t.a.v. ongeoorloofde toegang tot informaticasystemen en hacking – art. 88quater § 2 Sv., art. 550bis en 550ter Sw.).

B. TOEPASSINGSVOORWAARDEN

(i) het bevel moet rechtmatig zijn

Het bevel moet rechtmatig zijn, wat o.a. inhoudt dat de overheid van wie het bevel uitgaat, binnen de grenzen van haar bevoegdheid heeft gehandeld. Wanneer een politie-officier een huiszoeking uitvoert op grond van een huiszoekingsbevel dat naderhand nietig blijkt te zijn, of wanneer een boer werd opgevorderd om met behulp van zijn tractor een afsluiting omver te rijden op grond van een onregelmatige opvoering, kan het misdrijf niet worden gerechtvaardigd op grond van art. 70 Sw. In de Wet op het Politieambt staat nu uitdrukkelijk dat, indien een vordering als kennelijk onrechtmatig overkomt, de politie verplicht is de uitvoering ervan te weigeren, en dit schriftelijk en met aangeving van de redenen.¹¹⁵⁹ Een bevel dat op het eerste gezicht rechtmatig is, maar naderhand onrechtmatig blijkt te zijn, het zgn. schijnbaar rechtmatig bevel, is niet gedekt door art. 70 Sw., maar in bepaalde gevallen door de art. 152 en 260 Sw.¹¹⁶⁰

Het bevel moet vooraf gegeven zijn en de uitvoering moet conform het bevel gebeuren, overeenkomstig de bedoeling van het bevel.

Gevangenisbewaarders die op bevel van hun hiërarchische overste een gevangene met geweld uit zijn cel halen, kan geen enkel strafbaar feit worden verweten, wanneer dit geweld naderhand het overlijden van de gevangene teweeg brengt en de gevangenisbewaarders niet de intentie hadden de fysieke integriteit van de gevangene aan te tasten of hem pijn te doen.¹¹⁶¹

Wanneer de bestuurder van een geldtransportauto een snelheidsovertreding begaat om gevolg te geven aan de instructies van de begeleidende rijkswachters, is die overtreding gerechtvaardigd.¹¹⁶²

'superior orders' in international law, Leiden, 1965, 275 p.; E. MULLER-RAPPARD, *L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné*, Parijs, 1965, 281 p.

1159. Art. 8/2 Wet op het Politieambt.

1160. Zie *infra*, het onrechtmatig hoger bevel: geen rechtvaardigingsgrond, p. 271.

1161. Luik 18 november 2008, *JLMB* 2009, 79.

1162. Pol. Turnhout 21 mei 1999, *Verkeersrecht* 2001, 38.

(ii) *het bevel moet uitgaan van de overheid*

Vereist wordt dat het bevel uitgaat van de overheid. Deze overheid moet de *wettelijke* overheid zijn. Gezagsverhoudingen die geen publiekrechtelijk karakter hebben, vallen niet onder art. 70 Sw.

Zo vallen feiten, gepleegd door een huurling in opdracht van een huurlingenleider¹¹⁶³ of door een lid van een privé-militie of een paramilitaire groepering in opdracht van een 'overste', duidelijk niet onder deze rechtvaardigingsgrond.

Deze overheid moet de *Belgische* overheid zijn. Buitenlandse politiediensten die op Belgisch grondgebied een verdachte arresteren kunnen zich niet d.m.v. het hoger bevel rechtvaardigen, enkel, in uitzonderlijke omstandigheden, op grond van het wettelijk voorschrift.¹¹⁶⁴

Dit principe moest worden herzien toen ook buitenlandse en internationale politiediensten (bv. *Europol*) operationele bevoegdheden kregen op het Belgisch grondgebied, zoals reeds door het Verdrag van Amsterdam (1997) in het vooruitzicht was gesteld.¹¹⁶⁵ Naast de aanvankelijk uitzonderlijke gevallen waarin buitenlandse politiediensten op grond van de Schengen-Uitvoeringsovereenkomst (1990) reeds bepaalde operationele bevoegdheden op Belgisch grondgebied konden uitoefenen¹¹⁶⁶, voorziet de Wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken¹¹⁶⁷ in de mogelijkheid *gemeenschappelijke onderzoeksteams* (*joint investigation teams* of *jit*) op te richten, waarbij de bij dit team gedetacheerde buitenlandse leden in België onder bepaalde voorwaarden zelf handelingen kunnen verrichten die tot de gerechtelijke politie behoren.

Privaatrechtelijke gezagsverhoudingen zijn niet gedekt door art. 70 Sw. Zo zal de arbeidsrechtelijke band van ondergeschiktheid¹¹⁶⁸ of de ondergeschiktheid in het kader van een gezinsrelatie¹¹⁶⁹ geen aanleiding kunnen geven tot de toepassing van het hoger bevel als rechtvaardigingsgrond. De persoon die een dergelijk bevel heeft opgevolgd en een misdrijf heeft gepleegd zal zich hoogstens kunnen beroepen op de morele dwang als schulditsluitingsgrond, en dit uiteraard voor zover de voorwaarden daartoe zijn vervuld.

Men kan zich in vele van deze gevallen afvragen of men wel behoefte heeft aan een aparte rechtvaardigingsgrond 'hoger bevel', en of men niet zou volstaan met het 'wettelijk voorschrift'. Vaak gaat het bovendien om misdrijven die in de delictomschrijving het woord 'wederrechtelijk' omvatten (bv. woonstschennis (art. 148 Sw.)

1163. Zie bv. Cass. 12 januari 1983, *RW* 1984-85, 667 (Zairese huurlingarrest).

1164. In dit geval wordt de tegennorm (het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond) gevormd door bepalingen in internationale verdragen die een (in ruimte en tijd beperkt) grensoverschrijdend achtervolgingsrecht voorzien. Zie bv. art. 40 Schengen-Uitvoeringsovereenkomst 1990.

1165. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, 'The transformations of international criminal law as a response to the challenge of organised crime', *Rev.int.dr.pén.* 1999, 133.

1166. Zie alg. C.M. BEVERS en J.A.C. JOUBERT, *Schengen Investigated. A comparative interpretation of the Schengen provisions on international police co-operation in the light of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, 1996, 592 p.; S. BRAMMERTZ, 'Politiesamenwerking en wederzijdse rechtshulp. De zoektocht naar een nieuw evenwicht', *Vigiles* 2001, 8-17.

1167. Wet 9 december 2004 betreffende de internationale politieke verstrekking van gegevens van persoonlijke aard en informatie met gerechtelijke finaliteit, de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering.

1168. Bv. Luik 25 april 1963, *JT* 1963, 385 (bevelen van de eigenaar aan de jachttopziener van een bos).

1169. Zie bv. Mil.Ger. 28 juli 1958, *JT* 1959, 548 (desertie op bevel vader).

of wederrechtelijke vrijheidsberoving door openbare ambtenaren (art. 147 Sw.)). De aanwezigheid van het hoger bevel heeft in deze gevallen tot gevolg dat de vrijheidsberoving niet wederrechtelijk is en dat het misdrijf dus niet is voltrokken. In het voorbeeld van de vernieling van afsluitingen (art. 545 Sw.), waar de delictomschrijving het woord 'wederrechtelijk' niet omvat, is een beroep op de rechtsfiguur hoger bevel misschien niet totaal overbodig, hoewel deze daad doorgaans reeds door een andere rechtvaardigingsgrond zal gedekt zijn, namelijk de noodtoestand.

Een nieuwe hypothese waarin wellicht een beroep op het hoger bevel zal kunnen worden gedaan, is het af luisteren en opnemen van telefoongesprekken. Vroeger bepaalde art. 88bis Sv. dat de onderzoeksrechter voor de uitvoering van de maatregel de technische medewerking van de Regie van Telegrafie en Telefonie kon vorderen. Deze woorden werden in 1998 vervangen door 'operator van een elektronisch communicatienetwerk of verstrekker van een elektronische communicatiedienst'. Hierdoor werd de wet aangepast aan de privatisering van de telecommunicatiesector. Privé-bedrijven die op vordering van de overheid telefoongesprekken opnemen en hierbij een inbreuk plegen op art. 314bis Sw. zullen zich kunnen beroepen op het hoger bevel als rechtvaardigingsgrond.

C. HET ONRECHTMATIG HOGER BEVEL: GEEN RECHTVAARDIGINGSGROND

(i) *principe*

Een onrechtmatig bevel kan nooit de rechtvaardigingsgrond van art. 70 Sw. opleveren: art. 70 Sw. vereist immers dat het bevel 'door de wet voorgeschreven is'. De persoon die het heeft uitgevoerd kan zich mogelijk op een schulditsluitingsgrond (dwang of dwaling) beroepen, maar de handeling zelf blijft onrechtmatig. Indien blijkt dat de band van ondergeschiktheid met de overste van die aard was dat zijn wil volledig werd uitgeschakeld, dan kan hij zich mogelijk op de *morele dwang* beroepen; heeft hij daarentegen te goeder trouw een schijnbaar wettig bevel opgevolgd, dan kan eventueel een beroep gedaan worden op de *onoverwinnelijke dwaling*.

(ii) *bijzondere regeling voor hiërarchisch ondergeschikten*

De principiële strafbaarheid van misdrijven gepleegd ter uitvoering van te goeder trouw opgevolgde, *schijnbaar rechtmatige bevelen*, is problematisch wanneer het gaat om ondergeschikten die in hiërarchische korpsen werken en die hun oversten gehoorzaamheid verplicht zijn op straffe van disciplinaire, en soms zelfs strafrechtelijke vervolging.¹¹⁷⁰ Strafbaarheid zou niet alleen onbillijk zijn, maar zou bovendien de goede werking van het korps in het gedrang kunnen brengen. Het zou immers van de ondergeschikten vereisen dat zij elk bevel op zijn rechtmatigheid toetsen.

1170. Zie bv. art. 8 van het Tuchtstatuut van de politiediensten (Wet 13 mei 1999 houdende het tuchtstatuut van de personeelsleden van de politiediensten, *BS* 16 juni 1999). Zie ook art. 8/2 Wet Politieambt: 'De gevorderde politie mag over de gepastheid van de vordering niet oordelen. Zij moet ze uitvoeren'.

Dit probleem wordt opgevangen door art. 152 en art. 260 Sw. waar, in ongeveer gelijklopende bewoordingen, wordt gesteld dat de ondergeschikte, die in uitvoering van een onrechtmatig hoger bevel een misdrijf heeft gepleegd, 'vrij van straf' blijft indien hij bewijst dat hij heeft gehandeld op bevel van zijn meerderen, in zaken die tot hun bevoegdheid behoren en waarin hij hun als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was.¹¹⁷¹ Alleen de meerdere, die het bevel heeft gegeven, zal worden gestraft. In het Tuchtreglement van het Leger¹¹⁷² komt een gelijkaardige bepaling voor. Zie ook art. 23, 3^e en vierde lid *Wet Racisme en Xenofobie*.

De rechtsleer is verdeeld over de vraag of het hier om een rechtvaardigingsgrond, een schuldsluitingsgrond, dan wel om een strafuitsluitende verschoningsgrond gaat. Uit de tekst van de twee artikelen zou men kunnen afleiden dat het om een strafuitsluitende verschoningsgrond gaat; er wordt immers gezegd dat de beklaagde 'vrij van straf' blijft. De rechtspraak schijnt er echter van uit te gaan dat het een schuldsluitingsgrond is: vrijspraken in zaken lastens ondergeschikten die een onrechtmatig bevel hebben opgevolgd, worden gemotiveerd, niet op grond van art. 260 of 152 Sw. als autonome uitsluitingsgrond, maar op de aanwezigheid van de schuldsluitingsgronden dwaling en dwang.¹¹⁷³

De toepassingsvoorwaarden van de art. 152 en 260 Sw. zijn dat het bevel moet uitgaan van de *wettige overheid* en dat er een *hiërarchische relatie* bestaat tussen de overste die het bevel heeft gegeven, en de ondergeschikte, die het heeft uitgevoerd. Het moet daarbij gaan om een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van de overste behoorde en waarin hij hem als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was.

De particulier die een onrechtmatig hoger bevel opvolgt is dus niet door de art. 152 en 260 Sw. gedekt. Vroeger waren de situaties waarin dit kon plaats vinden vrij uitzonderlijk, zoals bv. het hoger aangehaalde voorbeeld van de boer die met zijn tractor wordt opgevorderd om een omheining plat te rijden. Zoals hierboven uiteengezet is, ten gevolge van de tapwetgeving (1998), de mogelijkheid gecreëerd voor de overheid om de medewerking van privé-bedrijven te vorderen voor de uitvoering van een telefonievordering. Meer recent is aan de onderzoeksrechter de mogelijkheid gegeven om een computerspecialist op te vorderen om hem te helpen in een computersysteem in te breken (art. 88*quater* Sv.). Indien dit bevel onrechtmatig blijkt te zijn kunnen de art. 152 en 260 Sw. er niet worden op toegepast.

Daarnaast vereist de rechtspraak dat de dader gehandeld heeft onder invloed van *dwang* of in een toestand van *onoverwinnelijke dwaling*. Deze voorwaarde vloeit niet voort uit de wet, maar wordt door de rechtspraak gesteld. Deze rechtspraak wordt terecht aan kritiek onderworpen, omdat zij elk praktisch belang aan de artikelen 152 en 260 Sw. ontnemt en dus moeilijk kan stroken met de bedoelingen van de wetgever.¹¹⁷⁴ Men kan zich bovendien afvragen of zij verenigbaar is met het legaliteitsbeginsel, doordat zij bijkomende voorwaarden stelt, die kunnen leiden tot de bestraffing van gedragingen die volgens een strikte interpretatie van de wet 'vrij van straf' blijven.

Een belangrijke toepassingsvoorwaarde is tenslotte dat het *bevel niet manifest onwettig* mag zijn. Deze voorwaarde staat evenmin uitdrukkelijk in de wet. Zij werd echter

1171. Zie alg. J. VERHAEGEN, 'L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales', *JT* 1986, 449-454.

1172. Art. 11 Wet 14 januari 1975 houdende het tuchtreglement van de krijgsmacht, *BS* 1 februari 1975.

1173. Cass. 13 december 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 437.

1174. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 360.

wel in de tuchtreglementen van de politiediensten¹¹⁷⁵ en van het leger opgenomen.¹¹⁷⁶ Ook bij genocide, oorlogsmisdaden en misdaden tegen de mensheid (art. 136*octies* § 2 Sw.), foltering (art. 417*ter*, *in fine* Sw.) en onmenselijke behandeling (art. 417*quater*, *in fine* Sw.) bepaalt de wet dat het bevel van een meerdere dat erop gericht is één van de hier genoemde misdrijven te plegen, de dader niet van zijn verantwoordelijkheid ontslaat. Deze voorwaarde vloeit voort uit het verweer '*Befehl ist Befehl*' dat de Duitse oorlogsmisdadigers tijdens de processen van Nürnberg hadden aangevoerd en dat door het internationaal tribunaal werd afgewezen.¹¹⁷⁷ Vandaag wordt terecht aangenomen dat ondergeschikten niet enkel het recht, maar tevens de plicht hebben de uitvoering van manifest onwettelijke bevelen te weigeren.¹¹⁷⁸ Art. 152 en 260 Sw., die dateren van 1867, werden echter niet aangepast. De tekst van de wet zou op dit punt moeten worden aangepast aan de tuchtreglementen van de politiediensten en van het leger, en zou expliciet moeten stellen dat een kennelijk onwettig bevel niet mag worden uitgevoerd.¹¹⁷⁹

Sociaalpsychologisch onderzoek toont een zeer pessimistisch beeld over gedrag van ondergeschikten aan wie het bevel wordt gegeven ernstige feiten te plegen. Wereldberoemd is het experiment van de Amerikaanse hoogleraar *Stanley Milgram* die in 1963 aan de Universiteit van Yale een reeks experimenten uitvoerde om de 'weerbaarheid' van mensen (de meeste proefpersonen waren studenten) t.a.v. onrechtmatige bevelen te testen.¹¹⁸⁰ Het resultaat was dat 65% van de proefpersonen bereid waren, op bevel van een hoogleraar, een dodelijke elektroshock van 450 volt toe te brengen aan een zogezegde 'leerling' die hun vragen foutief beantwoordde (voor een volledige beschrijving van dit experiment raadplege men het internet). Milgram herhaalde dit experiment op verschillende plaatsen buiten de VS, met telkens vergelijkbare resultaten. Het experiment werd in de jaren 2000 verschillende malen herhaald, met helaas weer vergelijkbare resultaten, wat erop schijnt te wijzen dat de talrijke inspanningen op gebied van opvoeding en onderwijs weinig zoden aan de dijk hebben gezet.

1175. Zie *supra*, noot 1170.

1176. Art. 11 § 2 van de Wet 14 januari 1975 bepaalt: 'De militairen moeten getrouw de bevelen uitvoeren, die hun door hun meerderen in het belang van de dienst worden gegeven. Een bevel mag nochtans niet worden uitgevoerd wanneer deze uitvoering kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf kan meebrengen'. Zie hierover J. GILISSEN, 'Droit pénal et droit disciplinaire militaires', *Rev.dr.pén.*, 1975-1976, 283-363.

1177. Zie alg. Y. DINSTEIN, *o.c.*

1178. Kr. Luik 20 november 1972, *JT* 1973, 148. Zie hierover J. VERHAEGEN, 'Savoir où porter le fer. A propos de la condamnation de six para-commandos', *JT* 1973, 137-141; J. DE WOLF, 'A propos de la condamnation de six para-commandos', *JT* 1973, 186. Zie ook het proces tegen luitenant Calley, schuldig bevonden aan de massale uitmoording van de inwoners van het Vietnamese dorpje My Lai in 1968: Court Martial of Lt. W. Calley, tekst in L. FRIEDMAN, *The laws of war. A Documentary history*, New York, Random, 1973, 1703 e.v.; J. RUBIN, 'Legal aspects of the My Lai incident', *Oregon L.Rev.* 1971, 171 e.v.

1179. B. LOMBAERT, 'Discipline à l'armée, ordre illégal et vie privée' (noot onder RvS 30 juni 1996), *Rev.trim.DH* 1996, 301-313.

1180. S. MILGRAM, 'Behavioral Study of Obedience', *Journal of abnormal and social psychology* 1963, 371.

A. ALS VERSCHONINGSGROND

Art. 47quinquies § 2 bepaalt:

‘Blijven vrij van straf de politieambtenaren die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, mits uitdrukkelijk akkoord van de procureur des Konings’.

Ook de personen die in uitzonderlijke omstandigheden aan de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke en rechtstreekse hulp of bijstand hebben verleend, bedoeld in art. 47octies § 1, tweede lid Sv.¹¹⁸¹ (art. 47quinquies § 2, derde lid Sv.) en de magistraat die de machtiging heeft gegeven blijft vrij van straf als aan de voorwaarden werd voldaan (art. 47quinquies § 2, laatste lid Sv.). Dit werd verder nog uitdrukkelijk bevestigd voor de strikt noodzakelijke verkeersinbreuken die de politieambtenaren van de speciale eenheden met akkoord van de federale procureur begaan tijdens een observatie of infiltratie of tijdens hun opleiding daartoe (art. 47quinquies § 5 Sv.).

Deze artikelen werden ingevoegd door de Wet Bijzondere Opsporingsmethoden. Zij vormen een bijzondere regeling voor politieambtenaren die stelselmatige observaties verrichten en infiltranten. Deze personen mogen in bepaalde omstandigheden en onder strikte voorwaarden, misdrijven plegen: woonstschennis, het aannemen van een valse identiteit, valsheid in geschriften, enz. De voorwaarden van subsidiariteit en proportionaliteit moeten vervuld zijn, en een voorafgaand schriftelijk akkoord van de procureur des Konings is vereist.¹¹⁸²

Net zoals voor de hierboven besproken regeling voor hiërarchisch ondergeschikten gaat het hier veeleer om een strafuitsluitende verschoningsgrond dan om een rechtvaardigingsgrond.

Volgens de BOM-Reparatiewet¹¹⁸³ konden ook informanten onder zeer strenge voorwaarden de toelating krijgen om strafbare feiten te plegen teneinde hun informatiepositie te vrijwaren (art. 47decies § 7 Sv.). De wet voorzag voor hen echter *niet* in een strafuitsluitende verschoningsgrond, zodat het openbaar ministerie vrij bleef de opportuniteit van een strafvervolgning tegen de informant te beoordelen. De magistraat die een informant toelating verleende misdrijven te plegen, bleef zelf wel vrij van straf (art. 47decies § 7, *in fine* Sv.). Deze bepaling werd vernietigd door het Grondwettelijk Hof.¹¹⁸⁴

Bij de introductie van de *burgerinfiltratie* in het Belgisch recht werd ook voor hen, hun opdrachtgevers en het politieel begeleidingsteam een regeling uitgewerkt. Hoewel het hen principieel verboden is om strafbare feiten te plegen, blijven ze toch vrij van straf wanneer zij, met het oog op het welslagen van de operatie of ter verzekering

1181. Zie *infra*, infiltratie, p. 1164.

1182. Zie *infra*, het plegen van misdrijven, p. 980.

1183. Wet 27 december 2005 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit, BS 30 december 2005, 2^e uitg.

1184. Grondwettelijk Hof 19 juli 2007, nr. 105/2007, BS 13 augustus 2007, JLMB 2008, 598, noot D. CHICHOYAN, NJW 2007, 695, noot S. BOUZOUMITA, RABG 2008, 3, noot F. SCHUERMANS, Rev. dr.pén. 2007, 1118, noot H. BOSLY, RW 2007-08, 1811, noot, TGR-TWVR 2008, 55, noot F. MOEYKENS, T.Straf. 2007, 254, noot.

van de eigen veiligheid of deze van andere bij de operatie betrokken personen, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, mits uitdrukkelijk voorafgaand akkoord van de procureur des Konings (art. 47novies/1 § 3 Sv.).

B. ALS RECHTVAARDIGINGSGROND

Naast deze verschoningsgrond wordt bovendien voorzien in een *rechtvaardigingsgrond* voor de bijzondere maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor de afscherming van de identiteit en de veiligheid van de politieambtenaren (art. 47quinquies § 4 Sv.), bv. de uitbouw van een gemeenschappelijk *safe house* van waaruit de bijzondere eenheden van de politie kunnen opereren.¹¹⁸⁵ Deze maatregelen worden genomen door de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse zaken, op gezamenlijk voorstel van de federale procureur en de procureur-generaal die binnen het College belast is met de bijzondere opsporingsmethoden. Er kan, aldus art. 47quinquies § 4 Sv., geen misdrijf zijn wanneer feiten in dat verband worden gepleegd.

6. Toestemming van het slachtoffer: geen rechtvaardigingsgrond

A. PRINCIPE¹¹⁸⁶

Soms wordt straffeloosheid van feiten die in principe strafbaar zijn zoals heekkundige ingrepen (opzettelijke slagen en verwondingen), gynaecologische onderzoeken (aanranding der eerbaarheid) en slagen en verwondingen bij sportbeoefening, gezocht in de toestemming van het slachtoffer. Deze toestemming zou het misdrijf rechtvaardigen: *volenti non fit iniuria*.

Deze oplossing, die in een aantal landen wordt aanvaard (bv. Duitsland, Zwitserland, Denemarken en de VS), wordt door de Belgische rechtsleer en rechtspraak radicaal afgewezen omdat geoordeeld wordt dat de *strafwet van openbare orde* is en dat particulieren er bijgevolg niet, in private overeenkomsten, kunnen van afwijken. Ook al beschermt de strafwet in vele gevallen privé-belangen, toch neemt men aan dat deze bescherming in de eerste plaats de maatschappelijke orde tot voorwerp heeft.

Zo zal de toestemming van de prostituee helemaal geen vervolging in de weg staan van de souterneur die van haar ontucht leeft (art. 380 § 1, 4^e Sw.). Vrouwenbesnijdenis, zelfs met toestemming van het slachtoffer, is strafbaar als genitale verminking (art. 409 Sw.). Vroeger, vóór de Euthanasiewet van 28 mei 2002, was *euthanasie*, zelfs op verzoek van het slachtoffer, strafbaar doodslag.¹¹⁸⁷ Een daad van euthanasie die niet in overeenstemming met de voorschriften van de

1185. Parl.St. Kamer, 2001-2002, nr. 1688/001, 28.

1186. Zie alg. P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles, o.c.*, nr. 2729-2744; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 882-891; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 392-395; R. TAHON, ‘Le consentement de la victime’, *Rev.dr.pén.* 1951-52, 323-342.

1187. In landen waar de toestemming van het slachtoffer als rechtvaardigingsgrond wordt erkend, is doorgaans een aparte strafbaarstelling bepaald voor levensberoving op verzoek, waardoor de straffeloosheid van euthanasie wordt vermeden, zie bv. Duits StGB § 216; Oostenrijks StGB § 77. In de ontwerp tekst van het Strafwetboek van 1867 was deelneming aan zelfmoord oorspronkelijk uitdrukkelijk strafbaar gesteld.

Euthanasiewet gebeurd is, is nog steeds strafbaar als opzettelijke doodslag. *Hulp bij zelfdoding*, zelfs op uitdrukkelijk verzoek, kan het misdrijf schuldig verzuim uitmaken: het ter beschikking stellen van een dodelijke cocktail van medicatie is niet de gepaste hulp voor iemand die met zelfmoordplannen zit en aldus in groot gevaar verkeert. De algemene zorgvuldigheidsplicht vereist eerder dat deskundige psychiatrische bijstand wordt gezocht.¹¹⁸⁸ Het zelfbeschikkingsrecht van het slachtoffer en diens eigen beslissing tot zelfgekozen levensbeëindiging (gezien in het licht van art. 2 en 8 EVRM) sluiten de strafbaarstelling van hulp bij zelfdoding niet uit.

T.a.v. klachtmisdrijven geldt hetzelfde principe: toestemming of berusting van het slachtoffer is geen rechtvaardigingsgrond. Het niet-neerleggen van de klacht betekent niet dat het misdrijf werd gepleegd met toestemming van het slachtoffer. Het misdrijf kan trouwens volledig buiten zijn weten gepleegd zijn. Daarenboven zal de toestemming van het slachtoffer op het ogenblik van de feiten de klacht van het slachtoffer naderhand niet in de weg staan. Dit gold vroeger bij overspel: dat de bedrogen echtgenoot in het overspel had toegestemd, had geen enkel rechtsgevolg en verzette zich niet tegen het later neerleggen van een klacht. Het door de wet beschermde rechtsgoed was immers het monogaam huwelijk en niet het individuele belang van de bedrogen echtgenoot.¹¹⁸⁹

De toestemming van het slachtoffer belet echter wel in sommige gevallen dat het misdrijf tot stand komt. Zij fungeert hier evenwel niet als rechtvaardigingsgrond maar als een factor die belet dat het misdrijf wordt voltrokken. Dit is het geval t.a.v. een reeks gedragingen die slechts strafbaar zijn voor zover het slachtoffer niet toestemt. Dit betekent dat er bij toestemming geen misdrijf is en dat de afwezigheid van toestemming een constitutief bestanddeel van het misdrijf uitmaakt.¹¹⁹⁰

Zo is bv. woonstschennis (art. 148 en 439 Sw.) niet denkbaar met de toestemming van het slachtoffer, en kan men zich moeilijk de diefstal (art. 461 Sw.) of het misbruik van vertrouwen (art. 491 Sw.) voorstellen die met toestemming van de eigenaar zou zijn tot stand gekomen. Zijn evenmin strafbaar seksuele betrekkingen tussen personen boven 16 jaar zonder dat er geweld of bedreiging aan te pas komt (art. 373 Sw.).

De straffeloosheid vloeit hier echter niet voort uit de toestemming van het slachtoffer als rechtvaardigingsgrond: de toestemming belet integendeel dat het misdrijf tot stand komt. De vraag óf er toestemming is wordt door de feitenrechter beoordeeld.

Dit veronderstelt uiteraard dat het slachtoffer op rechtsgeldige wijze kan toestemmen: seksuele betrekkingen met een persoon onder 16 jaar, ook zonder geweld of bedreiging, zijn strafbaar ongeacht de toestemming van het slachtoffer (art. 372 Sw.): personen onder 16 jaar kunnen immers niet op rechtsgeldige wijze hun toestemming verlenen. T.a.v. personen boven 16 jaar is vereist dat de toestemming geldig is.¹¹⁹¹

1188. Cass. 23 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, 872, *Pas.* 2010, 951, *T.Gez.* 2010-11, 261, noot E. DELBEKE, *T.Strafr.* 2010, 334, noot J. VAN GAEVER. Zie hierover uitgebreid: E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levende einde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1249 p.

1189. C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 886.

1190. Zie alg. A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 561 p.

1191. Zie ook A. DIERICKX, 'Is veroorloven 'toestemmen'?' Over de geldigheidsvoorwaarden van de 'toestemming', in *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 57-78.

De Engelse zaak *R v. Elbekkay*¹¹⁹² is een treffende illustratie. Een meisje woonde samen met haar vriend. Op een avond hadden zij een bezoeker te logeren uitgenodigd en hadden voor het slapen gaan veel gedronken. Tijdens de nacht werd het meisje wakker gemaakt. Zij dacht dat het haar vriend was maar in werkelijkheid was het de bezoeker. Zij hadden seksuele betrekkingen. Toen het meisje zich realiseerde wat er gebeurde duwde zij de bezoeker weg en beschuldigde hem van verkrachting. Deze voerde als verdediging aan dat er geen sprake van verkrachting was omdat het meisje had toegestemd. De rechtbank verwierp dit argument en besliste dat wanneer de toestemming van de vrouw verkregen is door iemand die zich uitgeeft voor haar verloofde, deze toestemming ongeldig is.

B. TOESTEMMING EN VRIJE BESCHIKKING

In de rechtsleer wordt een onderscheid gemaakt tussen rechtsgoederen waarover men op vrije wijze beschikt, en rechtsgoederen waarover men nooit vrij kan beschikken.

Rechtsgoederen waarover men vrij kan beschikken zijn bv. de eigendom, en, vanaf 16 jaar, de seksualiteit. Hier belet de toestemming van het slachtoffer de totstandkoming van het misdrijf.

Aanranding van de eerbaarheid op personen boven 16 jaar is slechts strafbaar voor zover zij gepleegd is met geweld of bedreiging. Als een meisje van boven 16 jaar haar gynaecoloog bezoekt en deze verricht het gevraagde onderzoek dan is de delictomschrijving 'aanranding der eerbaarheid' niet voltrokken – het meisje stemt immers toe – en stelt er zich bijgevolg geen probleem van rechtvaardiging.

Rechtsgoederen waarover men niet vrij kan beschikken, zijn het leven, de fysieke integriteit en de seksuele integriteit beneden de leeftijd van 16 jaar. Het misdrijf is, ongeacht de toestemming van het slachtoffer, voltrokken en deze toestemming kan niet worden aangevoerd als rechtvaardiging.

In deze categorie vallen bv. de seksuele betrekkingen met toestemming, met een persoon van minder dan 16 jaar (art. 372 Sw.). De leeftijdsgrens waarop het seksueel 'zelfbeschikkingsrecht' ontstaat, verschilt van land tot land. In België wordt voorgesteld ze te verlagen van 16 tot 14 jaar.¹¹⁹³ Voor een gynaecologisch onderzoek op een meisje dat te jong is om rechtsgeldig te kunnen toestemmen blijft het wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond dus relevant.

Aantasting van de fysieke integriteit (bv. tatoeages, piercings) (art. 398 Sw.) en *euthanasie* voor zover deze niet beantwoordt aan de criteria van de Euthanasiewet¹¹⁹⁴ (art. 393 Sw.) kunnen niet worden gerechtvaardigd op grond van de toestemming van het slachtoffer. Dit geldt ook voor *genitale vermindering* als gevolg van de besnijdenis van vrouwen, die in bepaalde godsdiensten gangbaar is. Ook al stemt het slachtoffer toe, dan nog zal het misdrijf bepaald in art. 409 Sw. gepleegd zijn.

Een moderne discussievraag in deze context betreft de toelaatbaarheid van *sadomasochistische praktijken* tussen volwassenen die hierin vrijwillig en met kennis van zaken toestemmen. Omdat deze praktijken zich in de seksuele sfeer situeren, bevinden zij

1192. *R v. Elbekkay*, [1995] *Crim.L.Rev.* 163, CA.

1193. De seksuele meerderjarigheid (m.a.w. het 'seksueel zelfbeschikkingsrecht') verschilt al naargelang het aanranding der eerbaarheid (art. 372 Sw.: 16 jaar) of verkrachting (art. 375 Sw.: 14 jaar) betreft. Deze regeling maakte het voorwerp uit van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof (zie *supra*, de strafwet en het gelijkheidsbeginsel, p. 100). Voorstellen om de seksuele meerderjarigheid in alle gevallen op 14 jaar te stellen, werden vooralsnog niet aanvaard.

1194. Wet 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, *BS* 22 juni 2002.

zich op de scheidslijn tussen seksuele misdrijven en misdrijven tegen de fysieke integriteit. Strafwetten die dergelijke praktijken verbieden, komen daardoor potentieel in aanvaring met het recht op privacy, zoals neergelegd in onder meer art. 8 EVRM, en het hierin vervatte seksueel zelfbeschikkingsrecht.¹¹⁹⁵ Een toepassingsgeval betrof de zaak *Laskey, Jaggard en Brown v. Verenigd Koninkrijk*.¹¹⁹⁶

Laskey, Jaggard en Brown waren veroordeeld wegens sadomasochistische praktijken: het toebrengen van fysieke letsels (mishandeling van genitaliën met hete was, vishaken, naalden, schuurpapier, zweepslagen, brandmerkingen met hete ijzers, enz.). Alles gebeurde met als enig doel seksueel plezier te verkrijgen/verlenen. Er was een strikte code, waarbij het 'slachtoffer' ten allen tijde de 'agressie' kon stopzetten. Deze praktijken werden bedreven in daartoe speciaal georganiseerde 'folterruimtes'. Het geheel werd per video opgenomen; deze opnamen werden aan de leden van de groep uitgedeeld.

De veroordeling in Engeland was met een nipte meerderheid tot stand gekomen: waar de meerderheid van de Lords (3/2) van oordeel was dat de toestemming deze gedragingen niet kon rechtvaardigen omdat het recht over het eigen lichaam te beschikken niet onbeperkt is, vond de minderheid dat deze gedragingen behoorden tot het privéleven van de beklaagden en niet konden worden bestraft.

In Straatsburg bekloegen Laskey, Jaggard en Brown zich erover dat de Britse wetgeving in strijd was met art. 8 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde echter dat art. 8 niet geschonden was: de Staat, aldus het Hof, heeft het recht praktijken waardoor lichamelijke schade wordt toegebracht te verbieden. Dat deze praktijken zich binnen een seksueel kader situeren verandert hieraan niets. Bovendien gaat het om praktijken waardoor verwondingen van een zekere ernst werden toegebracht.

In België maakte de veroordeling van de Antwerpse 'SM-rechter' K.A. veel ophef.¹¹⁹⁷ Ook deze zaak eindigde in Straatsburg waar het Europees Hof eveneens besloot dat art. 8 EVRM niet was geschonden.¹¹⁹⁸ Een veroordeling op grond van opzettelijke slagen en verwondingen beantwoordde immers aan de vereisten van legaliteit, legitimiteit en proportionaliteit. Zeker in het licht van dit laatste criterium woog zwaar door dat de degene die de slagen en verwondingen toebrengt, niet onmiddellijk zijn handelingen staakte wanneer het slachtoffer het stopwoord gebruikte en dus haar toestemming introk. Bovendien was het geweld, mede door het overmatig drankgebruik, uitermate extreem. De rechtspraak van het Europees Hof hangt dus sterk af van de concrete omstandigheden van elke zaak.

Een andere casus van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens betrof een geval van euthanasie.¹¹⁹⁹

1195. E. LANGENAKEN, 'A propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires', *Rev.dr.pén.* 2003, 474-506.

1196. EHRM 19 februari 1997, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-1, nr. 29.

1197. Antwerpen 30 september 1997, *RW* 1997-98, 749; Cass. 6 januari 1998, *RW* 1998-99, 290, *Arr. Cass.* 1998, 10, *Jaarboek Mensenrechten* 1997-98, 195, noot W. VANDENHOLE, *Rev.dr.pén.* 1999, 562, noot A. DE NAUW, *Rev.trim.dr.fam.* 2000, 203, noot G. GENICOT. Zie hierover P. DE HERT en S. GUTWIRTH, 'Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme', *Panopticon* 1998, 279-286. Zie ook P. ARNOU, 'Sadomasochisme, wel ontucht, geen slagen?' (noot onder Gent 23 september 1997), *AJT* 1997-98, 263-266; Corr. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 21 december 2016, *NC* 2017, 292.

1198. EHRM 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, *T.Straf.* 2005, 426; A. DIERICKX, 'De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./België', *T.Straf.* 2005, 387-404; P. DE HERT en S. GUTWIRTH, 'De seks is hard maar seks (dura sex sed sex). Het arrest K.A. en A.D. tegen België', *Panopticon* 2005, 1-14.

1199. EHRM 29 april 2002, *Pretty/Verenigd Koninkrijk*, *JLMB* 2002, 1384, noot F. ABU DALU; O. DE SCHUTTER, 'L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme. (A propos de

Et ongeneeslijk zieke vrouw, mevrouw Pretty, wenste zelfmoord te plegen. Zij was verlamd vanaf de nek en moest met een tube worden gevoed. Haar intellectuele capaciteiten waren echter niet aangetast. Zij verzocht de Britse overheid haar echtgenoot niet te vervolgen indien hij haar zou assisteren bij haar zelfmoord. Dit verzoek werd afgewezen. Zij wendde zich vervolgens tot het Europees Hof in Straatsburg, en voerde aan dat de Britse overheid art. 2 (recht op leven), art. 3 (verbod onmenselijke en vernederende behandeling) en art. 8 EVRM (recht op privacy) geschonden had.

Het Hof verwierp deze klacht. Het recht op leven kan niet zo geïnterpreteerd worden dat het een negatief aspect heeft. Art. 2 heeft geen betrekking op de kwaliteit van het leven. Er kan geen recht om te sterven worden uit afgeleid. Wanneer het Hof in bijzondere omstandigheden zou oordelen dat hulp bij zelfmoord geen inbreuk is op art. 2, dan betekent dit nog niet dat een Staat art. 2 schendt wanneer de Staat geen hulp bij zelfmoord toestaat.

Er was evenmin een schending van art. 3. De weigering van de Staat om 'geen vervolging' te garanderen, is geen behandeling in de zin van art. 3. Deze bepaling moet geïnterpreteerd worden in samenhang met art. 2, dat vooreerst een verbod inhoudt op geweld dat tot de dood leidt.

Art. 8 was evenmin geschonden. De kwaliteit van het leven valt onder art. 8. Het feit dat de overheid niet toelaat dat betrokkene ervoor kiest geen onwaardig einde tegemoet te gaan, is een inmenging in art. 8. Een algemeen verbod op hulp bij zelfmoord, alsook de concrete weigering in kwestie, zijn echter niet disproportioneel.

C. GENEESKUNDE, SPORT EN TOESTEMMING VAN HET SLACHTOFFER

Aangezien de toestemming van het slachtoffer niet als rechtvaardigingsgrond geldt in het Belgisch strafrecht wordt de niet-bestrafing van in principe strafbare feiten gepleegd in het kader van geneeskundige zorgenverstrekking en sportmanifestaties verantwoord via de rechtvaardigingsgrond van het *wettelijk voorschrift* (zie *supra*).

Hoewel het wettelijk voorschrift soms wat gekunsteld aandoet als rechtvaardigingsgrond, heeft het een onmiskenbaar voordeel in vergelijking met de rechtsfiguur van de 'toestemming van het slachtoffer' als rechtvaardigingsgrond. Uit de 'toestemming van het slachtoffer' kan een bijna onbeperkte machtiging worden geput tot het plegen van misdrijven, wat mogelijk tot misbruiken kan leiden. Op grond hiervan zouden bv. medische experimenten kunnen verantwoord worden op personen die zouden zwichten voor hoge vergoedingen. Het wettelijk voorschrift houdt, in tegenstelling tot de 'toestemming van het slachtoffer', een meer precieze begrenzing in van de gedragingen die aan de toepassingsfeer van de strafwet worden onttrokken.

l'arrêt *Pretty c. le Royaume-Uni* du 29 avril 2002), *Rev.Trim.DH* 2003, 71-111. Zie ook EHRM 14 mei 2013, *Gross/Zwitserland*.