ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

DRUGS

Alain De Nauw

Emeritus buitengewoon hoogleraar Vrije Universiteit Brussel

(tweede editie)

2012

Kluwer

a Wolters Kluwer business

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 januari 2012.

8520410-130

ISBN 978 90 4654 237 8
D 2012 2664 118
BP/APR-BI12075

Verantwoordelijke uitgever: Hans Suijkerbuijk
Ragheno Business Park
Motstraat 30
B-2800 Mechelen
Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)
www.kluwer.be

© 2012, Wolters Kluwer Belgium NV
Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoud

		Blz.
INHOUD		V
AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN		IX
LITERATUURLIJST		XI
		Nrs.
Hfdst. I	**DE WET VAN 24 FEBRUARI 1921**	1-7
Hfdst. II	**DE INTERNATIONALE VERDRAGEN**	8-11
Hfdst. III	**DE IN DE WET BEDOELDE DRUGS**	
Afd. I	ALGEMENE BESCHOUWINGEN	12-15
Afd. II	SLAAPMIDDELEN EN VERDOVENDE MIDDELEN	16-18
Afd. III	ANDERE PSYCHOTROPE STOFFEN DIE AFHANKELIJKHEID KUNNEN TEWEEGBRENGEN	19-21
Afd. IV	PRECURSOREN	22
Hfdst. IV	**DE IN DE WET OMSCHREVEN MISDRIJVEN**	
Afd. I	ALGEMENE BESCHOUWINGEN	23-24
Afd. II	HET VERGEMAKKELIJKEN VAN HET GEBRUIK	25-28
Afd. III	AANZETTING TOT GEBRUIK	29-31
Afd. IV	MISBRUIK DOOR BEOEFENAARS VAN DE GENEESKUNDE	
	§ 1. Algemene beschouwingen	32-35
	§ 2. Bestanddelen van het misdrijf	36
	A. Daad van een practicus	37-38
	B. M.b.t. drugs	39
	C. Misbruik	40-43
	D. Moreel bestanddeel	44
Hfdst. V	**IN DE UITVOERINGSBESLUITEN OMSCHREVEN MISDRIJVEN**	
Afd. I	ALGEMENE BESCHOUWINGEN	45-47
Afd. II	GENEESHEREN EN APOTHEKERS	48-52

Afd. III INVOER 53

Afd. IV BEZIT 54-56

Afd. V VERBOUWEN VAN PLANTEN WAARUIT DRUGS KUNNEN WORDEN GETROKKEN 57

Hfdst. VI VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN 58

Afd. I MINDERJARIGHEID VAN HET SLACHTOFFER 59-64

Afd. II GEVOLGEN VOOR DE GEZONDHEID 65-70

Afd. III HET BESTAAN VAN EEN VERENIGING 71-81

Hfdst. VII STRAFFFEN

Afd. I HOOFDSTRAFFEN 82-84

Afd. II BIJKOMENDE STRAFFEN
§ 1. Ontzetting 85
§ 2. Het verbod de geneeskunde uit te oefenen 86-88
§ 3. De sluiting van de inrichting 89-92
§ 4. De ontzetting een drankgelegenheid of een andere inrichting te exploiteren 93
§ 5. De aanplakking en de openbaarmaking van de rechterlijke beslissing 94
§ 6. De duur van de ontzetting of van de sluiting 95-97
§ 7. De verbeurdverklaring 98-107

Hfdst. VIII DE VERSCHONINGSGRONDEN VAN DE AANGIFTE

Afd. I WETSGESCHIEDENIS 108

Afd. II VERSCHIL MET ANDERE GEVALLEN VAN AANGIFTE 109

Afd. III DOEL VAN DE WETGEVER 110-114

Afd. IV JURIDISCHE AARD VAN DE AANGIFTE 115-117

Afd. V VOORWAARDEN
§ 1. Algemene voorwaarden 118
A. Onthulling 119-121
B. Aan de overheid 122-124
C. Oprecht en volledig 125-127
§ 2. Bijzondere voorwaarden
A. Strafuitsluitende verschoning 128
1. Misdrijf strafbaar met correctionele straffen 129
2. Vóór enig begin van vervolging 130-131
3. Identiteit van de daders of het bestaan van de misdrijven 132
B. Strafverminderende verschoningen 133-134

Afd. VI VRAAGPUNTEN VAN MATERIEEL STRAFRECHT 135-136

Afd. VII	VRAAGPUNTEN VAN STRAFPROCESRECHT	137-143
Hfdst. IX	**OPSCHORTING EN UITSTEL**	
Afd. I	WETSGESCHIEDENIS	144-146
Afd. II	TOEPASSINGSGEVALLEN	147-151
Hfdst. X	**ALGEMEEN STRAFRECHT**	
Afd. I	LOKALISERING VAN HET MISDRIJF IN DE RUIMTE	152-154
Afd. II	POGING	155-156
Afd. III	DEELNEMING	157-158
Afd. IV	HERHALING	159-162
Afd. V	SAMENLOOP	163-164
Hfdst. XI	**VASTSTELLING VAN MISDRIJVEN**	
Afd. I	BEVOEGDE AMBTENAREN	165-166
Afd. II	BEWIJSWAARDE VAN DE PROCESSEN-VERBAAL	167
Afd. III	HUISZOEKINGEN	168-174
Afd. IV	MONSTERNEMING	175
Afd. V	BELEMMERING VAN HET ONDERZOEK	176
Afd. VI	IDENTITEITSCONTROLE, FOUILLERING, DOORZOEKING VAN VOERTUIGEN EN ONDERZOEK AAN HET LICHAAM	177-182
Afd. VII	INBESLAGNAME	183
Afd. VIII	BRIEFGEHEIM	184
Afd. IX	PROACTIEVE RECHERCHE	185-186
Afd. X	OVERIGE BEWIJSMIDDELEN	187-190
Afd. XI	RELATIVERING VAN DE REGEL VAN BEWIJSUITSLUITING BIJ ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS	191-192
Hfdst. XII	**POLITIONELE PROVOCATIE**	
Afd. I	DEFINITIE	193-200
Afd. II	BEWIJS	201-203

Afd. III GEVOLGEN 204

Hfdst. XIII VERVOLGING NA UITSPRAAK IN HET BUITENLAND 205-211

Hfdst. XIV DE INTERNERING 212-215

Hfdst. XV KRITISCH OVERZICHT 216-218

Blz.

ZAAKREGISTER 175

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

Er wordt afgekort en geciteerd volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen, *Juridische verwijzingen en afkortingen,* Mechelen, Kluwer, 2008, vierde editie, 170 p.

Verder worden in de regel geen afkortingen gebruikt, tenzij in de tussen haakjes geplaatste tekst(gedeelten).

LITERATUURLIJST

ARNOU, L., "Cannabis: oogsten mag niet... kweken evenmin", *NC* 2006, 341-345.

BEKAERT, H., *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, Antwerpen, De Sikkel, 1958.

BOSLY, H.D., VANDERMEERSCH, D. en BEERNAERT, M.A., *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2010.

BOURDOUX, G.L. en COISNE, S., "Le pouvoir de perquisition des officiers de police judiciaire sur la base de la loi en matière de stupéfiants", *RDPC* 2009, 908-926.

BROSENS, W., "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112.

CHRISTIAENSEN, S. en GOETHALS, J. (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, Leuven, Acco, 1994.

DANGREAU, J. en SERLIPPENS, A., "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489.

DECLERCQ, R., *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2010.

DECLERCQ, R., *La preuve en matière pénale*, Prologomena nr. 13, Brussel, Swinnen, 1998.

DECOURRIÈRE, A., *Les drogues dans l'Union européenne Le droit en question*, Brussel, Bruylant, 1996.

DECOURRIÈRE, A., "Questions relatives à l'usage et au trafic des stupéfiants et problèmes liés au traitement des toxicomanes", *RDPC* 1985, 625-646.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2010.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010.

DE NAUW, A., "La suspension et le sursis en matière de stupéfiants et le délit collectif", *RDPC* 1985, 113-121.

DE NAUW, A., "De gewijzigde Drugwet: hopeloos op zoek naar rechtszekerheid", *RW* 2003-04, 1161-1172.

DE RUYVER, B., VERMEULEN, G., DE LEENHEER, A. en VANDER STRAETEN WAILLET, A. (reds.), *Op weg naar een geïntegreerd drugbeleid in België, Drugbeleid 2000*, Antwerpen, Maklu, 1995.

DE RUYVER, G., VERMEULEN, G., DE LEENHEER, A. en MARCHANDISE, Th. (reds.), *Veiligheids- en medisch-sociale benadering: complementair of tegengesteld?, Drugbeleid 2000*, Antwerpen-Brussel, Maklu-Bruylant, 1996.

DE RUYVER, B. en DE LEENHEER, A., *Drugbeleid 2000*, Antwerpen-Brussel, Maklu-Bruylant, 1994.

DE VALKENEER, C., *Manuel de l'enquête pénale*, Brussel, Larcier, 2011.

D'HAENENS, J., *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985.

DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven-Amersfoort, Acco, 1990.

FRANCHIMONT, M., JACOBS, A. en MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 2009.

LUYTEN, D. en BOUTMANS, E., *Drugs*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 1981.

KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge,* Brussel, Larcier, 2009 en 2010.

MAES, K., MAERTENS, J., CARLIER, F. en DE RUYVER, B., *De witte cirkel. Het drugbeleid in Vlaanderen*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 1984.

MAHIEU, W., "Drugs: De onthulling als grond van verschoning", *Comm.Straf.*

MAHIEU, W., "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*

MAHIEU, W., "Drugs: Opschorting, uitstel en probatie", *Comm.Straf.*

MAHIEU, W., "Drugs: Opsporing en vervolging", *Comm.Straf.*

MAHIEU, W., "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*

MAHIEU, W., "Drugs: Wetgeving", *Comm.Straf.*

MARCHAL, A. en JASPAR, J.P., *Traité de droit criminel*, Brussel, Larcier, 1975-1982.

NYS, H., *Geneeskunde* in *APR*, 2005.

NYS, H., "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344.

RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, Brussel-Parijs, Bruylant-L.G.D.J., 1950-1968.

ROZIE, J., *Voordeelsontneming*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005.

TRAEST, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992.

TROUSSE, P.E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge* in *Les Novelles, Droit pénal*, Brussel, Larcier, 1956-1962.

VAN CAUWENBERGHE, K., *Handhavingsboekje Drugs*, Mechelen, Kluwer, 2011.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2006.

VANDER LAENEN, F. en DHONT, F., "Zalven en slaan. Een eerste analyse van de nieuwe Drugwetgeving", *T.Strafr.* 2003, 227-245.

VAN DROOGENBROECK, P., "Le délit d'entretien de toxicomanie", *JT* 1973, 189-192.

VAN GAEVER, J., "De nieuwe Drugwet: Wijziging en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284.

VAN GAEVER, J., "De teelt van cannabisplanten: een gordiaanse knoop doorgehakt?", *T.Strafr.* 2007, 3-14.

VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, Gent, Story-Scientia, 1976.

VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2005.

z.n., Drogues et prison, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, nr. 1, Brugge, die Keure, 1995.

z.n., Juridische aspecten van druggebruik, Reeks *Recht en Gezondheidszorg* nr. 6, Gent, Mys & Breesch, 1996.

z.n., Wet en Duiding Drugwetgeving, Brussel, Larcier, 2011.

HOOFDSTUK I
DE WET VAN 24 FEBRUARI 1921

1 De regelgeving betreffende de drugs is vervat in de wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van de giftstoffen, slaapmiddelen, verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen.

De wet van 24 februari 1921 kwam tot stand na de goedkeuring van het Opiumverdrag gesloten te Den Haag op 23 januari 1912. De wetgever was van oordeel dat de wet van 12 maart 1818 betreffende de uitoefening van de geneeskunst de regering niet in staat stelde om de maatregelen te nemen die nodig waren om aan de uit het Opiumverdrag voortvloeiende verplichtingen te voldoen (*Parl.St.* Kamer 1920-21, nr. 41, 108).

Die wet is door de wetgever opgevat geworden als een kaderwet (W. MAHIEU, "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 4).

Artikel 1 van de wet machtigde de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad om allerlei zaken m.b.t. de opgesomde stoffen te regelen en daarover toezicht te houden.

De opgesomde stoffen hebben betrekking op twee totaal verschillende materies, enerzijds de giftstoffen, ontsmettingsmiddelen en antiseptica (art. 2) en anderzijds de slaapmiddelen, verdovende stoffen en andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen (art. 2*bis* en 2*ter*) en de stoffen die gebruikt kunnen worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (art. 2*quater* van de basiswet).

Zoals W. BROSENS reeds na de goedkeuring van de wet van 9 juli 1975 opgemerkt heeft is er dus niets terechtgekomen van de intentie van de wetgever om de gevaarlijke en giftige stoffen uit de wet van 24 februari 1921 te lichten (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 6). De wetgever heeft integendeel door de wet van 22 juli 1974 op de giftige afval een artikel 1*bis* in de basiswet ingevoegd dat de Koning machtiging verleent maatregelen te treffen die hoofdzakelijk betrekking hebben op andere producten als drugs (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 12). Ook de wet van 14 juli 1994, die enkele wijzigingen aan de basiswet heeft aangebracht, houdt eveneens in de eerste plaats verband met hormonale residus en slechts in mindere mate met drugs (*Parl.St.* Kamer 1993-94, nr. 1183/1, 1), zodat de geldende wet nog altijd ook andere stoffen buiten de drugs viseert.

De artikelen van de basiswet die betrekking hebben op de giftstoffen, de ontsmettingsmiddelen en antiseptica en de desbetreffende uitvoeringsbesluiten worden onder dit trefwoord niet behandeld.

2 De wet van 24 februari 1921 werd in eerste stadium grondig gewijzigd bij de wet van 9 juli 1975.

De aanvankelijke bedoeling van het door de regering in 1971 neergelegd ontwerp van wet was dubbel:
- aan de ene kant een nauwkeuriger bepaling geven van de talrijke bedoelde stoffen ten einde de wet aan te passen aan de nieuwe vereisten van de strijd tegen de verdovende middelen in hun menigvuldige vormen;
- aan de andere kant een gevoelige versterking van het repressief systeem om enerzijds te kunnen voldoen aan een aantal internationale verbintenissen en anderzijds met meer doeltreffendheid te kunnen optreden (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 2).

Op het einde van de parlementaire procedure verklaarde de minister van Justitie dat de nieuwe wet niet alleen voornoemde doelstellingen beoogt, doch ook andere zaken nastreeft:
- een bredere waaier van bijkomende straffen;
- een ruimere schaal van strafmaat, waarbij aan de ene kant verzwarende omstandigheden toepassing kunnen vinden en aan de andere kant gronden van verschoning kunnen gelden ten voordele van personen die aan de gerechtelijke autoriteiten inlichtingen verschaffen m.b.t. ergere misdrijven in dit gebied;
- een daadwerkelijke behandeling van personen die afhankelijkheid aan druggebruik vertonen (*Hand.* Kamer 1974-75, 24 juni 1975, 3593).

3 De wijzigingen die de wet van 9 juli 1975 aan de oorspronkelijke wet heeft aangebracht zijn zo belangrijk dat toentertijd alleen artikel 1 van de oorspronkelijke wet van 24 februari 1921 onveranderd is gebleven. Daarom oordeelde de Raad van State dat een goede wetgevingstechniek zou vereisen dat de wet van 24 februari 1921 door een nieuwe wet werd vervangen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 20).

De regering was het in principe eens met die opmerking, doch haalde een reeks redenen aan om gewoonweg wijzigingen aan te brengen in de bestaande wet:
a) de oorspronkelijke doelstellingen van de wet van 1921, die als enig doel had België in staat te stellen zijn verplichtingen opgelegd bij het Opiumverdrag van 23 januari 1912 na te komen, moeten worden gehandhaafd;
b) belangrijke reglementering en rechtspraak alsook andere wetten verwijzen naar de wet van 24 februari 1921;
c) het ligt in de bedoeling de giftstoffen, de ontsmettingsmiddelen en de antiseptica uit de wet te lichten en aldus terug aan te knopen bij de aanvankelijke bedoeling van de wetgever om de wet uitsluitend betrekking te doen hebben op verdovende middelen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 6).

4 De wet van 17 november 1998 heeft vervolgens op twee punten de Drugwet gewijzigd.

Enerzijds heeft zij in artikel 3 een nieuw lid ingevoegd waardoor onder de tenlastelegging van het gemakkelijker maken van het gebruik of van aanzetting tot dit gebruik niet meer vallen het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs kosteloos, als bedoeld in artikel 4, § 2, 6° van het KB nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies.

Anderzijds heeft dezelfde wet wijzigingen aangebracht aan het bestaande regime van de bijkomende straf van de sluiting van drankgelegenheden of inrichtingen waar de misdrijven zijn gepleegd als omschreven in artikel 4, § 3 van de basiswet.

5 De wet van 22 augustus 2002 heeft naderhand artikel 3 van de basiswet aangevuld met een § 4 om behandelingen met vervangingsmiddelen wettelijk te erkennen.

De aanleiding van deze aanvulling was dat volgens de wetgever de rechtspraak te vlug besliste dat geneesheren schuldig zijn aan het misdrijf van artikel 3, § 3 van de basiswet, wanneer bij behandelingen met vervangingsmiddelen de ontwenning niet snel gerealiseerd wordt (*Parl.St.* Senaat B.Z. 1999, nr. 11/1, 5). Dit gevoelen kan nochtans niet uit de gepubliceerde rechtspraak worden afgeleid (zie verder, nrs. 41 e.v.).

6 De wetten van 4 april 2003 en van 3 mei 2003 die als de laatste grote wijziging van de Drugwet moeten worden aanzien, waren het gevolg van het federaal regeerakkoord van 7 juli 1999.

Die nieuwe wetten machtigen de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad een onderscheid te maken tussen de slaapmiddelen, de verdovende middelen en de andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen opgesomd in de uitvoeringsbesluiten en te bepalen welke door de wet bepaalde straf zal gelden naargelang het door hem gemaakt onderscheid (art. 2*bis* en 2*ter* van de basiswet).

Een van de bedoelingen van die machtiging is een specifieke tenlastelegging mogelijk te maken voor de verschillende misdrijven i.v.m. cannabis, te weten de invoer, de vervaardiging, het vervoer en het aanschaffen of de teelt voor cannabisplanten voor persoonlijk gebruik (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nrs. 1888/1 en 1889/1, 13-14).

Voorts bepaalde het gewijzigd artikel 11 van de basiswet dat in afwijking van de wet op het politieambt slechts tot registratie door de politie wordt overgegaan in geval van vaststelling van het bezit door een meerderjarige van een gebruikershoeveelheid van cannabis dat niet vergezeld gaat met openbare

overlast of met problematisch gebruik. Deze bepaling werd evenwel vernietigd door het arrest nr. 158/2004 van 20 oktober 2004 van het Arbitragehof (*RW* 2004-05, 699, noot, *T.Strafr.* 2005, 36, noot F. VANDER LAENEN en F. DHONT, *JT* 2005, 66, noot C. GUILLAIN en *JLMB* 2004, 1773) omdat het begrip "gebruikershoeveelheid" geen voldoende nauwkeurige normatieve inhoud heeft, de interpretatiebevoegdheid die aan de verbalisanten i.v.m. het begrip "problematisch gebruik" wordt gelaten een bron van rechtsonzekerheid is en het begrip "openbare overlast" een ambigu karakter heeft, wat als gevolg heeft dat de juiste draagwijdte van de wetsbepaling niet kan worden vastgesteld en ze bijgevolg vernietigd dient te worden, omdat ze niet aan de vereisten van het legaliteitsbeginsel in strafzaken voldoet.

Voorts hebben de wetten van 4 april 2003 en 3 mei 2003
- aan de gedragingen die de Koning bij besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad m.b.t. de voornoemde stoffen kan regelen de doorvoer en de makelarij toegevoegd;
- het misdrijf van het gebruik in groep van slaapmiddelen, verdovende middelen of andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen opgeheven;
- de van het gemeen recht afwijkende bepaling van artikel 9 van de basiswet m.b.t. de toepassing van de wet betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie herschreven.

Het opschrift van de Drugwet luidt voortaan "wet van 24 februari 1921 betreffende het verhandelen, van giftstoffen, slaapmiddelen, verdovende middelen, ontsmettingsstoffen of antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen". Deze wijziging houdt verband met de opname van precursoren als specifieke categorie van stoffen bij de wet gereglementeerd (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nrs. 1888/1 en 1889/1, 13 en 20). EG-verordeningen verplichten de vervolging van inbreuken op hun bepalingen ter voorkoming van het misbruik van stoffen voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen. Alle repressieve bepalingen inzake precursoren werden gebundeld in artikel 2*quater*.

7 Ook na de goedkeuring van deze verschillende wetten heeft de wet van 24 februari 1921 nog steeds het karakter van een kaderwet. De wet zelf omschrijft amper enkele misdrijven. Aan de uitvoerende macht wordt de mogelijkheid verschaft om een groot aantal gedragingen te regelen en daarover toezicht te houden. Het is dus aan de uitvoerende macht om uitvoeringsbesluiten te maken op grond van artikel 1 van de basiswet. Deze moeten dan uitmaken welke de voorwaarden zijn waaronder de betrokken stoffen al dan niet mogen worden verhandeld, ingevoerd, vervoerd, geteeld.... Tevens wordt sedert de wet van 3 mei 2003 de uitvoerende macht ook gemachtigd een onderscheid te maken tussen de illegale stoffen en in functie hiervan de misdrijven in te delen in categorieën. De inbreuken op deze besluiten worden wat betreft de slaap-

middelen, de verdovende middelen en de psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen en de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen gesanctioneerd overeenkomstig de artikelen 2*bis*, 2*ter* en 2*quater* (L. ARNOU, "Cannabis: oogsten mag niet... kweken evenmin", *NC* 2006, 341-345, i.h.b. nr. 4). Nochtans hadden sommige parlementsleden al tijdens de parlementaire procedure van de wet van 9 juli 1975 hun bezwaar geuit tegen deze aanpak die maakt dat de meeste misdrijven in de uitvoeringsbesluiten van de wet worden bepaald (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 6). Tijdens de parlementaire bespreking van de wet van 3 mei 2003 werd het volledig herschrijven van de wet van de koninklijke besluiten tot uitvoering ervan wenselijk geacht. De regering was nochtans van oordeel dat het om een taak ging waarmee ze zich niet wenste in te laten, hoewel zij wenselijk is (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 319).

Wel dient toegegeven te worden dat een kaderwet het voordeel biedt dat zonder dat er een wetswijziging door het parlement behandeld en goedgekeurd moet worden, de wetgeving snel kan worden aangepast aan veranderde omstandigheden (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 29).

De gebruikte wetgevingstechniek is en blijft bijzonder complex. Het is twijfelachtig of de basiswet tezamen met haar uitvoeringsbesluiten beantwoordt aan de bijzondere eisen terzake van nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid, waaraan de strafwetten moeten voldoen.

Deze toestand bevordert niet de leesbaarheid en de toegankelijkheid van de wetgeving.

HOOFDSTUK II
DE INTERNATIONALE VERDRAGEN

8 De Belgische wetgeving op het gebied van de drugs beoogt te voldoen aan verplichtingen die voortvloeien uit internationale verdragen.

Er zijn in dezen vooral drie verdragen van belang:
- het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen opgemaakt te New York op 30 maart 1961 goedgekeurd door de wet van 20 augustus 1969,
- het Verdrag inzake psychotrope stoffen opgemaakt te Wenen op 21 februari 1971 goedgekeurd door de wet van 25 juni 1992,
- het Verdrag tegen de sluikhandel in verdovende stoffen opgemaakt te Wenen op 20 december 1988 goedgekeurd door de wet van 6 augustus 1993.

9 Het Enkelvoudig Verdrag van New York van 30 maart 1961 verving alle vorige verdragen. Uitzondering werd gemaakt voor het Verdrag van Genève van 26 juni 1936, met dien verstande dat artikel 9 ervan, dat betrekking heeft op de uitleveringen, vervangen wordt door artikel 36, tweede lid van het Enkelvoudig Verdrag.

Voor het intern recht zijn vooral drie bepalingen uit het Enkelvoudig Verdrag van belang:

a. De verdragsluitende partijen verbinden zich ertoe elke inbreuk op de bepalingen van het verdrag in hun wetgeving als een strafbaar feit te omschrijven en erover te waken dat het begaan van ernstige strafbare feiten op passende wijze wordt bestraft.

Als strafbare feiten worden vermeld: het verbouwen, de productie, de vervaardiging, de extractie, de bereiding, het bezit, het aanbod, het aanbod tot verkoop, de distributie, de aankoop, de verkoop, de levering op welke voorwaarde ook, de makelaardij, de verzending, de verzending in doorvoer, het vervoer, de in- en uitvoer van verdovende middelen, indien zij opzettelijk worden begaan (art. 36.1.a).

Samen met andere auteurs kan worden opgemerkt dat het gebruik van drugs als dusdanig niet uitdrukkelijk wordt vermeld, maar wel het bezit (A. DECOURRIÈRE, *Les drogues*, 140; B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 58-59).

I.v.m. deze feiten verbinden zich de verdragsluitende partijen, met inachtneming van de beperkingen die verband houden met hun Grondwet, hun rechtsstelsel en nationale wetgeving de opzettelijke deelneming aan de samenspanning tot het plegen van en pogingen tot het plegen van elk dezer strafbare

feiten, alsmede opzettelijk gepleegde voorbereidende handelingen en financiële manipulaties i.v.m. de bedoelde feiten, als strafbare feiten te beschouwen.

Het begaan van deze strafbare feiten moet op passende wijze worden bestraft, in het bijzonder door gevangenisstraf of andere vrijheidsbeperkende straffen.

België heeft zich tot heden onthouden om de loutere samenspanning strafbaar te stellen (zie verder, nr. 75).

b. De opgesomde strafbare feiten worden als afzonderlijke strafbare feiten beschouwd, indien zij in verschillende landen zijn begaan (art. 36.2.a.i).

Deze bepaling heeft belangrijke gevolgen wanneer de feiten gespreid liggen over het grondgebied van verschillende landen en in één van de betrokken staten reeds over een deel uitspraak werd gedaan (zie verder, nr. 205).

c. Buitenlandse veroordelingen voor zulke strafbare feiten worden mede in aanmerking genomen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van recidive (art. 36.2.a.iii).

Deze bepaling geldt ook onder voorbehoud dat de verdragsluitende partijen de beperkingen van hun nationale rechtsstelsels in acht nemen. Deze beperking heeft tot gevolg dat de verdragsverplichting dient te wijken voor het intern recht van de staat. Traditioneel werd voorgehouden dat om naar Belgisch recht te kunnen spreken van herhaling, de vroegere veroordeling moet uitgesproken zijn door een Belgische rechtbank en dat veroordelingen die door een buitenlandse rechter zijn uitgesproken niet in aanmerking komen voor de toepassing van de regels inzake herhaling (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 21; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 809; C. VAN DEN WYNGAERT, *Hoofdlijnen*, I, 440). Het Hof van Cassatie heeft met verwijzing naar artikel 36, § 2, a van het Enkelvoudig Verdrag en artikel 5 van de basiswet evenwel aanvaard dat er sprake van herhaling kan zijn, al is de vroegere veroordeling in het buitenland uitgesproken (Cass. 13 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 324 en *T.Strafr.* 2011, 116, noot P. HOET).

Artikel 38 van het Enkelvoudig Verdrag beperkte zich oorspronkelijk ertoe te zeggen dat de verdragssluitende partijen bijzondere aandacht wijden aan maatregelen ter geneeskundige behandeling, verzorging en revalidatie van verslaafden van verdovende middelen. De benadering van het misbruik van drugs was dus vooral van medische aard. Voornoemde verdragsbepaling werd echter gewijzigd door het protocol van Genève van 25 maart 1972. Hierbij wordt niet alleen gewag gemaakt van maatregelen betreffende de behandeling, de nabehandeling en de revalidatie, maar ook van wederaanpassing van de personen die misbruik maken van verdovende middelen.

10 Het Verdrag van Wenen van 21 februari 1971 heeft ongeveer hetzelfde systeem als dit van het Enkelvoudig Verdrag toepasselijk gemaakt op psychotrope stoffen.

Toch zijn er enkele verschillen tussen deze twee verdragen. Het Verdrag van Wenen schenkt meer aandacht aan de toxicomanen dan het Enkelvoudig Verdrag. Overeenkomstig artikel 22.1.b kunnen de partijen bepalen dat, wanneer personen die misbruik maken van psychotrope stoffen deze strafbare feiten begaan, zij, in plaats van te worden veroordeeld of bestraft, moeten worden onderworpen aan maatregelen van behandeling, opvoeding, nazorg, wederaanpassing aan en wederopneming in de maatschappij.

11 Het Verdrag tegen de sluikhandel in verdovende middelen van Wenen van 20 december 1988 gaat een andere weg op als de twee eerste verdragen, in de zin dat om de drughandel te bestrijden meer gedacht moet worden aan het ontnemen van de winsten gehaald uit de sluikhandel.

Hoofdbrok van het Verdrag van 1988 is dan ook de ontneming van de opbrengsten uit de drughandel en de strijd tegen het witwassen (J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, nrs. 25-29; G. STESSENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*, Antwerpen, Intersentia, 1997, nrs. 29, 30 en 60).

De verdragsluitende partijen worden daarom verplicht tot aanpassing van hun intern recht en moeten het witwassen van de winsten uit de drughandel strafbaar stellen (art. 3) en de confiscatie van de opbrengsten verworven uit drughandel mogelijk maken (art. 5).

De Belgische wetgever is aan deze dubbele verplichting grotendeels tegemoetgekomen door de wet van 17 juli 1990 die enerzijds het toepassingsveld van de verbeurdverklaring heeft uitgebreid en anderzijds het misdrijf van heling heeft verruimd en door de wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen. Hierbij zij opgemerkt dat het verdrag zelfs bepaalt dat de verdragsluitende partijen kunnen overwegen er zorg voor te dragen dat de bewijslast m.b.t. confisqueerbare opbrengsten of andere eigendommen wordt omgekeerd (art. 5.7) en de rechtmatigheid van de gecontroleerde aflevering van drugs erkent (art. 11).

Verder spreekt dit verdrag over maatregelen die nodig zijn om toezicht te houden op bepaalde stoffen die worden gebruikt bij de vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen. Het gaat hier om de precursoren. Deze maken in België het voorwerp uit van het KB van 26 oktober 1993 houdende maatregelen tot voorkoming dat bepaalde stoffen worden misbruikt voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen (J. DEWILDE, "Douane- en politiesamenwerking in de Europese

Unie" in *Drugbeleid 2.000 Op weg naar een geïntegreerd drugbeleid in België*, 125-135, i.h.b. 130-131).

HOOFDSTUK III
DE IN DE WET BEDOELDE DRUGS

AFDELING I

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

12 De drugs bedoeld in de wet van 24 februari 1921 hebben thans betrekking op slaapmiddelen, verdovende stoffen en de andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen (art. 2*bis* en 2*ter*).

13 De lijst van slaapmiddelen, verdovende stoffen en andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen maakt het voorwerp van uitvoeringsbesluiten uit (zie de discussie hierover in de commissie voor de Justitie in de Senaat *Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 8-9).

Deze techniek maakt het mogelijk snel de internationale overeenkomsten uit te voeren, die daaromtrent worden gesloten (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 33).

Dit systeem schakelt wel iedere parlementaire bespreking uit (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 126).

Het heeft ook als gevolg dat de rechter niet vermag te verklaren dat een bepaald geneesmiddel dat opgesomd is in de uitvoeringsbesluiten al dan niet een gevaarlijk verdovend middel is (Brussel 7 november 1985, *Pas.* 1986, II, 13). Ook wanneer de Koning een bepaald product heeft aangemerkt als een psychotrope stof die afhankelijkheid kan teweegbrengen, is de strafrechter niet bevoegd na te gaan vanaf welke dosering het product onder de toepassing van de strafwet valt (Antwerpen 12 oktober 1988, *RW* 1988-89, 818 en *Pas.* 1989, II, 72). Telkens de combinatie kan worden gemaakt tussen een verboden product opgesomd in de uitvoeringsbesluiten en een strafbare gedraging omschreven in de basiswet of de uitvoeringsbesluiten hebben we te maken met een inbreuk op de Drugwet (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 42).

14 De aanpak van de wetgever betekent ook dat geen straffen kunnen worden opgelegd m.b.t. middelen die niet vooraf zijn opgenomen in één van de uitvoeringsbesluiten van de wetten (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 126).

Evenmin kunnen de in de Drugwet bepaalde straffen toegepast worden m.b.t. middelen die binnen de reikwijdte van andere wetgevingen vallen. Dit is het geval met de dopingsmiddelen die vroeger gereglementeerd waren bij de wet

van 2 april 1965, later bij het decreet van 27 maart 1991 en thans bij het decreet van 13 juli 2007 inzake de medisch verantwoorde sportbeoefening. Het lijkt nochtans niet volledig uitgesloten te zijn dat bepaalde stoffen onder bereik vallen zowel van de Drugwet als van andere wetgevingen. In dat geval moeten de regels van de samenloop toegepast worden (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 6) (zie verder, nr. 164).

15 Tot vóór de wetten van 4 april 2003 en 3 mei 2003 werd wettelijk gezien geen onderscheid gemaakt naar aard van het product of strafbare handeling. De door de wet bepaalde minimum- en maximumstraffen waren dezelfde voor het bezit van 10 gram heroïne als voor het bezit van 1 gram cannabis (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. 485). De wetgever maakte in de wetteksten geen onderscheid tussen zogenaamde "soft drugs" en "hard drugs". Hij had uitdrukkelijk de appreciatie dienaangaande overgelaten aan de beoordeling van de rechtbanken (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 6). De Belgische wetgeving stelde bijgevolg de hennepproducten gelijk met andere drugs, ook wanneer het gaat om bezit voor eigen gebruik. Samen met W. BROSENS kon evenwel worden gezegd dat hieruit ten onrechte zou worden afgeleid dat de rechtbanken de concrete strafmaat niet konden doen afhangen van de aard van de drugs. De rechters konden de straf vrij bepalen tussen het maximum en het minimum van de wettelijke straf of verzachtende omstandigheden al dan niet aannemen rekening houdend met de graad van gevaarlijkheid van de stof (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 17). Op dezelfde wijze kon het Openbaar Ministerie dit criterium in aanmerking nemen bij zijn beslissing al dan niet vervolgingen in te stellen (Ph. VAN HECKE, "L'aspect judiciaire de la problématique de la drogue" in *Drogues et prison, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, nr. 1, 19-25, i.h.b. 22). Aan het Arbitragehof werd de prejudiciële vraag gesteld of de afwezigheid van een onderscheid tussen cannabis en andere producten geen schending van het gelijkheidsbeginsel bekrachtigd in de artikelen 10 en 11 Gw. inhield (Corr. Brussel 30 juni 1997, *JLMB* 1997, 1169). Het Hof stelde evenwel vast dat het aangevoerd verschil betrekking heeft op de door de Koning gemaakte keuzes. Mochten daaruit met de artikelen 10 en 11 Gw. strijdige discriminaties voortvloeien, dan zou het Hof deze discriminaties niet vermogen af te keuren, vermits die beoordelingsbevoegdheid hetzij bij de Raad van State, hetzij bij andere rechtscolleges berust (Arbitragehof 18 november 1998, nr. 114/98, *RW* 1999-2000, 993 en *RDPC* 1999, 808).

Ten gevolge van de wetten van 4 april 2003 en 3 mei 2003 wordt de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad gemachtigd om een onderscheid te maken tussen slaapmiddelen, de verdovende middelen en de andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen opgesomd in de uitvoeringsbesluiten (art. 2*bis* van de basiswet). Het koninklijk besluit van 16 mei 2003 voert dan ook een nieuw artikel 26*bis* in het koninklijk besluit van 31 december 1930 en een nieuw artikel 40*bis* in het koninklijk besluit van 22 januari 1998 in. Tevens vervangt het de respectievelijke arti-

kelen 28 van het koninklijk besluit van 31 december 1930 en 45 van het koninklijk besluit van 22 januari 1998.

Aldus wordt een onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van gedragingen:

a) gedragingen die uitsluitend verband houden met het persoonlijk gebruik van cannabis, te weten de bevoorrading, het bezit, de invoer, het vervoer, het aanschaffen en de teelt.

   Deze gedragingen leiden tot de meest gematigde strafrechtelijke reactie. Ze worden gestraft met de straffen bepaald in artikel 2*ter*, 1° tot 3° van de basiswet. Deze straffen maken een onderscheid naar gelang het gaat om een eerste overtreding, een geval van herhaling binnen een jaar na de eerste veroordeling of een geval van herhaling binnen een jaar na de tweede veroordeling. Deze straffen zijn afgekeken van de besluitwet betreffende de beteugeling van de dronkenschap.

   Gaan de misdrijven van deze eerste categorie die betrekking hebben op cannabis gepaard met openbare overlast, dan worden ze gestraft met de straffen bepaald in artikel 2*ter*, 4° Drugwet. Artikel 3 van de wet van 4 april 2003 verleent terzake bevoegdheid aan de correctionele rechtbank, al zijn de straffen in bepaalde gevallen politiestraffen (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nrs. 1888/1 en 1889/1, 18).

b) gedragingen die de misdrijven van categorie I betreffen wanneer die gepaard gaan met de verzwarende omstandigheden bepaald in de wet, o.m. de betrokkenheid van minderjarigen, het bestaan van een organisatie of de gevolgen voor de gezondheid.

c) gedragingen die de misdrijven van categorie I betreffen gepleegd met een ander oogmerk dan eigen gebruik, alsmede de uitvoer, de doorvoer, de makelarij, de verkoop, het te koop stellen, het afleveren, de opslag van slaapmiddelen en verdovende middelen, met of zonder verzwarende omstandigheden.

   De misdrijven van de eerste categorie die betrekking hebben op andere slaap- en verdovende middelen dan cannabis en de misdrijven van de tweede en de derde categorie worden gestraft met de straffen bepaald in artikel 2*bis* Drugwet.

   Uit deze classificatie blijkt dat in tegenstelling tot wat in de Kamer verklaard werd het bezit van cannabis voor persoonlijk gebruik strafbaar is, al zijn deze feiten in sommige gevallen bestraft met politiestraffen (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 239).

AFDELING II

SLAAPMIDDELEN EN VERDOVENDE MIDDELEN

16 De lijst van de slaapmiddelen en de verdovende stoffen is opgenomen in de artikelen 1 en 1*bis* van het koninklijk besluit van 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen.

Weliswaar zou uit een wettechnische lectuur van artikel 2 van dit besluit volgen dat alleen de bij artikel 1 bedoelde stoffen of bereidingen als verdovende middelen moeten worden beschouwd, maar er moet aangenomen worden dat de in dit besluit voorkomende reglementering ook geldt voor de stoffen die door het later ingevoegd artikel 1*bis* van dit besluit opgesomd worden (Cass. 14 april 1969, *Arr.Cass.* 1969, 752 en *Pas.* 1969, I, 705).

17 Het koninklijk besluit van 31 december 1930 betreffende de handel in slaap- en verdovende middelen, dat getroffen werd als uitvoeringsbesluit van het opgeheven tweede lid van artikel 2 van de wet van 24 februari 1921, blijft na de opeenvolgende wijzigingen van deze wet gelden als uitvoeringsbesluit van de basiswet.

De rechtspraak neemt immers aan dat de ter toepassing van een wet genomen besluiten geldig blijven wanneer die wet vervangen wordt door een andere wet die de doelstellingen van de oude wet uitbreidt en verbetert (W. Brosens, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 14). De vaststelling dat het ingevoegd artikel 2*bis* handelt over de "krachtens deze wet uitgevaardigde koninklijke besluiten" kan aan dit algemeen aanvaard beginsel geen afbreuk doen (Cass. 17 augustus 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1346, *Pas.*1979, I, 1313 en *RW* 1979-80, 2234).

18 Het zij opgemerkt dat artikel 23, tweede lid van het koninklijk besluit van 31 december 1930 impliciet opgeheven is sedert de goedkeuring van de wet van 9 juli 1975.

Deze bepaling is immers niet bestaanbaar met artikel 3, § 3 van de basiswet, zoals gewijzigd door de wet van 9 juli 1975 (H. Nys, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1379) (zie verder, nr. 39).

AFDELING III

ANDERE PSYCHOTROPE STOFFEN DIE AFHANKELIJKHEID KUNNEN TEWEEGBRENGEN

19 De wet van 9 juli 1975 heeft aan de slaapmiddelen en de verdovende middelen de andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen toegevoegd.

De term "psychotrope stoffen" werd door de wetgever gekozen omdat hij niet noodzakelijk verbonden is met giftigheid, althans niet in een therapeutische dosis (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 2). Dit is een toespeling op het feit dat de bedoelde psychotropen vóór de wet van 9 juli 1975 het voorwerp uitmaakten van het koninklijk besluit van 11 februari 1946 betreffende de handel en de verkoop van sommige bijzondere giftige stoffen (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 13).

Het gaat om producten die stoornissen en wijzigingen in het psychisme kunnen verwekken en dus het gedrag van de mens kunnen beïnvloeden (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 5).

Om deze psychotrope stoffen te kenmerken werd de voorkeur gegeven aan het begrip "afhankelijkheid" boven "verslaving" of "toxicomanie". In dit verband heeft de wetgever een dubbele reden aangegeven: enerzijds strookt het begrip "afhankelijkheid" meer met de werkelijkheid omdat het ruimer is en anderzijds omdat ondanks de vrij geringe giftigheid van het product het gevaar bestaat dat de gebruikers afglijden naar andere meer gevaarlijke psychotropen of naar de eigenlijke verdovende middelen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 2). Het begrip "afhankelijkheid" wijst zowel op de fysieke als op de psychische afhankelijkheid. Het doelt niet enkel op de verslaving aan een product, maar ook op de gevolgen van het product (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 8). Het omvat alle verschijnselen die het onbezonnen en niet-therapeutisch gebruiken van die stoffen meebrengen (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 5).

De parlementaire bespreking verwijst in dit verband naar het Verdrag van New York van 30 maart 1961 dat het begrip verslaving zou hebben vervangen door de term afhankelijkheid (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 8). In werkelijkheid gaat om het Verdrag van Wenen van 21 februari 1971 betreffende de psychotrope stoffen (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 35).

20 De lijst van de psychotrope stoffen is na de goedkeuring van de wet van 9 juli 1975 pas vastgelegd geworden bij het koninklijk besluit van 31 mei 1976.

Deze vertraging heeft als gevolg gehad dat er twijfel rees of de inbreuken m.b.t. de psychotrope stoffen opgesomd in het besluit van de Regent van 11 februari 1946 gestraft mochten worden met de straffen bepaald bij het ingevoegd artikel 2*bis* van de gewijzigde wet, dan wel met de lichtere straffen omschreven bij het niet gewijzigd artikel 2 dat betrekking heeft op de giftstoffen (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 14). Deze vraag rees o.m. m.b.t. L.S.D., dat ingevolge het koninklijk besluit van 22 juli 1966, dat het besluit van de Regent van 11 februari 1946 had gewijzigd, als bijzonder giftige stof werd gekenmerkt.

Dit probleem bestaat niet meer sedert het koninklijk besluit van 31 mei 1976. De overtredingen van de uitvoeringsbesluiten m.b.t. slaapmiddelen, verdovende middelen en andere psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen worden thans op voet van gelijkheid gesteld. Zij worden gestraft met de straffen bepaald bij de artikelen 2*bis* en 2*ter*.

21 Sedertdien zijn de psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen eerst opgesomd geweest in het koninklijk besluit van 2 december 1988 tot reglementering van sommige psychotrope stoffen, dat het koninklijk besluit van 31 mei 1976 heeft vervangen en later in het koninklijk besluit van 22 januari 1998, dat het koninklijk besluit van 2 december 1988 heeft vervangen. Voornoemd besluit deelt de stoffen in drie groepen in (art. 2, 25 en 38 van dit besluit).

AFDELING IV

PRECURSOREN

22 Onder precusoren worden verstaan stoffen die gebruikt kunnen worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen.

De wet van 3 april 2003 heeft niet alleen het opschrift van de Drugwet gewijzigd door de precursoren op te nemen als een specifieke categorie van stoffen die bij de wet worden gereglementeerd. Bovendien heeft ze aan artikel 1 van de basiswet een derde lid toegevoegd waarin de Koning, net zoals voor de slaapmiddelen, de verdovende middelen en de psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen veroorzaken, gemachtigd wordt om ook de verschillende activiteiten inzake precursoren te regelen en hierover toezicht te houden en heeft ze een artikel 2*quater* ingevoegd. Die bepaling somt thans een aantal inbreuken op op de bepalingen van de EG-Verordening nr. 273/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2004 inzake drugprecursoren en de EG-Verordening nr. 111/2005 van de Raad van 22 december 2004 houdende voorschriften voor het toezicht op de handel tussen de Gemeenschap en derde landen in drugprecursoren en van de ter uitvoering ervan

uitgevaardigde verordeningen, alsook de overtredingen op de bepalingen van de Drugwet en van de krachtens de Drugwet uitgevaardigde koninklijke besluiten en bepaalt de toepasselijke straffen (W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 18; F. VANDER LAENEN en F. DHONT, "Zalven en slaan. Een eerste analyse van de nieuwe Drugwetgeving", *T.Strafr.* 2003, 227-245, i.h.b. 234).

Voornoemde verordeningen werden in het Belgisch recht omgezet in het KB van 26 oktober 1993. Terecht werd opgemerkt dat het KB van 16 mei 2003 dit besluit heeft gewijzigd in de zin dat m.b.t. de bestraffing van de overtredingen op de bepalingen ervan niet meer in het algemeen wordt verwezen naar de straffen bepaald in de Drugwet, maar specifiek naar de straffen bepaald in artikel 2*quater* van de basiswet. Deze opmerkelijke wijziging betekent dat thans inzake misdrijven m.b.t. de precursoren de in de Drugwet omschreven verzwarende omstandigheden, i.h.b. de deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, geen toepassing meer vinden, wat vreemd genoemd kan worden aangezien het meestal gaat om strafbare gedragingen gepleegd binnen een organisatie. De enige oplossing lijkt erin te bestaan naast de specifieke misdrijven ook de misdrijven van gemeen recht van vereniging van misdadigers of criminele organisatie ten laste te leggen (J. VAN GAEVER, "De nieuwe Drugwet: Wijziging en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284, i.h.b. 276).

De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen voor identieke feiten omschreven in artikel 43*quater* Sw. kan worden bevolen indien de persoon schuldig is aan het misdrijf bepaald in artikel 2*quater*, 4° wanneer het gepleegd is in het raam van een criminele organisatie, zoals bepaald in artikel 324*bis* Sw. Met de toevoeging door de wet van 27 december 2006 van dit misdrijf aan de lijst van strafbare feiten opgesomd in artikel 43*quater*, § 1, b Sw. heeft de wetgever het Belgisch recht in overeenstemming willen brengen met Europese verplichtingen inzake de confiscatie van opbrengsten van misdrijven (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2760/1, 264-265).

HOOFDSTUK IV
DE IN DE WET OMSCHREVEN MISDRIJVEN

AFDELING I

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

23 Artikel 3 van de basiswet stelt strafbaar:
- het vergemakkelijken, onder bezwarende titel of om niet, voor een ander van het gebruik van drugs door het verschaffen daartoe van een lokaal of door enig ander middel;
- de aanzetting tot het gebruik van drugs;
- als beoefenaar van de geneeskunde, van de diergeneeskunde of van een paramedisch beroep, het misbruik maken van het voorschrijven, toedienen of afleveren van geneesmiddelen die drugs bevatten.

M.b.t. deze misdrijven kunnen de verzwarende omstandigheden van artikel 2*bis* toepassing vinden (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 8).

De wet van 17 november 1998 heeft in artikel 3 van de basiswet een nieuw lid ingevoegd waardoor onder de tenlastelegging van het gemakkelijker maken van het gebruik en de aanzetting tot gebruik niet meer vallen het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs kosteloos, als bedoeld in artikel 4, § 2, 6° van het koninklijk besluit nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies.

De bedoeling van de wetgever is de mogelijkheid te scheppen dat drugverslaafden injectiemateriaal, ontsmettingsstoffen en steriele verbanden, zelfs kosteloos, kunnen verkrijgen in apotheken en in bepaalde door de gemeenschappen erkende en door de overheid gesubsidieerde gespecialiseerde centra om het risico voor het oplopen van overdraagbare ziekten te verminderen (*Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 864/5, 3). De verdere voorwaarden en de modaliteiten van het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling werden bepaald in het koninklijk besluit van 5 juni 2000.

24 De wet van 3 mei 2003 heeft het misdrijf van het gebruik in groep opgeheven. De vraag rijst of die opheffing meer dan een symboolwaarde heeft aangezien het onwettig bezit voor persoonlijk gebruik strafbaar blijft (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugswetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. 485; J. VAN GAEVER, "De nieuwe Drugwet: Wijziging en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284, i.h.b. 279). Enkel het zelfstandig misdrijf van gebruik in groep bestaat niet meer. Andere kwalificaties kunnen echter wor-

den toegepast (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 35).

De strafbaarstelling van het gebruik in groep was van belang i.v.m. de bevoegdheid van de politie tot binnentreden van lokalen (vroeger art. 7, § 3 van de basiswet). Daarom had de wetgever consequent in artikel 7 de woorden "in groep" vervangen door de woorden "in aanwezigheid van minderjarigen". Sedert de wet van 9 juli 2004 zegt voortaan artikel 6*bis* van de basiswet dat de officieren van gerechtelijke politie en de ambtenaren en beambten, daartoe door de Koning aangewezen, te allen tijde lokalen mogen bezoeken waarin drugs in aanwezigheid van minderjarigen worden gebruikt.

Verder dient vermeld te worden dat tijdens de parlementaire discussie van de wet van 3 mei 2003 een volksvertegenwoordiger verklaard heeft dat het gebruik in groep in tegenwoordigheid van minderjarigen strafbaar blijft (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 257). Die bewering is niet helemaal overtuigend, tenzij bedoeld wordt het onwettig bezit waarbij minderjarigen betrokken zijn. De verzwarende omstandigheden van artikel 2, §§ 2, 3 en 4 van de basiswet golden immers niet m.b.t. het misdrijf van het gebruik in groep. Ze kunnen thans nog minder van toepassing zijn aangezien het basismisdrijf wegvalt.

De opheffing van misdrijf van het gebruik in groep betreft niet enkel cannabis, maar alle verdovende middelen en psychotrope stoffen.

AFDELING II

HET VERGEMAKKELIJKEN VAN HET GEBRUIK

25 Artikel 3, § 2 van de basiswet bepaalt dat met de straffen gesteld in artikel 2*bis*, en volgens het daarin gemaakt onderscheid, worden gestraft zij die, onder bezwarende titel of om niet, voor een ander het gebruik van de in artikel 2*bis*, § 1, genoemde stoffen gemakkelijk maken door het verschaffen daartoe van een lokaal of door enig ander middel.

Het is geenszins noodzakelijk dat de dader van dit misdrijf zelf in het bezit is van drugs of een drugverslaving heeft.

Uit de wettekst vloeit voort dat het bestaan van het misdrijf niet afhankelijk wordt gesteld van een bepaalde tegenprestatie van diegene die het gebruik vergemakkelijkt. Ieder feit waardoor, hetzij tegen betaling, hetzij kosteloos het gebruik wordt vergemakkelijkt, valt onder toepassing van de wet (W. MAHIEU, "Drugs: de strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 17).

De wet voorziet zelf in twee wijzen waarop men het gebruik gemakkelijker kan maken, namelijk door het ter beschikking stellen van een lokaal of door enig ander middel (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. 483).

26 Wat het vergemakkelijken van het gebruik door het verschaffen daartoe van een lokaal betreft, kunnen caféhouders, verantwoordelijken van jeugdclubs en uitbaters van megadancings in aanmerking komen.

Nochtans is ook wie in een schouwburg of concertzaal of in zijn eigen woning of in een buitenverblijf voor een ander het gebruik van drugs vergemakkelijkt strafbaar (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 37).

Het kan gaan om een lokaal waar de beklaagden als hoofdbedoeling hadden kunst- en muziekuitvoeringen te organiseren (Cass. 5 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 652 en *Pas.* 1973, I, 619).

Het begrip lokaal dient ruim geïnterpreteerd te worden. Het kan niet alleen gaan om een huis, een appartement, maar ook om een wagen, een caravan of een tuinhuisje. Op een camping in een tent anderen drugs laten gebruiken is een ander voorbeeld van het "verschaffen van een lokaal" in de zin van de wet (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 93). Deze bepaling richt zich geenszins enkel tot de professionele uitbaters, maar ook tot particulieren die een lokaal of ruimte ter beschikking stellen (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. 484).

In principe richt de strafbepaling zich tegen de uitbater want hij verschaft een lokaal, doch kan ook strafbaar zijn hij die het feitelijk toezicht op de zaak uitoefent (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 38). Deelneming is in dezen ook denkbaar.

Winstoogmerk of betaling in enige vorm zijn niet vereist (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 128).

Voor het bestaan van dit misdrijf is geen bijzonder opzet vereist. Het is voldoende dat de dader op eender welke wijze het gebruik van drugs met kennis van zaken vergemakkelijkt. Dit is het geval wanneer de dader de toegang tot een lokaal verschaft of toestaat, wetende dat er verdovende middelen worden gebruikt en dit gebruik toestaat of er zich niet ernstig tegen verzet (Cass. 21 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 308, *RW* 2004-05, 620, noot L. JANSSENS en *T. Strafr.* 2004, 66).

De wet beoogt het ter beschikking stellen zowel van een publiek als van een privaat lokaal. Hierbij is niet vereist dat de exploitant dit gebruik nog op een andere wijze zou vergemakkelijkt hebben, namelijk door een andere daad van medewerking (Cass. 14 april 1969, *Arr.Cass.* 1969, 757, *Pas.* 1969, I, 705 en *RW* 1968-69, 1757).

27 De vraag of de beklaagde al dan niet kennis had van het feit dat in zijn lokaal drugs worden gebruikt is natuurlijk van belang. Uit de dubbele omstandigheid dat beklaagde wist dat klanten van de zaak, waarvan hij de zaakvoerder was, er drugs gebruikten en dat hij deze klanten voort heeft ontvangen, kan de rechter wettig afleiden dat hij aan die personen het gebruik van drugs heeft vergemakkelijkt door hun daartoe een lokaal te verschaffen (Cass. 5 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 652 en *Pas.* 1973, I, 619). Daarentegen is niet gemotiveerd de beslissing van veroordeling die niet vaststelt dat het lokaal verschaft werd met het zij het ook subsidiair doel het gebruik van drugs mogelijk te maken terwijl dit in conclusie betwist was (Cass. 13 november 1973, *Arr.Cass.* 1974, 303 en *Pas.* 1974, I, 290).

Om strafbaar te zijn is het voldoende dat iemand het gebruik van drugs zelfs oogluikend toestaat. Er bestaat evenwel geen verplichting tot actieve drugsbestrijding in de zin van verplichte aangifte aan de politie of van fouillering van de bezoekers (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 39; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 129).

Het feit dat de beklaagden andermans gebruik van verboden stoffen in hun dancing hebben vergemakkelijkt kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat in hun dancing openlijk drugs werden verkocht en gebruikt, dat zij daarvan op de hoogte waren en zulks ongemoeid lieten, de door de onderzoekers gegeven suggesties om dit gebruik stop te zetten of te beperken niet hebben gevolgd en geen ernstige maatregel hebben genomen om de aan de ingang georganiseerde controles, waargenomen door onbetrouwbaar personeel, efficiënt te laten verlopen (Cass. 21 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 308, *RW* 2004-05, 620, noot L. JANSSENS en *T.Strafr.* 2004, 66; Antwerpen 7 februari 2001, *Vigiles* 2001, 192, noot F. VERSPEELT). Daarentegen volstaat een gewone nalatigheid niet. Wanneer de uitbaters instructies aan het veiligheidspersoneel geven om het gebruik en de verkoop van drugs in hun inrichting te controleren, kan er van hun kant geen sprake zijn van enige inschikkelijkheid (Brussel 20 mei 2003, *JT* 2003, 565).

Enigszins betwistbaar is of positieve handelingen nodig zijn en of een verzuim op te treden niet volstaat. Er kan ook worden getwijfeld dat de tenlastelegging uitgesloten zou zijn door het louter feit dat het ter beschikking gesteld lokaal de woonplaats is van de persoon wiens gebruik wordt vergemakkelijkt. De vrijspraak ter zake van ouders die werden vervolgd wegens het vergemakkelijken van het gebruik van cannabis door hun zoon van minder dan zestien

jaar door hem een lokaal ter beschikking te stellen houdt wellicht eerder verband met de omstandigheid dat het dossier aantoonde dat ze alles in het werk hadden gesteld om hun zoon drugvrij te krijgen (Corr. Marche 26 maart 2003, *Jour.proc.* 2003, nr. 458, 28, noot Ph. T.).

28 Niet alleen het vergemakkelijken van het gebruik van drugs voor een ander door het verschaffen van een lokaal is strafbaar, ook het vergemakkelijken door enig ander middel is strafbaar.

Met deze omschrijving wordt een passe-partoutbepaling in de wet opgenomen. Van zodra uit de feitelijke vaststellingen kan worden afgeleid dat het gebruik van de verboden substanties voor een ander bewust wordt mogelijk gemaakt door een bepaalde handeling, kan de wetsbepaling worden toegepast (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. 484).

De rechtspraak heeft voor de wet van 9 juli 1975 deze strafbepaling toegepast op een geneesheer die door middel van voorschriften steeds grotere dosissen drugs had verstrekt (Cass. 21 december 1964, *Pas.* 1965, I, 407).

De rechtsleer citeert als enig ander middel in de zin van artikel 3: geld lenen om drugs te kopen, een pijpje of een spuit ter beschikking stellen, een auto uitlenen om drugs te gaan halen. Wel is vereist dat de betrokkene wist dat het middel wordt aangewend om drugs te gebruiken (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 38; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 129).

AFDELING III

AANZETTING TOT GEBRUIK

29 Artikel 3, § 2 van de basiswet stelt ook zij die tot het gebruik van de in artikel 2*bis*, § 1 genoemde stoffen aanzetten strafbaar met de straffen gesteld in artikel 2*bis* en volgens het daarin gemaakte onderscheid.

Het gaat hier om een misdrijf ingevoerd bij de wet van 9 juli 1975 (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 3).

Het aanzetten is het opwekken van of aanmoedigen tot het gebruik van drugs. Dit impliceert dat men een persoon tracht te overhalen tot het gebruik van drugs of dat men een reeds aanwezige interesse in drugs aanmoedigt (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. 484). Maakt zich schuldig aan dit misdrijf hij die in een winkel voorwerpen te koop

aanbiedt die uitsluitend worden gebruikt voor hasjgebruik (Gent 27 februari 2008, *NC* 2008, 464).

30 Het begrip "aanzetten tot" wordt ruim geïnterpreteerd. Zo wordt niet alleen de aanbieding van drugs, maar ook het voorstellen van het gebruik van drugs eronder verstaan. De vorm waarin of de plaats waar dit gebeurt zijn van geen belang (B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 64-65). De aanzetting kan gebeuren in cafés, op straat of in de buurt van een school. Noch de plaats waar het misdrijf zich voltrekt, noch het publiek of privaat karakter van de handelingen zijn hierbij bepalend (W. MAHIEU, "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 24). Drugrunners vallen ook onder deze bepaling (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 95).

Daar de aanzetting een zelfstandig misdrijf is, is niet vereist dat de aanzetting opgevolgd werd (W. MAHIEU, "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 23; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 130).

Zowel de aanzetting in het openbaar als onder vier ogen is strafbaar (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 39; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 129).

31 Men mag niet al te vlug besluiten dat de aanzetting tot het gebruik van drugs in gedrukte geschriften een drukpersmisdrijf is, dat onder de bevoegdheid van het hof van assisen valt (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 39; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 130; K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 95). Voor een drukpersmisdrijf moet er immers sprake zijn van de uiting van een strafbare gedachte.

Wel is er sprake van een uiting van een opinie indien een persoon in geschriften de legalisatie van bepaalde drugs voorstaat of waarin wordt uiteengezet dat het gebruik ervan ongevaarlijk is. Doch in dergelijke gevallen is er geen sprake van aanzetting. Aanzetting is immers niet hetzelfde als het verdedigen of het vergoelijken van druggebruik (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 39; W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b., nr. 45; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 130).

Een ludieke actie op touw gezet door allerlei preventie- en hulpverleningsorganisaties voor druggebruikers met als doel het gebrek aan rechtszekerheid aan te klagen als gevolg van de discrepantie tussen de bestaande wetgeving en de toepassing ervan op het terrein kan niet worden aangemerkt als een aanzet-

ting (Antwerpen 25 februari 2010, *De Juristenkrant* 2010, afl. 212, 1-2). Uit dit arrest mag evenwel niet worden afgeleid dat de aanzetting slechts strafbaar is indien de beklaagde een bijzonder opzet heeft. De vaststelling dat iemand handelingen stelt die het gebruik van de verboden substanties in de hand werkt, volstaat (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 38).

Het EHRM heeft geoordeeld dat de veroordeling uitgesproken door een Poolse rechtbank wegens aanzetting ten gevolge van de publicatie van een boek die de lezers aanspoort drugs te gebruiken door instructies te verschaffen m.b.t. het verkrijgen en het voorbereiden van verdovende middelen niet strijdig is met de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd door artikel 10 EVRM, aangezien het te dezen gaat om een sanctie op de uitoefening van deze vrijheid welke bij de wet wordt voorzien en die in een democratische samenleving nodig is in het belang van de bescherming van de gezondheid en de goede zeden (EHRM 3 oktober 2006, *Palusinski t. Polen*).

AFDELING IV

MISBRUIK DOOR BEOEFENAARS VAN DE GENEESKUNDE

§ 1. Algemene beschouwingen

32 Artikel 3, § 3 van de basiswet bestraft de beoefenaars van de geneeskunde, van de diergeneeskunde of van een paramedisch beroep die misbruik maken van het voorschrijven, toedienen of afleveren van geneesmiddelen die drugs bevatten.

33 Het oorspronkelijk ontwerp van wet voorzag in de bestraffing van dezelfde personen wanneer die buiten noodzaak (in het Frans "sans nécessité") dergelijke geneesmiddelen voorschrijven, toedienen of afleveren.

Het was de bedoeling de opgesomde personen die wegens de uitoefening zelf van hun beroep des te voorzichtiger moeten zijn zelfs wegens een gewone nalatigheid te bestraffen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 8-9).

De regering heeft echter later voorgesteld de term "buiten noodzaak" te vervangen door "ten onrechte" (in het Frans "abusivement"), omdat de oorspronkelijk voorgestelde tekst de rechter ertoe zou brengen rechtstreeks uitspraak te doen over de gegrondheid van het instellen van een therapie, terwijl hij hiervoor geen bevoegdheid heeft. Daarom werd het verkieslijk geacht het misbruik als maatstaf te gebruiken. Dit criterium kan dan voor elk geval afzonderlijk worden beoordeeld ten aanzien van de normale beoefening van de therapeutische vrijheid (*Parl.St.* Senaat 1971-72, nr. 484, 1 en 3).

Ten slotte werd het woord "ten onrechte" nog vervangen door "misbruik maken van", omdat het niet correct de Franse term "abusivement" weergeeft. Hierbij werd echter niet meer de discussie over de grond van de zaak aangeraakt (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 9).

34 Vooraleer een geneesheer kan worden vervolgd en beoordeeld moet geen prejudiciële vraag worden gesteld aan de Orde der geneesheren (Cass. 15 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 60, nr. 30, *Pas.* 1988, I, 25 en *RW* 1988-89, 809, noot D. MERCKX; Antwerpen 12 oktober 1988, *RW* 1988-89, 819 en *Pas.* 1989, II, 72; Brussel 16 december 1986, *RW* 1988-89, 468, noot D. MERCKX en *Pas.* 1987, II, 51).

Evenmin is vereist dat de geneesheer voorafgaand zou verschijnen voor de provinciaal geneeskundige commissie (Corr. Brussel 4 februari 1953, *RDPC* 1953-54, 410).

De strafrechter is immers behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen zelf bevoegd om te beslissen over de constitutieve elementen van de tenlastelegging. Er bestaat geen prejudiciële vraag zonder wettekst.

Daarenboven zou de verplichting het advies te vragen van een autoriteit buiten het gerecht een ongehoorde inmenging in de uitoefening van de strafvordering zijn (P. VAN DROOGENBROECK, "Le délit d'entretien de toxicomanie", *JT* 1973, 189-192, i.h.b.191).

35 De bevoegdheid die artikel 11, tweede lid, Wet Uitoefening Geneeskunst toekent aan de raden van de Orde der geneesheren om het misbruik van therapeutische vrijheid te sanctioneren, omvat ook het misbruik van het voorschrijven van drugs (H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1394).

Tuchtvervolgingen zijn geen hinderpaal voor het instellen van de strafvordering die op dezelfde feiten steunt (Brussel 7 november 1985, *Pas.* 1986, II, 13). De tuchtvordering streeft immers andere doeleinden na dan de strafvordering.

§ 2. Bestanddelen van het misdrijf

36 Het misdrijf omschreven in artikel 3, § 3 van de basiswet vereist vier bestanddelen:
- het voorschrijven, het toedienen of het afleveren is de handeling van een beoefenaar van de geneeskunst;
- die daad heeft betrekking op geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevatten welke afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren;
- het voorschrijven, toedienen of afleveren houdt een misbruik in;
- de door de wet geviseerde situatie moet vrijwillig tot stand gebracht zijn.

A. DAAD VAN EEN PRACTICUS

37 In de eerste plaats is vereist dat de dader een beoefenaar van geneeskunde, van de diergeneeskunde of van een paramedisch beroep is (H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1381).

De dader kan dus een geneesheer, een licentiaat in de tandheelkunde (P. VAN DROOGENBROECK, "Le délit d'entretien de toxicomanie", *JT* 1973, 189-192, i.h.b. 189) of een apotheker zijn.

Misschien kan tegen de toepassing van de tekst op de apothekers ingebracht worden dat de wettekst het heeft over de beoefenaars van de geneeskunde en dat apothekers geen beoefenaars van de geneeskunde, maar van de artsenijbereidkunde zijn. Niettemin was het de bedoeling van de wetgever om ook de apothekers te beogen. De wettekst spreekt immers over het afleveren van geneesmiddelen en dat maakt het beroepsmonopolie van de apothekers uit. Bovendien spreekt de Franse tekst van "art de guérir" en beoefent de apotheker een onderdeel van de geneeskunst (W. MAHIEU, "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 33; H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344). Ten slotte heeft de wetgever bij de bespreking van artikel 4, § 2, dat betrekking heeft op de bijkomende straf van de ontzetting, duidelijk gezegd dat de apothekers eronder vallen (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 10), wat nog meer onbegrijpelijk zou maken dat ze geen daders van het misdrijf omschreven in artikel 3, § 3, zouden kunnen zijn.

38 M.b.t. de apothekers rijst ook de vraag of een apotheker mag weigeren een geneesmiddel dat drugs bevat en dat een arts heeft voorgeschreven af te leveren.

In de regel kan de apotheker een voorgeschreven geneesmiddel niet weigeren af te leveren omdat hij het diagnostisch en therapeutisch oordeel van de voorschrijvende arts moet eerbiedigen. Doch nu vaststaat dat het misbruikverbod ook van toepassing is op de apotheker, kan bezwaarlijk worden volgehouden dat de apotheker onder geen enkel beding de aflevering van geneesmiddelen die drugs bevatten zou kunnen weigeren. Indien een apotheker vaststelt dat een arts het misbruikverbod overtreedt moet hij kunnen vermijden dat hij zelf ook met de geneesheer de wet overtreedt. In dat geval kan hij weigeren het voorgeschrevene af te leveren (H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 337-339).

B. M.B.T. DRUGS

39 Ten tweede, moet de daad betrekking hebben op geneesmiddelen, die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevatten welke afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren.

Het is dus voldoende dat de geneesmiddelen afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren. De mogelijkheid volstaat (H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1382). Er is hier een duidelijk verschil met artikel 23, tweede lid, van het koninklijk besluit van 31 december 1930 betreffende de slaapmiddelen en de verdovende middelen. In die tekst ging het om een resultaatsinbreuk (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 46; A. DECOURRIÈRE, "Questions relatives à l'usage, à la détention et au trafic des stupéfiants et problèmes liés au traitement des toxicomanes", *RDPC* 1985, 625-646, i.h.b. 642). Voor dit misdrijf was het nodig dat een toxicomanie in het leven geroepen, onderhouden of verergerd werd (Cass. 3 november 1969, *Arr.Cass.* 1970, 215 en *Pas.* 1970, I, 192; KI Luik 13 januari 1949, *Jur. Liège* 1949-50, 66; zie ook Corr. Bergen 19 maart 1968, *JT* 1969, 158). Hieruit kan worden besloten dat artikel 3, § 3 van de basiswet artikel 23, tweede lid van het KB van 31 december 1930 stilzwijgend heeft opgeheven.

Voor de toepassing van artikel 3, § 3 van de basiswet is het voldoende dat de geneesmiddelen wegens de aard van de producten een afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren. Er hoeft dus niet onderzocht te worden of in werkelijkheid een afhankelijkheid werd teweeggebracht, onderhouden of verergerd (Corr. Brussel 1 februari 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1984, 347, noot); het is voldoende dat het voorgeschreven geneesmiddel een afhankelijkheid had kunnen teweegbrengen zonder dat het zover is gekomen (Brussel 16 december 1986, *RW* 1988-89, 468, noot D. MERCKX en *Pas.* 1987, II, 51). Daarom zijn de overwegingen van enkele vonnissen die geneesheren vrijspreken deels omdat de voorgeschreven dosissen geen afhankelijkheid hadden teweeggebracht, onderhouden of verergerd, op zichzelf niet overtuigend, terwijl andere aangehaalde motieven de beslissingen wel konden verantwoorden (Corr. Aarlen 28 november 1984, *Jur. Liège* 1985, 110; Corr. Verviers 21 maart 2003, *JT* 2003, 565).

In feite hoeft geen verder bewijs te worden geleverd van zodra het gaat om producten die wettelijk als drugs zijn gecatalogeerd (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 40; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 130). Het behoort in dit verband niet aan de rechter te beoordelen of een middel dat op de door de Koning vastgestelde lijst van verdovende middelen voorkomt al dan niet gevaarlijk is (Brussel 7 november 1985, *Pas.* 1986, II, 13). Evenmin kan de rechter wanneer de wetgever het product als drugs heeft aangemerkt nagaan in welke dosering het product moet worden voorgeschreven opdat de feiten strafbaar zouden zijn (Antwerpen 12 oktober 1988, *RW* 1988-89, 818 en *Pas.* 1989, II, 72).

C. MISBRUIK

40 Ten derde wordt vereist dat het voorschrijven, toedienen of afleveren een misbruik inhoudt.

Op dit punt is er ook een verschil te noteren met artikel 23, tweede lid van het koninklijk besluit van 31 december 1930 over slaapmiddelen en verdovende middelen dat iedere practicus die, zonder noodzakelijkheid, verdovingsmiddelen heeft voorgeschreven, toegediend of verschaft bestrafte. Artikel 3, § 3 betekent een versoepeling in deze zin dat men minder snel tot misbruik kan besluiten dan het stellen zonder noodzaak van de opgesomde handelingen (H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 340). Misbruik moet worden bewezen, daar waar het criterium van het koninklijk besluit het voorschrijven, toedienen of verschaffen "zonder noodzaak" was (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 130; A. DECOURRIERE, "Questions relatives à l'usage et au trafic de stupéfiants et le délit collectif", *RDPC* 1985, 625-646, i.h.b. 640; anders R. LALLEMAND, "Les aspects légaux et idéologiques de la problématique de la drogue" in *Drogues et prison*, 3-17, i.h.b. 15).

Nochtans zijn de concrete gevallen die de rechtspraak onder de gelding van het KB van 31 december 1930 heeft in aanmerking genomen niet totaal verschillend van de rechtspraak die gebaseerd is op artikel 3, § 3 van de basiswet.

De rechtspraak had onder de gelding van het KB van 31 december 1930 als misdrijf aangemerkt:
- de langdurige toediening of het verstrekken van voorschriften van drugs in stijgende dosissen (Cass. 20 maart 1964, *Pas.* 1964, I, 789; Gent 25 november 1964, *RW* 1965-66, 922; Luik 28 juni 1965, *Jur. Liège* 1965-66, 153);
- het voorschrijven door een arts aan een onbekende patiënt op zijn vraag en zonder onderzoek of het afleveren van voorschriften aan derden (KI Gent 9 september 1964, *RW* 1964-65, 1158);
- het voortdurend afleveren van voorschriften na vaststelling van het bestaan van een toxicomanie (Corr. Brussel 4 februari 1953, *RDPC* 1953-54, 410).

Sedert de invoering van artikel 3, § 3 in de basiswet heeft de rechtspraak als misdrijf beschouwd:
- het voorschrijven door een arts van drugs op verzoek van jonge lui, die niet zijn gewone patiënten waren, onder wie zich een minderjarige bevond, die een valse reden opgaven en ook geen objectief symptoon vertoonden (Cass. 22 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1176, *Pas.* 1980, I, 1166 en *RDPC* 1980, 902);
- het zonder nader onderzoek ondertekenen van voorschriften die uitgedeeld worden gedurende zittingen van groepstherapie aan al wie zich aanmeldt en een honorarium kwijt (Brussel 7 november 1985, *JT* 1986, 371);
- de afwezigheid van enig therapeutisch doel of diagnoseoogmerk en het ontbreken van een noodsituatie (Corr. Charleroi 3 april 1985, *RGAR* 1986, nr. 11.139);
- de combinatie van factoren als de lange periode tijdens dewelke het geneesmiddel is voorgeschreven, de vermeerdering van de voorgeschreven dosissen, de gelijktijdige uitreiking van meerdere voorschriften en de afwe-

zigheid van enige poging tot afbouw (Antwerpen 14 mei 1985, *Pas.* 1985, II, 132);
- de duur van de behandeling, de afwezigheid van een behandelingsschema, de verhoging van de dosissen en het ritme van de voorschriften (Bergen 21 maart 1989, *JLMB* 1989, 991).

Daarentegen is het misdrijf niet bewezen wanneer uit het dossier niet blijkt dat de geneesheer lichtzinnig, onvoorzichtig of onoplettend gehandeld heeft gelet op de stand van de medische wetenschap en de regelen van de geneeskundige praktijk (Corr. Aarlen 28 november 1984, *Jur. Liège* 1985, 110). In een ander geval werd de geneesheer vrijgesproken ondanks de lange periode van behandeling en de vermeerdering van de voorgeschreven dosissen, omdat de rechters vaststelden dat de gemiddelde duur van de substitutiebehandelingen bij andere artsen beduidend langer was en dat het moeilijk is de behandelingen *a posteriori* te beoordelen (Corr. Verviers 21 maart 2003, *JT* 2003, 565).

41 De wet geeft geen definitie van misbruik.

Volgens W. MAHIEU is er sprake van misbruik als de rechter vaststelt dat de arts op een ongeoorloofde wijze voorschrijft in strijd met de regels van zijn beroep (W. MAHIEU, "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 35). D. MERCKX is daarentegen van oordeel dat er sprake is van misbruik indien het voorschrift medisch niet verantwoord is (D. MERCKX, "Betreffende art. 3 derde lid Drugwet", *RW* 1988-89, 471-473). H. NYS heeft de bruikbaarheid van het criterium van het medisch verantwoord voorschrijven in twijfel getrokken (H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1389).

Wat echter vooral opvalt, is dat de wetgever dit laatste criterium uitdrukkelijk heeft veroordeeld vermits hij het woord "buiten noodzaak", dat voorkwam in het oorspronkelijk ontwerp van wet, heeft vervangen door een ander begrip, omdat hij hoe dan ook heeft willen vermijden dat de rechter uitspraak zou doen over de gegrondheid van een therapie (*Parl.St.* Senaat 1971-72, nr. 484, 3).

De wetgever heeft geen algemeen criterium willen voorop stellen. Integendeel heeft hij gewild dat in elk geval afzonderlijk zou worden beoordeeld rekening houdend met de normale beoefening van de therapeutische vrijheid (*Ibid.*; zie ook H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nrs. 1390-1391).

42 Na lectuur van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 16 december 1986 (*RW* 1988-89, 468, noot D. MERCKX en *Pas.* 1987, II, 51) krijgt men nogal de indruk dat de rechters ook vormen van lichtzinnigheid of onvoorzichtigheid strafbaar achten, nu beslist werd de gedraging van de beklaagden te toetsen aan de wijze waarop een voorzichtige en waakzame beoefenaar van de geneeskunde in de gegeven omstandigheden zou hebben gehandeld. *In casu* had een van de beklaagden de betrokken personen aan geen enkel specifiek onderzoek onderworpen, had hij grote hoeveelheden

pervitineampullen op eenvoudige vraag voorgeschreven en had hij niet aan afbouw gedaan.

Andere beslissingen (Antwerpen 12 oktober 1988, *RW* 1988-89, 818 en *Pas.* 1989, II, 72; Antwerpen 9 december 1988, *RW* 1989-90, 19, noot D. MERCKX) wenden een ander beoordelingscriterium aan. Om te onderzoeken of er misbruik is gaan ze na of het gedrag van de beklaagden medisch verantwoord is. Bij nader onderzoek kan men zich echter afvragen of er hier wel sprake is van een andere appreciatie. Ook die rechtspraak houdt rekening met de omstandigheid dat de geneesheer de betrokken personen, die vlug terugkwamen, nooit of slechts zelden onderzocht en grote hoeveelheden op eenvoudig verzoek voorschreef.

Het Hof van Cassatie heeft zich niet expliciet uitgesproken over de inhoud van het begrip "misbruik". Doch het heeft eraan herinnerd dat in de wet van 9 juli 1975 de term "misbruik" werd verkozen boven "zonder noodzaak" ten einde te verhinderen dat de strafrechter de gegrondheid van een therapie zou moeten beoordelen, wat niet tot zijn bevoegdheid behoort (Cass. 15 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 60, nr. 30, *Pas.* 1988, I, 25 en *RW* 1988-89, 809, noot D. MERCKX). Hieruit kan worden afgeleid dat het element van de "medische verantwoording" volgens het Hof van Cassatie niet het beoordelingscriterium mag zijn.

43 De vraag rijst of het misbruik afgeleid kan worden uit wat in artsenkringen gebruikelijk is. Wat niet gebruikelijk is in de beroepsgroep, zou dan misbruik zijn. Dit heeft belangrijke gevolgen voor de toepassing in de medische praktijk van nieuwe nog niet gebruikelijke technieken. Bovendien zou dit betekenen dat het oordeel van de rechter stopt bij de grens van wat gebruikelijk is (H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 343).

De wet van 22 augustus 2002 heeft artikel 3 van de basiswet aangevuld met een § 4 om de behandelingen met vervangingsmiddelen wettelijk te erkennen.

De aanleiding van deze aanvulling is dat volgens de wetgever de rechtspraak te vlug beslist dat geneesheren schuldig zijn aan het misdrijf van artikel 3, § 3 wanneer bij behandelingen met vervangingsmiddelen de ontwenning niet snel gerealiseerd wordt (*Parl.St.* Senaat, B.Z. 1999, nr. 11/1, 5; T. BALTHAZAR, "Substitutieprodukten: een wijziging van de Drugwet is even moeilijk als noodzakelijk" in B. DE RUYVER en A. DE LEENHEER (eds.), *Drugbeleid 2000 – Gestion des drogues 2000*, 285-294). Dit gevoelen kon nochtans niet uit de gepubliceerde rechtspraak worden afgeleid. Iedere substitutiebehandeling werd voorzeker niet veroordeeld (Corr. Verviers 21 maart 2003, *JT* 2003, 565). M.b.t. methadonbehandelingen hadden rechters het voorschrijven op zichzelf noch onwettig, noch geneeskundig verboden geacht. Maar ze hadden wel gesteld dat een methadonbehandeling een misbruik kan uitmaken wegens de wijze en de procedure volgens welke het voorschrijven is gebeurd (Corr.

Brussel 16 februari 1984, *Journ.proc.* 1984, afl. 36, 25; zie ook A. DECOURRIERE, "Questions relatives à l'usage et au trafic des stupéfiants et problèmes lies au traitement des toxicomanes", *RDPC* 1985, 625-646, i.h.b. 644; H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1391; H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 341-343). Wel kon worden vastgesteld dat de situatie van artsen die met verslaafden te maken krijgen delicaat was, omdat de Orde der geneesheren substitutiebehandelingen gewoonlijk aan zeer strenge voorwaarden onderwierp (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 40-42). Die problemen werden nog aangescherpt ten gevolge van circulaires van de Orde, waarin met tuchtstraffen werd gedreigd (T. BALTHAZAR, "De methadonarresten van de Raad van State en de normatieve bevoegdheden van de Orde der Geneesheren", *Vl.T.Gez.* 1993-94, 56-69; T. BALTHAZAR, "Opnieuw over de normatieve bevoegdheden van de Orde der Geneesheren", *Vl.T.Gez.* 1995-96, 123-125), ook al zijn die richtlijnen niet bindend voor de strafrechter. In dezelfde zin kan nog steeds worden vastgesteld dat artikel 37 van de Code van geneeskundige plichtenleer ondanks allerlei wijzigingen strenge voorwaarden vastlegt m.b.t. de geneesheer die drugverslaafden behandelt met vervangingsmiddelen, al heeft deze Code ten gevolge van het feit dat zij niet bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit algemeen bindend werd verklaard, geen verbindend karakter.

Voortaan kan de behandeling met vervangingsmiddelen verstrekt door een beoefenaar van de geneeskunde niet worden bestraft krachtens artikel 3, § 3 voor zover de voorgeschreven voorwaarden in acht worden genomen. Belangrijk is te melden dat de wettekst de ontwenning niet als einddoel stelt, maar spreekt van een behandeling die indien mogelijk tot ontwenning van de verslaafde patiënt leidt (art. 3, § 4, lid 2 *in fine* van de basiswet).

Bij niet-naleving van de vastgestelde voorwaarden blijft daarentegen artikel 3, § 3 onverkort van toepassing (*Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 11/5, 13; *Parl. Hand.* Kamer 2001-02, Zitting van 10 juli 2002, nr. 252, 25). Hierbij dient evenwel beklemtoond te worden dat bij ontstentenis van vervulling van de voorwaarden strafbaarheid in de persoon van de arts geen automatisme is. Het zal nog steeds moeten blijken dat de arts misbruik heeft gemaakt van het voorschrijven.

De lijst van de verdovende middelen en psychotrope stoffen die bij wijze van geneesmiddelen toegelaten zijn voor de behandeling met vervangingsmiddelen wordt door de Koning bepaald. Aangezien deze behandeling een afwijking vormt van een strafwet is het immers aangewezen de voorwaarden en modaliteiten ertoe zo nauwkeurig mogelijk vast te leggen (*Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 11/2, 5). Ook de voorwaarden m.b.t. het afgeven en de toediening van het geneesmiddel en de registratie van de behandeling worden bij koninklijk besluit bepaald. De Koning moet die voorwaarden voor alle vervangingsmiddelen bepalen, ongeacht hun aard (*Parl.Hand.* Senaat 2001-02, Zitting van 17

april 2002, 21). Voorts bepaalt de Koning voor de geneesmiddelen die hij bepaalt het aantal patiënten dat per arts in behandeling mag worden genomen, de begeleiding van de behandeling en de bijscholing van de arts en de contacten die de voorschrijvende arts onderhoudt met een gespecialiseerd centrum of met een netwerk voor behandeling. Die voorwaarden gelden dus niet voor elk substitutieproduct, maar enkel voor de geneesmiddelen die de Koning bepaalt. Dit blijkt duidelijk uit de bedoeling van de initiatiefnemer van de wet die een onderscheid wilde maken tussen de verschillende soorten behandelingen met vervangingsmiddelen, omdat bepaalde geneesmiddelen gevaarlijker zijn dan andere (*Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 11/5, 7) en vooral uit de wettekst zelf. Verklaringen van de minister van Volksgezondheid (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1749/3, 10 en 12; *Parl.Hand.* Kamer 2001-02, Zitting van 10 juli 2002, 8) in de zin dat voor alle stoffen alle voorwaarden verplicht vervuld moeten zijn, druisen in zowel tegen de wil van de wetgever als tegen de wettekst.

Het KB van 19 maart 2004 reglementeert de behandeling met vervangingsmiddelen. Overeenkomstig artikel 4 van dit besluit worden methadon en buprenorfine als vervangingsmiddelen toegelaten (zie voorts H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nrs. 1396-1408; H. NYS, "Het wettelijk kader voor de behandeling van verslaafde patiënten met vervangingsmiddelen" in *Liber Amicorum Joris Casselman,* Universitaire Pers Leuven, 2005, 357-366).

D. MOREEL BESTANDDEEL

44 De woorden "misbruik maken" vereisen geen bijzonder opzet. Er is dus m.a.w. geen bedrieglijk of kwaadwillig opzet vereist (Cass. 22 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1176, *Pas.* 1980, I, 1166 en *RDPC* 1980, 902; Cass. 15 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 60, nr. 30, *Pas.* 1988, I, 55 en *RW* 1988-89, 809, noot D. MERCKX; Brussel 16 december 1986, *RW* 1988-89, 468, noot D. MERCKX en *Pas.* 1987, II, 51). Het algemeen opzet volstaat, nl. de door de wet bedoelde situatie vrijwillig tot stand te brengen (Antwerpen 12 oktober 1988, *Pas.* 1989, II, 72 en *RW* 1988-89, 818).

Op dit punt valt er een verschil te noteren met de rechtspraak die onder de gelding van artikel 23, tweede lid van het KB van 31 december 1930 van oordeel was dat de minste nalatigheid strafbaar was (KI Luik 13 januari 1949, *Jur. Liège* 1949-50, 66; KI Gent 9 september 1964, *RW* 1964-65, 1157).

Nochtans moet samen met H. NYS (*Geneeskunde* in *APR*, nr. 1392) gewaarschuwd worden: dat de nalatigheid niet meer strafbaar is, mag niet tot verkeerde conclusies leiden. Wanneer wordt voorgeschreven zonder onderzoek is er geen sprake van nalatigheid, maar wetens en willens voorschrijven in omstandigheden die misbruik uitmaken.

HOOFDSTUK V
IN DE UITVOERINGSBESLUITEN OMSCHREVEN MISDRIJVEN

AFDELING I

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

45 Artikel 11 van het koninklijk besluit van 31 december 1930 op de slaap- en verdovende middelen bepaalt dat niemand zonder voorafgaande vergunning van de minister die de Volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, onder bezwarende titel of om niet, verdovingsmiddelen mag invoeren, uitvoeren, vervaardigen, in bezit hebben, verkopen of te koop stellen, afleveren of aanschaffen.

Dezelfde opsomming van verboden handelingen komt voor in artikel 3, § 1 van het koninklijk besluit van 22 januari 1998 betreffende de psychotrope stoffen m.b.t. de stoffen opgesomd onder hoofdstuk II van voornoemd besluit. Wat de onder hoofdstuk III opgesomde psychotrope stoffen betreft, blijven de verboden handelingen op grond van artikel 26, § 1 beperkt tot het verbod van invoer, uitvoer, vervaardiging, verkoop, te koop aanbieden of afleveren. De onder hoofdstuk IV opgesomde psychotrope stoffen vallen overeenkomstig artikel 40 onder het regime van de geneesmiddelen, zoals bepaald door het koninklijk besluit van 31 mei 1885.

In tegenstelling tot hetgeen gangbaar aangenomen wordt, valt de kosteloze afgifte van de verboden substanties onder het bereik van de verboden handelingen omdat ze gekwalificeerd kan worden als het afleveren van deze producten (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 35).

De bepalingen van de artikelen 11 van het KB van 31 december 1930 en van artikel 3 van het KB van 22 januari 1998 zijn niet van toepassing op het aankopen of het bezitten krachtens geneeskundig voorschrift. Het doktersattest moet vanzelfsprekend echt zijn: wie zich drugs verschaft op grond van een nagemaakt attest bezit ze illegaal en is bovendien strafbaar wegens valsheid in geschriften (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 127).

Verder beschikken geneesheren en apothekers van rechtswege over een reeks vergunningen binnen de grenzen van hun beroepsuitoefening (art. 11, § 2 van het KB van 31 december 1930 en art. 3, § 2 en 26, § 2, tweede lid van het KB van 22 januari 1988).

46 Artikel 21 van het koninklijk besluit van 31 december 1930 op de slaap- en verdovende middelen stelt strafbaar zij die door middel van vals voorschrift, van valse aanvraag, van valse handtekening of van enig ander bedrieg-

lijk middel (zie verder, nr. 52) verdovingsmiddelen hebben verkregen of getracht te verkrijgen.

Artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 januari 1998 betreffende de psychotrope stoffen heeft een soortgelijke draagwijdte.

Ook geneesheren, apothekers, ... kunnen inbreuk plegen op voornoemde wetsbepalingen. De niet limitatieve verwijzing in de wettekst naar enig bedrieglijk middel betreft de *modus operandi*. Hierdoor wordt geen bijzonder opzet toegevoegd (W. MAHIEU, "Drugs: de strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nrs. 69 en 70).

47 Artikel 2*bis*, § 1 van de basiswet werd gewijzigd door de wet van 3 mei 2003 in de zin dat de overtreding van de uitvoeringsbesluiten wordt bestraft naar gelang van het onderscheid gemaakt in het tweede lid en van de categorieën vastgesteld door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in ministerraad.

In uitvoering van die wetsbepaling heeft het KB van 16 mei 2003 zowel in het KB van 31 december 1930 als in het KB van 22 januari 1998 drie categorieën van misdrijven ingevoerd, die worden beschreven in artikel 26*bis* van het KB van 31 december 1930 en in artikel 40*bis* van het KB van 22 januari 1998.

Overeenkomstig artikel 28 van het KB van 31 december 1930 en artikel 45 van het KB van 22 januari 1998 worden de misdrijven die onder de respectieve categorieën vallen, gestraft op grond van artikel 2*bis* of 2*ter* van de basiswet.

Bezwaarlijk kan worden gezegd dat de omschrijving van de derde categorie misdrijven bijzonder duidelijk is. Er is enkel sprake van inbreuken op de basiswet andere dan bedoeld in de categorieën 1 en 2. Uit het verslag aan de Koning blijkt dat deze derde categorie twee reeksen gedragingen inhoudt: enerzijds de misdrijven van de eerste categorie gepleegd met een ander oogmerk dan voor persoonlijk gebruik en anderzijds de uitvoer, de doorvoer, de makelarij, de verkoop, het te koop stellen, het afleveren, de opslag van slaapmiddelen, verdovende middelen en psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, met of zonder verzwarende omstandigheid (L. ARNOU, "Cannabis: oogsten mag niet...kweken evenmin", *NC* 2006, 341-245, i.h.b. 345; F. VANDERLAENEN en F. DHONT, "Zalven en slaan. Een eerste analyse van de nieuwe Drugwetgeving", *T.Strafr.* 2003, 227-245, i.h.b. 234; J. VAN GAEVER, "De teelt van cannabisplanten: een gordiaanse knoop doorgehakt?", *T.Strafr.* 2007, 3-14, i.h.b. nr. 20).

Dit weinig overzichtelijk systeem van bestraffing van de uitvoeringsbesluiten kan worden samengevat in de zin dat alle inbreuken op de basiswet worden bestraft met de straffen bepaald bij artikel 2*bis* behalve:

- de invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf, bezit en teelt voor persoonlijk gebruik van cannabis die niet gepaard gaat met een van de verzwarende omstandigheden bedoeld in artikel 2*bis* van de basiswet;
- de invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf en bezit van tetrahydrocannabinol (THC) die niet gepaard gaat met een van de verzwarende omstandigheden bedoeld in artikel 2*bis* van de basiswet (zie verder, nr. 54).

Deze misdrijven worden bestraft met de straffen bepaald bij artikel 2*ter*, 1° tot 4° van de basiswet naargelang het aldaar gemaakt onderscheid (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. nr. 20).

AFDELING II

GENEESHEREN EN APOTHEKERS

48 Krachtens artikel 19 van het koninklijk besluit van 31 december 1930 op de slaap- en verdovende middelen mag een apotheker verdovingsmiddelen slechts afleveren op schriftelijk, gedagtekend en ondertekend oorspronkelijk medisch voorschrift. Op dit voorschrift moet duidelijk naam en adres van de ondertekenaar worden vermeld en moet de hoeveelheid voluit worden geschreven.

Artikel 14, § 1 van het koninklijk besluit van 22 januari 1998 heeft deze regeling uitgebreid tot de psychotrope stoffen (H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1063; H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 336).

49 De geneesheren zijn ertoe gehouden een boekhouding van de verdovingsmiddelen die zij kopen te houden, wanneer de aldus gekochte hoeveelheden deze overtreffen bepaald bij artikel 22 van het KB van 31 december 1930 of wanneer zij bij verscheidene apothekers verdovingsmiddelen kopen (Cass. 21 mei 1951, *Arr.Cass.* 1951, 541 en *Pas.* 1951, I, 632).

50 Artikel 23, eerste lid van het KB van 31 december 1930 legt een verantwoordingsplicht op de geneesheer, de veearts of de licenciaat in de tandheelkunde die overdreven hoeveelheden verdovingsmiddelen heeft voorgeschreven of gekocht: het gebruik ervan moet kunnen worden gerechtvaardigd tegenover een afgevaardigde aangeduid door de provinciale geneeskundige commissie.

De in deze bepaling vermelde verantwoordingsplicht geldt niet voor apothekers (H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 337).

Deze bepaling staat de toepassing van artikel 3, § 3, van de basiswet niet in de weg (H. NYS, *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1062).

51 Daarentegen kan samen met de rechtsleer (W. MAHIEU, "Drugs: De strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 29; D. MERCKX, "Betreffende art. 3, derde lid, Drugwet" (noot onder Brussel 16 december 1986), *RW* 1988-89, 471; H. NYS *Geneeskunde* in *APR*, nr. 1062) en de rechtspraak (Antwerpen 14 mei 1985, *Pas.* 1985, II, 132) worden gezegd dat artikel 23, tweede lid van het KB van 31 december 1930 sedert de invoering van artikel 3, § 3, in de basiswet door de wet van 9 juli 1975 niet meer kan worden toegepast.

Artikel 23, tweede lid, die het voorschrijven strafbaar stelt van verdovingsmiddelen zonder noodzakelijkheid en het daardoor doen ontstaan, aanhouden of verergeren van toxicomanie, is inhoudelijk strijdig met artikel 3, § 3 van de basiswet.

De discussie of die bepaling ook de apotheker bedoelt (H. NYS, "Apotheker, arts en drugs", *Panopticon* 1986, 335-344, i.h.b. 337; P. VAN DROOGENBROECK, "Le délit d'entretien de toxicomanie", *JT* 1973, 189-192) is dus thans zonder belang.

52 Wanneer een geneesheer op een voorschrift een valse identiteit van de geadresseerde aanduidt, en hij door die vermelding het verkrijgen van verdovingsmiddelen mogelijk heeft gemaakt, dan gebruikt hij een door artikel 21 van het KB van 31 december 1930 verboden bedrieglijk middel tot het verkrijgen van verdovingsmiddelen (zie boven nr. 46) (Cass. 21 mei 1951, *Arr.Cass.* 1951, 541 en *Pas.* 1951, I, 632).

Ook wanneer een geneesheer door middel van eigen voorschriften, telkens voor een geringe hoeveelheid opgesteld, zich verdovende middelen bij verscheidene apothekers aanschaft, bestaat het vermoeden dat hij aldus handelt om de schijn te verwekken dat deze verdovende middelen voor patiënten bestemd zijn, en om op dergelijke wijze de verplichtingen en toezichtsmaatregelen bepaald bij de artikelen 22 en 23 van het KB van 31 december 1930 te ontduiken. Er is dan ook sprake van bedrieglijke aanschaffing van verdovende middelen in de zin bedoeld bij artikel 21 van laatstgenoemd besluit (KI Gent 22 maart 1967, *RW* 1966-67, 1683).

AFDELING III

INVOER

53 Voor het misdrijf van invoer van drugs is geen bijzonder opzet vereist; het is voldoende dat de dader de bij de wet bepaalde en strafbaar gestelde feiten uit vrije wil en bewust heeft gepleegd. De drijfveer van de dader heeft ook geen

invloed op het bestaan van het misdrijf (Cass. 5 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, nr. 73, 142, *Pas.* 1989, I, 127, *RDPC* 1988, 99, noot J.S. en *JLMB* 1989, 286). Al gaat het om de invoer van cannabis en van THC voor persoonlijk gebruik, dan blijven de feiten een misdrijf, zij het bestraft overeenkomstig artikel 2*ter* van de basiswet met een minder zware straf.

M.b.t. de invoer van drugs rijst de vraag of de feiten tevens als een douanedelict kunnen worden bestraft (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 36).

De rechtspraak is op dit punt verdeeld. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat buiten het geval waar de invoer dienstig is ten behoeve van medische of wetenschappelijke doeleinden, de invoer van drugs onder de totaal verboden illegale circuits valt, die tot geen heffing van douaneschuld aanleiding kunnen geven (Antwerpen 14 juni 1984, *Pas.* 1984, II, 136). Het hof van beroep te Brussel meende daarentegen dat de niet-aangifte van als dusdanig met verboden goederen gelijkgestelde goederen wel strafbaar is omdat de douanewetgeving ook goederen tot voorwerp kan hebben die niet in de handel zijn (Brussel 21 oktober 1986, *Pas.* 1986, II, 193).

Dit laatste standpunt is overtuigend. Artikel 231, § 1 van de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen stelt strafbaar de invoer, uitvoer of doorvoer zonder aangifte van alle al dan niet belastbare goederen, welke, zelfs tijdelijk en om welke reden ook, aan verbodsbepalingen zijn onderworpen. De frauduleuze invoer van verdovende middelen is op grond van die wetsbepaling strafbaar.

De administratie van douane ziet nochtans sedert meerdere jaren af vervolgingen wegens dit douanedelict in te stellen. Haar houding is ingegeven door een dubbele reden.

- Aan de ene kant, heeft het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen bij arrest van 26 oktober 1982 beslist dat de bepalingen van het EEG-Verdrag over de douane-unie aldus moeten worden uitgelegd dat een lidstaat sedert de invoering van het gemeenschappelijke douanetarief niet meer bevoegd is douanerechten te heffen op verdovende middelen die niet deel uitmaken van het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakt handelsverkeer ten behoeve van het gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden (HvJ 26 oktober 1982, zaak 240/81, *Jur.HvJ* 1982, 3699-3708). Dit arrest heeft als gevolg dat er geen sprake meer is van een douaneschuld. De administratie kan bijgevolg niet langer voor de strafrechter een incidentele vordering instellen tot betaling van de verschuldigde belasting.
- Aan de andere kant, moet rekening worden gehouden met de wet van 6 augustus 1986 die artikel 100, tweede lid Sw. heeft opgeheven. Bij eendaadse samenloop tussen een misdrijf van gemeen recht en een misdrijf inzake douane en accijnzen diende vóór deze wet boven de straf bepaald

voor het misdrijf van gemeen recht de geldboete gesteld op het fiscaal misdrijf uitgesproken te worden (Brussel 31 oktober 1979, *RW* 1979-80, 1383, noot A. VANDEPLAS; zie ook noot E.L. onder Cass. 31 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 225 en *Pas.* 1982, I, 225). Sedert de wet van 6 augustus 1986 geldt ook in dezen de regel dat bij eendaadse samenloop een enkele straf wordt opgelegd, met name de zwaarste. Aangezien meestal de straffen bepaald door de wetgeving inzake douane en accijnzen een minder zwaardere gevangenisstraf bepalen, zullen zij bij toepassing van artikel 65 Sw. worden opgeslorpt door de straffen van gemeen recht.

Deze tweevoudige reden maakt dat vervolgingen wegens het samenhangend douanedelict weinig nut vertonen (J. DEWILDE, "Douane- en politiesamenwerking in de Europese Unie" in *Drugbeleid 2.000 Op weg naar een geïntegreerd drugbeleid in België?*, 125-136, i.h.b. 125).

AFDELING IV

BEZIT

54 Het bezit van cannabis en van THC voor persoonlijk gebruik wordt gestraft met de straffen bepaald in artikel 2*ter*, 1° tot 3° van de basiswet (art. 28, § 2, 1° van het KB van 31 december 1930 en art. 45, § 2, 1° van het KB van 22 januari 1998). Hierbij dient opgemerkt dat in tegenstelling tot artikel 26*bis* van het KB van 31 december 1930, artikel 40*bis* van het KB van 22 januari 1998 niet bepaalt dat het misdrijf met het oog op persoonlijk gebruik moet zijn gepleegd (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. nr. 19; J. VAN GAEVER, "De nieuwe Drugwet: wijzigingen en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284, i.h.b. 284).

In tegenstelling tot wat in de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd verklaard (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 239), blijft het bezit van cannabis voor persoonlijk gebruik dus ook na de wetswijzigingen van 2003 strafbaar, al zijn de feiten in sommige gevallen bestraft met politiestraffen. Zelfs in dergelijke gevallen is de correctionele rechtbank bevoegd (art. 137, tweede lid Sv.).

Opmerkelijk is de beslissing dat de regelmatig en wijd verspreide uitlatingen van talrijke verantwoordelijken van de uitvoerende macht betreffende het bezit en het persoonlijk gebruik van cannabis bij de bevolking hebben kunnen leiden tot een onoverwinnelijke dwaling die de vrijspraak van beklaagden rechtvaardigt (Corr. Namen 31 oktober 2003, *JLMB* 2003, 1830 en *Vigiles* 2004, afl. 4, 132, noot K. VAN CAUWENBERGHE). Die beslissing is niet in overeenstemming te brengen met de inhoud die het Hof van Cassatie aan de notie van rechtsdwaling geeft (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 495; F. KUTY, *Principes généraux*, II, nr. 1534), al moet worden

toegegeven dat het politiek beleid bij het publiek verwarring heeft kunnen scheppen (D. GELDERS en J. VAN MIERLO, "Het nieuw beleid in België. Een verwarrend debat, een verward publiek", *Panopticon* 2004, 239-251).

Aangezien het onwettig bezit van een gebruikershoeveelheid van cannabis overeenkomstig artikel 2*ter*, 1° van de basiswet met politiestraffen wordt bestraft, treedt de verjaring van de strafvordering, onverminderd de toepassing van de regelen inzake de schorsing, zes maanden na de laatste daad van stuiting in (Brussel 30 juni 2004 en Corr. Brussel 19 april 2004, *Journ.proc.* 2004, afl. 485, 26 en 25, noot C. GUILLAIN; Brussel 20 januari 2006, *T.Mil.R.* 2007, 405, noot P. HERBOTS).

De gemeenschappelijke richtlijn van de minister van Justitie en het college van procureurs-generaal van 25 januari 2005 bepaalt dat aan het bezit, door een meerderjarige, van een hoeveelheid cannabis voor persoonlijk gebruik, de laagste prioriteit in het vervolgingsbeleid wordt gegeven, uitgezonderd wanneer het bezit gepaard gaat met verzwarende omstandigheden of verstoring van de openbare orde (zie verder nr. 218). Dezelfde richtlijn bepaalt dat het bezit van een hoeveelheid cannabis van maximum drie gram, door een meerderjarige persoon, wordt geacht voor persoonlijk gebruik te zijn. Deze grens is bindend voor het Openbaar Ministerie en voor de politiediensten. Daarentegen zijn de rechters op geen enkele wijze gebonden door deze richtlijn (F. SCHUERMANS, "Wijzigingen aan de ministeriële drugsrichtlijn", *RABG* 2005, 78-481).

Het bezit voor persoonlijk gebruik van cannabis en THC wordt gestraft met de correctionele straffen bepaald in artikel 2*ter*, 4° van de basiswet wanneer het gepaard gaat met openbare overlast (art. 28, § 2, 2° van het KB van 31 december 1930 en art. 45, § 2, 2° van het KB van 22 januari 1998). Opmerkelijk genoeg vermeldt artikel 45, § 2, 2° hier gewoonweg cannabis, terwijl er normaal ook tetrahydrocannabinol, de isomeren en de stereochemische varianten hadden moeten staan, aangezien cannabis niet voorkomt in het KB van 22 januari 1998 (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 32).

Artikel 11 van de basiswet, ingevoegd door artikel 16 van de wet van 3 mei 2003, bepaalde dat in afwijking van het bepaalde in artikel 40 van de wet op het politieambt van 5 augustus 1992 in het geval van de vaststelling van het bezit door een meerderjarige van een gebruikershoeveelheid van cannabis dat niet vergezeld gaat met openbare overlast of met een problematisch gebruik, slechts tot registratie door de politie wordt overgegaan. Verder preciseerde artikel 11, § 3 dat onder openbare overlast wordt verstaan "de openbare overlast bedoeld in artikel 135, § 2, 7° van de nieuwe gemeentewet en dat overeenkomstig artikel 3.5 g van het Verdrag van 1988 tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen als openbare overlast wordt beschouwd het bezit van cannabis in een strafinrichting, in een opvoedingsinstituut of in het gebouw van een maatschappelijke instelling of in hun onmiddellijke omgeving, of op andere plaatsen waar minderjarigen samenko-

men voor onderwijs, sport en andere gezamelijke bezigheden". De vernietiging van artikel 11 van de basiswet door het arrest van 20 oktober 2004 van het Arbitragehof houdt in dat de omschrijving van het begrip "openbare overlast" vermeld in de vernietigde wetsbepaling buiten toepassing moet worden gelaten. Of die vernietiging betekent dat elk bezit door een meerderjarige van een hoeveelheid voor persoonlijk gebruik indien ze gepaard gaat met openbare overlast voortaan enkel kan worden bestraft met de straffen bepaald in artikel 2*ter*, 1° tot 3° van de basiswet en niet meer op grond van artikel 2*ter*, 4° (F. SCHUERMANS, "Wijzigingen aan de ministeriële drugsrichtlijn", *RABG* 2005, 78-481; zie voorts W. MAHIEU, "Drugs: de strafbare feiten", *Comm.Straf.*, nr. 28; W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nrs. 15 en 17) is niet duidelijk. Er zou kunnen worden beweerd dat de vernietiging enkel de omschrijving van het begrip "openbare overlast" doet wegvallen. Niettemin kan de vaststelling van het arrest van het Arbitragehof, dat het begrip openbare overlast door zijn ambigu karakter niet voldoet aan de vereisten van het legaliteitsbeginsel in strafzaken, aanleiding geven tot discussie bij vervolging gegrond op een tenlastelegging die een beroep doet op deze notie.

55 De rechtspraak heeft herhaaldelijk beslist dat de strafbaarstelling van het bezit van drugs, zelfs voor persoonlijk gebruik, niet strijdig is met artikel 8 EVRM omdat het tweede lid van die verdragsbepaling een inmenging van het openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van het recht van eenieder op eerbiediging van zijn privéleven toestaat, mits die inmenging bij wet is voorzien en een maatregel is die, in een democratische samenleving, onder meer nodig is voor de bescherming van de gezondheid en uit de bewoordingen van artikel 1 van de basiswet blijkt dat het bezit van verdovende middelen, zelfs voor persoonlijk gebruik, wordt gestraft in het belang van de openbare gezondheid (Cass. 7 februari 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 351 en *JT* 1991, 357; Cass. 24 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 45 en *RDPC* 2001, 726). Bevreemdend is dat in een van deze gevallen de beklaagde in het bezit werd gevonden van 170 gram marihuana en 24 plastieken zakjes bestemd om de marihuana in porties te verdelen en bijgevolg het dus niet vanzelfsprekend was aan te nemen dat de drugs enkel bestemd waren voor eigen gebruik (Gent 13 december 1999, *T.Strafr.* 2000, 270). Het is evident dat het bezit van 620 gram cannabis bestemd voor de doorverkoop in de kleinhandel ondanks de wetswijzigingen strafbaar blijft (Corr. Marche 26 juli 2001, *Journ.proc.* 2001, afl. 420, 28, noot J. DERMAGNE).

Het bezit van verdovende middelen zonder voorafgaande machtiging is een voortdurend misdrijf. De aard van dit misdrijf heeft o.m. als gevolg dat de onderzoeksrechter bij wie dit voortdurend misdrijf aanhangig is gemaakt, dat misdrijf in zijn geheel kan onderzoeken, zonder dat de feiten die gepleegd zijn na het vorderen van het onderzoek en die van dit misdrijf deel uitmaken, het voorwerp dienen uit te maken van aanvullende vorderingen. Te dezen had de onderzoeksrechter een aanhoudingsbevel uitgevaardigd op grond van feiten die gepleegd waren na die welke opgesomd werden in de oorspronkelijke

vordering tot onderzoek. Dit aanhoudingsbevel is afdoend verantwoord door de oorspronkelijke feiten die bij de onderzoeksrechter regelmatig aanhangig zijn gemaakt (Cass. 28 november 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 651, *JT* 2002, 385, noot O.K. en *RDPC* 2002, 594). Het voortdurend karakter van het misdrijf van bezit is ter zake van groot belang om de omvang van de saisine van de onderzoeksrechter m.b.t. feiten te bepalen. Bij een voortdurend misdrijf is er slechts sprake van één misdrijf zolang geen einde wordt gesteld aan de verboden toestand. De na de vordering tot onderzoek voortdurende toestand is dan ook, zonder nieuwe vordering van de procureur des Konings, in het onderzoek begrepen. Wanneer de onderzoeksrechter zijn onderzoek ook voert m.b.t. de toestand die voortduurt na de aanvankelijke vordering, smeedt hij geen banden met misdrijven die het Openbaar Ministerie misschien buiten het gerechtelijk onderzoek wilde laten. Dat risico bestaat wel bij samenhangende of voortgezette (of collectieve) misdrijven. Daarom mag de onderzoeksrechter niet op zelfstandige wijze zijn onderzoek uitbreiden tot andere feiten dan deze vermeld in de vordering tot onderzoek, zelfs niet wanneer hij van oordeel is dat die feiten samenhangend zijn met de oorspronkelijke feiten of door een eenheid van opzet ermee gebonden zijn (Cass. 27 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 333; Cass. 4 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 62 en *R.Cass.* 1997, noot A. De Nauw).

56 De wetgever heeft gedurende de parlementaire procedure die geleid heeft tot de wet van 9 juli 1975 meermaals beklemtoond dat alleen de ongeoorloofde verkrijging en het ongeoorloofd in bezit houden van drugs op grond van artikel 2*bis* van de basiswet kan worden bestraft, terwijl het individueel gebruik als dusdanig niet strafbaar is (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 9 en 1974-75, nr. 454/2, 6; *Hand.* Senaat 1974-75, 2402 en 2405; *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 7).

Het onderscheid tussen het individueel gebruik van drugs en het bezit van drugs voor uitsluitend persoonlijk gebruik werd soms als artificieel bestempeld (W. Brosens, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 47).

Het zij toch opgemerkt dat de druggebruiker niet kan worden vervolgd zolang hij niet in het bezit van drugs wordt bevonden of er geen andere gegevens m.b.t. het bezit beschikbaar zijn (E. Boutmans, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. Christiaensen en J. Goethals (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 36; A. Decourriere, "Questions relatives à l'usage et au trafic de stupéfiants et le délit collectif", *RDPC* 1985, 625-646, i.h.b. 628).

De relevantie van deze vaststelling is evenwel beperkt aangezien de individuele gebruiker de substantie noodzakelijkerwijze voorafgaand aan het gebruik in bezit heeft gehad. Het bezit is opgenomen als strafbare handeling zodanig dat de gebruiker hiervoor steeds kan worden vervolgd (J. Dangreau en A. Serlippens, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. nr. 13).

AFDELING V

VERBOUWEN VAN PLANTEN WAARUIT DRUGS KUNNEN WORDEN GETROKKEN

57 Reeds bij artikel 2 van de wet van 11 maart 1958 is in artikel 1 van de basiswet de mogelijkheid ingevoerd voor de uitvoerende macht om de verbouw te regelen van planten waaruit verdovende middelen kunnen worden getrokken. Later heeft artikel 4 van de wet van 14 juli 1994 artikel 2*bis*, § 1 van de basiswet gewijzigd door de overtreding van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten uit te breiden tot deze met betrekking tot de verbouw van planten waaruit verdovende middelen en psychotrope stoffen kunnen worden getrokken.

De meest voorkomende stelling was dat bij gebreke van uitvoeringsbesluiten betreffende het verbouwen van dergelijke planten het louter verbouwen ervan niet strafbaar was. Wel werd aanvaard dat het verbouwen kon worden gekwalificeerd als het bezit van drugs, telkens wanneer de plant of zijn onbewerkte onderdelen als één van de stoffen opgesomd in de uitvoeringsbesluiten moet worden gekenmerkt (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 132). Hierbij moest een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende uitvoeringsbesluiten. Het KB van 31 december 1930 spreekt niet over zaadjes van cannabis, terwijl het KB van 22 januari 1998 uitdrukkelijk bepaalt dat zwammen met hallucinogene eigenschappen onder de verboden stoffen ressorteren (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 45). De teelt van cannabisplanten werd aldus geacht niet strafbaar te zijn wegens het ontbreken van uitvoeringsbesluiten. Het oogsten werd daarentegen wel als een misdrijf aangemerkt omdat de betrokkene in het bezit van verboden stoffen komt (Antwerpen 17 november 2000, *T.Strafr.* 2001, 344; Antwerpen 31 mei 2002, *NJW* 2002, 62; Corr. Oudenaarde 20 april 2004, *TGR-TWR* 2004, 395, noot; Corr. Marche 26 maart 2003, *Journ.proc.* 2003, nr. 458, 28, noot Ph.T.). Dit was blijkbaar ook het standpunt van de toenmalige bewindvoerders (*Parl.St.* Senaat 1993-94, nr. 939/2, 3; *Vr. en Antw.* Kamer, 1998-99, 26 oktober 1998, 20.245). Soms werd beslist dat wanneer de betrokkenen cannabisplanten tot volle wasdom hadden laten komen en geoogst, er geen sprake is van het louter verbouwen, maar wel van het vervaardigen van planten, waarvoor wel uitvoeringsbesluiten bestaan (zie J. VAN GAEVER, "De teelt van cannabisplanten: een gordiaanse knoop doorgehakt?", *T.Strafr.* 2007, 3-14, i.h.b. nrs. 12-13).

Sedert de wijziging in 2003 van zowel de basiswet als van de uitvoeringsbesluiten, bestaat er een wettelijk kader dat de teelt van cannabis strafbaar stelt. Artikel 26*bis*, 2° en artikel 28, § 2 van het KB van 31 december 1930 stellen een minder zware straf op de invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf en bezit van slaapmiddelen en verdovende middelen, die betrekking hebben op cannabis

alsmede op de teelt van cannabisplanten voor persoonlijk gebruik. Deze bepalingen doen geen afbreuk aan de strafbaarheid van andere dan voor persoonlijk gebruik gepleegde misdrijven m.b.t. cannabis. De teelt van cannabis voor verkoop en de teelt van cannabis voor andermans gebruik is bijgevolg strafbaar op grond van artikel 2*bis* van de basiswet en artikel 26*bis*, 4° van het KB van 31 december 1930 (Cass. 10 februari 2006, *NC* 2006, 265, *T.Strafr.* 2007, 36, *NJW* 2007, 510 en *TGR-TWR* 2006, 137; zie verder L. ARNOU, "Cannabis: oogsten mag niet... kweken evenmin", *NC* 2006, 341-345).

De gemeenschappelijke richtlijn van de minister van Justitie en het college van procureurs-generaal van 25 januari 2005 omtrent de vaststelling, registratie en vervolging van inbreuken inzake het bezit van cannabis stelt dat slechts één cannabisplant mag worden gekweekt om aan te nemen dat het om een teelt voor persoonlijk gebruik is. De rechters zijn evenwel niet gebonden door de omschrijving van dit begrip uit deze richtlijn.

HOOFDSTUK VI
VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN

58 Artikel 2*bis*, § 2, 3 en 4 van de basiswet bepaalt drie groepen verzwarende omstandigheden m.b.t. respectievelijk
- de minderjarigheid van het slachtoffer;
- de gevolgen voor de gezondheid;
- het bestaan van een vereniging.

Deze verzwarende omstandigheden zijn van toepassing op het vergemakkelijken van het gebruik, de aanzetting tot het gebruik en het misbruik door de beoefenaars van de geneeskunde en op de misdrijven omschreven in de uitvoeringsbesluiten van de wet.

De omstandigheid dat het een inbreuk betreft op een koninklijk besluit uitgevaardigd vóór de wetswijziging van 9 juli 1975 doet hieraan geen afbreuk. De wetgever van 9 juli 1975 beoogde de overtredingen, welke na de inwerkingtreding van deze wet werden begaan op de bepalingen van de wet en van haar uitvoeringsbesluiten, ongeacht of die besluiten vóór of na de in de wettekst aangebrachte wijzigingen werden uitgevaardigd (Cass. 17 augustus 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1346 en *RW* 1979-80, 2234).

Daarentegen gelden ze niet m.b.t. de misdrijven m.b.t. de precursoren omdat KB van 26 oktober 1993 specifiek verwijst naar de straffen bepaald in artikel 2*quater* van de basiswet. Het gaat hier om een leemte aangezien het meestal gaat om strafbare gedragingen gepleegd binnen een organisatie (J. VAN GAEVER, "De nieuwe Drugwet: Wijzigingen en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284, i.h.b. 276).

AFDELING I

MINDERJARIGHEID VAN HET SLACHTOFFER

59 Indien de misdrijven worden gepleegd ten aanzien van een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar worden de feiten gestraft met opsluiting van vijf tot tien jaar (art. 2*bis*, § 2, a). Bijgevolg moet bij verzachtende omstandigheden de gevangenisstraf in dit geval ten minste een maand bedragen (art. 80, vijfde lid Sw.).

Indien de misdrijven worden gepleegd ten aanzien van een minderjarige die meer dan volle twaalf jaar en minder dan volle zestien jaar oud is worden de feiten gestraft met opsluiting van tien tot vijftien jaar (art. 2*bis*, § 3, a). Bijgevolg moet bij verzachtende omstandigheden de gevangenisstraf in dit geval ten minste zes maanden bedragen (art. 80, vierde lid Sw.).

Indien de misdrijven worden gepleegd ten aanzien van een kind dat geen volle twaalf jaar oud is worden de feiten gestraft met opsluiting van vijftien tot twintig jaar (art. 2*bis*, § 4, a). Bijgevolg moet bij verzachtende omstandigheden de gevangenisstraf in dit laatste geval ten minste een jaar bedragen (art. 80, derde lid Sw.).

Ten gevolge van de wijziging van artikel 25 Sw. door de wet van 21 december 2009 is sedertdien de maximum gevangenisstraf in deze gevallen respectievelijk vijf jaar, tien jaar en vijftien jaar (art. 25, tweede, derde en vierde lid Sw.).

60 De wetgever heeft strengere straffen gesteld op de misdrijven naar gelang van de leeftijd van de minderjarigen, wanneer de misdrijven te hunnen aanzien worden gepleegd omdat hij de jongeren wilde beveiligen, des te meer dat bepaalde personen hun gebrek aan ervaring misbruiken en hoge winsten hopen te halen uit de toename van het aantal drugsgebruikers (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 4; *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 3).

Zowel de wettekst als de parlementaire documenten hebben het over misdrijven gepleegd "ten aanzien van minderjarigen" (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 7; *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 3). Verder ontbreekt enige precisering over de draagwijdte van die term, tenzij dat er gewag wordt gemaakt van een bijzondere bescherming van de jongeren door het invoeren van verzwarende omstandigheden wanneer de drugs aan minderjarigen bezorgd worden (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 6). Wel kan men samen met B. De Ruyver zeggen dat de wetgever met die verzwarende omstandigheden maximaal de verspreiding van het druggebruik onder de jongeren heeft willen indijken en terugdringen in de wetenschap dat de dealers bij voorkeur inspelen op de ontvankelijkheid en de labiliteit van de jongeren. De wetgever gaat uit van de overweging dat een efficiënt drugbeleid gericht moet zijn onder andere op een vernietiging van het druggebruik in zijn voedingsbodem (B. De Ruyver, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 60).

61 Volgens W. Brosens volstaat het niet dat het zeker is dat het strafbare feit gepleegd werd t.a.v. een niet nader identificeerbare minderjarige. Het Openbaar Ministerie moet het bewijs leveren van de leeftijd van de minderjarige, in de regel door een uittreksel uit de geboorteakte van de minderjarige (W. Brosens, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 32).

De rechtspraak heeft echter m.b.t. artikel 379 Sw. aangenomen dat de leeftijd van de slachtoffers ook aan de hand van aanwijzingen of vermoedens door de strafrechter kan worden beoordeeld (Cass. 3 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1030, *Pas.* 1989, I, 926 en *JLMB* 1989, 1258). Er lijkt geen bezwaar te bestaan tegen de toepassing van deze rechtspraak m.b.t. de in de Drugwet omschreven misdrijven (J. Dangreau, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 55).

62 Het Openbaar Ministerie moet niet bewijzen dat de dader de leeftijd van de minderjarige kende (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 32). De dader kan, tenzij hij de onoverwinnelijke dwaling kan doen aanvaarden, niet opwerpen dat hij zich niet heeft bekommerd om de leeftijd van het slachtoffer.

63 Zo is het zeker dat hij die drugs rookt met een minderjarige of hij die drugs verkoopt of geeft aan een minderjarige (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAEANSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 50; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 166) onder toepassing valt van de verzwarende omstandigheid.

In de rechtspraak is wel een twistpunt gerezen m.b.t. de precieze draagwijdte van de vereiste dat de feiten worden gepleegd "ten aanzien" van de minderjarige. Bepaalde rechtspraak oordeelde dat als een beklaagde hasj gebruikt en deze hasj in de keuken versnijdt terwijl kinderen in huis zijn, aangenomen dient te worden dat de misdrijven worden gepleegd t.a.v. deze minderjarigen (Corr. Antwerpen 4 oktober 1989, *RW* 1989-90, 1030, noot A. VANDEPLAS). In een andere zin werd beslist dat de strafverzwaring vereist dat het kind in wiens tegenwoordigheid de feiten werden gepleegd over een voldoende kernvermogen beschikt om zich rekenschap te geven van de feiten. De aanwezigheid van een kind van minder dan twee jaar werd onvoldoende geacht omdat het niet het geringste besef noch bevattingsvermogen heeft om deze daden te begrijpen (Antwerpen 2 april 1993, *RW* 1993-94, 131). In dezelfde zin werd beslist dat de verzwarende omstandigheid dat de feiten gepleegd werden ten aanzien van een kind dat geen volle twaalf jaar oud is, niet voorhanden is indien er een absolute afwezigheid van kernvermogen is bij het kind (Corr. Gent 22 maart 2002, *TGR* 2002, 295).

Het Hof van Cassatie heeft in deze zin trouwens beslist in een procedure waar het Openbaar Ministerie cassatieberoep had ingesteld tegen een arrest dat de verzwarende omstandigheid niet toepasselijk had geacht omdat de wettelijke bepalingen met het oog op de bijzondere bescherming van minderjarigen tegen de drugsplaag niet werden overtreden aangezien het kind op het ogenblik van de feiten minder dan anderhalf jaar oud was en bijgevolg onmogelijk kon beseffen dat de beklaagde in zijn aanwezigheid in het bezit was van een pakje cocaïne.

Het Hof heeft het cassatieberoep verworpen uitgaande van de vaststelling dat de wetgever met de verzwarende omstandigheid gelet op de leeftijd van de persoon ten aanzien waarvan de strafbare feiten worden gepleegd, een verhoogde bescherming van de minderjarigen wegens hun grotere kwetsbaarheid op het oog heeft gehad. De bescherming gaat ervan uit dat het ten laste gelegde feit voor de minderjarige gevaarlijk kan zijn en houdt bijgevolg in dat, ofwel de minderjarige over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om zich bewust te zijn van de feiten die in zijn aanwezigheid worden gepleegd,

ofwel dat de verdovende middelen in zijn aanwezigheid werden gebruikt zodat hij rechtstreeks het risico loopt bepaalde gevolgen ervan te ondergaan (Cass. 8 februari 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 83, *T.Strafr.* 2006, 209 en *RDPC* 2006, 793). Uitgaande van dezelfde vaststelling verwierp het Hof een cassatieberoep van een beklaagde die aan de bestreden beslissing verweet de verzwarende omstandigheid te hebben toegepast, terwijl de strafverzwaring niet van toepassing zou zijn wanneer de minderjarige zelf geen drugs gebruikt heeft en niet vastgesteld is dat de ten laste gelegde feiten voor de minderjarige gevaarlijk konden zijn. Na te hebben beslist dat het middel dat ervan uitgaat dat artikel 2*bis*, § 4 van de basiswet vereist dat de minderjarige zelf verdovende middelen moet hebben gebruikt, naar recht faalt, oordeelde het Hof dat het middel feitelijke grondslag miste omdat het arrest vaststelde dat de ten laste gelegde feiten werden gepleegd in aanwezigheid van een minderjarige die geen volle twaalf jaar oud was en tussen de gebruikers in de woning zat en ook vaststelde dat er in het huis waar de minderjarige aanwezig was, een precisieschaal met wit poeder alsmede aanstekers, lepels, spuiten en een mixer met wit poeder, heroïne gemengd met cafeïne, aangetroffen werden en het arrest aldus te kennen gaf dat de feiten voor de minderjarige gevaarlijk waren (Cass. 2 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 141 en *NC* 2010, 130, noot J. ROZIE).

Er kan dus worden vastgesteld dat de rechtspraak twee criteria aanwendt m.b.t. de toepassing van de verzwarende omstandigheid van de minderjarigheid: de aan- of afwezigheid van kernvermogen in de persoon van de minderjarige en de concrete gevaarsituatie voor de minderjarige. De al dan niet toepassing van de verzwarende omstandigheid heeft niet enkel gevolgen m.b.t. de strafmaat (zie boven nr. 59), maar ook m.b.t. het uitzonderingsregime inzake opschorting en uitstel, dat enkel geldt voorzover de feiten worden gepleegd t.a.v. een minderjarige boven de volle leeftijd van zestien jaar (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 56-59).

64 Vóór de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke minderjarigheid tot 18 jaar werd beslist dat t.a.v. personen van vreemde nationaliteit die overeenkomstig hun nationale wetgeving meerderjarig werden op 18 jaar, doch dit niet waren op grond van de toen geldende Belgische wet, het begrip "minderjarige boven de leeftijd van 16 jaar" moet worden beoordeeld volgens de Belgische wet en niet op grond van het persoonlijk statuut van de betrokkene (Cass. 29 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 677, 1437, *Pas.* 1988, I, 1324, *JLMB* 1988, 1067, noot F.P., *RDPC* 1988, 1076 en *JT* 1989, 497; Corr. Charleroi 8 maart 1988, *JT* 1989, 241; Corr. Luik 6 januari 1989, *JLMB* 1989, 714).

De oplossing van de rechtspraak voor die vraag was toe te juichen gelet op het in het strafrecht gehanteerd territorialiteitsbeginsel. Het gaat niet op in dezen regels uit het internationaal privaatrecht te transponeren naar het strafrecht, op gevaar af dat misdrijven door een vreemdeling in België gepleegd onbestraft blijven indien deze door zijn nationale wet niet worden omschreven. Op

het Belgisch grondgebied is eenieder, zonder onderscheid van nationaliteit, aan de strafwet van het land onderworpen. De wettelijke bestanddelen en de verzwarende omstandigheden, ook m.b.t. de leeftijd, worden dus bepaald door de Belgische wet (P.E. TROUSSE, "Les principes généraux du droit pénal positif belge", *Les Novelles, Droit pénal*, I, 1, nr. 372).

Deze vraag was toen van belang. Thans volstaat het te verwijzen naar artikel 100*ter* Sw. dat bepaalt dat onder de term minderjarige elke persoon wordt verstaan die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt. Deze bepaling vindt ook toepassing in de Drugwet, aangezien artikel 6, eerste lid van de basiswet uitdrukkelijk bepaalt dat boek I van het Strafwetboek toepasselijk is (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nrs. 35 en 36).

AFDELING II

GEVOLGEN VOOR DE GEZONDHEID

65 De misdrijven worden gestraft met opsluiting van vijf tot tien jaar wanneer het gebruik dat van de drugs ten gevolge van de misdrijven is gemaakt, bij een ander hetzij een ongeneeslijk lijkende ziekte, hetzij een blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid, hetzij het volledig verlies van het gebruik van een orgaan, hetzij een zware verminking heeft veroorzaakt (art. 2*bis*, § 2, b). Bij aanneming van verzachtende omstandigheden moet de straf ten minste een maand gevangenis bedragen (art. 80, vijfde lid Sw.).

Indien het gebruik dat ten gevolge van de misdrijven van de drugs is gemaakt de dood heeft veroorzaakt, worden de misdrijven gestraft met opsluiting van tien tot vijftien jaar (art. 2*bis*, § 3, c). Bij aanneming van verzachtende omstandigheden mag de straf niet minder dan zes maanden gevangenisstraf bedragen (art. 80, vierde lid Sw.).

Ten gevolge van de wijziging van artikel 25 Sw. door de wet van 21 december 2009 is sedertdien de maximum gevangenisstraf in deze gevallen respectievelijk vijf jaar en tien jaar (art. 25, tweede en derde lid Sw.).

66 De wetgever heeft een gradatie in de gestrengheid van de straffen willen invoeren op grond van de meer of minder ernstige gevolgen die het gebruik dat ten gevolge van de misdrijven van de drugs is gemaakt heeft gehad voor de psychische of fysieke gezondheid van het slachtoffer (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 4 en 7).

De parlementaire bespreking van de wet van 9 juli 1975 levert desbetreffend verder weinig nuttige gegevens op. In antwoord op een vraag of onder de woorden "ongeneeslijk lijkende ziekte" ook kan worden begrepen een per-

manente depressietoestand met hoogten en laagten die door het gebruik van drugs werd veroorzaakt, werd geantwoord dat de rechtbanken in ieder geval afzonderlijk moeten beslissen op grond van de gegevens verstrekt door de geneesheren-deskundigen (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 9).

67 Wel laten de wettekst en de memorie van toelichting er geen twijfel over bestaan dat de strafverzwaring maar toepasselijk is wanneer het bewijs voorhanden is dat de gevolgen zich werkelijk hebben voorgedaan. De mogelijkheid ervan volstaat niet (W. BROSENS, "De drugs en de wet", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 33).

68 Voor de draagwijdte van de verzwarende omstandigheden van artikel 2*bis*, § 2, b kan men best verwijzen naar een commentaar over de verzwarende omstandigheden van artikel 400 Sw. (R. CHARLES, E. MARCELIS en C. FLORIVAL, "Coups et blessures", *RPDB*, Compl. VIII, nrs. 231-247; A. DELANNAY, "Les homicides et lésions corporelles volontaires" in *Les infractions contre les personnes*, nrs. 254 en 261; A. DE NAUW, *Bijzonder strafrecht*, nr. 255; J.M. POUPART, "Homicide et lésions corporelles volontaires" in *Les Novelles, Droit pénal*, IV, nrs. 6773-6777).

Hierbij valt het op dat in tegenstelling tot de wet van 2 juli 1975 tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek m.b.t. diefstallen met geweld en het nemen van gijzelaars de uitdrukking "blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid" afkomstig uit artikel 400 Sw. niet werd vervangen door "blijvende fysische of psychische ongeschiktheid".

Net als m.b.t. de artikelen van het Strafwetboek i.v.m. opzettelijke slagen of verwondingen, is het niet noodzakelijk dat de dader het tastbaar gevolg van het basismisdrijf waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt, heeft voorzien of kunnen voorzien (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 59).

69 Het belangrijkste aspect van die tweede grond van strafverzwaring is natuurlijk het bewijs van het oorzakelijk verband tussen het gebruik van de drugs en de gevolgen voor de gezondheid van het slachtoffer.

Het causaal verband kan reeds voor discussie zorgen m.b.t. de gevolgen omschreven in artikel 2*bis*, § 2, b. W. BROSENS haalt het voorbeeld aan dat de drugs het schadelijk gevolg hebben bestendigd of verergerd, terwijl er reeds lichamelijke schade was (W. BROSENS, "De drugs en de wet", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 33). E. BOUTMANS vraagt zich af of in het geval van een psychische ziekte, de verzwarende omstandigheid enkel geldt wanneer de betrokkene in die toestand is geraakt door het gebruik van drugs of ook wanneer dat het gebruik van drugs alleen een bestaande toestand heeft verzwaard of aan het licht heeft gebracht (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 50).

A fortiori kunnen er nog zwaardere bewijsproblemen rijzen bij sterfgevallen. Het is wellicht duidelijk dat de leverancier van een druggebruiker die zich daarvan een fatale dosis heeft toegediend (B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 67) en dat diegene die een dosis heroïne inspuit bij een minderjarige ouder dan 16 jaar waarbij de dood van deze laatste door overdosis wordt veroorzaakt (Brussel 31 januari 1992, *JT* 1993, 244) onder de verzwarende omstandigheid van artikel 2*bis*, § 3, c vallen. Hij die valselijk voor zichzelf verdovende middelen laat voorschrijven door de huisdokter, maar ze wetens en willens verstrekt aan een persoon die zelfmoord wenst te plegen, pleegt o.a. ook dit misdrijf (Corr. Turnhout 26 februari 2009, *T.Gez.* 2010-11, 254). Er kan echter discussie ontstaan wanneer de betrokkene zich op meer dan één plaats bevoorraadde (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 166-167), o.m. wanneer het slachtoffer is gestorven door de slechte kwaliteit van het product waarbij niet is uit te maken wie van de dealers van het slachtoffer instond voor de concrete bevoorrading (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 61). Ook rijst de vraag of het verband met het door de drugdealer gepleegde misdrijf in rechte vaststaat als het slachtoffer na het gebruik van drugs zelfmoord pleegt of met zijn auto verongelukt.

Vóór de invoering van de verzwarende omstandigheden bij de wet van 9 juli 1975 heeft de rechtspraak beslist dat er geen onopzettelijke doding is als het slachtoffer na het gebruik van de geleverde drugs zelfmoord pleegt en indien de beklaagde dit gevolg niet kon verwachten (Brussel 17 februari 1967, *RW* 1967-68, 595).

Veel van die vragen hangen af van de theorie van de causaliteit die wordt verdedigd: de equivalentietheorie of de theorie van de adequate oorzaak. De equivalentietheorie vat het oorzakelijk verband breed op : wanneer de feitelijke omstandigheden erop wijzen dat zonder de fout de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan niet zou voorgevallen zijn, wordt het oorzakelijk verband aangenomen. De theorie van de adequate oorzaak voert een selectie door om deze antecedenten als oorzaken uit te sluiten waarvan het onwaarschijnlijk is dat zij tot het ingetreden gevolg zouden leiden.

De rechtspraak past in België de equivalentietheorie toe (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nrs. 302-314; F. KUTY, *Principes généraux*, II, nr. 885). Rechtspraak i.v.m. drugdelicten bestaat op dit punt niet; wel m.b.t. opzettelijke en onopzettelijke slagen en verwondingen (R. CHARLES, E. MARCELIS en C. FLORIVAL, tw. "Coups et blessures" in *RPDB*, Compl. VIII, nrs. 266-280 en 757-780; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, nrs. 255, 256 en 273; J.M. POUPART, "Homicide et lésions corporelles volontaires" in *Les Novelles, Droit pénal*, IV, nr. 6820 ; Ph. QUARRÉ en P. LAMBEAU, "Homicide et lésions corporelles involontaires" in *Les Novelles, Droit pénal*, IV, nr. 6912).

70 Deze problematiek heeft ook op burgerlijk gebied belangrijke gevolgen.

Het slachtoffer of de erfopvolgers van het slachtoffer zouden voor de strafrechter als burgerlijke partij schadevergoeding kunnen bekomen op grond van het bewezen verklaard verzwaard misdrijf (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 50).

Een definitieve veroordeling wegens het feit om niet nader te bepalen hoeveelheden heroïne te hebben verkocht in een bepaald tijdbestek, verhindert een navolgende veroordeling voor verkoop van heroïne op bepaalde data in deze periode, waarvan het gebruik de dood heeft veroorzaakt van een gebruiker. De strafbare gedraging in hoofde van de verkoper is dezelfde, los van de omstandigheid dat het gebruik van de heroïne de dood van een gebruiker heeft veroorzaakt (Gent 30 september 2008, *TGR* 2010, 40).

AFDELING III

HET BESTAAN VAN EEN VERENIGING

71 De misdrijven worden met opsluiting van tien tot vijftien jaar gestraft indien ze daden zijn van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging (art. 2*bis*, § 3, b). Bij aanneming van verzachtende omstandigheden moet de straf in dat geval tenminste zes maanden gevangenisstraf bedragen (art. 80, vierde lid Sw.).

De misdrijven worden met opsluiting van vijftien tot twintig jaar gestraft indien ze daden zijn van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging in de hoedanigheid van leidend persoon (art. 2*bis*, § 4, b). In dat laatste geval moet de straf bij aanneming van verzachtende omstandigheden tenminste een jaar gevangenis belopen (art. 80, derde lid Sw.).

Ten gevolge van de wijziging van artikel 25 Sw. door de wet van 21 december 2009 is sedertdien de maximum gevangenisstraf in deze gevallen respectievelijk tien jaar en vijftien jaar (art. 25, derde en vierde lid Sw.).

72 De wetgever heeft geoordeeld dat de misdrijven een ernstiger karakter krijgen wanneer de feiten gepleegd worden binnen een vereniging waarvoor die bedrijvigheid hoofd- of bijkomend doel is.

De wet vereist niet dat de activiteit van de vereniging zich uitsluitend beperkt tot sluikhandel in drugs. De wet voorziet uitdrukkelijk in een strafverzwaring wanneer het gaat om de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van de vereni-

ging. Het is immers verre van denkbeeldig dat de vereniging zich, onder een of andere officiële dekmantel, bijkomend zou inlaten met sluikhandel in drugs (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 50).

De bedoeling van de wetgever is ook de vorming van dergelijke verenigingen te voorkomen en de voortzetting van de bestaande verenigingen te ontmoedigen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 4; *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 3).

Voor het begrip "vereniging" heeft de wetgever uitdrukkelijk verwezen naar de artikelen 323 e.v. Sw. betreffende de vereniging van misdadigers (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 2).

Een vereniging is iets anders dan een groep gebruikers. Een type voorbeeld van een vereniging vindt men in de organisatie van de zogenaamde drugpanden (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 64).

In dergelijke gevallen moet dan ook aan de hand van de verhoren van de betrokken personen en van inlichtingen verzameld door de politiediensten op nationaal of internationaal vlak aangetoond worden dat de verzwarende omstandigheid voorhanden is.

73 M.b.t. het begrip "leidend persoon" kan samen met E. BOUTMANS worden opgemerkt dat de wet niet zegt "de leidende persoon" en dat er dus meer dan één leider kan zijn (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 52).

Deze laatste verzwarende omstandigheid kan vanzelfsprekend maar aangehouden worden als de rechter het bestaan van een vereniging bewezen acht.

74 Het staat vast dat die verzwarende omstandigheden illustratief zijn voor een beleid dat zich richt naar de bestrijding van de drughandel (B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 67) en de straf op onrechtstreekse wijze doet afhangen van de vermoedelijke omvang van de sluikhandel (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 23). Nochtans mag niet uit het enkel feit van de omvang zelf van de drugtransactie afgeleid worden dat het niet anders kan of er zit een organisatie achter de handel (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 51). Men mag immers niet vergeten dat de persoon die buiten het raam van de bedrijvigheid van een vereniging op individuele wijze sluikhandel in drugs voert niet onder de verzwarende omstandigheid valt (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 8). Het herhaaldelijk verkopen en onderhouden van contacten met andere dealers is

op zichzelf onvoldoende om te besluiten tot het bestaan van een vereniging. Er anders over oordelen zou betekenen dat elke afnemer van drugs een vereniging vormt met (elk van) zijn verkoper(s) (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, 63). De hoeveelheid in omloop gebrachte drugs is evenmin bepalend voor het al dan niet bestaan van een vereniging. Het georganiseerd karakter van de handel is determinerend (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 103).

75 Sommigen leiden uit die verzwarende omstandigheden af dat een vereniging van misdadigers met het oog op het verhandelen van drugs geen misdrijf op zichzelf kan zijn, maar alleen een grond tot strafverzwaring is en dat bijgevolg een vereniging die gevormd is met het oog op een groots narcoticaproject, maar die nog niets gedaan heeft, niet kan worden opgerold (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 167).

Die bewering is slechts overtuigend in de mate dat het louter smeden van plannen in de zin van drughandel geen misdrijf is. De Belgische wetgeving stelt de samenspanning tot het plegen van drugmisdrijven, in tegenstelling met artikel 36.2 van het Enkelvoudig Verdrag van New York van 30 maart 1961 en artikel 22.2 van het Verdrag inzake psychotrope stoffen van Wenen van 21 februari 1971, niet strafbaar (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 51). Doch samen met A. MARCHAL (A. MARCHAL en J.P. JASPAR, *Traité de droit criminel*, III, nr. 3061) en M. DE SWAEF en M. TRAEST ("Bendevorming en criminele organisaties", *Comm.Straf.*, nr. 4 c) kan worden geponeerd dat het opzetten van een bende m.b.t. handel in verdovende middelen strafbaar is, nu dergelijke vereniging het oogmerk heeft een aanslag te plegen op personen en het toepassingsgebied van de artikelen 322 e.v. Sw. niet beperkt wordt door de Drugwet.

Dezelfde redenering kan sedert de wet van 10 januari 1999 worden gevolgd m.b.t. de tenlastelegging van criminele organisatie voorzover althans de wettelijke bestanddelen van dit misdrijf vervuld zijn.

76 De rechtspraak in dezen laat zich vooral leiden door de interpretatie die het begrip "vereniging van misdadigers" uit de artikelen 322 e.v. Sw. heeft gekregen (A. DE NAUW, *Bijzonder strafrecht*, nrs. 125 e.v.; M. DE SWAEF en M. TRAEST, "Bendevorming en criminele organisaties", *Comm.Straf.*; A. MARCHAL en J.P. JASPAR, *Traité de droit criminel*, III, 12-85; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, V, 9-21).

Dit misdrijf vereist enerzijds het bestaan van een vereniging en anderzijds een vereniging met een bepaalde organisatie.

77 Wat het bestaan van een vereniging betreft, kan een klein aantal leden voldoende zijn om van een vereniging te gewagen.

Bepaalde uitspraken vereisen dat de vereniging minstens drie personen telt (Antwerpen 18 december 2003, *NJW* 2004, 698; Brussel 15 maart 2006, *T.Strafr.* 2006, 268, noot J. VAN GAEVER). Dit is een van de criteria die de doctrine (W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 56) meestal aanneemt om te spreken van een vereniging in navolging van de rechtspraak en de doctrine in verband met de tenlastelegging van gemeen recht van vereniging van misdadigers (A. DE NAUW, *Bijzonder strafrecht*, nr. 126; M. DE SWAEF en M. TRAEST, "Bendevorming en criminele organisaties", *Comm.Straf.*, 7). Vóór hun opheffing oordeelden militaire rechtscolleges dat er reeds sprake kon zijn van een vereniging wanneer twee personen tezamen handelden, de ene kopers van cannabis ronselde en zich vervolgens in verbinding stelde met de andere die zijn leverancier was en hem op een afgesproken plaats de drugs overhandigde om deze vervolgens aan de klanten te verkopen (Krijgsraad 1 september 1997, aangehaald in het Overzicht van rechtspraak van militaire rechtscolleges, *RDPC* 1998, 1179). Ook andere rechtspraak lijkt dit impliciet aan te nemen door te beslissen dat aan de verzwarende omstandigheid vermeld in artikel 2*bis*, §§ 3, b en 4, b niet is voldaan wanneer blijkt dat de twee beklaagden samen bij de feiten betrokken waren omdat ze met elkaar een relatie hadden op privégebied (Corr. Leuven 12 juni 2007, *T.Strafr.* 2008, 134, noot).

78 Essentieel voor het bestaan van een vereniging is dat de bende een bepaalde organisatie vertoont.

Wanneer vaststaat dat meerdere personen taken toebedeeld kregen zoals de verzending, het vervoer en de verhandeling van de verdovende middelen, kan er sprake zijn van een georganiseerde vereniging. De voorafgaande verdeling van de opdrachten en de noodzakelijke inrichting van opslagplaatsen zijn feitelijke elementen die de organisatie van een vereniging aantonen. De verzwarende omstandigheid bestaat wanneer de leden van de vereniging met elkaar bindingen hebben en een groep vormen die de doelstellingen van de vereniging ten uitvoer kan leggen. Het bestaan van een hiërarchie in de schoot van de vereniging moet niet bewezen zijn. Evenmin is vereist dat de beklaagde in kennis werd gesteld van de identiteit van alle leden van de vereniging (Brussel 31 oktober 1979, *RW* 1979-80, 1383, noot A. VANDEPLAS). De verzwarende omstandigheid staat ook vast wanneer de beklaagde als controlerend drugkoerier een reiziger, in wiens bagage drugs werden aangetroffen, begeleidde en dat hij in het licht van alom gekende en regelmatig weerkerende *modus operandi* van drugtrafieken een vast onderdeel is in de uitvoering in een gestructureerd verenigingsverband voor de onderzochte drugtrafiek (Cass. 14 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 29) of wanneer ieder van de beklaagden wetens functioneerde in een vooraf bestaande en vooraf overeengekomen structuur van ofwel de aankooplijn die één van de beklaagden contacteerde, ofwel de verkooplijn die dezelfde beklaagde contacteerde (Corr. Brussel 30 juni 1983, *RW* 1983-84, 2177). Het bestaan van een misdadige vereniging kan ook worden afgeleid uit de contacten die moesten worden opgenomen om de drugs te vervoeren, de zorgvuldige voorbereiding die daartoe nodig was, de

vindingrijkheid om de opsporingen te ontlopen, de nadien gebruikte middelen om de speurders te misleiden (Luik 8 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 45 en *Jur. Liège* 1986, 231, noot).

Daarentegen is de enkele omstandigheid dat een kelner uit een restaurant een taxichauffeur de opdracht heeft gegeven een enveloppe met drugs aan een andere kelner uit een restaurant te overhandigen, onvoldoende (Brussel 29 september 1993, *RDPC* 1994, 903). De omstandigheid dat de beklaagde herhaaldelijk drugs heeft verkocht binnen het raam van een nachtwinkel, tezamen met het bestaan van een band tussen deze beklaagde en een andere zijn eveneens onvoldoende om te bewijzen dat de verzwarende omstandigheid van het bestaan van een vereniging aangenomen kan worden (Corr. Brussel 29 oktober 1992, *RDPC* 1993, 347). Een aankoop in groep buiten elke vorm van hiërarchie, van voorafgaande taakverdeling, van financiering van de organisatie of van vergoeding van de begeleiders is evenmin een daad van deelneming aan de activiteit van een vereniging (Corr. Brussel 11 juni 1992, *JLMB* 1993, 33).

De omstandigheden waarin de drugs werden gesmokkeld, de afspraken die daarover met derden werden gemaakt, alsmede de verklaringen van beklaagde omtrent de omstandigheden waarin de reis vanuit het buitenland naar België werd voorbereid, de handelingen in het buitenland met andere personen en de afspraken die werden gemaakt omtrent de inontvangstneming van de drugs na de aankomst in België en doorreis naar Nederland, door en met derden kunnen de verzwarende omstandigheid bewijzen (Brussel 14 oktober 2008, *T.Strafr.* 2009, 318, noot). De rechtspraak heeft de verzwarende omstandigheid ook toepasselijk geacht in een geval waar een eerste beklaagde het voertuig bezorgde dat omgebouwd was om drugs te vervoeren en dat de tweede en de derde beklaagden met dat voertuig naar Engeland reden waar ze door douaneambtenaren werden aangehouden (Antwerpen 18 december 2003, *NJW* 2004, 698).

79 De rechtspraak desaangaande kan worden gevolgd behalve een beslissing die de verzwarende omstandigheid buiten beschouwing liet, terwijl uit de feiten bleek dat twee beklaagden, na ontmoetingen met de beweerde kopers, zowel in België als in Nederland, de onmisbare schakels zijn geweest om de noodzakelijke contacten te leggen en de invoer mogelijk te maken, dat een derde beklaagde steeds in gezelschap is gebleven van de beweerde kopers en dientengevolge de onderhandelingen met hen voerde en de eventuele koop diende af te sluiten, dat een vierde beklaagde steeds bij de koopwaar is gebleven vanaf het vertrek in Amsterdam tot op het ogenblik van zijn aanhouding en dientengevolge de bewaking had over de ingevoerde verdovende middelen en ervoor moest zorgen dat ze ter bestemming kwamen en dat ten slotte een vijfde beklaagde de contactman was te Amsterdam waarlangs de bestelling van de verdovende middelen plaatsvond (Corr. Tongeren 9 november 1977, *Limb.Rechtsl.* 1978, 47).

80 Het Hof van Cassatie oordeelde dat aan de vaststelling dat de beklaagde samen met anderen een vereniging vormde, geen afbreuk wordt gedaan door het feit dat de omstandigheid van de vereniging niet vermeld werd in de tenlastelegging tegen de andere beklaagden (Cass. 11 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, nr. 448, 911 en *Pas.* 1989, I, 817).

81 Die verzwarende omstandigheden zijn ook in andere opzichten van belang.

Artikel 2*bis*, § 3, b en § 4, b wordt opgesomd onder de limitatieve lijst van strafbare feiten die het afluisteren van privécommunicatie en telecommunicatie op bevel van de onderzoeksrechter kunnen wettigen (art. 90*ter*, § 2.14° Sv.) en bijgevolg is deze verzwarende omstandigheid eveneens relevant voor een reeks strafprocessuele bepalingen, zoals de proactieve recherche (art. 28*bis*, § 2 Sv.), de infiltratie (art. 47*octies*, § 1 Sv.), de observatie met technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning (art. 56*bis*, tweede lid Sv.), de anonieme getuigenissen (art. 86*bis*, § 2 Sv.) en de inkijkoperatie (art. 89*ter*, § 1 Sv.).

De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen voor identieke feiten overeenkomstig artikel 43*quater* Sw. ingevoegd door de wet van 19 december 2002 is onder meer van toepassing indien de persoon schuldig wordt bevonden aan één of meerdere strafbare feiten bedoeld in artikel 2*bis*, § 3, b of § 4 b.

HOOFDSTUK VII
STRAFFEN

AFDELING I

HOOFDSTRAFFEN

82 De wetgever heeft bij de wet van 9 juli 1975 de bij de wet van 24 februari 1921 gestelde gevangenisstraf en geldboete in gevoelige mate en los van de verzwarende omstandigheden verhoogd (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 2; *Hand.* Senaat 1974-75, 2402). Voor de basismisdrijven bleven de minimumstraffen – drie maanden gevangenisstraf en (of) 1.000 F geldboete – ongewijzigd; doch de maximumstraffen – twee jaar gevangenisstraf en (of) 10.000 F geldboete – werden verhoogd tot vijf jaar gevangenisstraf en (of) 100.000 F geldboete (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 2). De wetgever was van oordeel dat deze aanzienlijke strafverzwaring vereist was om de sluikhandel en de misdadigheid beter te kunnen bestrijden (*Hand.* Kamer 1974-75, 3592). De rechter had ook, zoals vroeger, de mogelijkheid om alleen een geldboete op te leggen, zonder gewag te maken van verzachtende omstandigheden.

Die mogelijkheid bestaat niet meer sedert de wet van 3 mei 2003. De overtreding van de uitvoeringsbesluiten wordt, behalve wat betreft de misdrijven gestraft met de straffen bepaald in artikel 2*ter* van de basiswet, sindsdien gestraft met een gevangenisstraf en een geldboete. De wetgever heeft de rechter bij elk vonnis willen verplichten een geldboete uit te spreken, terwijl vroeger de geldboete facultatief was. Hij heeft daarbij aangevoerd dat de illegale drughandel het best kan worden aangepakt door zich te richten op de eerste oorzaak van alle handel, het winstbejag, en dat deze bepaling, gekoppeld aan de wet die de inbeslagname toelaat, een noodzakelijke stap vormt om de begunstigde van de handel van zijn product te beroven. In dit verband heeft hij nog doen opmerken dat voor de straffen voor illegale drughandel geen onderscheid wordt gemaakt tussen cannabis en andere stoffen (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/04, 321).

Die wetswijziging roept een aantal bedenkingen op. Opmerkelijk is dat deze meer repressieve aanpak niet werd doorgetrokken voor de bestraffing van de misdrijven die gepaard gaan met verzwarende omstandigheden. De bijkomende geldboete bepaald in artikel 2*bis*, § 5 behoudt in dergelijke gevallen haar facultatief karakter (W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 9). Ten tweede moet worden benadrukt dat de geldboete niet mag worden geassimileerd met de verbeurdverklaring van de wederrechtelijk verkregen vermogensvoordelen, waarvan het doel is de uit de misdrijven verkregen winsten te ontnemen. Ten slotte rijst het bezwaar dat de geldboete in principe ook de enkele onwettige bezitter treft die ze in een nog benarder financiële situatie zal brengen dan deze waarin hij reeds meestal verkeerde (J. VAN

GAEVER, "De nieuwe Drugwet: wijzigingen en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284, i.h.b. 278). Aldus wordt de resocialisatie en integratie van problematische druggebruikers bemoeilijkt. Zelfs indien de rechtbank met die doelstelling de gevangenisstraf zou wensen te vervangen door een werkstraf, moet nog steeds een geldboete worden uitgesproken (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 52). Wel verzet geen enkele wetsbepaling zich tegen de toepassing van artikel 85 Sw. waardoor de rechter een van de straffen afzonderlijk kan opleggen en dus van het opleggen van een geldboete kan afzien. Hiervoor zal de rechter evenwel verzachtende omstandigheden in zijn vonnis moeten vaststellen.

De misdrijven van invoer, vervaardiging, vervoer, aanschaf en bezit die betrekking hebben op cannabis, tetrahydrocannibol, de isomeren en hun stereochemische varianten, alsmede de teelt van cannabisplanten voor persoonlijk gebruik worden bij een eerste overtreding en in geval van herhaling binnen een jaar na de eerste veroordeling enkel gestraft met een geldboete (art. 2*ter*, 1° en 2° van de basiswet). In geval van nieuwe herhaling binnen een jaar na de tweede veroordeling worden deze misdrijven gestraft met gevangenisstraf en geldboete. Gaan deze misdrijven gepaard met openbare overlast, dan worden de misdrijven gestraft met gevangenisstraf en geldboete of met één van die straffen alleen (art. 2*ter*, 3° en 4° van de basiswet).

83 Artikel 6 van de basiswet bepaalt dat artikel 85 van het Strafwetboek van toepassing is, zodat verzachtende omstandigheden kunnen worden toegepast.

De wetgever achtte dit nodig met het oog op de individualisering van de straf (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 5).

De rechter kan dus de strafmaat beneden het wettelijk minimum bepalen. Hij kan aldus alleen een geldboete van minder dan 1.000 euro opleggen, alleen een gevangenisstraf van minder dan drie maanden uitspreken, een lage boete met een korte gevangenisstraf, een lage geldboete met een lange gevangenisstraf of omgekeerd combineren (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 164-165). Hij dient echter in die gevallen zich uitdrukkelijk op verzachtende omstandigheden te beroepen. Onwettig is de gevangenisstraf van minder dan drie maanden die wordt uitgesproken wegens overtreding van de bepalingen, vermeld in artikel 2*bis*, § 1, eerste lid, als de beslissing niet het bestaan van verzachtende omstandigheden vaststelt (Cass. 29 oktober 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 129, 287 en *Pas.* 1986, I, 267).

84 Voor de straffen van toepassing bij misdrijven met verzwarende omstandigheden zijn de minimumstraffen na correctionalisatie

- een maand, wanneer de feiten worden gepleegd ten aanzien van een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar (art. 2*bis*, § 2, a) of blijvende gevolgen voor de gezondheid hebben veroorzaakt (art. 2*bis*, § 2, b);

- zes maanden, wanneer de feiten worden gepleegd ten aanzien van een minderjarige die meer dan volle twaalf jaar en minder dan volle zestien jaar oud is (art. 2*bis*, § 3, a), worden gepleegd binnen het raam van een vereniging (art. 2*bis*, § 3, b) of de dood hebben veroorzaakt (art. 2*bis*, § 3, c);
- een jaar, wanneer de feiten worden gepleegd ten aanzien van een kind dat geen volle twaalf jaar oud is (art. 2*bis*, § 4, a) of binnen het raam van een vereniging waarvan de beklaagde een leidende persoon is (art. 2*bis*, § 4, b).

Wat de maximumstraffen na correctionalisatie betreft, moet bij dergelijke misdrijven rekening worden gehouden met het voorschrift van artikel 25 Sw. Bijgevolg is onwettig de beslissing waarbij de feitenrechter de beklaagde zonder een van de in artikel 2*bis*, §§ 3 en 4, Drugwet vermelde verzwarende omstandigheden bewezen te verklaren veroordeelt tot een gevangenisstraf van meer dan vijf jaar (Cass. 31 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 601, 1269 en *Pas.* 1988, I, 1178).

In het geval van artikel 2*bis*, § 2 is de wettelijke straf opsluiting van vijf tot tien jaar en kan dus na correctionalisatie de gevangenisstraf ten hoogste vijf jaar zijn (zie hoger nrs. 59 en 65). Hij is ten hoogste tien jaar voor een met opsluiting van ten minste tien jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is, wat in de Drugwet het geval is bij toepassing van artikel 2*bis*, § 3 (zie hoger nrs. 59, 65 en 71). Hij is ten hoogste vijftien jaar voor een met opsluiting van vijftien jaar tot twintig jaar strafbare misdaad die gecorrectionaliseerd is, wat in de Drugwet het geval is bij toepassing van artikel 2*bis*, § 4 (zie hoger nrs. 59 en 71).

Artikel 2*bis*, § 5 van de basiswet voorziet in geval van criminele straffen in een facultatieve geldboete van 1.000 tot 100.000 euro. Aldus vindt artikel 84 Sw., naar luid waarvan schuldigen wier criminele straf tot gevangenisstraf wordt verminderd, kunnen worden veroordeeld tot een geldboete van zesentwintig tot duizend euro, geen toepassing op de in de Drugwet omschreven misdrijven omdat die bepaling niet geldt wanneer de wet naast de gevangenisstraf in een verplichte of facultatieve geldboete voorziet. Bijgevolg kan de beklaagde die vervolgd wordt wegens drugmisdrijven met de verzwarende omstandigheid van deelneming aan de bedrijvigheid van een vereniging (art. 2*bis*, § 3, b) en valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken die de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet, zich niet beroepen op artikel 84 Sw. om veroordeeld te worden tot een maximale geldboete van duizend euro (Cass. 13 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 18 en *RW* 2003-04, 741, noot S. VAN DROMME). Na correctionalisatie kan de geldboete omschreven in artikel 2*bis*, § 5 overeenkomstig artikel 83 Sw. worden verminderd. Deze vermindering is evenwel facultatief en staat los van de vermindering van de vrijheidsstraf (W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 79).

AFDELING II

BIJKOMENDE STRAFFEN

§ 1. Ontzetting

85 Artikel 4, § 1 bepaalt dat, onverminderd de toepassing van de artikelen 31 en 32 Sw. in geval van veroordeling tot een criminele straf, de daders van de in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3 omschreven misdrijven, alsmede hun medeplichtigen, veroordeeld kunnen worden tot ontzetting overeenkomstig artikel 33 Sw.

Dit laatste artikel bepaalt dat de tot correctionele straffen veroordeelden voor een termijn van vijf tot tien jaar geheel of ten dele kunnen ontzet worden uit de uitoefening van de rechten genoemd in artikel 31, eerste lid Sw. (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b., nr. 35; W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 87).

§ 2. Het verbod de geneeskunde uit te oefenen

86 Artikel 4, § 2 bepaalt dat indien de daders of hun medeplichtigen van de in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3 omschreven misdrijven een tak van de geneeskunde, de diergeneeskunde of een paramedisch beroep uitoefenen, de rechter hen tijdelijk of voor altijd kan ontzetten van de uitoefening van die kunde of dat beroep.

Het verbod betreft dus niet alleen de geneeskunde, doch ook de diergeneeskunde en de paramedische beroepen (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 2).

De wetgever is van oordeel dat ook apothekers onder die bepaling vallen (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 10). Nochtans spreekt de Nederlandse tekst van de wet slechts over geneeskunde en zijn apothekers geen beoefenaars van de geneeskunde. De Franse tekst van de wet heeft het echter over "*art de guérir*" en apothekers beoefenen een onderdeel van de geneeskunst (zie boven nr. 37).

Het verbod kan niet alleen uitgesproken worden wegens het specifiek delict van de beoefenaars van de geneeskunde omschreven in artikel 3, § 3 van de basiswet. Het kan uitgesproken worden al pleegt de betrokken beoefenaar de misdrijven buiten de uitoefening van zijn beroep (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Strafr.*, nr. 97; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 170).

87 Het verbod is een bijkomende straf en niet een veiligheidsmaatregel.

Bijgevolg kan de ontzetting met uitstel worden opgelegd (Luik 24 december 1970, *JT* 1971, 168). Zij kan niet worden uitgesproken ten laste van personen

wiens internering wordt bevolen bij toepassing van artikel 7 WBM (Cass. 4 december 1944, *Arr.Cass.* 1944, 53 en *Pas.* 1944, I, 59, noot R.H.). Dit is misschien een leemte want de internering veronderstelt dat vastgesteld wordt dat de betrokkene een gevaar voor de maatschappij is (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 36). Doch artikel 7 WBM staat niet toe bij internering een straf uit te spreken behoudens de bijzondere verbeurdverklaring. De ontzetting kan evenmin worden opgelegd bij opschorting van de uitspraak (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 56; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 170) of indien de duur van de strafvervolging de redelijke termijn overschrijdt en de veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring wordt uitgesproken (art. 21*ter* V.T.Sv.).

88 Het in het materieel recht geldend onderscheid tussen hoofdstraffen en bijkomende straffen geldt niet ter bepaling van de omvang van de cassatie (R. DECLERCQ, *De cassatieprocedure in strafzaken*, Leuven, Wouters, 1988, 225 e.v.; R. DECLERCQ, tw. "Pourvoi en cassation en matière répressive", *RPDB*, Compl. IX, nrs. 944 en 951). In dit verband moet nagegaan worden of een straf of een maatregel een deel van de hoofdstraf is dan wel bijkomend is. In het eerste geval wordt de gehele uitspraak over de straf vernietigd. In het tweede geldt de vernietiging slechts voor de op onwettige wijze uitgesproken straf of maatregel.

In een procedure waarin de appelrechters de door de eerste rechter uitgesproken straf hadden bevestigd en tevens de beklaagde hadden veroordeeld tot een verbod de geneeskunde uit te oefenen zonder vast te stellen dat deze straf opgelegd werd met eenstemmigheid, heeft het Hof van Cassatie de veroordeling volledig vernietigd. Het Hof was in tegenstelling met zijn advocaat-generaal van oordeel dat het verbod een ondeelbaar geheel uitmaakte met het overige van de hoofdstraf (Cass. 14 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 158, 356, noot R.D. en *Pas.* 1990, I, 318). Sedertdien moet tevens rekening gehouden worden met de nieuwe rechtspraak dat bij een onwettigheid van de straf de cassatie beperkt blijft tot de uitspraak over de straf, tenzij de begane onwettigheid ook de schuldigverklaring betreft (Cass. 8 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 98, concl. eerste Adv.-Gen. DU JARDIN).

§ 3. De sluiting van de inrichting

89 Artikel 4, § 3 bepaalt dat bij veroordeling wegens een van de misdrijven omschreven in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3, de rechter de tijdelijke of definitieve sluiting kan bevelen van drankgelegenheden of van alle andere inrichtingen waar de misdrijven zijn gepleegd.

Het gaat hier om een bijkomende straf die vereist dat de misdrijven gepleegd zijn in een drankgelegenheid of een andere inrichting. Hieronder zou ook kunnen bedoeld zijn een lunapark, een apotheek, een zogenaamde coffeeshop,

een chemisch laboratorium of een school (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 56).

De rechter moet niet vaststellen dat het misdrijf gepleegd is bij het exploiteren van die inrichting. Het volstaat dat de misdrijven in de inrichting worden gepleegd (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 38).

De term "inrichting" behelst zowel de openbare als de privé-inrichtingen, al dan niet met een commercieel karakter. Elke inrichting waar misdrijven worden gepleegd wordt beoogd. De sluiting kan ook slaan op centra waar spuitenruil plaatsvindt (*Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 846/5, 22).

Alleen de bodemrechter kan de sluiting gelasten; de onderzoeksrechter kan de voorlopige sluiting van een dergelijke inrichting niet bevelen. Wel is het niet uitgesloten dat de onderzoeksrechter de zegels legt op dergelijke inrichting om vaststellingen binnen het raam van zijn onderzoek mogelijk te maken (M. PAUWELS, "Recreatief druggebruik" in *Drugbeleid 2.000 Op weg naar een geïntegreerd drugbeleid in België*, 77-85, i.h.b. 85). De bevoegdheid van gemeen recht van de procureur des Konings en van de onderzoeksrechter (art. 35-37 en 87 en 89 Sv.), beslag te leggen op alles wat een van de in de artikelen 42 en 43*quater* Sw. bedoelde zaken schijnt uit te maken en alles wat dienen kan om de waarheid aan de dag te brengen en de daarmee gepaarde zegellegging, kan soms *de facto* neerkomen op een sluiting (F. SCHUERMANS, "Het strafrechtelijk kort geding na de Wet Franchimont" in *Het vernieuwd strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 133). Aldus is het niet ondenkbaar dat reeds tijdens een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek een inrichting waar drugmisdrijven worden gepleegd gesloten wordt. De personen die erdoor geschaad zijn kunnen de opheffing van deze maatregel aan de gerechtelijke overheden vragen. Tegen de beslissingen van de procureur des Konings en de onderzoeksrechter staan de rechtsmiddelen van het strafrechtelijk kort geding open (art. 28*sexies* en 61*quater* Sv.).

De sluiting kan tijdelijk of definitief zijn.

Aangezien de sluiting als bedoeld in artikel 4, § 3 een bijkomende straf is kan zij niet worden opgelegd bij opschorting van de uitspraak (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 169) en ook niet bij internering of bij veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring wegens overschrijding van de redelijke termijn.

90 De kernvraag bij de sluiting is te weten of deze bijkomende straf persoonlijk of zakelijk is. Die vraag is van belang omdat het verre van uitgesloten is dat de drankgelegenheid of de inrichting waar de misdrijven werden gepleegd eigendom kan zijn van een andere persoon dan de veroordeelde, bv. van een rechtspersoon. Indien deze straf een persoonlijk karakter heeft, kan ze slechts

de eigenaar treffen als hij ook de veroordeelde is. Mocht het om een zakelijke straf gaan, dan doet het er niet toe of de eigenaar ook de veroordeelde is (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 57).

Met W. BROSENS moet worden vastgesteld dat tijdens de parlementaire besprekingen van de wet van 9 juli 1975 aan die toepassingsmoeilijkheden niet werd gedacht (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 38).

De doctrine was meestal van oordeel dat het om een straf met een persoonlijk karakter gaat (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 169). De wetgever heeft immers geen aanduiding gegeven die toestaat af te wijken van het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen. De vaststelling dat artikel 4, § 4 de sluiting van de inrichting verbindt aan de strafuitvoering tegenover de veroordeelde, was een bijkomende aanwijzing dat ook de sluiting een persoonlijke straf is (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 38). De rechtspraak nam blijkbaar ook aan dat de sluiting een persoonlijke straf is die niet uitgevoerd kan worden tegenover een derde die geen partij was in de zaak (Antwerpen 13 november 1992, *RW* 1992-93, 886, noot A. VANDEPLAS).

91 De laatste twijfels omtrent het karakter van de sluiting lijken thans te zijn weggeëbd.

De wet van 17 november 1998 heeft in artikel 4 een § 4*bis* ingevoegd dat bepaalt dat wanneer de veroordeelde noch eigenaar noch uitbater is van de drankgelegenheid of inrichting, de sluiting enkel kan worden bevolen indien de ernst van de concrete omstandigheden dit vereist en dit voor een termijn van maximaal twee jaar te rekenen van de dag waarop de op tegenspraak of bij verstek gewezen veroordeling onherroepelijk is geworden. Hierbij dient dus opgemerkt te worden dat in tegenstelling tot artikel 4, § 3 de mogelijke sluiting beperkt is tot twee jaar. Die beperking vindt mede steun in het feit dat deze maatregel kan worden uitgesproken zonder de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de eigenaar of de uitbater vast te stellen (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 111). Met het begrip "*concrete omstandigheden*" wordt bedoeld dat de rechter zich niet dient te beperken tot de feiten van de strafrechtelijke kwalificatie, maar de omstandigheden in hun geheel in overweging moet nemen (*Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 846/5, 28). Daarenboven bepaalt artikel 4, § 4*bis* dat de eigenaar of uitbater op vordering van het Openbaar Ministerie in tussenkomst gedagvaard moet zijn geweest. Bedoeling hiervan is de rechten van verdediging van de betrokken eigenaar of uitbater te waarborgen (*Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 536/8, 3).

De tijdelijke sluiting als bedoeld in artikel 4, § 4*bis* is een beveiligingsmaatregel. Een dergelijke maatregel moet worden gemotiveerd door het gevaar dat

de inrichting uitmaakt voor de maatschappij, waarbij de rechter moet nagaan of het ermee verbonden risico, op het ogenblik van de uitspraak, wel degelijk het sluitingsbevel verantwoordt dat aan een derde is gegeven (Cass. 22 december 2010, *Arr.Cass.* 2011, nr. 762, *NC* 2011, 195 en *T.Strafr.* 2011, 201, noot J.V.G.). De redenen mogen dus niet louter slaan op een gevaarlijke toestand in het verleden. De concrete en ernstige omstandigheden moeten verband houden met de noodzaak om in de toekomst herhaling van een dergelijke toestand te voorkomen.

Vóór de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen heeft het Hof van Cassatie m.b.t. artikel 9, § 5 Prijzenwet beslist dat de sluiting niet alleen mag bevolen worden indien de inrichting aan een dader of medeplichtige toebehoort, dan wel, indien het over een rechtspersoon gaat, de sluiting ook mocht worden gelast als de dader of medeplichtige het orgaan of de wettelijke vertegenwoordiger ervan is (Cass. 12 mei 1947, *Arr.Cass.* 1947, 155 en *Pas.* 1947, I, 198, concl. Adv.-Gen. R. HAYOIT DE TERMICOURT). Dat de sluiting een personele draagwijdte heeft, hield dus niet in dat geen sluiting kon worden bevolen van een inrichting die aan een rechtspersoon toebehoort. In dat geval moest wel een orgaan of wettelijke vertegenwoordiger van deze rechtspersoon dader of deelnemer aan het misdrijf zijn (F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nr. 68). Na de invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, lijkt die rechtspraak niet meer relevant omdat thans de rechtspersoon als een volledig autonome persoon los van zijn organen of wettelijke vertegenwoordigers moet worden aangemerkt.

92 De rechterlijke bevoegdheid tot sluiting van drankgelegenheden, bepaald in artikel 4, § 3 van de basiswet, sluit de bevoegdheid van de burgemeester tot het uitvaardigen van politiemaatregelen niet uit (Cass. 2 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 187 en *RW* 1998-99, 860). Daarenboven heeft de wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen in de basiswet artikel 9*bis* ingevoegd, waardoor de burgemeester, onverminderd de bevoegdheden van de rechterlijke autoriteiten en onverminderd het bepaalde in de artikelen 134*ter* en *quater* van de nieuwe Gemeentewet, na voorafgaand overleg met de gerechtelijke autoriteiten, indien ernstige aanwijzingen voorhanden zijn dat in een private doch voor het publiek toegankelijke plaats herhaaldelijke illegale activiteiten plaatsvinden die betrekking hebben op drugs of stoffen die gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van drugs, waardoor de openbare veiligheid en rust in het gedrang komt en na de verantwoordelijke te hebben gehoord in zijn middelen van verdediging, kan besluiten deze plaats te sluiten voor de duur die hij bepaalt. De duur van de sluiting geldt voor een periode van maximum zes maanden. De sluitingsmaatregel moet onmiddellijk worden bekrachtigd tijdens de eerstvolgende vergadering van het college van burgemeester en schepenen en ter kennis worden gebracht van de gemeenteraad. Deze termijn kan worden verlengd voor zover zich nieuwe soortgelijke feiten hebben voorgedaan of aan het licht zijn gekomen sinds de initiële beslissing en na gunstig

advies van de gemeenteraad (K. VAN CAUWENBERGHE, "Enkele belangrijke wijzigingen van de Drugwet", *Vigiles* 2006, 186-188).

De wetgever heeft deze bijzondere bevoegdheid wenselijk geacht om de drughandel in sommige cafés, discotheken, bars en dancings aan te pakken omdat de algemene bevoegdheid van de burgemeester en de specifieke wetsbepaling uit de Drugwet te weinig effect ressorteren op het terrein omdat de eerste een te korte looptijd heeft om afschrikwekkend te zijn en de tweede lange tijd na de vaststellingen komt (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2518/1, 45-47). Wat het overleg met de gerechtelijke autoriteiten betreft wordt het Openbaar Ministerie bedoeld (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2518/21, 26-27).

De verantwoordelijke van de plaats moet gehoord zijn in zijn middelen van verdediging. In de memorie van toelichting wordt nog gesteld dat het vanzelf spreekt dat de burgemeester bij de beoordeling van de opportuniteit van een dergelijke sluitingsmaatregel rekening moet houden met de inspanningen van de uitbater van de inrichting om aan de problemen tegemoet te komen (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2518/1, 46; zie voorts I. ROEGIERS, "De administratieve sluiting" in *Wet en duiding. Drugwetgeving,* 99-105).

Tegen deze beslissingen van sluiting kan beroep worden ingesteld bij de Raad van State die blijkbaar de proportionaliteit van de bevolen maatregel streng controleert (RvS 24 oktober 2008, *T.Gem.* 2009, 247, noot J. NOWAK; RvS 30 april 2009 en 31 juli 2009, *Vigiles* 2009, 228, noot M. BOES).

§ 4. De ontzetting een drankgelegenheid of een andere inrichting te exploiteren

93 Artikel 4, § 3 bepaalt verder dat bij veroordeling wegens een van de misdrijven omschreven in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3 de rechter bovendien de veroordeelde tijdelijk of voor altijd kan ontzetten van het recht een drankgelegenheid of een andere inrichting waar de misdrijven zijn gepleegd persoonlijk of door tussenpersoon te exploiteren.

Het exploitatieverbod is verbonden aan de persoon van de veroordeelde. Hieruit volgt dat de inrichting zelf niet noodzakelijk gesloten moet worden. (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1975-76, 1025-1112, i.h.b. nr. 37).

Deze ontzetting kan tijdelijk of voor altijd zijn. De rechter kan beslissen dat het exploitatieverbod enkel geldt voor de veroordeelde, of ook voor een derde die als tussenpersoon van de veroordeelde optreedt (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 101).

Uit het karakter van bijkomende straf van die ontzetting moeten de gevolgtrekkingen worden afgeleid, uitgelegd in de nrs. 87 en 89.

§ 5. De aanplakking en de openbaarmaking van de rechterlijke beslissing

94 Artikel 4, § 3 bepaalt dat de rechter bij veroordeling wegens een van de misdrijven omschreven in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3 eveneens de aanplakking en de openbaarmaking van de rechterlijke beslissing op kosten van de veroordeelde kan gelasten.

De wet bepaalt niets over de plaats waar de aanplakking kan worden bevolen. Wellicht kan worden gedacht aan de drankgelegenheid of de inrichting waar de misdrijven werden gepleegd. Doch de wet stelt geen enkele beperking in die zin. Ook de duur van de aanplakking wordt niet nader bepaald.

De wet zegt ook niets over de wijze van openbaarmaking. De vraag rijst of bij stilzwijgen van de wet de publiciteit beperkt is tot de geschreven pers (F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nrs. 71-72).

Wanneer de rechter de keuze heeft gedaan de straffen bepaald in artikel 4, § 3 afzonderlijk te motiveren, moet hij dit ook doen m.b.t. de door hem gelaste aanplakking en de openbaarmaking van zijn beslissing (Cass. 14 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 175, 458 en *RW* 1996-97, 1082, noot). Het is echter geenszins vereist dat de rechter iedere straf met een verschillende motivering rechtvaardigt. Een globale redengeving kan volstaan (Cass. 15 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 613, 1113 en *Pas.* 1992, I, 1035).

§ 6. De duur van de ontzetting of van de sluiting

95 Artikel 4, § 4 bepaalt dat in geval van veroordeling tot een in geldboete bestaande hoofdstraf, de ontzetting of de sluiting, opgelegd krachtens de §§ 2 en 3, ingaat op de dag dat de op tegenspraak of bij verstek gewezen veroordeling kracht van gewijsde heeft gekregen (zie *Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 10).

Dezelfde regeling geldt wanneer de veroordeling uitstel van de tenuitvoerlegging voor de gevangenisstraf beveelt en de geldboete effectief oplegt. Indien de veroordeling een effectieve gevangenisstraf oplegt en die gevangenisstraf door genade in een geldsom wordt omgezet, moet de duur van de ontzetting of van de sluiting worden berekend vanaf de dag waarop het genadebesluit aan de belanghebbende wordt betekend.

96 In geval van veroordeling tot een vrijheidsstraf hebben de ontzetting en sluiting hun gevolgen met ingang van de dag waarop de op tegenspraak of bij verstek gewezen veroordeling kracht van gewijsde heeft gekregen en gaat de ontzetting of de sluiting in op de dag dat de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan of zijn straf verjaard is.

97 Bij voorwaardelijke invrijheidstelling geldt dezelfde regel voor zover de invrijheidstelling niet ingetrokken wordt.

Deze regel houdt in dat ingeval de voorwaardelijke invrijheidstelling wordt ingetrokken de veroordeelde het voordeel verliest van de reeds tijdens zijn vrijlating ondergane tijd van ontzetting of sluiting. De wetgever heeft dit voorbehoud gemaakt omdat hij van oordeel is dat het verlies van de reeds verlopen termijn gerechtvaardigd is voor de overtreder die zich de hem verleende voorwaardelijke invrijheidstelling niet waardig heeft betoond. Voor hem zal de gehele ontzettings- of sluitingstijd opnieuw gaan lopen vanaf een eventuele tweede voorwaardelijke vrijlating, zo niet van de dag dat de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan of dat zijn straf verjaard is (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 11).

Die strenge regeling geldt niet wanneer de met uitstel uitgesproken gevangenisstraf uitvoerbaar wordt door herroeping van het uitstel (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 114).

§ 7. De verbeurdverklaring

98 Artikel 4, § 6 bepaalt dat onverminderd de toepassing van de artikelen 42 en 43 van het Strafwetboek, de rechter de verbeurdverklaring kan bevelen van de voertuigen, toestellen en instrumenten of zaken die gediend of bestemd waren om de in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3 omschreven misdrijven te plegen of die er het voorwerp van uitmaken, zelfs indien ze niet het eigendom zijn van de veroordeelde.

De parlementaire voorbereiding van de wet van 9 juli 1975 leert ons desbetreffend weinig. Alleen wordt allusie gemaakt op het feit dat het in de praktijk vaak voorkomt dat voor de sluikhandel in verdovende middelen geleende voertuigen worden gebruikt (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 4).

99 Artikel 4, § 6 houdt bij nader onderzoek twee regels in:
- enerzijds een bevestiging van de verplichting de bijzondere verbeurdverklaring uit te spreken indien de voorwaarden van de artikelen 42 en 43 Sw. vervuld zijn. De bijzondere verbeurdverklaring van zaken die gediend of bestemd waren om de misdrijven te plegen of die er het voorwerp van uitmaken blijft verplicht wanneer zij eigendom van de veroordeelde zijn. De bedoeling van de wetgever was duidelijk de bestaande normen in de zin van een grotere gestrengheid te wijzigen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 9);
- anderzijds de bijzondere verbeurdverklaring bovendien mogelijk te maken m.b.t. voertuigen, toestellen en instrumenten of zaken die gediend hebben of bestemd waren om de in de artikelen 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* en 3 omschreven misdrijven te plegen of die er het voorwerp van uitmaken, zelfs indien ze niet het eigendom zijn van de veroordeelde. In die gevallen is de verbeurd-

verklaring facultatief (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 41).

100 Het verschil tussen die twee gevallen is van belang op het vlak van de motivering.

In het eerste geval moet de rechter die de verbeurdverklaring uitspreekt vaststellen dat de voorwaarden waaraan de wet deze bijkomende straf onderwerpt, vervuld zijn.

In het tweede geval moet de rechter niet alleen deze vaststelling maken, doch moet hij tevens de redenen aangeven waarom hij voor deze facultatieve straf heeft gekozen om te voldoen aan de bijzondere motiveringsplicht voorgeschreven door artikel 195 Sv. (Cass. 21 maart 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, nr. 417, 850, *Pas.* 1989, I, 762 en *RW* 1989-90, 881, noot M. DE SWAEF; Bergen 20 oktober 1993, *RDPC* 1994, 911).

101 Bijzondere verbeurdverklaring is een bijkomende straf en geen veiligheidsmaatregel. Zij kan dus niet worden uitgesproken indien de beklaagde vrijgesproken wordt.

Zij kan wel met uitstel uitgesproken worden (Luik 18 mei 1988, *JLMB* 1989, 520).

Zij kan uitgesproken worden zelfs bij internering (art. 11, eerste lid WBM), bij opschorting van de uitspraak (art. 6, tweede lid Probatiewet) of bij veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring wegens overschrijding van de redelijke termijn (art. 21*ter* V.T.Sv.).

Opdat de verbeurdverklaring van de inbeslaggenomen goederen wettig zijn, is niet vereist dat ze zijn neergelegd ter griffie (Bergen 20 oktober 1993, *RDPC* 1994, 911).

Wanneer de verbeurdverklaring betrekking heeft op de verdovende middelen zelf, heeft de rechtspraak ze ook bevolen ondanks de vrijspraak van beklaagden. Het betrof onder meer zaken waarin tot de politionele provocatie werd besloten. Tot staving van hun beslissing hebben de rechters erop gewezen dat de verbeurdverklaring te dezen als veiligheidsmaatregel noodzakelijk is om gevaarlijke en voor de gezondheid schadelijke voorwerpen niet in omloop te laten (Brussel 19 november 1984, *RW* 1984-85, 2563, noot J. SCHEERS; Corr. Luik 4 oktober 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 76). In een andere zaak werd de verbeurdverklaring als veiligheidsmaatregel gelast, al werd de strafvordering niet ontvankelijk verklaard (Brussel 20 juni 1997, *RDPC* 1997, 1092). Verdovende middelen worden dus verbeurd verklaard bij wijze van veiligheidsmaatregel (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 57-58).

102 De gevallen waarin de facultatieve verbeurdverklaring werd uitgesproken hebben meestal betrekking op wagens die toebehoren aan een derde (Gent 12 juni 1989, *TGR* 1989, 177). Het kan gaan om een wagen ingeschreven op naam van de echtgenote van de veroordeelde die gediend heeft voor het vervoer van drugs. Het is hierbij van geen belang of die wagen eerder toevallig werd gebruikt om eenmaal drugs te vervoeren. Bestendigheid in het gebruik is niet vereist (Cass. 8 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 14, 27 en *Pas.* 1988, I, 25).

Bij de beoordeling van de opportuniteit van deze bijzondere verbeurdverklaring kan de rechter rekening houden met het feit dat de derde aan wie het voertuig waarmee de feiten werden gepleegd toebehoorde volledig te goeder trouw was (Antwerpen 29 november 1996, *AJT* 1996-97, 338, noot L. ARNOU; Corr. Tongeren 13 juli 1979, *Limb.Rechtsl.* 1979, 215) en in het bijzonder wanneer de eigenaars niet op de hoogte waren van het feit dat de beklaagde hun voertuig voor drughandel gebruikte (Antwerpen 2 februari 1999, *RW* 1999-2000, 1238, noot A. VANDEPLAS en *T.Strafr.* 2000, 29, noot L.A.; Gent 25 mei 2004, *T.Strafr.* 2005, 474, noot J. ROZIE). Hij kan daarentegen oordelen dat, gelet op de ernst van de feiten en de omvang van de sluikhandel, een afschrikwekkende straf opgelegd moet worden en dat de verbeurdverklaring bevolen moet worden van het voertuig dat gediend heeft om verdovende middelen in het land in te voeren, al is het voertuig geen eigendom van de veroordeelde (Corr. Aarlen 26 juni 1984, *Jur. Liège* 1985, 68).

103 Vóór de wet van 9 juli 1975 werd geoordeeld dat het niet mogelijk was de door de drughandel bekomen gelden verbeurd te verklaren als zaken die uit het misdrijf voortkomen, geval waarbij niet vereist is dat de zaken eigendom van de veroordeelde zijn (Cass. 2 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975 1041 en *Pas.* 1975, I, 941). Het was evenmin mogelijk de verbeurdverklaring van de geldbedragen te bevelen als voorwerp van het misdrijf, nu in dat geval de zaken conform artikel 42, 1° Sw. eigendom van de veroordeelde moesten zijn.

Sedert de inwerkingtreding van de wet van 9 juli 1975 is het mogelijk de geldsommen die uit de drughandel voortkomen wel verbeurd te verklaren als zaken, in de zin van artikel 4, § 6 die het voorwerp hebben uitgemaakt van het misdrijf omdat die wet toelaat dat de rechter de verbeurdverklaring uitspreekt van zaken die het voorwerp hebben uitgemaakt van het misdrijf, zelfs als ze geen eigendom zijn van de veroordeelde (Cass. 4 juli 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, nr. 685, 1494, *Pas.* 1986, I, 1345 en *RDPC* 1986, 910, noot E. LIEKENDAEL).

De door het Hof van Cassatie gevolgde redenering om van de verwezenlijkte winst het voorwerp van het misdrijf te maken heeft de rechtsleer niet volledig kunnen overtuigen (W. BROSENS, "Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht", *RW* 1988-89, 313-314). Discussie voeren in dit verband heeft nog weinig nut, nu de wet van 17 juli 1990 door toevoeging van een nieuwe rubriek in artikel 42 Sw. ook de verbeurdverklaring mogelijk

maakt van de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, de goederen die in de plaats ervan zijn gesteld en de inkomsten uit de belegde voordelen (art. 42, 3° Sw.). Het is overduidelijk dat, nu die vermogensvoordelen uit om het even welk misdrijf mogen voortkomen, ze ook uit drugmisdrijven mogen afkomstig zijn (*Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 987/1, 11 en nr. 987/4, 3 en 6).

104 Zoals het te verwachten was zijn de rechters m.b.t. winsten uit de drughandel eerder geneigd artikel 42, 3° Sw. dan artikel 4, § 6 Drugwet toe te passen, nu de eerste wetsbepaling veel duidelijker is.

Sedert de wet van 19 december 2002 kan de stafrechter de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen slechts uitspreken voor zover zij door het Openbaar Ministerie schriftelijk wordt gevorderd.

105 Wat de effectieve begroting van de vermogensvoordelen betreft, lijken er maar bitter weinig voorschriften te zijn. De rechter beslist in feite of een vermogensvoordeel waarop de bijzondere verbeurdverklaring wordt toegepast, rechtstreeks uit een misdrijf werd verkregen en het staat aan hem om dit voordeel te ramen. In de regel ontsnapt die feitelijke beoordeling aan het toezicht van het Hof van Cassatie. Desalniettemin onderzoekt het Hof, met eerbiediging van de onaantastbare beoordeling door de feitenrechter, of de feiten die op onaantastbare wijze zijn vastgesteld het gevolg rechtvaardigen dat de rechter naar rechte eruit afleidt. Het Hof heeft aldus een arrest vernietigd dat voorafgaand aan de feitelijke raming van het vermogensvoordeel had geoordeeld dat het vermogensvoordeel dat uit de verkoop van verdovende middelen is verkregen niet gelijk staat aan het bedrag van de inkomsten eruit, maar dat de winst overeenkomt met het verschil tussen de kostprijs van de goederen en de verkoopprijs ervan. Door als grondbeginsel van hun raming de regel te stellen dat alleen het nettobedrag van de verkoop, na aftrek van de aankoopprijs, in aanmerking kon worden genomen, hadden de rechters het wetsbegrip vermogensvoordelen in de zin van artikel 42, 3° Sw. miskend (Cass. 27 februari 2006, *Pas.* 2006, nr. 441, concl. Adv.-Gen. VANDERMEERSCH, *NC* 2008, 58, noot J. ROZIE en *T.Strafr.* 2007, 41, noot J. VAN GAEVER).

Later heeft Hof ook een cassatiemiddel verworpen dat aan het bestreden arrest verweet de conclusies m.b.t. de berekening van het bedrag van de verbeurd te verklaren vermogensvoordelen niet te hebben beantwoord in een procedure waarin de feitenrechters hadden geoordeeld dat van de begrote vermogensvoordelen de kosten die verbonden zijn aan de realisatie van de misdrijven, niet moeten worden afgetrokken (Cass. 2 maart 2010, *NC* 2010, 130, noot J. ROZIE). Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt niet altijd gevolgd door de feitenrechters die soms enkel de effectief door de veroordeelde genoten winst verbeurdverklaren (Corr. Brussel 25 mei 2005, *T.Strafr.* 2006, 147, noot D. LIBOTTE; Corr. Leuven 3 januari 2006, *T.Strafr.* 2006, 148; zie voorts J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, nrs. 169-170).

Wanneer de vermogensvoordelen niet kunnen worden gevonden, raamt de rechter de geldwaarde ervan en heeft de verbeurdverklaring betrekking op een daarmee overeenstemmend bedrag (art. 43*bis* Sw.). Het Hof van Cassatie heeft beslist dat artikel 43*bis* Sw. aan de feitenrechter niet de mogelijkheid ontneemt om, bij ontstentenis van nauwkeurige gegevens, dat bedrag *ex aequo et bono* te ramen (Cass. 14 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 555, 1108, *Pas.* 1994, I, 1098 en *R.Cass.* 1995, 99, noot P. VAN CAENEGEM). Artikel 195 Sv. noch enige andere wetsbepaling verhinderen dat de rechter het uit een misdrijf verkregen vermogensvoordeel in billijkheid begroot. Hij kan daartoe steunen op de gegevens van het strafdossier die hij onaantastbaar beoordeelt (Cass. 2 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 141 en *NC* 2010, 130, noot J. ROZIE).

106 Een van de meest nijpende problemen van de verbeurdverklaring m.b.t. zaken die geen eigendom van de veroordeelde zijn is de vrijwaring van de rechten van derden.

Eens dat de feitenrechters de verbeurdverklaring hebben bevolen, kan de beklaagde zich niet met succes nog in cassatie voorzien omdat het voertuig, waarvan de verbeurdverklaring werd bevolen, toebehoort aan zijn moeder die helemaal niet wist dat haar voertuig had gediend om de ten laste gelegde feiten te plegen. Het Hof van Cassatie kan immers niet oordelen over de gepastheid van een door de feitenrechters bevolen verbeurdverklaring (Cass. 27 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 276).

Er zou kunnen worden verwacht dat deze derde mee gedagvaard wordt om hem de kans te bieden zich te laten horen. Vaak gebeurt zulks niet (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 57; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 171).

De procedure van artikel 5*ter* V.T.Sv. op grond waarvan de door de verbeurdverklaring bedreigde derden op de hoogte worden gehouden van de rechtsdag voor het gerecht dat zal vonnissen over de grond van de zaak, was oorspronkelijk niet bestemd voor de verbeurdverklaring van artikel 4, § 6 van de basiswet. Het artikel 5*ter* V.T.Sv. liet er geen twijfel over bestaan aangezien het verwees naar de vermogensvoordelen bedoeld in de artikelen 42, 3°, 43*bis* en 43*quater* Sw. of de zaken bedoeld in artikel 505 Sw. (J. ROZIE, "Over de beperkte actieradius van het KB van 9 augustus 1991" (noot onder Antwerpen 20 juli 2004), *T.Strafr.* 2005, 56). De wet van 10 augustus 2005 heeft evenwel het toepassingsgebied van artikel 5*ter* V.T.Sv. uitgebreid tot de zaken bedoeld in artikel 42, 1° Sw., wat dus ook gevolgen heeft voor de eventueel te verbeurdverklaarde zaken bedoeld in artikel 4, § 6 van de basiswet.

De derde die weet heeft van een eventuele verbeurdverklaring van zijn zaken zou nochtans in het proces vrijwillig kunnen tussenkomen (A. DE NAUW, *Tussenkomst van derden voor de strafrechter* in *APR*, nr. 32). De tussenkomst van de eigenaars van een in beslag genomen voertuig, zij het voor het eerst in

hoger beroep, om de vrijgave van hun wagen te vragen, is ontvankelijk (Gent 25 mei 2004, *T.Strafr.* 2005, 474, noot J. ROZIE).

Anderzijds kan de derde verzet of hoger beroep aantekenen omdat hij door de rechterlijke beslissing die de verbeurdverklaring oplegt partij is geworden (Antwerpen 17 februari 1984, *Pas.* 1984, II, 118; Antwerpen 29 november 1996, *AJT* 1996-97, 338, noot L. ARNOU).

Dit is niet alleen het geval m.b.t. een verbeurdverklaring uitgesproken op grond van artikel 4, § 6 Drugwet, doch ook m.b.t. de verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen die uit de drughandel zijn verkregen. De omstandigheid dat in toepassing van artikel 43*bis* Sw. een bijzondere procedure vastgelegd werd in het koninklijk besluit van 9 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklaarde zaak, ontneemt aan die derden niet het recht tussen te komen omdat een veroordeling tegen hen werd uitgesproken (Cass. 31 juli 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 352, 711, *RW* 1995-96, 1370, noot A. DE NAUW, *R.Cass.* 1996, 138, noot P. VAN CAENEGEM, *JLMB* 1996, 578, noot P. MONVILLE en O. KLEES en *JT* 1996, 223).

Wanneer derden, die zich op een eigendomsrecht beroepen, niet in het strafgeding zijn tussengekomen, kunnen zij nadat de veroordeling waarbij de verbeurdverklaring werd uitgesproken in kracht van gewijsde is gegaan de bijzondere rechtsingang van het KB van 9 augustus 1991 volgen om te vermijden dat een maatregel van tenuitvoerlegging zou genomen worden op de verbeurdverklaarde zaken. Het rechtsmiddel van het KB van 9 augustus 1991 houdt echter slechts verband met beslissingen tot verbeurdverklaring gewezen overeenkomstig artikel 43*bis* Sw. Dus heeft het alleen betrekking op de verbeurdverklaring van de zaken bedoeld in artikel 42, 3° Sw. en niet op de klassieke verbeurdverklaring van artikel 42, 1° en 2° Sw. of de verbeurdverklaring omschreven in een bijzondere wet, zoals te dezen artikel 4, § 6 Drugwet (A. DE NAUW, "De voordeelsontneming van zaken van derden" (noot onder Cass. 31 juli 1995), *RW* 1995-96, 1370). Voor die laatste vormen van verbeurdverklaring kunnen de derden hun rechten laten gelden voor de burgerlijke rechtbank (A. DE GEEST, *Verbeurdverklaring* in *APR*, nr. 160; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 1339; J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, nr. 246). Tijdens de parlementaire bespreking van de wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken heeft de minister van Justitie benadrukt dat het de bedoeling was om de reikwijdte van het KB van 9 augustus 1991 uit te breiden tot het nieuw artikel 43*quater* Sw. en naar het misdrijf van witwassen (*Parl.St.* Senaat 2002-03, nr; 1197/3, 28). Men zou zich kunnen afvragen of het toepassingsgebied van dit KB niet alle vormen van verbeurdverklaring zonder onderscheid zou mogen bestrijken. Bepaalde rechtspraak (Antwerpen 20 juli 2004, *T.Strafr.* 2005, 56, noot J. ROZIE en *NJW* 2005, 25) en rechtsleer (E. FRANCIS, "De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen: forum shop-

ping" (noot onder Corr. Antwerpen 28 april 2006), *T.Strafr.* 2007, 125) meent dat thans reeds het KB van 9 augustus 1991 betrekking heeft op alle zaken die verbeurdverklaard worden ongeacht de rechtsgrond van de verbeurdverklaring omdat een andere interpretatie strijdig zou zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Er werd beslist dat wanneer geen enkele aandacht werd besteed aan het in eerste aanleg neergelegd verzoekschrift waarin de vrijgave werd gevraagd van een in beslag genomen voertuig en de betrokkene eveneens in hoger beroep niet werd opgeroepen, hem hierdoor de gelegenheid werd ontnomen om voor de strafrechter een vordering in te stellen en zijn verdediging voor te dragen als belanghebbende bij een verbeurdverklaring van een in beslag genomen voertuig of als vrijwillig tussenkomende partij. De betrokkene kan in deze omstandigheden aanspraak maken op schadevergoeding (Brussel 18 maart 2002, *RW* 2005-06, 150, noot).

De procedure van derdenverzet van artikel 1122 Ger.W. is in dezen niet van toepassing, omdat dit rechtsmiddel slechts openstaat tegen beslissingen gewezen door een strafgerecht, in zoverre dit over burgerlijke belangen uitspraak heeft gedaan. Nu vaststaat dat de verbeurdverklaring een bijkomende straf is, kan er geen sprake zijn van derdenverzet in de zin van artikel 1122 Ger.W.

In bepaalde gevallen tonen de rechters zich in dit verband soepel en wordt het als derdenverzet gekwalificeerd rechtsmiddel ambtshalve omgezet in een gewoon verzet (Corr. Antwerpen 28 april 2006, *T.Strafr.* 2007, 125, noot E. FRANCIS).

107 Ten slotte moet sedert de wet van 19 december 2002 rekening worden gehouden met artikel 43*quater* Sw., waardoor enerzijds niet alleen de vermogensvoordelen voortspruitend uit het misdrijf waarvoor de betrokkene wordt veroordeeld, maar ook deze die voortvloeien uit identieke misdrijven worden verbeurd verklaard, en anderzijds het Openbaar Ministerie met betrekking tot de herkomst van deze vermogensvoordelen kan volstaan met het bewijs dat er ernstige en concrete aanwijzingen zijn dat deze voordelen voortkomen uit dat misdrijf of uit identieke feiten, waarna de veroordeelde het tegendeel geloofwaardig moet maken (F. DERUYCK, "De Wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken" in *Strafrecht van nu en straks*, 89-110).

Die uitgebreide vorm van verbeurdverklaring kan slechts worden bevolen indien de persoon schuldig wordt bevonden aan welbepaalde misdrijven.

De eerste categorie van deze misdrijven, opgesomd in § 1, a van artikel 43*quater* Sw. betreft artikel 2*bis*, § 1 van de basiswet, in zoverre de feiten betrekking hebben op de invoer, de uitvoer, de vervaardiging, de verkoop of het te koop

stellen van de in dat artikel bedoelde middelen en stoffen, of artikel 2*bis*, § 3, b of § 4, b.

De tweede categorie van de misdrijven, opgesomd in § 1, b van hetzelfde artikel betreft strafbare feiten gepleegd in het raam van een criminele organisatie zoals bepaald in artikel 324*bis* Sw., waaronder sedert de Programmawet van 27 december 2006 artikel 2*quater*, 4° van de basiswet.

Opmerkelijk hierbij is dat het begrip identieke feiten bij die twee categorieën van misdrijven niet dezelfde inhoud heeft.

M.b.t. de tweede categorie van misdrijven gaat het enkel om misdrijven met dezelfde omschrijving als het misdrijf dat het voorwerp uitmaakt van de veroordeling.

M.b.t. de eerste categorie van misdrijven gaat het ook om misdrijven met een aanverwante omschrijving als het misdrijf dat het voorwerp uitmaakt van de veroordeling (zie voorts G. STESSENS en P. TRAEST, "Meer mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken", *RW* 2003-04, 1041-1059).

Tijdens de parlementaire bespreking van de wet van 19 december 2002 werd ter verantwoording van deze nieuwe vorm van verbeurdverklaring uitdrukkelijk gewezen op het geval dat indien een persoon wordt veroordeeld voor een drugtransactie, waarvan de opbrengst wordt verbeurdverklaard, en het aannemelijk is dat andere bestanddelen van zijn vermogen voortvloeien uit identieke drugsfeiten, ook die vermogensbestanddelen kunnen worden verbeurdverklaard (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1601/1, 4). Verder gaf de wetgever ook als voorbeeld van een aanverwante omschrijving het geval van de verkoop van XTC en de smokkel van cannabis (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nrs. 1601/4, 2-3 en 1601/6, 22-23) (zie voorts J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, nr. 276).

HOOFDSTUK VIII
DE VERSCHONINGSGRONDEN VAN DE AANGIFTE

AFDELING I

WETSGESCHIEDENIS

108 Artikel 6, tweede, derde en vierde lid van de basiswet betreft drie gevallen van verschoning i.v.m. de aangifte aan de overheid van de identiteit van de daders van drugmisdrijven of van het bestaan van die misdrijven.

Die bepaling is het gevolg van een lange parlementaire voorgeschiedenis.

Het oorspronkelijk ontwerp van wet voorzag in de invoering van dergelijke gevallen om op het gebied van de verdovende middelen een doeltreffende politiek te kunnen voeren. Een volledig of gedeeltelijk ontslag van rechtsvervolging bij aangifte zou aan de ontworpen wetgeving volgens de wetgever een grotere doeltreffendheid kunnen verlenen. De wetgever riep in dit verband het hoger sociaal belang in dat gemoeid is met de strijd tegen de sluikhandel in verdovende middelen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 5).

De regering veranderde echter later haar zienswijze. Nadat zij een amendement had ingediend om verslaafden over te halen tot een geneeskundige behandeling, waardoor zij niet meer aan vervolgingen zouden blootgesteld worden, vond zij de verschoningsgronden van het voorgesteld artikel 6 overbodig en ongelegen (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 484, 4). In de commissievergaderingen van de Senaat argumenteerde zij nog dat het in het licht van de huidige benadering van de ethische vraagstukken beter was de straffen voor degenen die zich aan een ontwenningskuur onderwerpen, te verlichten of zelfs af te schaffen. Doch de commissieleden vonden enerzijds dat de verklikking een zeer goed wapen is in de strijd tegen de drugplaag en het de voorkeur verdient in de wet zelf een strafvermindering voor de verklikkers te bepalen. Anderzijds waren zij van oordeel dat de verschoningsgrond niet verhindert dat ook wettelijke voorzieningen worden getroffen die bedoeld zijn voor de druggebruikers, terwijl de verschoning de drughandelaars betreft (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 10).

Nadat de voltallige Senaat het oorspronkelijk ontwerp van wet op dat punt had goedgekeurd, was er in de commissievergaderingen van de Kamer slechts een kamerlid die zich afvroeg of met dit systeem van verklikking geen gevaarlijke weg wordt opgegaan en of dergelijk systeem wel doeltreffend is. Doch verder werd aangenomen dat de voorgestelde bepalingen een goed wapen kunnen zijn in de strijd tegen de internationaal zeer sterk uitgebouwde organisaties van sluikhandel in verdovende middelen (*Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 6-7). De verschoningsgronden werden belangrijk geacht voor het op-

rollen van de verkoopsnetten. Het verschaffen van aanwijzingen of inlichtingen die het mogelijk zouden maken dat de gerechtelijke autoriteiten ergere misdrijven zouden kunnen bestraffen moest worden beloond met een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van straf (*Hand.* Kamer 1974-75, 3592 en 3593).

AFDELING II

VERSCHIL MET ANDERE GEVALLEN VAN AANGIFTE

109 De wetgever heeft tijdens de voorbereiding van de wet erop gewezen dat de beloning van de aangifte geen nieuwigheid is en dat men in het Strafwetboek talrijke voorbeelden ziet waar de wetgever aan de aangifte gevolgen heeft vastgeknoopt omdat hij hoopt aldus bepaalde misdrijven te beletten (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 5-6).

Vergeleken met de andere gronden van verschoning wegens aangifte (H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nr. 24) zijn de bepalingen van artikel 6 echter in enkele opzichten verschillend:

(a) de artikelen 136, 192 en 326 Sw. vereisen dat de aangifte geschiedt voordat de misdrijven, die de wetgever wou verhinderen, gepleegd werden. De preventieve waarde van de verschoning is niet meer aanwezig wanneer het misdrijf, dat de wetgever tijdig wenst op te sporen, reeds gepleegd werd.

Daarentegen slaan de gronden van verschoning van artikel 6 op voltrokken misdrijven (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-112, i.h.b. nr. 73; M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 502).

(b) in de gevallen omschreven in de artikelen 136, 192 en 326 Sw. dient de aangifte te gebeuren vóór elke vervolging om dienend te zijn. Wanneer inderdaad reeds een vervolging ingesteld werd, vervalt de *ratio legis* die ten grondslag ligt aan de verschoning.

Dit geldt eveneens voor de onthulling bepaald bij de leden 2 en 3 van artikel 6. Daarentegen bepaalt artikel 6, vierde lid, een grond van verschoning in geval van aangifte na het begin van de vervolgingen.

(c) de onthulling gedaan voor de vervolging bepaald in de leden 2 en 3 van artikel 6 hoeft geen betrekking te hebben op de identiteit van de dader. Indien de daders niet gekend zijn, moet ze slechts slaan op het bestaan van misdrijven.

Daarentegen is het volgens de traditionele verschoningsgronden gebaseerd op de onthulling bepaald in het Strafwetboek onvoldoende het bestaan van misdrijven kenbaar te maken. Dit is ook het geval met de aangifte na het begin van de vervolgingen omschreven in artikel 6, vierde lid. In dat geval geldt de verschoningsgrond slechts voor zover de aangever de identiteit van de onbekend gebleven daders aan de overheid heeft onthuld.

(d) de gronden van verschoning bepaald in de artikelen 136, 192, 300, 304 en 326 Sw. sluiten elke straf uit.

De gevolgen van de onthulling bepaald in artikel 6 zijn niet altijd de vrijstelling van elke straf (A. De Nauw, "De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 862-871, i.h.b. 867-868).

AFDELING III

DOEL VAN DE WETGEVER

110 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het doel van de wetgever is een doeltreffend middel te vinden om de daders, die behoren tot georganiseerde verenigingen, te ontdekken. De aangifte kan des te meer adequaat zijn dat de schuldigen in het diepst geheim ageren (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 5).

Wegens die bedoeling werd het voordeel van de verschoning dan ook geweigerd aan een beklaagde die de identiteit opgegeven had van een man die, volgens zijn zeggen, een tussenpersoon zou zijn geweest, omdat het onderzoek, dat op grond van zijn inlichtingen gevoerd werd, de openbare overheid niet in staat had gesteld vervolgingen in te stellen aangezien de aangeduide persoon de feiten ontkende en geen verdere bewijzen voorgelegd werden. Daarentegen kwam de verschoning toe aan de beklaagde die bij zijn verhoor de identiteit bekendmaakte van een ander persoon, met daarbij een reeks persoonlijke gegevens die van dien aard waren dat deze tot dan toe onbekende dader werd geïdentificeerd, zodat hij vervolgd kon worden (Cass. 7 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 786, *Pas.* 1978, I, 765 en *RW* 1978-79, 862; Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875).

Er is geen aanleiding artikel 6 toe te passen wanneer de beklaagde enkel zeer vage inlichtingen verstrekt, die geen identificatie of vervolgingen mogelijk maken (Cass. 8 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 14, 27 en *Pas.* 1988, I, 25; Corr. Gent 20 juni 1997, *TGR* 1997, 246). Dit is onder meer het geval wanneer de beklaagde vaag en algemeen is gebleven betreffende de personen die in het buitenland betrokken zijn bij de drugtrafiek, de identiteit van de begeleiders op de vluchten naar België en de volgens hem betrokken personen in het land van bestemming van de drugs (Brussel 14 oktober 2008, *T.Strafr.* 2009, 318, noot).

111 Het is niet volledig juist te beweren dat de wetgever door middel van de aangifte ergere misdrijven op dit gebied heeft willen beteugelen en verkoopsnetten heeft willen oprollen (Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875).

Met W. BROSENS kan weliswaar worden vastgesteld dat de wetgever zulke onthullingen wilde uitlokken (*Hand.* Kamer 1974-75, 3593), maar dat de wettekst het voordeel van de verschoning niet voorbehoudt aan de persoon die drugs op onwettige wijze bezit en die drughandelaars aangeeft. De wet vereist dus niet dat de aangifte een opklimming in de drugspiramide inhoudt (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 54). De aangegeven persoon zou ook iemand kunnen zijn die in groep drugs mede gebruikt. Het zou zelfs kunnen gaan om een verklikking van een afnemer door een handelaar in drugs (W. BROSENS, "De drugs en de wet", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 75).

Artikel 6 van de basiswet bevat geen aanduiding wat het verband betreft tussen de feiten gepleegd door de aangever en de aangegeven feiten. Het aanvaarden van een grond van verschoning in gevallen waar dit verband ontbreekt, lijkt evenwel niet aangewezen (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nrs. 18 en 19).

112 Aangezien de bedoeling is dankzij de aangifte vervolgingen mogelijk te maken moet de strafbaarheid van de aangegeven persoon bewezen zijn. Het is niet voldoende dat de aangever vermoedt dat de aangegeven persoon een misdrijf heeft gepleegd. De aangever moet op voldoende wijze het bewijs van zijn bewering leveren. Anders zou de verschoning een aanmoediging betekenen voor verzonnen aangiften om aan vervolgingen te ontsnappen (A. DE NAUW, "De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 862-871, i.h.b.870).

De vraag rijst echter of de aangegeven persoon ook moet worden veroordeeld (B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 69).

Het Hof van Cassatie heeft m.b.t. de verschoningsgrond van de aangifte omschreven in artikel 300 Sw. geoordeeld dat de onthuller ook dan verschoond moet worden als de door hem aangegeven persoon voor de aangifte overleden is (Cass. 13 maart 1877, *Pas.* 1877, I, 156). In dit geval is een veroordeling niet meer haalbaar. Doch men kan zich eveneens afvragen wat er gebeurt wanneer het Openbaar Ministerie de mogelijkheid heeft om de aangegeven persoon te vervolgen, maar seponeert. Volstaat de mogelijkheid van een vervolging? (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 31). Wat gebeurt er indien de aangegeven persoon voortvluchtig is en het parket geen vervolgingen bij verstek wil instellen? (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 178). Op dergelijke vragen heeft de rechtspraak nog geen antwoord gegeven. Nochtans lijkt in het licht van het doel van de wetgever en van

de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die de nadruk legt op de mogelijkheid voor de overheid vervolgingen in te stellen (zie boven nr. 110), de veroordeling van de aangegeven persoon geen voorwaarde te zijn voor de verschoning van de onthuller.

Ook rijst er de vraag welke de gevolgen zijn van een vrijspraak van de aangegeven persoon op het reeds toegekend voordeel van de verschoning (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b.55). In de regel kan op de beslissing van een vonnisgerecht dat de strafuitsluitende of strafverminderende verschoning aanhoudt niet teruggekomen worden. Anders ligt het met een beslissing van een onderzoeksgerecht. In geval van een buitenvervolgingstelling gewezen op grond van een strafuitsluitende verschoning, kan de vrijspraak van de aangegeven persoon aangemerkt worden als een nieuw bezwaar van aard het onderzoek te doen heropenen (C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 899; zie verder, nr. 141). Doch op de strafverminderende verschoningsgrond die het onderzoeksgerecht aanneemt om een misdaad om te zetten in een wanbedrijf kan ook niet teruggekomen worden wegens het voorschrift van artikel 3, eerste lid Wet Verzachtende Omstandigheden.

Niet zelden komt het in de praktijk voor dat vervolgde personen de identiteit bekend maken van mededaders, die in het buitenland aanverwante strafbare activiteiten ontplooien. De vraag naar de toepasselijkheid van artikel 6 van de basiswet wordt in dergelijke gevallen sterk bemoeilijkt door de feitelijk beperkte controle van de oprechtheid van deze aangifte en de daaruit voortvloeiende onzekerheid in verband met de mogelijke vervolging van de aangegeven mededaders (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 35).

113 De persoonlijke motieven die de aangever zou hebben gehad bij onthulling spelen geen rol.

De rechter kan bijgevolg het voordeel van de verschoning niet ontzeggen om de enkele reden dat de aangever zich eerder wilde wreken op een ander dan de overheid helpen (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 40; M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 505).

Wel is het vereist dat de aangifte voldoet aan de verdere voorwaarden. Ze moest o.a. oprecht en volledig zijn (A. DE NAUW, "De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 864-871, i.h.b. 871).

114 Uit de bestaansreden van de verschoning vloeit ten slotte voort dat deze grond een persoonlijk karakter heeft (M. PREUMONT, "Un exemple de politi-

que criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 507). De verschoning is niet alleen een premie voor de aangifte, maar streeft ernaar een breuk te doen ontstaan onder de daders en de minst schuldigen ertoe te bewegen zich van de anderen af te scheiden, door terug te keren tot een houding die niet meer anti-sociaal is (H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nr. 24).

De verschoningsgrond komt slechts ten goede van de aangever (B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 68). De mededader van de aangever, die zelf geen feiten aan de overheid kenbaar maakt, geniet geen verschoning (A. DE NAUW, "De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 864-871, i.h.b. 871).

AFDELING IV

JURIDISCHE AARD VAN DE AANGIFTE

115 Er is geen twijfel over het feit dat de gevallen van aangifte omschreven in artikel 6 verschoningsgronden zijn. Dit blijkt reeds uit de parlementaire voorbereiding die de strafuitsluiting en de strafvermindering als verschoningsgronden voorstellen. De tekst van de wet zegt het niet met zoveel woorden, doch beslist dat de straffen verminderd worden in de bij artikel 414 Sw. bepaalde mate, d.i. op de wijze die geldt voor de verschoningsgrond van de uitlokking (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 7; R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b., 72; zie voorts L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 875).

Aangezien het om een grond van verschoning gaat, gelden de terzake toepasselijke regels i.v.m. het bewijs. Wanneer de beklaagde een grond van verschoning aanvoert en zijn bewering enig geloofwaardig gegeven bevat, moet het Openbaar Ministerie de onjuistheid ervan bewijzen. Doch de rechter miskent geenszins de regels van het bewijs in strafzaken wanneer hij vaststelt dat de bewering van de beklaagde niet geloofwaardig is (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nrs. 13 en 14).

116 Een verschoningsgrond doet het misdrijf niet verdwijnen. Een grond van verschoning betekent alleen dat een mindere straf opgelegd wordt, ofwel dat wordt afgezien van de bestraffing (W. BROSENS, "De drugs en de wet", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 81).

Bijgevolg kan zelfs bij een strafuitsluitende verschoning de onthuller hetzij geïnterneerd worden hetzij het voorwerp zijn van een maatregel gelast door de jeugdrechter (M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 510; zie voorts L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 510; C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 900).

117 Uit het feit dat de aangifte een verschoningsgrond is, vloeit ook voort dat de rechter verplicht is ermee rekening te houden (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 509).

De rechter is verplicht het bestaan van de grond van verschoning vast te stellen en de eraan door de wet verbonden gevolgen toe te kennen. Hij heeft desaangaande geen vrije beoordelingsbevoegdheid. Hij kan bv. niet blijven stilstaan bij de overweging dat de aangever zich enkel wilde wreken en niet de bedoeling had de overheid te helpen (W. BROSENS, "De drugs en de wet", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 74; W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 40; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 179; B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 68; M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 507).

Met R. DECLERCQ moet evenwel worden opgemerkt dat het verplicht karakter van de verschoning aan de rechter elke beoordelingsmacht niet ontneemt. De rechter moet de vervulling van de voorwaarden voor de verschoning appreciëren. Hij wordt niet herleid tot een passief toeschouwer. Maar wanneer hij de voorwaarden ervan vaststelt, werkt de verschoningsgrond onafwendbaar ten gunste van de aangever (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 55).

AFDELING V

VOORWAARDEN

§ 1. Algemene voorwaarden

118 Algemeen gezien, moeten drie voorwaarden vervuld zijn om de verschoningsgronden omschreven in artikel 6, tweede, derde en vierde lid van de basiswet toe te passen:
- de aangifte moet onthullend zijn;
- ze moet aan de overheid worden gedaan;

– ze dient oprecht en volledig te zijn (Cass. 8 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 690, *Pas.* 1984, I, 637 en *RDPC* 1984, 598).

A. ONTHULLING

119 De aangifte is slechts dan een grond van verschoning als zij een onthulling is. Artikel 6 is desbetreffend overduidelijk. Het bevat in tegenstelling met andere wetsbepalingen, die verschoningsgronden invoeren, niet de woorden "doen kennen" of "kenbaar maken", maar wel "onthuld".

Een inlichting bevestigen waarover de overheid reeds beschikt is geen onthulling (M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 503). Het moet derhalve gaan om inlichtingen die nog niet aan de overheid bekend waren hetzij ten gevolge van eigen opsporingen, hetzij uit vorige aangiften (Cass. 7 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 786, *Pas.* 1978, I, 765 en *RW* 1978-79, 862; Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875 en 25 maart 1982, *RW* 1982-83, 2145, noot A. VANDEPLAS; Brussel 13 maart 1978, *RW* 1978-79, 870). Wanneer de beklaagde wijst op een drugdealer die voordien reeds gesignaleerd werd door andere politiediensten en die ook aan de overheid werd genoemd door een derde persoon, doen noch de omstandigheid dat deze derde zijn verklaringen later heeft ingetrokken, noch het feit dat het onderzoek ten laste van de drugdealer na de verklaring van beklaagde met succes werd afgerond, afbreuk aan de vaststelling dat er geen sprake meer kon zijn van onthulling op het ogenblik van de mededeling van de beklaagde (Cass. 26 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 200, 415 en *Pas.* 1994, I, 408). Daarentegen is er wel sprake van onthulling wanneer de beklaagde elementen aanbrengt die de autoriteiten nog niet kenden, zoals de volledige identiteit van de vreemde geldschieters en de plaatsen voor afspraken in het buitenland (Corr. Luik 13 december 1989, *JLMB* 1991, 247, noot M. NÈVE).

120 Of een verschoning onthullend is, hangt dus niet uitsluitend af van de bedoeling of de verwachting van de aangever. Een beklaagde kan niet het voordeel van artikel 6 inroepen wanneer enerzijds twee andere beklaagden voor hem reeds voldoende inlichtingen hadden verstrekt om de gerechtelijke autoriteiten op de hoogte te brengen dat sinds verscheidene maanden reizen naar Libanon werden georganiseerd om aldaar hasj te kopen en anderzijds alle feiten die de beklaagde beweert te hebben onthuld reeds vroeger door een medebeklaagde aan de overheid werden aangegeven (Cass. 20 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1084, *Pas.* 1977, I, 1070 en *RW* 1978-79, 895).

Meerdere beklaagden kunnen het voordeel van de verschoning niet genieten wanneer ze dezelfde gegevens of elkaar aangeven. Nochtans is het niet uitgesloten dat meer dan één beklaagde in dezelfde zaak verschoning geniet wanneer elke aangifte inlichtingen aan de overheid onthult die ze nog niet kende door de vorige aangiften of dankzij eigen opsporingen (W. BROSENS, "De drugs en de wet", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 76).

121 De vraag rijst of de onthulling slechts dan een verschonend gevolg heeft wanneer ze spontaan is of dan wel een bekentenis ingevolge een verhoor ook in aanmerking komt.

De onthulling is aan geen enkele vormvereiste gebonden (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 42). Het is voldoende dat de aangever op de een of andere manier, mondeling of schriftelijk, rechtstreeks of door bemiddeling, zijn onthulling aan de overheid gedaan heeft. De onthulling moet niet noodzakelijk spontaan zijn. Al is ze een antwoord op vragen gesteld door politie, toch maakt ze een verschoningsgrond uit, voor zover ze oprecht en volledig is (A. DE NAUW, "De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 862-871, i.h.b. 871).

Beklaagden die geen gewag maakten van een andere beklaagde noch van het te zijnen laste gelegde misdrijf, ofschoon naderhand gebleken is dat ze hem reeds geruime tijd kenden en wisten dat de levering van verdovende middelen van hem afkomstig was, kunnen niet aanvoeren dat bij een verder en meer nauwkeurig verhoor, toen daarover precieze vragen werden gesteld, ook niet over de identiteit van deze andere beklaagde zou zijn gesproken (Cass. 7 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 786, *Pas.* 1978, I, 765 en *RW* 1978-79, 862).

Eveneens is de bewering van de beklaagde dat hij zich tijdens een eerste verhoor de rol van een medebeklaagde niet kon herinneren, niet afdoende, al had hij het hierover bij een tweede verhoor ietwat later (Antwerpen 25 maart 1982, *RW* 1982-83, 2145, noot A. VANDEPLAS).

Uit die rechtspraak kan wellicht worden afgeleid dat de elementen die niet aan bod kwamen tijdens de verhoren, spontaan dienen te worden aangegeven.

B. AAN DE OVERHEID

122 De aangifte moet bij de overheid geschieden.

Onder het begrip "overheid", wordt zowel de administratieve als de gerechtelijke overheid bedoeld. De aangifte is zelfs geldig als zij aan de lagere overheid of aan een onbevoegde overheid wordt gedaan. Wat de wet eist, is dat de aangever de bedoeling heeft gehad de daders van het misdrijf te doen vervolgen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 12).

De aangifte aan een private persoon, zoals een advocaat, komt niet in aanmerking (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 45).

123 De rechtspraak heeft onder overheid reeds aangenomen de Belgische diplomatieke vertegenwoordiger in het buitenland (Cass. 20 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1084, *Pas.* 1977, I, 1070 en *RW* 1978-79, 895).

Ook de vreemde overheid werd als dusdanig aangemerkt in een zaak waar de rechters vastgesteld hebben dat de onthulling plaatshad in een ander onderzoek en geleid heeft tot de vervolging van de lastgever van de beklaagde (Corr. Tongeren 16 mei 1991, *RDPC* 1991, 1018). Hierdoor werden waarschijnlijk ook vervolgingen op initiatief van de buitenlandse overheid bedoeld. Dergelijke verruiming van het begrip kan wellicht aanvaard worden in het licht van de bedoeling van de wetgever en de internationale context van de drughandel. Ze vereist nochtans de mogelijkheid het doen en laten van de vreemde overheid te controleren.

124 De aangifte kan rechtstreeks door de betrokkene gedaan worden. Ze kan eveneens door bemiddeling van een derde geschieden, maar de aangever die de onrechtstreekse weg verkiest, loopt dan wel het risico dat de derde zijn opdracht niet of laattijdig uitvoert, bv. nadat de overheid inmiddels reeds op een andere wijze werd ingelicht over de feiten die het voorwerp waren van de aangifte (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 44). In een dergelijk geval zal de aangever zich niet kunnen beroepen op het voordeel van de verschoning (A. DE NAUW, "De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 862-871, i.h.b. 871; M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 505).

C. OPRECHT EN VOLLEDIG

125 De aangever dient om de verschoning te kunnen aanvoeren alles kenbaar te maken wat hem zelf bekend is (M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 504).

De omstandigheid dat de sluikhandel in drugs veelal een bedrijvigheid van meerdere personen uitmaakt en/of dat deze activiteit zich daarenboven niet zelden uitstrekt over meerdere landen, brengt met zich mee dat niet elke betrokkene de identiteit van alle andere daders of het bestaan van alle misdrijven van de vereniging kent (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 27).

De verschoning zal niet aanvaard worden als de aangever vrijwillig nalaat bepaalde elementen aan te duiden of indien hij wetens de waarheid vervormt. Zo hij echter niets opzettelijk verzwijgt of vervormt, wordt niet vereist dat de aangever alles kenbaar maakt. Onvolledige, zelfs verkeerde gegevens verhinderen de verschoning niet, wanneer de aangever te goeder trouw handelde.

Ook het niet aangeven van bijkomstige elementen verhindert de verschoning niet, wanneer de essentiële elementen wel aangegeven worden (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 77; A. DE NAUW,

"De aangifte als verschoningsgrond" (noot onder Cass. 7 maart 1978), *RW* 1978-79, 862-871, i.h.b. 870).

Om met de verschoningsgrond zijn voordeel te kunnen doen moet de aangever oprecht zijn en binnen zijn eigen wetenschap omtrent de feiten, een volledige aangifte doen (Brussel 13 maart 1978, *RW* 1978-79, 870). Dus kan het voordeel van artikel 6 toegekend worden wanneer niet blijkt dat de beklaagde de identiteit van andere daders of andere misdrijven die hij kende, verzweeg (Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875). Daarentegen moet het worden geweigerd aan de beklaagden die in genen dele gewag maakten van een persoon, noch van het misdrijf dat aan deze laatste ten laste gelegd wordt, terwijl ze hem nochtans geruime tijd kenden en wisten dat de leveringen van hem afkomstig waren. In een dergelijk geval waren de onthullingen niet volledig ten aanzien van de wetenschap van de beklaagden omtrent identiteit en misdrijven (Cass. 7 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 786, *Pas.* 1978, I, 765 en *RW* 1978-79, 862; Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875).

Om dezelfde reden werd de toepassing van artikel 6 afgewezen in een geval waarin de beklaagde tot op zekere hoogte onthullend was geweest wat het eerste deel van zijn bekentenissen betreft, doch het tweede deel van zijn bekentenissen pas aflegde als gevolg van de inlichtingen die de politie inmiddels had gekregen van een andere persoon (Antwerpen 25 maart 1982, *RW* 1982-83, 2145, noot A. VANDEPLAS).

Het vereiste van de oprechtheid ontbrak in een andere procedure, waarin de beklaagde voortdurend wijzigingen in zijn verklaringen had aangebracht betreffende het aantal drugtransporten die hij uitgevoerd had en eerst beweerd had dat een bepaalde persoon een drugdealer was om later hierop terug te komen (Cass. 8 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 690, *Pas.* 1984, I, 637 en *RDPC* 1984, 598). Ook werd rekening gehouden in een procedure waarin een beklaagde die de rol van een medebeklaagde eerst had verzwegen, met het feit dat hij, na in vrijheid te zijn gelaten door de onderzoeksrechter, met deze medebeklaagde in contact was geweest en hem op de hoogte had gebracht. Deze handelwijze werd beschouwd als een misbruik van het vertrouwen dat de onderzoeksrechter in de beklaagde had gesteld (Antwerpen 25 maart 1982, *RW* 1982-83, 2145, noot A. VANDEPLAS). Deze uitspraak houdt dus rekening met gegevens die zich na de aangifte hebben voorgedaan.

Aan het vereiste van de algemene voorwaarde van oprechtheid en volledigheid van de onthulling wordt niet voldaan wanneer blijkt dat de beklaagden, die werden vervolgd wegens het vergemakkelijken van druggebruik in een dancing, bij aangifte van personen, die in hun instelling waren betrapt op het gebruik en/of de verhandeling van verdovende middelen, selectief waren tewerk gegaan en alzo voorwendden dat de door hun ten overstaan van de politionele en administratieve overheden vooropgestelde maatregelen ter uitzuivering van het door deze laatsten aangekaarte drugprobleem in hun inrich-

ting daadwerkelijk werden toegepast. In dergelijk geval vindt de in artikel 6 bedoelde verschoningsgrond dan ook geen toepassing (Antwerpen 7 februari 2001, *Vigiles* 2001, 192, noot F. VERSPEELT).

In andere zin werd nochtans de strafvermindering niet geweigerd wegens onoprechtheid, omdat de beklaagde slechts ter terechtzitting bekende dat hij verdovende middelen smokkelde, terwijl hij voordien had beweerd niet te hebben geweten dat de door hem vervoerde koffers en aktentas verdovende middelen bevatten. Die afwijkende beslissing overtuigt niet, omdat ze ervan uitgaat dat artikel 6 doelt op de onthulling van de identiteit van andere daders of van andere misdrijven indien de daders niet bekend zijn (Brussel 16 april 1997, *RW* 1997-98, 1506, noot W. MAHIEU). De wettekst heeft het echter niet over andere daders of andere misdrijven, maar wel over daders en misdrijven, zodat die beslissing aan de wettekst een begrip toevoegt (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling als grond van verschoning, *Comm.Straf.*, nr. 21).

De oprechtheidvereiste werd niet strijdig geacht met het zwijgrecht van de verdachte en het recht op bescherming tegen zelfincriminatie omdat de aangever zelf in alle vrijheid beslist of hij overgaat tot onthulling en omdat de mogelijkheid tot strafvermindering of strafuitsluiting hem niet dwingt tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 21). Nochtans zijn problemen niet uitgesloten wanneer er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen de straffen die de betrokkene kan oplopen naargelang hij al dan niet aangifte doet en de gevolgen van de aangifte niet duidelijk vaststaan (M.A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Brussel, Bruylant, 2002, 464-469).

126 Wanneer de onthulling nog op haar oprechtheid dient te worden getoetst en meer bepaald de aangewezen persoon formeel ontkent en aandringt op een confrontatie terwijl de andere genoemde personen zelfs nog dienen te worden verhoord, stellen de rechters vast dat de verklaringen van de beklaagde niet de nodige waarachtigheid opleveren (Cass. 8 december 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 779, 1405 en *Pas.* 1992, I, 1354).

De vraag rijst hierbij of in een dergelijk geval de zaak niet uitgesteld moest worden om de oprechtheid van de verklaringen van de aangever te controleren. De strafbaarheid van de aangegeven persoon moet zijn bewezen, doch het is niet vereist dat deze persoon veroordeeld wordt (zie boven nr. 112).

127 De rechtspraak vereist ook dat de beklaagde zijn eigen rol in verband met de drugmisdrijven bekendmaakt (Cass. 24 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 106; Brussel 15 maart 2006, *T.Strafr.* 2006, 268, noot J. VAN GAEVER).

Zoniet dan zijn zijn verklaringen noch oprecht noch volledig, wat het geval is wanneer de beklaagde de plaats waar hij de hem toevertrouwde drugs verborgen heeft en zijn reis met een medebeklaagde naar Marokko om zich drugs

aan te schaffen, zorgvuldig verzwijgt (Luik 13 november 1981, *Jur. Liège* 1982, 317). Het voordeel van artikel 6 werd ook geweigerd aan een beklaagde die geen aangifte van strafbare feiten van druggebruik of drughandel in feite deed, doch bij de politie bescherming was gaan zoeken toen ze door haar bijzit erg was toegetakeld en bij die gelegenheid toevallig gewag maakte van het inspuiten van palfium en de bedrieglijke oorsprong ervan. Daarbij had beklaagde haar eigen rol i.v.m. deze drugaangelegenheden en een transport uit Nederland volledig verzwegen (Antwerpen 8 mei 1985, *RW* 1985-86, 537). Door zijn eigen betrokkenheid volledig te verzwijgen en door slechts met mondjesmaat meestal waardeloze informatie door te spelen kan de beklaagde zich evenmin op artikel 6 beroepen (Corr. Gent 23 april 1997, *TGR* 1997, 246).

Doch het volstaat niet dat de aangever omtrent de feiten alleen zijn eigen aandeel kenbaar maakt, hij moet ook binnen zijn wetenschap omtrent de feiten aangifte doen van alle omstandigheden en daders van het misdrijf. De drugkoerier, die zich aanbiedt bij de politie met de mededeling dat hij drugs in zijn lichaam vervoert en vreest dat de verpakking van een bolletje drugs gescheurd is, onthult wel zijn eigen daderschap, maar niet het bestaan van de door artikel 6 van de basiswet bedoelde daders of misdrijven (Cass. 8 april 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 212).

§ 2. Bijzondere voorwaarden

A. STRAFUITSLUITENDE VERSCHONING

128 Artikel 6, tweede lid bepaalt dat van de correctionele straffen bepaald bij de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3, vrij blijven de schuldigen die, vóór de vervolging, aan de overheid de identiteit van de daders van de bij die artikelen omschreven misdrijven of, indien de daders niet bekend zijn, het bestaan van die misdrijven hebben onthuld.

Er zijn dus drie voorwaarden om de strafuitsluitende verschoningsgrond te genieten:
- de aangever mag slechts schuldig worden bevonden aan een misdrijf strafbaar met correctionele straffen;
- de aangifte moet gebeuren vóór de vervolging;
- de onthulling moet betrekking hebben op de identiteit van de daders of, indien de daders niet bekend zijn, het bestaan van de misdrijven.

1. Misdrijf strafbaar met correctionele straffen

129 De aangever mag zelf maar schuldig zijn aan feiten die door de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3 met correctionele straffen worden gestraft. Er mag dus tegen hem geen verzwarende omstandigheid voorhanden zijn. Hij mag dus bv. geen deel uitmaken van een vereniging van handel in drugs (W. Brosens, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 78).

De wetgever heeft bij de omschrijving van de gevolgen van de aangifte uitdrukkelijk gezegd rekening te willen houden met de ernst van de misdrijven die de aangever heeft gepleegd en slechts strafvermindering toegestaan wanneer de aangever schuldig is aan feiten strafbaar met criminele straffen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 12; M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 509).

Daarom moet ook het arrest van het Hof van Cassatie van 14 september 1982 (*Arr.Cass.* 1982-83, 68, *Pas.* 1983, I, 64 en *RDPC* 1983, 384) toegejuicht worden dat voor de gevolgen van de aangifte uitgaat van de *in abstracto* in de wettekst bepaalde straf. Er moet dus geen rekening worden gehouden met de correctionalisatie van de misdaad (zie ook R. VERSTRAETEN en B. SPRIET, "De drieledige indeling van de misdrijven als leidraad van het strafrecht: een verdachte eenvoud" in *Liber Amicorum Marc Châtel*, 467-496, i.h.b nr. 20). *In casu* ging het om een persoon vervolgd wegens onwettig bezit met de omstandigheden dat de misdrijven gepleegd werden t.a.v. een minderjarige boven de leeftijd van zestien jaar en ook t.o.v. een minderjarige die meer dan volle twaalf jaar en minder dan volle zestien jaar oud was, die na aanneming van verzachtende omstandigheden naar de correctionele rechtbank verwezen was. In cassatie stelde hij aanspraak te kunnen maken op de strafuitsluitende verschoningsgrond bepaald in artikel 6, tweede lid. Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat op de tegen beklaagde bewezen verklaarde misdrijven criminele straffen waren gesteld, zodat de strafuitsluitende verschoning bepaald in artikel 6, tweede lid, te dezen geen toepassing vindt. Bij aangifte voor de vervolging blijven alleen de schuldigen van de correctionele straffen bepaald bij artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3 vrij van straf.

Men moet dus bij de toepassing van artikel 6 steunen op de oorspronkelijke kwalificatie zonder rekening te houden met de correctionalisatieprocedure (*anders* Luik 11 mei 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 300).

2. Vóór enig begin van vervolging

130 De aangifte moet geschieden vóór enig begin van vervolging, d.i. alvorens de procureur des Konings de onderzoeksrechter heeft gevorderd een onderzoek in te stellen of wanneer geen onderzoek is gevorderd, alvorens de procureur des Konings de beklaagde voor het vonnisgerecht heeft gedagvaard (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 12).

Bijgevolg kunnen de rechters de beklaagde de bij artikel 6, derde lid bepaalde strafverminderende verschoningsgrond niet ontzeggen, door te oordelen dat de vervolging was ingesteld zodra de speurders aan de beklaagde hadden betekend dat zij, om voor de onderzoeksrechter te verschijnen, op beslissing van het parket van haar vrijheid was beroofd. Uit het feit alleen dat een verdachte op bevel van het parket van zijn vrijheid is beroofd en dat hij kennis heeft gekregen van het feit dat hij voor de onderzoeksrechter moet ver-

schijnen, volgt niet dat de strafvordering is ingesteld (Cass. 28 april 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 291, *RDPC* 2010, 1033, concl. Adv.-Gen. VANDERMEERSCH).

Wanneer de aangifte wordt gedaan na de vordering tot onderzoek, is ze geschied na het begin van vervolging (Corr. Brussel 19 oktober 1993, *RDPC* 1994, 926). De beklaagde die de identiteit onthult van de personen ten laste van wie de vordering tot onderzoek later dankzij zijn bekendmaking opgesteld kon worden, doet aangifte vóór het begin van vervolging (Luik 11 mei 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 300). Aan de voorwaarde van de kenbaarmaking vóór het begin van vervolging is ook voldaan wanneer de onthullingen die zijn geschied vóór het instellen van de strafvervolging worden vervolledigd bij een latere ondervraging, zelfs na de verschijning voor de onderzoeksrechter, terwijl de eerste verklaringen wegens omstandigheden en tijdsgebrek werden onderbroken (Brussel 16 april 1997, *RW* 1997-98, 1506, noot W. MAHIEU). Deze pragmatische benadering komt overeen met de letter, het doel en de geest van artikel 6 Drugwet. Dat geval dient ook onderscheiden te worden van gevallen waar de beklaagde tot op zekere hoogte een onthullende bekentenis heeft afgelegd in het eerste deel van zijn verklaringen, maar het tweede deel van zijn bekentenis pas aflegde als gevolg van inlichtingen die de politie inmiddels had gekregen van een ander (zie boven nr. 125).

De wijze waarop de stukken waren geklasseerd in het dossier werd door de rechtspraak in aanmerking genomen in een zaak waarin het verhoor met de aangifte en de vordering tot onderzoek dezelfde datum droegen en op de vordering geen uur van opstelling vermeld werd (Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875).

Deze zienswijze van de wetgever en deze rechtspraak zijn in overeenstemming met de traditionele interpretatie van het begrip "begin van vervolging" (M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 506).

M.b.t. het misdrijf van verberging van misdadigers heeft de rechtspraak als vervolging beschouwd elke daad van onderzoek door een gerechtelijke overheid, ongeacht of het een rechter of een magistraat van het Openbaar Ministerie is (Cass. 16 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1304, *Pas.* 1982, I, 1213, *RDPC* 1982, 914, concl. Adv.-Gen. LIEKENDAEL en *RW* 1982-83, 2671, noot A. VANDEPLAS). De vervolging vangt dus in de zin van artikel 339 Sw. aan zodra een persoon wordt opgespoord door een rechter of een parketmagistraat. Deze ruime interpretatie van het begrip vervolging is te begrijpen m.b.t. een typisch steundelict, zoals de verberging van misdadigers, waarmee de wetgever wilde beletten dat het gerecht bij het opsporingswerk zou worden gehinderd. Deze extensieve interpretatie kan echter niet overgenomen worden m.b.t. de aangifte. Ze zou niet alleen in strijd zijn met de wil van de wetgever, doch ook met de geest van de wet, want ze zou de tijdspanne waarbinnen een persoon

aangifte aan de overheid kan doen, zodanig beperken dat het doel van de verschoningsgrond zou worden miskend.

131 Soms zal de aangever niet weten of hij zijn aangifte vóór of na het begin van de vervolging doet. Het onderzoek is immers geheim.

Het is niet uitgesloten dat de aangever, die uit eigen beweging een onthulling doet, buiten zijn weten om wellicht te laat is om strafuitsluiting te genieten omdat een onderzoeksrechter m.b.t. de feiten reeds gevorderd is. In dat geval zal de aangever vruchteloos opwerpen dat de vervolging tegen hem nog niet ingesteld was omdat zijn naam niet vermeld wordt in de vordering tot onderzoek. Vanaf het tijdstip dat een gerechtelijk onderzoek wordt gevorderd, zijn de vervolgingen ingesteld, al zijn de verdachten niet met naam genoemd (Cass. 8 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 690, *Pas.* 1984, I, 637 en *RDPC* 1984, 598).

Wanneer een drugkoerier op heterdaad is betrapt en nog geen onderzoeksrechter ingeschakeld is, zijn er ook nog geen vervolgingen ingesteld. Deze situatie heeft als gevolg dat de periode voor het instellen van vervolgingen meestal overeenstemt met de periode van vierentwintig uur van de politionele vrijheidsberoving (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 176-177).

3. Identiteit van de daders of het bestaan van de misdrijven

132 De wet eist in de eerste plaats dat de aangifte de identiteit van de onbekend gebleven daders onthult. In ondergeschikte orde, indien de daders niet bekend zijn, kan de aangifte betrekking hebben op het bestaan van de misdrijven omschreven bij de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3.

De wetgever heeft in die tweede mogelijkheid uitdrukkelijk voorzien, omdat bij handel in drugs het vaak voorkomt dat de identiteit van de daders niet gekend is. Het bewaren van de anonimiteit is in de schoot van misdadige verenigingen een middel om ongestraft te blijven (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 12).

Met W. BROSENS kan worden gezegd dat het de taak van de strafrechter zal zijn om na te gaan of de bewering van de aangever dat hij de identiteit van de daders van het door hem onthuld feit niet kent waarachtig is of niet. Zo deze bewering leugenachtig is, is de enkele aangifte van het bestaan van misdrijven onvoldoende om het voordeel van de verschoning te genieten (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 77).

De rechtspraak heeft als aangifte aangemerkt de onthulling van gegevens die de overheid in staat stelt daders te identificeren. Te dezen had de verdachte niet de identiteit bekendgemaakt van personen, die hij ten andere niet kende,

maar elementen waarover de overheid niet beschikte. Op grond van die gegevens konden drie drugshandelaars vereenzelvigd worden (Corr. Brussel 16 april 1996, *RDPC* 1997, 235).

B. STRAFVERMINDERENDE VERSCHONINGEN

133 Er zijn twee gevallen waarin de aangifte een strafvermindering kan teweegbrengen.

Artikel 6, derde lid, bepaalt dat de bij de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3 gestelde criminele straffen verminderd worden in de bij artikel 414, tweede en derde lid Sw. bepaalde mate wanneer de schuldige vóór enig begin van vervolging aan de overheid de identiteit van de daders van bij die artikelen omschreven misdrijven of, indien de daders niet gekend zijn, het bestaan van die misdrijven heeft kenbaar gemaakt.

Er zijn dus drie voorwaarden vereist voor de toepassing van die strafverminderende verschoningsgrond:
- de aangever is schuldig aan een bij de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3 met criminele straffen strafbaar gesteld misdrijf;
- de aangifte geschiedt vóór enig begin van vervolging;
- de onthulling heeft betrekking op de identiteit van de daders van de bij de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3 omschreven misdrijven of, indien de daders niet gekend zijn, op het bestaan van die misdrijven.

De twee laatste voorwaarden zijn identiek aan het geval van de strafuitsluitende verschoningsgrond (zie hoger nrs. 130-132). Het enig verschil is dat de aangever zelf schuldig is aan een feit dat de wet als misdaad strafbaar stelt, wat het geval is wanneer een van de door de wet opgesomde verzwarende omstandigheden aan de zijde van de beklaagde aanwezig is, al wordt de misdaad gepleegd door de aangever gecorrectionaliseerd (zie boven nr. 129).

De wetgever is van oordeel geweest dat wegens de ernst van de door de aangever gepleegde misdrijven aan deze persoon enkel een strafvermindering kan worden toegestaan. De schuldige die aangeeft kan in dat geval gestraft worden met een gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaar en met een geldboete van 50 tot 200 EUR. (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 12).

134 Artikel 6, vierde lid, bepaalt dat de in de artikelen 2*bis*, 2*quater* en 3 omschreven correctionele straffen worden verminderd in de mate bepaald bij artikel 414, vierde lid Sw., ten aanzien van de schuldigen die na het begin van de vervolgingen de identiteit van onbekend gebleven daders aan de overheid kenbaar hebben gemaakt.

Er zijn eveneens drie voorwaarden vereist voor de toepassing van dit tweede geval van strafvermindering:

- de aangever is schuldig aan de in de artikelen *2bis*, *2quater* en 3 omschreven misdrijven strafbaar gesteld met correctionele straffen;
- de aangifte geschiedt na het begin van de vervolgingen;
- de onthulling moet betrekking hebben op de identiteit van de onbekend gebleven daders.

De eerste voorwaarde is identiek aan de eerste voorwaarde die vereist is voor de toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond. De aangever die schuldig is aan een bij de wet omschreven misdaad kan dus deze strafvermindering niet genieten, al werd zijn misdaad gecorrectionaliseerd (zie boven nr. 129). De beklaagde vervolgd wegens misdrijven bestraft met criminele straffen die na het begin van de vervolging de identiteit van onbekend gebleven daders aan de overheid heeft onthuld, kan de strafverminderende verschoningsgrond bepaald in artikel 6, vierde lid, niet aanvoeren, al werd hij na aanneming van verzachtende omstandigheden naar de correctionele rechtbank verwezen omdat deze verschoningsgrond alleen geldt voor daders van wanbedrijven.

De tweede voorwaarde is een versoepeling in vergelijking met de derde en vierde leden van artikel 6. Al vindt de aangifte tijdens de vervolging plaats, toch moet volgens de wetgever een verschoningsgrond ten gunste van de minder schuldigen bestaan omdat de verschoning een doeltreffend middel kan zijn om alle schuldigen in de drughandel te ontdekken. De aangifte kan dus hier effect hebben tot de berechting van de zaak (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 13).

De derde voorwaarde betekent dat in tegenstelling tot wat het geval is met de onthulling vóór het begin van de vervolging de aangifte noodzakelijkerwijze betrekking moet hebben op de identiteit van de onbekend gebleven daders. In de regel zal dus een vage persoonsbeschrijving van de dader niet dienstig zijn, tenzij zij determinerend was voor de latere identificatie en ontdekking van de daders (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 77).

In dat laatste geval kan de schuldige gestraft worden met een gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met een geldboete van 26 tot 100 EUR (art. 414, vierde lid Sw.).

AFDELING VI

VRAAGPUNTEN VAN MATERIEEL STRAFRECHT

135 Wanneer strafverminderende verschoningsgronden gecombineerd moeten worden met andere rechtsfiguren van materieel recht, rijst de vraag van de volgorde van al deze begrippen.

Eerst komen de vragen nopens de bestanddelen van het misdrijf en de verzwarende omstandigheden aan bod; vervolgens de strafbare poging en de strafbare deelneming.

Nadat de strafverminderende verschoningsgrond wordt toegepast komen normalerwijze de verzachtende omstandigheden aan de beurt.

Herhaling komt pas naderhand aan bod omdat ze meestal een facultatieve strafverzwaring teweegbrengt. In de gevallen waar zij een verplichte strafverzwaring voor gevolg heeft, moet ze behandeld worden als een verzwarende omstandigheid.

Ten slotte worden de regels van de samenloop toegepast (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 64-65; A. DE NAUW, *Algemeen strafrecht*, nr. 333; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nrs. 923-930).

136 De strafverminderende verschoningsgronden kunnen gecombineerd worden met verzachtende omstandigheden.

In de rechtspleging voor het hof van assisen is de volgorde wettelijk bepaald. De jury zal noodzakelijk de vraag nopens het bestaan van een verschoningsgrond beantwoorden (art. 325 Sv.) vooraleer het hof, samen met de jury, over de straftoemeting, en dus over het bestaan van verzachtende omstandigheden, zal beraadslagen.

Voor de andere vonnisgerechten is de logische volgorde dezelfde omdat verschoningsgronden wettelijk en verplicht zijn, terwijl verzachtende omstandigheden judicieel en facultatief zijn.

Het is echter verre van uitgesloten dat een andere volgorde wordt nageleefd doordat de beklaagde naar de correctionele rechtbank werd verwezen wegens een misdaad die het onderzoeksgerecht gecorrectionaliseerd heeft door aanneming van verzachtende omstandigheden. Het vonnisgerecht zou vervolgens de strafverminderende verschoningsgrond van de aangifte kunnen toepassen (zie Cass. 10 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 407, *Pas.* 1974, I, 382 en *RW* 1973-74, 1875, noot A. VANDEPLAS). Doch in een dergelijk geval kan de beklaagde slechts in de voorwaarden van artikel 6, derde lid, strafvermindering genieten. Zoals gezien wordt dan geen toepassing gemaakt van de strafuitsluitende verschoning van artikel 6, tweede lid, omdat er uitgegaan moet worden van de straf die de wet bepaalt zonder rekening te houden met de gevolgen van de correctionalisatie (zie boven nr. 129).

De volgorde in de aanneming van verzachtende omstandigheden en strafverminderende verschoningsgronden brengt uiteenlopende gevolgen teweeg op het vlak van de straftoemeting (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de

strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 65-66).

Wel is het niet mogelijk dat onderzoeksgerechten tegelijk strafverminderende verschoningsgronden en verzachtende omstandigheden aannemen.

Daarenboven is vereist dat de verzachtende omstandigheden in dergelijke gevallen elders gezocht worden dan in het feit van de aangifte (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 81; M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 511).

AFDELING VII

VRAAGPUNTEN VAN STRAFPROCESRECHT

137 De hoven en de rechtbanken moeten de verschoningsgronden bepaald in artikel 6 van ambtswege onderzoeken aangezien ze van openbare orde zijn (Antwerpen 2 december 1977, *RW* 1978-79, 875).

Wanneer de beklaagde een verschoningsgrond inroept en zijn bewering niet van alle geloofwaardigheid ontbloot is, dan moet het Openbaar Ministerie het niet bestaan ervan bewijzen (Cass. 29 februari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 588 en *Pas.* 1974, I, 564).

Deze regel doet niet af aan de onaantastbare beoordeling van de bewijselementen door de feitenrechter en belet dus niet dat de rechter oordeelt dat de bewering van de beklaagde niet geloofwaardig is (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 67).

138 Het eventueel bestaan van een grond van verschoning is geen beletsel om een gerechtelijk onderzoek te vorderen of om een opsporingsonderzoek te gelasten. De uitgevoerde opsporingen zullen trouwens ook ten dele tot doel hebben na te gaan of de toepassingsvoorwaarden van de gronden van verschoning voorhanden zijn (H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nr. 88; W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 80).

Dit is niet alleen duidelijk als het gaat om een strafverminderende verschoningsgrond (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 60). Ook bij het bestaan van een strafuitsluitende verschoningsgrond is er geen beletsel om een onderzoek te voeren, aangezien het misdrijf blijft bestaan (W.

MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 53; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 965).

139 De vraag rijst ook of de verdachte onder bevel tot aanhouding kan geplaatst worden, al bestaat er voor hem een grond van verschoning.

Bij een strafuitsluitende verschoning, zoals het geval van aangifte omschreven in artikel 6, eerste lid, is een bevel tot aanhouding niet mogelijk omdat het feit niet van aard is om een correctionele hoofdgevangenisstraf van één jaar of een zwaardere straf tot gevolg te hebben (art. 16, § 1, tweede lid Wet Voorlopige Hechtenis). Dat de verdachte een strafuitsluitende verschoning geniet kan soms duidelijk blijken vanaf de start van het onderzoek en dan is dus een aanhoudingsbevel wettelijk niet mogelijk. Soms zal dergelijke omstandigheid slechts duidelijk worden gedurende het verloop van het onderzoek. In dat geval moet de voorlopige hechtenis onmiddellijk beëindigd worden (H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nr. 89; zie ook M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 508).

Bij een strafverminderende verschoning, zal aan de vereiste van de strafdrempel van artikel 16, § 1, tweede lid Wet Voorlopige Hechtenis ook niet altijd voldaan zijn. In het geval van de verschoningsgrond omschreven in artikel 6, vierde lid, is immers de maximumstraf drie maanden gevangenisstraf (zie boven nr. 134). Daarentegen is in het geval omschreven in artikel 6, derde lid, de maximumstraf twee jaar gevangenisstraf (zie boven nr. 133) en is bijgevolg een aanhoudingsbevel nog wettelijk mogelijk.

Wel moet in dat laatste geval ermee rekening worden gehouden dat de strafvermindering soms tot gevolg kan hebben dat de voor het misdrijf geldende straf verminderd wordt beneden de drempelstraf van vijftien jaar opsluiting, die overeenkomstig artikel 16, § 1, derde lid Wet Voorlopige Hechtenis van belang is voor de motivering van het aanhoudingsbevel door de onderzoeksrechter en onderzoeksgerechten.

Natuurlijk kunnen de onderzoeksrechter en de onderzoeksgerechten ook rekening houden met het bestaan van een grond van verschoning om de gepastheid van hetzij de uitreiking hetzij de handhaving van een bevel tot aanhouding te beoordelen (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 60).

140 Men kan zich ook afvragen of de procureur des Konings rechtstreeks mag dagvaarden, terwijl blijkbaar een grond van verschoning ten voordele van de beklaagde bestaat.

M.b.t. strafuitsluitende verschoningsgronden wordt over het algemeen aangenomen dat er geen beletsel bestaat de beklaagde rechtstreeks te dagvaarden. Het doel van deze dagvaarding kan erin bestaan de schuld van de dader te doen bepalen. Doch meestal wordt van dagvaarding afgezien omdat er geen straf kan worden opgelegd (H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nrs. 83-87; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 966).

M.b.t. strafverminderende verschoningsgronden is er lang onenigheid geweest omtrent de vraag of de procureur des Konings de beklaagde die ervan verdacht wordt een misdaad te hebben gepleegd zonder gerechtelijk onderzoek rechtstreeks kan dagvaarden voor de correctionele rechtbank (M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 509) wanneer hij in de dagvaarding het bestaan van de strafverminderende verschoningsgrond vermeldt (zie in ontkennende zin, H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nr. 83.2 en R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 61; in positieve zin W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 80 en C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 979). Dat probleem, dat rijst bij artikel 6, derde lid, is sedert de wet van 11 juli 1994 van de baan. De procureur des Konings kan thans ten gevolge van de introductie van het snelrecht, indien geen gerechtelijk onderzoek is gevorderd, de beklaagde rechtstreeks dagvaarden voor de correctionele rechtbank met mededeling van de reden van verschoning. Wel kan de correctionele rechtbank zich onbevoegd verklaren ten aanzien van de reden van verschoning wanneer zij op dergelijke wijze geadieerd is (art. 2, tweede lid en 3, tweede lid Wet Verzachtende Omstandigheden).

141 De bevoegdheid van de onderzoeksgerechten om bij de regeling van de rechtspleging een strafuitsluitende verschoning aan te nemen, heeft jarenlang het voorwerp uitgemaakt van discussies. Daarentegen is de bevoegdheid van deze gerechten om strafverminderende verschoningsgronden aan te nemen wettelijk vastgelegd.

De traditionele rechtsleer heeft de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten om strafuitsluitende verschoningsgronden aan te nemen en in dergelijke omstandigheden de buitenvervolgingstelling van de verdachte te bevelen ontkend, omdat er geen uitdrukkelijke wettekst dienaangaande bestaat (H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, nr. 97). Thans wordt aangenomen dat de onderzoeksgerechten dergelijke bevoegdheid bezitten omdat er slechts aanleiding is de verdachte naar het vonnisgerecht te verwijzen voorzover er bezwaren zijn m.b.t. een feit strafbaar met welbepaalde straffen en er bij strafuitsluitende verschoningen geen straffen zijn (R. DECLERCQ, *Beginselen*, nr. 801; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel*, 538; R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 1209; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 899). Ook de rechtspraak neemt

thans dergelijk standpunt in (Cass. 8 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, nr. 74, 147 en *Pas.* 1986, I, 127). Zoals reeds gemeld, is de aangifte slechts strafuitsluitend in het geval omschreven in artikel 6, tweede lid.

Soms worden praktische bezwaren aangevoerd tegen een beslissing van buitenvervolgingstelling van het onderzoeksgerecht in een dergelijk geval. Het gaat dus niet langer om juridische argumenten, maar om overwegingen omtrent de opportuniteit van een dergelijke beslissing.

Dossiers met aangevers betreffen meestal zaken met meerdere verdachten. Wanneer in dergelijke procedure bepaalde personen worden verwezen en een andere buitenvervolging wordt gesteld wegens zijn aangifte, dan kunnen de gedaagden de buiten vervolging gestelde onthuller ter terechtzitting oproepen als getuige. De vraag is of dergelijke mogelijkheid gezond is.

De eventuele splitsing van de vervolging tegen de aangever en zijn mededaders kan de goede rechtsbedeling in het gedrang brengen doordat het vonnisgerecht zich niet over het geheel van de zaak kan uitspreken (M. PREUMONT, "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921" in *Mélanges Legros*, 499-516, i.h.b. 508).

Wanneer de debatten ter terechtzitting duidelijk zouden aantonen dat de onthulling niet oprecht is, ontstaan er een aantal problemen zo men de aangever toch wil vervolgen. Er zou weliswaar kunnen worden teruggekomen op de beslissing tot buitenvervolgingstelling omdat de aangever niet de wettelijke voorwaarden vervult. In dit verband zou kunnen worden gezegd dat de onjuistheid van de aangifte een nieuw bezwaar oplevert. Bijgevolg zou het onderzoek heropend kunnen worden aangezien een beslissing tot buitenvervolgingstelling slechts een voorlopig gezag van het gewijsde heeft (C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, nr. 899; zie boven nr. 112). Doch de heropening van het onderzoek ten laste van de aangever zal natuurlijk aanleiding geven tot een aantal moeilijkheden.

De bevoegdheid van de onderzoeksgerechten om strafverminderende verschoningen aan te nemen is wettelijk vastgelegd in de Wet Verzachtende Omstandigheden.

Artikel 2 van deze wet verleent aan de onderzoeksgerechten deze bevoegdheid wegens reden van verschoning, welke ook de criminele straf is die de wet stelt.

Dit artikel kan dus toepassing vinden in de gevallen omschreven door artikel 6, derde lid.

Indien het onderzoeksgerecht de misdaad omzet in een wanbedrijf wegens de aangifte, dan kan de omstandigheid dat de aangegeven persoon uiteindelijk onschuldig wordt bevonden geen afbreuk doen aan het recht op strafvermindering dat de onthuller verworven heeft door de beslissing van het onderzoeksgerecht.

142 Wanneer het onderzoeksgerecht het bestaan van een verschoningsgrond heeft aanvaard en de persoon verdacht van een misdaad heeft verwezen naar de correctionele rechtbank in het geval van artikel 6, derde lid, is deze beschikking bindend voor het vonnisgerecht. De correctionele rechtbank naar dewelke de beklaagde wordt verwezen na aanneming van een reden van verschoning is gebonden door dergelijke beslissing (art. 3, eerste lid Wet Verzachtende Omstandigheden).

Daarentegen is de correctionele rechtbank niet gebonden door de beslissing van het onderzoeksgerecht dat een reden van verschoning heeft aanvaard in het geval dat de aangever verdacht was van een wanbedrijf. Het definitief vastleggen van de verschoning komt het onderzoeksgerecht slechts toe in zover het misdrijf naar een lagere rechtbank wordt verwezen. Wanneer de verdachte verdacht wordt van een wanbedrijf, zoals in het geval omschreven in artikel 6, vierde lid, is dit niet het geval (W. MAHIEU, "Drugs: De onthulling", *Comm.Straf.*, nr. 87; R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 62-64).

Wanneer ter terechtzitting zou blijken dat m.b.t. de misdaad waarvoor de verdachte naar de correctionele rechtbank werd verwezen om reden van verschoning, een verzwarende omstandigheid van toepassing is die het onderzoeksgerecht niet heeft vermeld in de tenlastelegging (bv. de hoedanigheid van leidende persoon van een vereniging), dan komt de bevoegdheid van de correctionele rechtbank niet in het gedrang. De bevoegdheid misdaden te correctionaliseren wegens verschoning bestaat immers ongeacht de strafmaat gesteld op het feit. Deze bevoegdheid komt pas in het gedrang ingeval de nieuwe kwalificatie uit gegevens voortvloeit die het onderzoeksgerecht niet kon kennen (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 63-64).

143 Indien uitzonderlijk de zaak naar het hof van assisen wordt verwezen, moet rekening worden gehouden met artikel 325 Sv.

Die wetsbepaling kent de beslissing over het bestaan van een verschoningsgrond toe aan de jury, met uitsluiting van het hof zelf (R. DECLERCQ, "Procedurale aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond" in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, 54-74, i.h.b. 67-70).

HOOFDSTUK IX
OPSCHORTING EN UITSTEL

AFDELING I

WETSGESCHIEDENIS

144 Na de wet van 9 juli 1975 bepaalde artikel 9 van de basiswet dat eenieder die de in het artikel 2*bis*, § 1, genoemde stoffen in groepsverband gebruikt, of op onwettige wijze met het oog op eigen gebruik vervaardigt, verkrijgt of onder zich heeft, in aanmerking kan komen voor toepassing van de bepalingen van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, zelfs indien hij niet voldoet aan de bij de artikelen 3 en 8 van laatstgenoemde wet gestelde voorwaarden met betrekking tot de vroegere veroordelingen die hij mocht hebben ondergaan.

145 Deze bepaling was het gevolg van moeizame debatten in het parlement.

Oorspronkelijk stelde de regering voor aan de gerechtelijke autoriteiten de mogelijkheid te verlenen om verslaafden van verdovende middelen te dwingen zich aan een geneeskundige behandeling te onderwerpen. De bedoeling was dat de procureur des Konings deze bevoegdheid zou hebben ten aanzien van personen die verdovende middelen in groep gebruiken of die deze stoffen op onwettige wijze voor eigen gebruik vervaardigen, verkrijgen of onder zich hebben. In dat geval zou geen vervolging ingesteld worden, ook niet tegen personen die zich sedert de hun te laste gelegde feiten vrijwillig aan een geneeskundige behandeling hebben onderworpen. Dezelfde bevoegdheid werd verleend aan de raadkamer. Ten slotte zou het vonnisgerecht ten allen tijde ten aanzien van diezelfde personen een geneeskundige behandeling kunnen gelasten, hetzij naast de uitgesproken straf, hetzij in de plaats daarvan (*Parl.St.* Senaat 1971-72, nr. 484, 2-4).

De regering trok later haar voorstel in. Zij was vooral bang niet over de nodige budgetten voor de medische en dure infrastructuur te kunnen beschikken. Daarenboven werd geoordeeld dat een geneeskundige behandeling slechts nodig was voor de drugverslaafden, die een minderheid vormden en zich niet opdrong voor de meerderheid die hasj of marihuana gebruikt. In de plaats van het oorspronkelijk voorstel kwam een versoepeling tot stand van de voorwaarden van opschorting en uitstel, in de zin dat dergelijke beslissingen kunnen worden genomen, zelfs indien de antecedenten van de betrokkenen zich ertegen verzetten. In dit verband werd gewag gemaakt van het feit dat aldus de rechterlijke macht een beroep kon doen op een reeds bestaande wet met een stevige infrastructuur en ook dat zodoende de mogelijkheid wordt geboden alle druggebruikers te laten genieten van het voordeel van de wet,

afgezien van het feit of een desintoxicatiekuur vereist is of niet (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 3-7; *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 4-5).

Met W. BROSENS kon worden gezegd dat het groot verschil tussen het oorspronkelijk voorstel van de regering en het goedgekeurd artikel 9 was dat de wet aan de druggebruiker niet de waarborg gaf dat hij niet zal worden vervolgd indien hij op bevel van de procureur des Konings of spontaan zich aan een desintoxicatiekuur onderwerpt (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1975-76, 1025-1112, i.h.b. nr. 65).

146 De wet van 3 mei 2003 heeft artikel 9 van de basiswet in tweeërlei opzichten gewijzigd. Enerzijds is voortaan de bijzondere regeling inzake opschorting en uitstel vervat in deze wetsbepaling van toepassing onverminderd de bepalingen van artikel 65, eerste lid Sw., bijgevolg ook wanneer de rechter beslist dat verschillende misdrijven, waaronder een i.v.m. verdovende middelen, wegens het bestaan van een eenheid van opzet een collectief misdrijf vormen en de zwaarste straf niet deze is die het misdrijf i.v.m. verdovende middelen straft. Ten tweede heeft de wetgever aan de intentie van de wetgever van 1975 een objectieve basis gegeven door te bepalen dat het afwijkend regime inzake opschorting en uitstel ook van toepassing is op personen die, met het oog op eigen gebruik, kosteloos of tegen betaling het gebruik van anderen vergemakkelijken, bewust stoffen hebben verkocht of te koop aangeboden, behalve indien deze misdrijven gepaard gaan met de verzwarende omstandigheden bedoeld in artikel 2*bis*, § 2, b en §§ 3 en 4. De memorie van toelichting preciseert dat de bepaling is ingegeven door het oogmerk een duidelijk onderscheid te maken tussen misdrijven met het oog op persoonlijk gebruik en misdrijven gepleegd om winstbejag (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1888/1 en 1889/1, 16). Vanzelfsprekend zijn de woorden "in groepsverband gebruikt" uit artikel 9 weggelaten geworden, aangezien dit misdrijf werd opgeheven.

AFDELING II

TOEPASSINGSGEVALLEN

147 Onder de gelding van de wet van 9 juli 1975 heeft, in overeenstemming met de wil van de wetgever die m.b.t. het geval dat de gebruiker ook handelaar is belang hechtte aan de vraag of uit het strafdossier bleek of het dominerend aspect het persoonlijk gebruik of de handel betreft (*Hand.* Senaat 1974-75, 2402; *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 608/2, 4), de rechtspraak beslist dat voor de toepassing van artikel 9 moet worden nagegaan welk aspect prevaleert, persoonlijk gebruik of handel. Het in beperkte mate dealen van drugs is geen beletsel voor de toepassing van de opschorting of het uitstel zo het ondergeschikt is aan het persoonlijk gebruik. Het Hof van Cassatie heeft derhalve beslist dat wanneer een persoon vervolgd wordt wegens bezit voor eigen ge-

bruik, de omstandigheid dat hij het zich in zijn bezit bevindend verdovend middel ingevoerd had, geen beletsel is voor de toekenning van uitstel voor de opgelegde straf (Cass. 6 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 583, 1275, *Pas.* 1990, I, 1113, *RW* 1990-91, 809, noot M. De Swaef, *JLMB* 1990, 119, noot O. Klees en *RDPC* 1990, 1017, noot). Wel dienen de daden hoofdzakelijk betrekking te hebben op persoonlijk gebruik (Corr. Namen 31 januari 1991, *RRD* 1991, 321). Men mag dus niet zeggen dat de toepassing van artikel 9 uitgesloten is wanneer de beklaagde ook andermans druggebruik heeft vergemakkelijkt (Luik 7 december 1989, *JLMB* 1990, 590, noot). Dit is echter wel het geval wanneer de feiten van bezit en gebruik als samenvallend of uitsluitend gevolg het gebruik van drugs voor andere personen mogelijk of gemakkelijk hebben gemaakt (Corr. Brussel 14 september 1983, *RDPC* 1985, 115).

Artikel 9 kan worden toegepast op de beklaagde wiens voornaamste strafrechtelijke activiteit bestaat in het gebruik en niet in het verhandelen van deze stoffen (Brussel 10 september 1997, *RDPC* 1998, 121).

Sedert de wetswijziging van 2003 kan artikel 9 toepassing vinden t.a.v.
- eenieder die de in artikel 2*bis*, § 1 genoemde stoffen, met het oog op eigen gebruik, op onwettige wijze vervaardigt, verkrijgt of onder zich heeft;
- personen die, met het oog op eigen gebruik, kosteloos of tegen betaling het gebruik voor anderen hebben vergemakkelijkt, voornoemde stoffen hebben verkocht of te koop hebben aangeboden, behalve indien de misdrijven gepaard gaan met de verzwarende omstandigheden bedoeld in artikel 2*bis*, § 2, b en §§ 3 en 4. Deze bepaling biedt een oplossing voor het geval dat de gebruiker ook handelaar is. De wetgever heeft dus terzake een objectief criterium gehanteerd door te stellen dat het liberaal stelsel van opschorting en uitstel niet geldt indien de misdrijven gepaard gaan met verzwarende omstandigheden. Uitzondering is echter de verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel 2*bis*, § 2, a. Die betreft de feiten gepleegd t.a.v. een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar (J. Van Gaever, "De nieuwe Drugwet: wijzigingen en toepassingsmo(g)e(i)lijkheden", *T.Strafr.* 2003, 275-284, i.h.b. 279).

De wetgever heeft een duidelijk onderscheid willen maken tussen misdrijven gepleegd met het oog op persoonlijk gebruik en misdrijven gepleegd om winstbejag (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1888/1, 16). Er rijzen nochtans twee bedenkingen. Opmerkelijk is dat artikel 9 geen melding maakt van het invoeren van verdovende middelen, niettegenstaande de rechtspraak tot de conclusie was gekomen dat de invoer voor eigen gebruik in aanmerking kon komen voor de verruimde toepassing van de Probatiewet. Bovendien valt het op dat de verzwarende omstandigheid dat het misdrijf gepleegd werd t.a.v. een minderjarige boven de volle leeftijd van zestien jaar geen beletsel vormt voor de toepassing van artikel 9, terwijl de wetgever beweert minderjarigen bijzonder te willen beschermen (W. Mahieu, "Drugs: Opschorting, uitstel en probatie", *Comm.Straf.*, nrs. 19 en 20).

148 Artikel 9 kan niet worden toegepast wanneer de betrokkene de strafuitsluitende verschoningsgrond omschreven in artikel 6, tweede lid, geniet.

Strafuitsluitende verschoning is immers niet verenigbaar met opschorting of met uitstel. Bij opschorting blijft immers steeds de bedreiging van een straf bestaan bij herroeping, terwijl bij uitstel een straf wel degelijk wordt uitgesproken (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1975-76, 1025-1112, i.h.b. nr. 70; B. DE RUYVER, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 69).

149 Een ander knelpunt betrof de vraag of artikel 9 toepassing kan vinden wanneer de beklaagde niet alleen wegens misdrijven bepaald door de Drugwet, maar ook wegens misdrijven van gemeen recht (valsheid in geschriften, diefstal met braak bv.) wordt vervolgd en antecedenten heeft die in het gemeen recht de toepassing van opschorting of uitstel beletten en de rechter van oordeel is dat al die misdrijven een collectief misdrijf vormen wegens de eenheid van doel en verwezenlijking en bijgevolg slechts één misdrijf uitmaken.

Wanneer de rechter de eenheid van opzet aanvaardde, rees er geen principieel beletsel het voordeel van artikel 9 toe te passen voor zover de straf bepaald voor de misdrijven bepaald door de Drugwet zwaarder is dan de straf omschreven voor de misdrijven van gemeen recht (anders ten onrechte Corr. Brussel 14 september 1983, *RDPC* 1985, 115).

Er moest dus nagegaan worden of de zwaarste straf staat op het drugmisdrijf dan wel op het misdrijf van gemeen recht. Was het ergste feit bepaald door de Drugwet, dan is het gehele regime dat voor dit feit van toepassing kan zijn, ook geldig op het collectief misdrijf, met inbegrip van de uitzonderlijke mogelijkheid opschorting of uitstel toe te kennen (Antwerpen 2 april 1993, *RW* 1993-94, 131, noot). Was daarentegen het ergste feit het gemeenrechtelijk misdrijf, dan was de straf gesteld op dit misdrijf van kracht en was bijgevolg de toepassing van artikel 9 uitgesloten (Cass. 5 april 1995 *Arr.Cass.* 1995, nr. 186, 378 en *Pas.* 1995, I, 391; Cass. 24 april 1996, *JLMB* 1996, 1281, noot F.K. en *RDPC* 1996, 1125).

Sedert de wet van 3 mei 2003 rijst er geen probleem meer. Ook wanneer de zwaarste straf die is welke bepaald is voor het misdrijf van gemeen recht, kan de rechter de voor de beklaagde meer gunstige regeling van artikel 9 toepassen. De vroegere rechtspraak was strikt juridisch correct, maar had in sommige gevallen onbillijke gevolgen (A. DE NAUW, "La suspension et le sursis en matière de stupéfiants et le délit collectif", *RDPC* 1985, 113-119). De wijziging van de wetgeving is in dit opzicht toe te juichen. Voorts is het duidelijk dat de wet van 3 mei 2003 geen einde heeft gemaakt aan de actieve rol van de rechter die blijft oordelen over het dominerend aspect van het persoonlijk gebruik of de handel (W. MAHIEU, "Drugs: opschorting, uitstel en probatie", *Comm.Straf.*, nr. 19).

150 Het Hof van Cassatie heeft ambtshalve een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof gesteld omtrent de mogelijke schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel door artikel 9, in die zin uitgelegd dat alleen een beklaagde die voor een drugmisdrijf wordt vervolgd onder de in dat artikel bepaalde voorwaarden in aanmerking kan komen voor de toepassing van de wet van 29 juni 1964, zelfs indien hij niet voldoet aan de bij de artikelen 3 en 8 van deze laatste wet gestelde voorwaarden, en niet de beklaagde die niet voor een dergelijk drugmisdrijf wordt vervolgd, maar waarvan de rechter vaststelt dat, mocht hij in de omstandigheden waarin hij het hem ten laste gelegde misdrijf heeft gepleegd, eveneens zijn vervolgd wegens een drugmisdrijf, de rechter hem dan bij toepassing van artikel 9 die gunst zou hebben toegestaan (Cass. 15 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 159).

Het Arbitragehof heeft op deze prejudiciële vraag geantwoord dat het verschil in behandeling tussen de categorie van beklaagden die effectief voor een drugmisdrijf worden vervolgd en de categorie van beklaagden die enkel voor een of meer misdrijven van gemeen recht en niet voor een drugmisdrijf worden vervolgd, maar waarbij de rechter vaststelt dat die beklaagden een dergelijk misdrijf klaarblijkelijk hebben gepleegd en dit door eenheid van misdadig opzet verbonden is met de wel vervolgde misdrijven, berust op een objectief criterium, namelijk het al dan niet bestaan van een strafrechtelijke vervolging voor een drugmisdrijf. Artikel 9 moet worden beschouwd als een, soepele en ruime toepassing van de Probatiewet ten gunste van een bepaalde categorie van beklaagden, namelijk diegenen die drugmisdrijven hebben gepleegd waarbij het eigen gebruik centraal staat. Het is bijgevolg niet discriminerend dat de rechter die gunstmaatregel slechts kan toepassen op diegenen die effectief voor dergelijke drugmisdrijven worden vervolgd (Arbitragehof 21 december 2005, nr. 197/2005, *BS* 13 februari 2006, 7633).

Bijgevolg heeft het Hof van Cassatie beslist dat de rechter die niet gevat is te oordelen over het feit of een beklaagde zich aan een drugmisdrijf schuldig heeft gemaakt, niet mag oordelen dat een drugmisdrijf gepleegd werd met eenzelfde misdadig opzet met het misdrijf dat bij hem aanhangig is gemaakt en aan de omschrijving vermeld in artikel 9 beantwoordt (Cass. 4 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 192, *T.Strafr.* 2006, 332, noot J. NEVEN en *NC* 2006, 407).

Bepaalde rechtscolleges hebben deze rechtspraak omzeild door toe te laten dat de beklaagde voor het drugmisdrijf vrijwillig verschijnt. Wel werd dienaangaande vereist dat het feit waarvoor men verschijnt geen misdaad is en niet het voorwerp van een gerechtelijk onderzoek of van een uitspraak van het onderzoeksgerecht uitmaakt (Antwerpen 11 februari 2010, *NC* 2010, 300, noot L. HUYBRECHTS; Corr. Gent 19 maart 2007, *T.Strafr.* 2007, 322, noot J. NEVEN).

151 De toepassing van opschorting, uitstel en probatie kan ook het gevolg zijn van het stelsel van het therapeutisch advies waaraan het KB van 16 mei 2003 een wettelijke basis heeft gegeven, nadat het al werd toegepast in som-

mige parketten (J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489, i.h.b. nr. 32; F. VANDER LAENEN en F. DHONT, "Zalven en slaan. Een eerste analyse van de nieuwe Drugwetgeving", *T.Strafr.* 2003, 227-245, i.h.b. 242-244; S. BERBUTO en J. SIMON, "La nouvelle réglementation en matière de stupéfiants: beaucoup de bruit pour rien", 87-157, i.h.b. 129-134 in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale,* Brussel, De Boeck-Larcier, 2004, II).

De procedure van therapeutisch advies wordt beschreven in de twee gewijzigde uitvoeringsbesluiten. Een case-manager justitie staat de procureur des Konings bij in het kader van de aanwijzing van de bevoegde personen die deel uitmaken van de lijst van therapeutische adviseurs. Ingeval de procureur des Konings, de onderzoeksrechter of de rechter ten gronde oordeelt dat er een problematisch gebruik blijkt te zijn, kan hij, voor de inbreuken van eerste, tweede en derde categorie, de zaak voorleggen aan de case-manager justitie die doorverwijst naar een therapeutische adviseur voor therapeutisch advies. Dit kan ook ingeval deze magistraten vaststellen dat een andere overtreding dan van de Drugwet is gepleegd onder invloed van drugs of teneinde zich drugs te verschaffen of de aankoop ervan te financieren en ze van oordeel zijn dat er een problematisch gebruik aanwezig blijkt te zijn (art. 26*ter*, 26*quater* en 26*quinquies* van het KB van 31 december 1930 en art. 40*ter*, 40*quater* en 40*quinquies* van het KB van 22 januari 1998).

De case-manager justitie is de persoon die de minister van Justitie in elk gerechtelijk arrondissement aanwijst en die belast wordt met de bijstand van de magistraat bij de opvolging van de problematiek van drugs en van de daarbij betrokken personen, alsook met het opstellen van de lijst van therapeutische adviseurs, en met de samenwerking met de sociale sector (art. 26*bis*, 8° van het KB van 31 december 1930 en 40*bis*, 8° van het KB van 22 januari 1998).

De therapeutische adviseurs zijn de personen bevoegd inzake drugsverslaving in elk gerechtelijk arrondissement. De therapeutische adviseur is onafhankelijk van de procureur des Konings maar werkt op zijn verzoek overeenkomstig artikel 43 Sv., na verwijzing door de case-manager justitie (art. 26*bis*, 6° van het KB van 31 december 1930 en 40*bis*, 6° van het KB van 22 januari 1998).

Het therapeutisch advies is het advies dat de therapeutische adviseur op grond van de bestaande wetenschappelijke, psycho-sociale en medische kennis moet verstrekken omtrent de noodzaak en de aard van een behandeling (art. 26*bis*, 7° van het KB van 31 december 1930 en 40*bis*, 7° van het KB van 22 januari 1998).

Volgens het verslag aan de Koning dat het koninklijk besluit van 16 mei 2003 tot wijziging van de twee uitvoeringsbesluiten voorafgaat, ressorteert de case-manager justitie onder het gezag van de procureur des Konings. Zijn taak

bestaat erin te bemiddelen tussen de gerechtelijke instanties, de therapeutische adviseurs en de sociale sector en een lijst van therapeutische adviseurs samen te stellen.

Hetzelfde verslag zegt dat het therapeutisch advies een positieve dan wel een negatieve aanduiding verschaft omtrent de mogelijkheid van therapeutische follow-up en/of psycho-sociale hulp. Dit advies is in beginsel formeel en bevat geen essentiële informatie m.b.t. de individuele medisch-psychologisch-sociale situatie van de betrokkene. Indien de gerechtelijke instantie meer informatie wenst over de medisch-psychologisch-sociale toestand van de persoon, kan steeds een expert worden benoemd om terzake een volledig deskundigenonderzoek op te maken. De vaststellingen gedaan door de therapeutische adviseur worden opgetekend in een geschreven stuk dat bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd. De therapeutische adviseur hoort de betrokkene, die volgens het verslag aan de Koning de mogelijkheid heeft zich te laten bijstaan door een raadsman, een therapeut of een arts naar zijn keuze.

In zijn advies over het ontwerp van het koninklijk besluit van 16 mei 2003 stelt de Raad van State vast dat de gemachtigde van de minister van Justitie gepreciseerd heeft dat de case-manager justitie vergelijkbaar is met een justitieassistent en dat de therapeutische adviseurs een statuut krijgen dat vergelijkbaar is met dat van gerechtelijke deskundigen en dat ze zullen gekozen worden uit een lijst opgesteld door de case-manager justitie, in overleg met de procureur des Konings.

Naast de case-manager justitie heeft het koninklijk besluit van 16 mei 2003 het over de case-manager volksgezondheid als de persoon die de minister van Volksgezondheid aanwijst om bijzonder problematische gebruikers van drugs persoonlijk te volgen. Zulks wordt hem gevraagd door die gebruikers zelf of door de sector van de hulpverlening. Hij pleegt overleg met de case-manager justitie om te voorkomen dat de therapeutische adviseurs in de individuele gevallen zouden interfereren met de sector van hulpverlening (art. 26*bis*, 9° van het KB van 31 december 1930 en art. 40*bis*, 9° van het KB van 22 januari 1998).

Op dit moment moet worden vastgesteld dat de justitiële case managers nog steeds niet zijn ingevoerd. Wel kan worden verwezen naar lokale intiatieven te Gent en te Antwerpen (zie voorts J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489; A. SERLIPPENS, "Beleid" in *Wet en Duiding Drugwetgeving*, 1-14, i.h.b. 9-14; K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 28-29).

HOOFDSTUK X
ALGEMEEN STRAFRECHT

AFDELING I

LOKALISERING VAN HET MISDRIJF IN DE RUIMTE

152 Drugmisdrijven doen gelet op hun vertakkingen in meerdere landen meer dan eens vragen rijzen omtrent de lokalisering van de misdrijven naar de plaats.

De rechtspraak volgt in dezen de ubiquiteitstheorie volgens dewelke iedere staat rechtsmacht heeft om het misdrijf te bestraffen, op wiens grondgebied één van de constitutieve elementen van het misdrijf heeft plaatsgevonden (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 227; F. KUTY, *Principes généraux*, I, nr. 608). Het is dus niet vereist dat het misdrijf vooral op België gericht was, of dat de voornaamste onderdelen ervan in België zijn gepleegd. Zodra één of meer bestanddelen van het delict in België te situeren valt, kan het misdrijf alhier worden bestraft (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 47; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 135). Wanneer een persoon in het bezit van drugs wordt geïntercepteerd te Brussel, is de omstandigheid dat de verboden substanties bedoeld zijn voor de verkoop in het buitenland irrelevant (Brussel 15 maart 2006, *T.Strafr.* 2006, 268, noot J. VAN GAEVER).

Inzake drugmisdrijven dient bovendien rekening gehouden te worden met artikel 36, § 2, a van het Enkelvoudig Verdrag van New York van 30 maart 1961 dat bepaalt dat elk van de in dit verdrag opgesomde strafbare feiten, als een strafbaar feit, afzonderlijk van het in een ander land gepleegde strafbare feit wordt beschouwd en dat opzettelijke deelneming aan, samenspanning tot het plegen van en pogingen tot het plegen van elk dezer strafbare feiten alsmede opzettelijk gepleegde voorbereidende handelingen en financiële manipulaties in verband met de in dat artikel bedoelde feiten, als strafbare feiten krachtens § 1 worden beschouwd. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in artikel 22, tweede lid van het Verdrag van Wenen van 21 februari 1971 (zie J. VAN GAEVER, "De Belgische rechter vs. de drugkoerier" (noot onder Brussel 15 maart 2006), *T.Strafr.* 2006, 270-274, i.h.b. nr. 6 en voorts F. KUTY, *Principes généraux,* I, nr. 627).

De uitwendige daden die een begin van uitvoering van een in het buitenland gepleegd misdrijf uitmaken en de hierbij horende daden van deelneming, die op Belgisch grondgebied worden gepleegd en ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van de wil van de daders worden gestaakt of hun uitwerking hebben gemist, worden overeenkomstig de bepalingen van de Belgische

wetten gestraft. De krenking van het strafrecht van een vreemde staat die het voltooid misdrijf zou hebben veroorzaakt doet hieraan niet af. *In casu* werden in België koeriers gerekruteerd, motorhomes voor het drugtransport omgebouwd, de *modus operandi*, de reisroute en de beloning van de koeriers vastgelegd. Te dezen ging het om verschillende handelingen die onbetwistbaar constitutieve bestanddelen uitmaakten van een poging tot invoer van cannabis, zodat de beklaagden zich schuldig maakten aan strafbare feiten gepleegd binnen de landsgrenzen (Cass. 16 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 35 en *Pas.* 1996, I, 75).

153 M.b.t. de situering van daden van deelneming naar de plaats werd traditioneel aangenomen dat personen die in het buitenland deelnemen aan een misdrijf dat in België werd gepleegd in België voor deze feiten kunnen worden gevolgd (Cass. 14 november 1904, *Pas.* 1905, I, 31; 7 maart 1955, *Arr.Cass.* 1955, 577 en *Pas.* 1955, I, 746). Deze zienswijze is niet volledig vreemd aan het standpunt dat de deelneming onzelfstandig is en aldus in zich geen strafrechtelijke betekenis heeft, maar haar penaal karakter ontleent aan het misdrijf waarmee ze in betrekking staat (P.L. BODSON, *Manuel de droit pénal,* Luik, Ed. Faculté de droit, 1996, 337-338).

Maar de logica van dit standpunt komt in het gedrang omdat deze regel niet wordt omgekeerd. Logischerwijze zouden immers alle daden van deelneming geacht moeten worden te vallen buiten de jurisdictie van de Belgische strafrechter wanneer het hoofdfeit buiten het Rijk is gepleegd (M. THEYS, "De l'exercice de l'action publique à raison de crimes ou de délits commis hors du territoire du royaume" in *Les Novelles, Procédure pénale*, I, 1, nrs. 100 en 101; P.E. TROUSSE, "La compétence extraterritoriale des juridictions répressives belges" in *Rapports belges au VIIe congrès international de droit comparé* georganiseerd te Uppsala van 6 tot 13 augustus 1966, 511-538, i.h.b. 519-520).

Maar het Hof van Cassatie heeft aangenomen dat de daden van deelneming, zonder dewelke het misdrijf niet had kunnen gepleegd worden, in België strafbaar zijn, zelfs indien ze verband houden met andere in het buitenland gepleegde feiten (Cass. 20 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1084 en *Pas.* 1977, I, 1070; Cass. 28 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 335 en *Pas.* 1994, I, 654).

Die redenering verschilt van andere rechtspraak die beslist had dat in België verrichte daden van deelneming aan feiten die op buitenlands grondgebied gepleegd zijn, in het buitenland gesitueerd moeten worden (Antwerpen 6 september 1989, *RW* 1990-91, 55, noot B. SPRIET).

De benadering van het Hof van Cassatie houdt misschien verband met artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York dat bepaalt dat de opzettelijke deelneming aan elk van de in dit verdrag opgesomde strafbare feiten, als een strafbaar feit, afzonderlijk van het in het ander land gepleegde strafbare feit wordt beschouwd. Het arrest van 28 juni 1994 (Cass. 28 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 664) verwijst naar die verdragsbepaling. Doch in een latere

beslissing wordt zonder meer aangenomen dat de bij een misdrijf gepleegd in het buitenland horende daden van deelneming die op het grondgebied van het Rijk worden gepleegd in België kunnen worden gestraft (Cass. 16 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 35, 69 en *Pas.* 1996, I, 75).

Daarentegen werd geoordeeld dat de Belgische hoven en rechtbanken geen rechtsmacht hadden in een procedure waar een deel van de tenlastegelegde feiten in België en een ander deel in het buitenland werden gesitueerd, omdat wanneer feiten in het buitenland worden gepleegd een vreemdeling in België slechts kan worden vervolgd in de uitzonderingsgevallen bepaald bij de artikelen 10 en 11 V.T.Sv. De rechters verklaarden ook geen kennis te kunnen nemen van de ermee samenhangende feiten gepleegd in ons land (Antwerpen 23 april 1998, *RW* 1998-99, 1251, noot G. STESSENS). Die uitspraak wekt verwondering. De rechters hadden enkel hun beslissing kunnen rechtvaardigen indien ze de tenlastegelegde misdrijven die in België werden gepleegd niet bewezen hadden verklaard. Indien deze feiten zelfstandig strafbaarheid opleveren, waren de Belgische rechtbanken verplicht van deze misdrijven kennis te nemen op basis van het territorialiteitsbeginsel. Meteen hadden de rechters zich ook uit te spreken over de buitenlandse feiten die samen met de in België gepleegde feiten één misdrijf vormen. Zelfs indien ze van oordeel waren dat de in België verrichte handelingen louter te beschouwen waren als daden van deelneming in verband met in het buitenland gepleegde feiten, hadden ze nog rechtsmacht omdat in dat geval overeenkomstig artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York de opzettelijke deelneming aan elk van de in dat verdrag opgesomde strafbare feiten, als een strafbaar feit, afzonderlijk van het in een ander land gepleegd strafbare feit moet worden beschouwd.

De gevolgen van de benadering van het Hof van Cassatie liggen voor de hand.

De feiten worden in België geterritorialiseerd. De voorwaarden van de artikelen 6 tot 14 V.T.Sv. voor de vervolging van feiten gepleegd buiten het grondgebied van het Rijk moeten niet vervuld zijn. Deze voorwaarden bemoeilijken vooral de vervolging van vreemdelingen. De vreemdelingen kunnen slechts worden vervolgd wanneer ze mededaders zijn van of medeplichtig zijn aan een misdaad en voor zover zij in België vervolgd worden, samen met de verdachte Belg of na diens veroordeling (art. 11 V.T.Sv.). Daarbuiten kan een vreemdeling wegens feiten gepleegd in het buitenland alleen vervolgd worden wanneer het gaat om een misdaad gepleegd tegen een Belgische onderdaan indien het feit strafbaar is krachtens de wetgeving van het land waar het gepleegd werd met een straf waarvan het maximum vijf jaar vrijheidsberoving overtreft. Die misdaad moet echter tegen een Belgische onderdaan gepleegd zijn, wat concreet inhoudt dat dit geval weinig toepassing zal vinden m.b.t. drugmisdrijven, tenzij dat een verzwarende omstandigheid i.v.m. de leeftijd van minderjarigen t.a.v. wie het misdrijf werd gepleegd of i.v.m. de gevolgen voor de gezondheid van het slachtoffer een Belg zou betreffen (art. 10, 5° V.T.Sv.) (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en recht-

spraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 48-49).

Een ander praktisch gevolg is dat het Belgisch gerecht in de regel buiten het Schengen-verband geen rekening moet houden met de beslissing gewezen door een buitenlands gerecht, als het misdrijf waarover het dient te vonnissen niet in het buitenland is gepleegd. Er is geen blokkeringseffect verbonden aan de beslissing gewezen door een buitenlands gerecht, als het misdrijf waarover uitspraak dient te worden gedaan, geacht wordt in België te zijn gepleegd, al houdt het alhier gepleegd strafbaar feit verband met misdrijven in het buitenland gepleegd (Cass. 20 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1084 en *Pas.* 1977, I, 1070) (zie verder, nr. 205).

154 Belgische ambtenaren en beambten van douane en accijnzen zijn niet alleen bevoegd voor douanecontroles, maar ook voor controles inzake verdovende middelen op het bepaald traject van een trein tussen de stations Parijs en Brussel, en de desbetreffende overtredingen die onder die omstandigheden worden vastgesteld, zelfs op Frans grondgebied, zowel inzake douane en accijnzen, als inzake verdovende middelen, worden geacht op Belgisch grondgebied te zijn gepleegd (Cass. 16 april 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1032, *Pas.* 1980, I, 1025 en *RDPC* 1981, 595).

Misdrijven tegen Belgische wetten en reglementen gepleegd in internationale stations en douanekantoren worden immers geacht ook te zijn gepleegd op Belgisch grondgebied ingevolge bepaalde internationale verdragen. De overeenkomst tussen België en Frankrijk betreffende de controles aan de Belgisch-Franse grens, de gemeenschappelijke stations en de uitwisselingsstations van 30 maart 1962 is daarvan een voorbeeld.

AFDELING II

POGING

155 De Drugwet wijkt niet af van het gemeenrechtelijk stelsel van de poging.

Bijgevolg is de poging niet strafbaar wanneer het gaat om een wanbedrijf, bv. het bezit van verdovende middelen, bij gebrek van bijzondere bepaling die de poging tot wanbedrijven omschreven in de Drugwet strafbaar stelt.

Wanneer het echter gaat om misdaden, is de poging strafbaar overeenkomstig artikel 52 Sw. Dit is het geval telkens de basismisdrijven gepaard gaan met verzwarende omstandigheden, bv. bij invoer, met de omstandigheid dat het misdrijf een daad van deelneming is aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging (Cass. 17 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 87, 189, *Pas.* 1991, I, 167 en *JT* 1991, 581).

De poging tot uitvoer van verdovende middelen met de omstandigheid van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging is strafbaar, ook al is dit misdrijf gecorrectionaliseerd. (Cass. 24 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 225, concl. Adv.-Gen. WERQUIN). De vraag betreffende de strafbaarheid van de poging moet immers gesteld worden voordat er verzachtende omstandigheden worden aangenomen. Bijgevolg moet m.b.t. de strafbaarheid van de poging worden uitgegaan van het misdrijf dat de wet *in abstracto* omschrijft en niet van het misdrijf zoals de rechter het definitief *in concreto* bestraft.

Wel dient te worden opgemerkt dat de misdrijven strafbaar gesteld in de Drugwet en in de uitvoeringsbesluiten vaak ook voorbereidende gedragingen als misdrijf aanmerken, zoals het aanzetten tot het gebruik of het te koop stellen, zodat de niet-strafbaarheid van de poging tot wanbedrijven niet steeds tot straffeloosheid leidt (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 45; D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 133).

156 Traditioneel wordt i.v.m. de ondeugdelijke poging het onderscheid gemaakt tussen de volstrekt ondeugdelijke poging die niet strafbaar wordt geacht, en de relatief ondeugdelijke poging die wel strafbaar wordt geacht (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 551; F. KUTY, *Principes généraux*, II, nr. 1569).

Er is geen volstrekt ondeugdelijke poging wanneer een beklaagde poogt een hoeveelheid heroïne of morfine in zijn bezit te krijgen en slechts een wit poeder ontvangt dat geen verdovend middel is. De afwijkende aard van de stof die beklaagde in zijn bezit kreeg, maakt het criterium uit om de handelingen slechts als een poging te kwalificeren, maar dit criterium brengt niet mee dat die poging als volstrekt ondeugdelijk omschreven kan worden (Corr. Brussel 30 juni 1983, *RW* 1983-84, 2177, noot A. DE NAUW). De vergissing van beklaagde nopens de samenstelling van het product maakt geen dwaling uit die het misdrijf wegneemt (Antwerpen 18 december 2003, *NJW* 2004, 698). M.b.t. dit probleem moet er uiteraard ook een verzwarende omstandigheid bewezen zijn, bv. de deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging (Brussel 15 maart 2006, *T.Strafr.* 2006, 268, noot J. VAN GAEVER). Het begrip relatief ondeugdelijke poging werd nog uitgebreid m.b.t. het geval dat de beklaagden tot op het ogenblik van hun arrestatie in de overtuiging verkeerden dat de drugs zich in een container bevonden, terwijl ze zich er niet langer in bevonden ten gevolge van een volstrekt toevallige omstandigheid, namelijk het voortijdig onderscheppen van de drugs door de politie (Corr. Antwerpen 3 februari 1999, *T.Strafr.* 2001, 147).

AFDELING III

DEELNEMING

157 Artikel 6, eerste lid, van de basiswet bepaalt dat hoofdstuk VII van boek I van het Strafwetboek van toepassing is op de bij de Drugwet en in de uitvoeringsbesluiten omschreven misdrijven.

Bijgevolg wordt de deelneming aan die misdrijven gestraft telkens als zij gebeurt op een van de wijzen omschreven in de artikelen 66 en 67 Sw.

158 Het aanbrengen van geld, van een wagen en van een chauffeur zijn daden van deelneming aan het misdrijf van onwettig bezit van verdovende middelen (Cass. 20 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1084 en *Pas.* 1977, I, 1070).

Deelnemer is ook hij die vraagt verdovende middelen in het buitenland aan te kopen en in ons land in te voeren en aan de tussenpersoon belooft de drugs te verkopen en met hem de winsten te verdelen (Cass. 5 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1308 en *Pas.* 1984, I, 1218).

Als daad van deelneming werd ook aangemerkt het feit met zijn wagen naar de luchthaven van Zaventem gereden te hebben in gezelschap van een persoon wiens hoedanigheid van drughandelaar aan de beklaagde bekend was en zulks op een ogenblik dat de olievaten die hasj bevatten nog niet uitgeklaard zijn. Aldus had de beklaagde, althans met zijn medeweten, hulp verleend tot het plegen van een misdrijf waarvan de uitvoering nog niet voltooid was (Cass. 20 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1092 en *Pas.* 1981 I, 1091).

Men kan ook aan het misdrijf van onwettig bezit deelgenomen hebben door ermee in te stemmen als tussenpersoon koper en verkoper van de drugs met elkaar in contact te brengen (Cass. 7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 653, *Pas.* 1979, I, 665 en *RW* 1979-80, 903).

Het leveren van basisproducten bestemd voor de aanmaak van synthetische drugs, met name amfetamines en XTC (Cass. 28 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 335, 664 en *Pas.* 1994, I, 654) en het financieren van de invoer van een belangrijke hoeveelheid cannabis (Antwerpen 6 september 1989, *RW* 1990-91, 55, noot B. SPRIET) werden eveneens als daden van deelneming aangemerkt.

Een persoon die als controlerend en vergezellend drugkoerier, een naar het oordeel van de feitenrechters in de *modus operandi* van drugtrafieken zoals te dezen een noodzakelijk aandeel in het misdrijf heeft, kan als deelnemer worden veroordeeld (Cass. 14 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 29).

De eerdere toezegging om in België in te staan voor het ophalen van de cocaïne en het in het buitenland op punt stellen van de zaak van de invoer in ons land maken een essentieel onderdeel van een drugtrafiek uit. Aangezien een daad van deelneming die de uitvoering van het hoofdmisdrijf voorafgaat haar strafbaar karakter ontleent aan en door de verwezenlijking van het hoofdmisdrijf waardoor eenzelfde misdaad of wanbedrijf wordt gepleegd, is geen nieuwe positieve daad van deelneming op de datum van het hoofdmisdrijf vereist (Cass. 18 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 41).

De bij artikel 3, § 2 van de basiswet strafbaar gestelde aanzetting tot het gebruik van drugs is geen geval van deelneming aangezien ze strafbaar is zelfs als er geen uitvoering op gevolgd is (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 44).

AFDELING IV

HERHALING

159 Artikel 5 van de basiswet bepaalt dat ingeval van herhaling binnen vijf jaar na een veroordeling wegens overtreding van de Drugwet of van de uitvoeringsbesluiten ervan, de correctionele straffen kunnen worden verdubbeld en de criminele straffen worden verzwaard overeenkomstig artikel 54 Sw.

Het gaat hier om gevallen van bijzondere herhaling die in tegenstelling met het gemeen recht vereisen dat het telkens gaat om inbreuk op de Drugwet of van de uitvoeringsbesluiten ervan (W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 66).

Traditioneel werd voorgehouden dat de vroegere veroordeling moet zijn uitgesproken door een Belgische rechtbank. Deze voorwaarde wordt verantwoord door het territoriaal karakter van de strafwetten. De wetgever zou van dit beginsel evenwel uitdrukkelijk kunnen afwijken. De wet van 10 januari 2005 heeft m.b.t. valsmunterij bv. een artikel 192*ter* in het Strafwetboek ingelast, waardoor de staat van wettelijke herhaling wordt uitgebreid tot de gevallen waar de vroegere veroordeling werd uitgesproken door een rechtsmacht van een lidstaat van de Europese Unie. M.b.t. verdovende middelen werd, ondanks artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag van New York en artikel 22 van het Verdrag van Wenen die bepalen dat buitenlandse veroordelingen voor zulke strafbare feiten mede in aanmerking komen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van recidive, de nadruk erop gelegd dat deze bepalingen verwijzen naar de inachtneming van de beperkingen opgelegd door de Grondwet, het rechtstelsel en de nationale wetgeving van de partijen en bijgevolg een buitenlandse veroordeling wegens een drugmisdrijf niet als

basis voor een wettelijke herhaling kan uitmaken (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 21; W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 61). Recent heeft het Hof van Cassatie met uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 36 van het Enkelvoudig verdrag van New York nochtans beslist dat een veroordeling in het buitenland uitgesproken als grondslag voor de herhaling kan dienen (Cass. 13 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 324 en *T.Strafr.* 2011, 116, noot P. HOET).

160 M.b.t. correctionele straffen is de termijn van herhaling dezelfde als deze van artikel 56, tweede lid Sw. Maar de door dit laatste artikel geregelde herhaling bestaat slechts na een vorige veroordeling tot een gevangenisstraf van ten minste een jaar, terwijl er te dezen ook herhaling bestaat na een veroordeling tot een minder zware straf wegens een drugmisdrijf (W. MAHIEU, "Drugs: De straffen", *Comm.Straf.*, nr. 68).

Een ander verschil met de regeling van gemeen recht is dat de termijn van herhaling begint te lopen vanaf het ogenblik dat de veroordeling kracht van gewijsde heeft gekregen en niet pas vanaf de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan of sinds zijn straf verjaard is (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 168).

M.b.t. criminele straffen is de periode van bijzondere herhaling van artikel 5 beperkter dan die van artikel 54 Sw. daar de gemeenrechtelijke regeling niet aan een termijn gebonden is.

Aan de andere kant stelt artikel 5 in tegenstelling met artikel 54 Sw. niet als voorwaarde dat de schuldige reeds tot een criminele straf werd veroordeeld, zodat de criminele straf ook dan verhoogd kan worden na een vroegere veroordeling tot een correctionele straf (W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 34).

161 Het zou verkeerd zijn uit artikel 5 van de basiswet af te leiden dat het regime van gemeen recht m.b.t. de herhaling geen toepassing meer kan vinden m.b.t. drugmisdrijven.

Het gemeenrechtelijk stelsel blijft van toepassing wanneer de voorwaarden voor de bijzondere herhaling niet zijn vervuld (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nr. 823). Wanneer bv. een persoon die voorheen veroordeeld werd wegens zware diefstal vervolgd wordt wegens een drugmisdrijf, kan artikel 56 Sw. worden toegepast, wanneer de voorwaarden van bijzondere herhaling omschreven in artikel 5 niet vervuld zijn (Cass. 4 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1096, noot E.K. en *Pas.* 1974, I, 1021).

Artikel 6, eerste lid van de basiswet bepaalt dat de bepalingen van boek I van het Strafwetboek, hoofdstuk VII en artikel 85 niet uitgezonderd, toepasselijk zijn op de bij de wet omschreven misdrijven. Aldus zijn de bepalingen m.b.t. de herhaling opgenomen in de artikelen 54 tot 57 Sw. toepasselijk op de

misdrijven omschreven in de Drugwet, als de voorwaarden voor de bijzondere herhaling niet zijn vervuld (Cass. 22 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 533; Cass. 13 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, nr. 26 en *NC* 2009, 264). De toepassing van het stelsel van herhaling uit het Strafwetboek is slechts uitgesloten wanneer na een veroordeling wegens een inbreuk op een bijzondere wet met een eigen herhalingsregime, de veroordeelde een nieuw misdrijf pleegt dat een inbreuk op die bijzondere wet oplevert en de specifieke voorwaarden van het herhalingsregime van de bijzondere wet zijn vervuld.

162 Sinds de invoering van artikel 2*ter* kent de Drugwet een tweede regime van strafverzwaring ingevolge herhaling.

De straf wordt in die gevallen verplichtend verzwaard. De overtreding wordt getransformeerd in een wanbedrijf, hetgeen op zijn beurt zijn weerslag heeft op de termijn van verjaring van de strafvordering. In een dergelijk geval wordt de herhaling beschouwd als een verzwarende omstandigheid. Daarom moet ze vermeld worden in de dagvaarding (W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 62).

De correctionele straffen omschreven in artikel 2*ter*, 2° in geval van herhaling vereisen dat de eerste veroordeling een overtreding van de wet van 4 april 2003 betreft (Brussel 30 juni 2004, *Journ.proc.* 2004, afl. 485, 26, noot C. GUILLAIN).

AFDELING V

SAMENLOOP

163 Bij eendaadse samenloop slorpt de zwaarste straf de andere straffen op (art. 65 Sw.). De verplichting om slechts een straf uit te spreken, te weten de zwaarste, impliceert dat alleen het stelsel van de straffen op het zwaarste van de samenlopende misdrijven is gesteld, mag worden toegepast. Aldus kan de feitenrechter die vastgesteld heeft dat meerdere misdrijven de uitvoering zijn van eenzelfde misdadig opzet, slechts een straf, namelijk de zwaarste, opleggen, en moet hij de voor de lichtere misdrijven voorgeschreven straffen buiten beschouwing laten, zelfs als die straffen voorzien in een bijkomende sanctie die zwaarder is dan die, welke samen met de opslorpende straf kan worden opgelegd (A. DE NAUW, *Algemeen strafrecht*, nr. 320). Wanneer de opgelegde enige hoofdgevangenisstraf als zwaarste straf is uitgesproken wegens inbreuk op de Drugwet, kan de rechter aldus niet de ontzetting bepaald bij artikel 1 van het KB nr. 22 van 24 oktober 1934 uitspreken, al is de beklaagde eveneens veroordeeld wegens strafbare feiten waarvoor de in datzelfde besluit bedoelde verbodsbepalingen kunnen worden uitgesproken (Cass. 16 oktober 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 483).

Wanneer drugmisdrijven met de verzwarende omstandigheid van deelneming aan de bedrijvigheid van een vereniging (art. 2*bis*, § 3, b) en valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van eenzelfde misdadig opzet, kan de beklaagde zich niet beroepen op artikel 84 Sw. om veroordeeld te worden tot een maximale geldboete van 1.000 euro, omdat artikel 2*bis*, § 5 van de basiswet voorziet in een facultatieve geldboete. Bijgevolg vindt artikel 84 Sw., naar luid waarvan schuldigen wier criminele straf tot gevangenisstraf wordt verminderd kunnen worden veroordeeld tot een geldboete van 26 tot 1.000 euro, geen toepassing (Cass. 13 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 18 en *RW* 2003-04, 741, noot S. VAN DROMME).

164 Wanneer de feiten niet alleen zouden kunnen worden gekwalificeerd als een bij het decreet van 27 maart 1991 inzake medisch verantwoorde sportbeoefening verboden dopingspraktijk, maar ook als bezit van verboden stoffen, in de zin van de Drugwet, werd de vraag gesteld van de reikwijdte van artikel 44 van het decreet dat voorzag in een strafuitsluitende verschoningsgrond voor het bezit door een sportbeoefenaar tijdens of bij de voorbereiding van een sportmanifestatie van verboden substanties. Hierover ondervraagd door het Hof van Cassatie (Cass. 26 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 356, *RW* 2007-08, 1607 en *T.Strafr.* 2007, 392), heeft het Grondwettelijk Hof beslist dat die bepaling in de zin geïnterpreteerd dat de erin geregelde strafuitsluitende verschoningsgrond niet enkel geldt voor feiten die alleen strafbaar zijn gesteld op grond van artikel 43 van het decreet, maar ook voor het bezit van verboden stoffen strafbaar gesteld bij de Drugwet, de bevoegdheidsverdelende regels tussen de federale staat, de gemeenschappen en de gewesten schendt (GwH 10 april 2008, *RW* 2008-09, 1354 en *T.Strafr.* 2008, 202). Bijgevolg heeft het Hof van Cassatie beslist dat het bezit van verboden stoffen als bedoeld in de Drugwet door een sportbeoefenaar tijdens of bij de voorbereiding van een sportmanifestatie steeds krachtens die wet strafbaar is (Cass. 3 juni 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 338 en *RW* 2008-09, 539).

Intussen heeft ten eerste de decreetgever het decreet van 27 maart 1991 aangepast met een decreet van 19 maart 2004 door in artikel 21 ervan te melden dat het decreet geldt onverminderd de toepassing van de wet van 24 februari 1921 (*Vl.Parl.* 2003-04, nr. 1854/6, 10). Vervolgens werd het decreet van 27 maart 1991 door het decreet van 13 juli 2007 opgeheven. Weliswaar bepaalt artikel 52 van dit nieuw decreet opnieuw dat sporters die zich schuldig maken aan een dopingpraktijk ter gelegenheid van hun voorbereiding op of hun deelname aan een sportmanifestatie alleen blootgesteld zijn aan disciplinaire maatregelen. Doch artikel 3 bepaalt dat voor de toepassing van het decreet onder dopingpraktijk wordt verstaan, de overtreding of de verschillende overtredingen van antidopingsregels op een volgende wijze, onverminderd de bepalingen van de Drugwet.

HOOFDSTUK XI
VASTSTELLING VAN MISDRIJVEN

AFDELING I

BEVOEGDE AMBTENAREN

165 Na de wet van 9 juli 1975 bepaalde artikel 7, § 1 van de basiswet dat onverminderd de bevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie, de ambtenaren van de douane en accijnzen en de daartoe door de Koning aangewezen ambtenaren en beambten op de toepassing van de Drugwet en de desbetreffende uitvoeringsbesluiten toezien. De wet van 24 februari 1921 had reeds dergelijke bevoegdheid verleend aan de officieren van gerechtelijke politie en de ambtenaren of beambten die de Koning aanwijst. De wet van 9 juli 1975 heeft de ambtenaren van de douane en accijnzen eraan toegevoegd. De bedoeling van de wetgever was aan de betrokkenen ruimere mogelijkheid te geven om inzake sluikhandel in drugs in te grijpen wanneer zij, bij zelfstandig optreden, niet binnen de gewenste tijd de politie kunnen vorderen (*Parl.St.* Senaat 1971-72, nr. 484, 4). De wetgever wilde dat ook ambtenaren van douane en accijnzen drughandelaars zouden kunnen arresteren en ter beschikking stellen van de gerechtelijke autoriteiten (*Parl.St.* Senaat 1974-75, nr. 454/2, 3 en 4).

Thans bepaalt artikel 7, § 1 van de basiswet dat onverminderd de bevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie, de ambtenaren van de douane en accijnzen en de daartoe door de Koning aangewezen statutaire, of bij gebreke daarvan, contractuele personeelsleden aangeworven door middel van een contract van onbeperkte duur van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten het toezicht uitoefenen op de toepassing van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten en van de Verordening (EEG) nr. 3677/90 van de Raad van 13 december 1990 en van de desbetreffende ter uitvoering ervan genomen verordeningen. Wat de ambtenaren van dit agentschap betreft, moet er rekening worden gehouden met artikel 4, derde lid, 6°, a van de wet van 20 juli 2006 en het KB van 17 december 2008. Voorts bepaalt artikel 25 van het KB van 31 december 1930 dat de afgevaardigden van de provinciale geneeskundige commissies waken over de toepassing van de bepalingen van de Drugwet en van de voor dezer uitvoering genomen besluiten.

166 Wat de douaneambtenaren betreft, heeft de wet van 22 april 2003 aan bepaalde ambtenaren van de administratie der douane en accijnzen de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie toegekend. Aldus kunnen die bepaalde douaneambtenaren onder meer met het oog op het opsporen en vaststellingen van overtredingen van de Drugwet, onder dezelfde voorwaarden als die vermeld in het Wetboek van Strafvordering, bijzondere opsporingsmethoden toepassen die bestaan uit de observatie en de informanten-

werking, evenals de uitgestelde tussenkomst behorende tot de andere onderzoeksmethoden. De voorbereidende werkzaamheden van deze wet verwijzen uitdrukkelijk naar de ervaring en de deskundigheid waarover deze administratie beschikt m.b.t. verdovende middelen en drugprecursoren (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 2249/1, 5).

Wat de personeelsleden van het FOD betreft, dient gewezen te worden op de bedoeling die de wetgever met de Programmawet van 22 december 2003 nastreefde. Artikel 7 van de basiswet werd gewijzigd met de bedoeling toezichtbepalingen in de Drugwet in te voeren in dezelfde zin als de wijzigingen die dezelfde wet heeft ingevoerd in de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen. Het toezicht op de toepassing van de Drugwet kwam aldus ook toe aan de statutaire, of bij gebreke daarvan, contractuele personeelsleden aangeworven door middel van een contract van onbeperkte duur van het FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu. Ten gevolge van de wet van 27 december 2006 gaat het om de statutaire, of bij gebreke daarvan, contractuele personeelsleden aangeworven door middel van een contract van onbeperkte duur van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten.

Hun toezichtsbevoegdheden opgesomd in artikel 7, § 2 zijn op dezelfde leest geschoeid als die van de sociale inspecteurs overeenkomstig de vroegere wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie. Verder beschrijft § 3 de procedure, de termijnen en de bewijswaarde van hun processen-verbaal. Daarbij werd oorspronkelijk voorzien in de mogelijkheid dat die personeelsleden niet meteen proces-verbaal zouden opstellen, maar een termijn zouden bepalen waarbinnen de overtreder zich in regel dient te stellen, of om deze een waarschuwing te geven (*Parl.St.* Kamer 2003-04, nrs. 473/1 en 474/1, 118-127). Deze nogal verrassende wetsbepaling had, tezamen met het door dezelfde wet ingevoerd nieuw artikel 12, dat in een systeem van administratieve transacties voorziet naar het voorbeeld van dezelfde wet op de geneesmiddelen, tot gevolg dat ook m.b.t. drugs bepaalde ambtenaren de bevoegdheid hadden een transactie voor te stellen en dat de loutere betaling ervan het verval van de strafvordering met zich meebracht. Het desbetreffend dossier werd slechts meegedeeld aan het parket wanneer de minnelijke schikking niet werd betaald. Deze vreemde gang van zaken werd rechtgezet door de wet van 12 april 2004 (*Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 768/2, 2-3). In artikel 7, § 3 wordt sedertdien uitdrukkelijk bepaald dat de bevoegdheid tot het geven van een verwittiging beperkt is tot de inbreuken die betrekking hebben op giftstoffen, slaapmiddelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en in artikel 12 dat het voorstel van transacties niet geldt voor inbreuken inzake verdovende middelen, psychotrope stoffen en stoffen die kunnen worden gebruikt voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen. De Programmawet van 9 juli 2004 heeft ook een einde gesteld aan de bevoegdheid van voornoemde personeelsleden m.b.t. de plaatsen waar drugs in aanwezigheid van minderjarigen worden gebruikt en m.b.t. bewoonde lokalen.

AFDELING II

BEWIJSWAARDE VAN DE PROCESSEN-VERBAAL

167 Al de bevoegde ambtenaren stellen de overtreding van de in dezen geldende wetten en besluiten vast in processen-verbaal.

Vóór de Programmawet van 22 december 2003 bepaalde artikel 7, § 2 van de basiswet dat de aldus opgestelde processen-verbaal bewijswaarde hadden behoudens tegenbewijs. Ze hadden dus een grotere waarde dan in het gemeen recht aangezien ze niet louter als inlichtingen, maar wel tot tegenbewijs golden. Men kon dan ook niet volstaan met de eenvoudige bewering dat de verbalisant zich vergiste. Het tegenbewijs moest worden geleverd (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 144). Het sprak voor zich dat deze bijzondere bewijswaarde slechts betrekking had op de materiële vaststellingen van de verbalisanten, bv. wat zij gevonden hadden, waar iets gevonden werd, de door de betrokkene afgelegde verklaringen. De gevolgtrekkingen over schuld of onschuld deelden niet in de bijzondere bewijswaarde (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 58).

De Programmawet van 22 december 2003 heeft evenwel artikel 7 gewijzigd.

Wat de officieren van gerechtelijke politie betreft, heeft geen enkele latere wijziging van de Drugwet de bijzondere bewijswaarde van hun processen-verbaal hersteld. Hun regime is des te moeilijker te doorgronden wanneer rekening wordt gehouden met de uitvoeringsbesluiten van de wet. Artikel 27 van het KB van 31 december 1930 op de verdovende middelen bepaalt nog altijd dat de inbreuken op de bepalingen van dit besluit blijken uit processen-verbaal welke bewijskrachtig zijn tenzij het tegendeel bewezen wordt. Het KB van 22 januari 1998 op de psychotrope stoffen bevat daarentegen geen dergelijke bepaling. Daarenboven bepaalt artikel 27 van het KB van 31 december 1930 dat een afschrift van de processen-verbaal die inbreuken op de bepalingen van dit besluit vaststellen aan de overtreder moeten worden overgemaakt. Die bepaling was oorspronkelijk verenigbaar met de wet van 24 februari 1921 die voorzag in de verplichting om aan de overtreder een afschrift van het proces-verbaal van de vaststelling van het misdrijf toe te zenden binnen drie dagen na de vaststelling. De wet van 9 juli 1975 heeft vervolgens deze verplichting opgeheven, omdat de wetgever het weinig wenselijk achtte dat de overtreder binnen een zo korte termijn kennis kreeg van het procesverbaal (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 14). Deze toestand maakte dat artikel 27 van het KB van 31 december 1930 niet meer bestaanbaar was met het vroegere artikel 7, § 2 van de Drugwet en bijgevolg geacht werd stilzwijgend opgeheven te zijn. Daarom werden twijfels geuit tegenover de rechtspraak die nog na de wet van 9 juli 1975 besliste dat wanneer aan die

verplichting niet wordt voldaan, het proces-verbaal zijn bijzondere bewijswaarde verliest en slechts als inlichting geldt (Antwerpen 12 oktober 1988, *RW* 1989-90, 818 en *Pas.* 1989, II, 72). Die beslissing klonk wel overtuigend wanneer men ze los van de Drugwet zelf bekeek. Processen-verbaal met bijzondere bewijswaarde die aan de overtreder moeten worden toegezonden verliezen hun bijzondere waarde wanneer ze niet worden meegedeeld en gelden dan als inlichting (R. DECLERCQ, *Beginselen*, nr. 458). Doch tezamen bekeken met de Drugwet, behielden de processen-verbaal hun bijzondere waarde, al werden ze niet toegezonden, aangezien de verplichting tot mededeling in dezen stilzwijgend was opgeheven door de wijziging van artikel 7 van de basiswet. Nu sedert de Programmawet van 22 december 2003 de basiswet aan de processen-verbaal opgesteld door de officieren van gerechtelijke politie geen bijzondere bewijswaarde meer toekent, rijst de vraag of deze rechtspraak terug relevant is, al kan te dezen bezwaarlijk sprake zijn van een gewijzigd inzicht van de wetgever. Integendeel uit de voorbereidende werken van de Programmawet van 22 december 2003 blijkt dat de wetgever de bijzondere bewijswaarde van de processen-verbaal opgesteld door de statutaire of contractuele personeelsleden noodzakelijk achtte omdat ze anders steeds een beroep moesten doen op een officier van gerechtelijke politie, die wel die bevoegdheid heeft (*Parl.St.* Kamer 2003-04, nrs. 4673/1 en 474/1, 123). De wetgever ging er dus vanuit dat de officieren van gerechtelijke politie processen-verbaal met bijzondere bewijswaarde in deze materie opstelden. Vreemd genoeg schrapte diezelfde Programmawet artikel 7, § 2. Wel staat het vast dat artikel 27 van het KB van 31 december 1930 geen termijn bepaalt voor het overmaken van het afschrift en vooral dat deze formaliteit evenmin op straffe van nietigheid is voorgeschreven (W. MAHIEU, "Drugs: De vaststelling: opsporing en vervolging", *Comm.Straf.*, nr. 10).

Wat betreft de processen-verbaal opgesteld door de andere bevoegde ambtenaren, moet enerzijds rekening worden gehouden met artikel 272 van de Algemene Wet op de Douane en Accijnzen die aan de processen-verbaal terzake ook bewijswaarde tot het tegendeel toekent (zie voorts A. DE NAUW, "Overzicht van douanestrafprocesrecht", *RW* 2004-05, 921-936) en valt het anderzijds op dat de processen-verbaal opgesteld door de personeelsleden van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten bewijswaarde hebben tot het tegendeel bewezen is (art. 7, § 3, derde lid Drugwet).

AFDELING III

HUISZOEKINGEN

168 Na de wet van 9 juli 1975 bepaalde artikel 7, § 3 dat de officieren van gerechtelijke politie en de ambtenaren of beambten, daartoe door de Koning aangewezen, toegang hadden tot de apotheken, winkels en alle andere plaat-

sen bestemd voor de verkoop of de aflevering van de in de wet genoemde stoffen, gedurende de uren dat zij voor het publiek toegankelijk zijn. Gedurende dezelfde uren hadden zij ook toegang tot de depots die bij deze plaatsen aansluiten, zelfs wanneer de depots voor het publiek niet toegankelijk zijn. Zij mochten te allen tijde de lokalen betreden welke dienen voor het vervaardigen, bereiden, bewaren of opslaan van die stoffen. Hetzelfde gold voor de lokalen waarin de slaapmiddelen, verdovende middelen en psychotrope stoffen in groep worden gebruikt.

169 Deze bepaling stond reeds in de wet van 24 februari 1921. De duidelijke bedoeling van de wetgever was een uitgebreid recht van huiszoeking toe te kennen ten einde de listen te verijdelen welke tot doel hebben het vaststellen van de misdrijven te beletten of te bemoeilijken (*Parl.St.* Kamer 1920-21, nr. 41, 110).

De toepassing van artikel 7, § 3 zorgde niet voor te veel discussie wat betreft de eerste drie reeksen opgesomde plaatsen. Het ging hier onder meer om lokalen die uit hun aard bestemd zijn voor het opslaan van gereglementeerde producten, te weten bij personen die een vergunning hebben gekregen en waar men wil nagaan of aan de voorwaarden van die vergunningen wordt voldaan (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 59).

M.b.t. de plaatsen waar drugs in groep worden gebruikt werd de vraag gesteld of het moest vaststaan dat in de betrokken plaats op een bepaalde dag en uur drugs in groep worden gebruikt (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 141). Dergelijke vraag is niet meer relevant sedert de opheffing van het misdrijf van gebruik in groep, doch kan terug opduiken m.b.t. lokalen waar drugs in aanwezigheid van minderjarigen worden gebruikt (zie verder, nr. 171).

170 Onder de gelding van het vroeger artikel 7 van de basiswet heeft de rechtspraak meermaals herhaald dat de feitenrechters op onaantastbare wijze oordelen dat op het ogenblik dat een huiszoeking wordt verricht, er ernstige aanwijzingen bestaan.

Verder werd ook principieel beslist dat het vroeger artikel 7, conform het artikel 15 Gw., gevallen van huiszoeking en de vormen ervan bepaalt en dat een overeenkomstig die wetsbepaling regelmatig uitgevoerde huiszoeking een bij artikel 8 EVRM en artikel 17.2 BUPO toegestane inmenging van het openbaar gezag in het privéleven is.

Ten derde heeft het Hof van Cassatie beslist dat ingevolge deze wetsbepaling aan de erin genoemde officieren en anderen toegelaten is te allen tijde huiszoeking te verrichten in lokalen waarvan werkelijke aanwijzingen bestaan dat ze dienen voor het vervaardigen, bereiden, bewaren of opslaan van de in de

wet genoemde stoffen, zelfs wanneer die lokalen deel uitmaken van een woning (Cass. 1 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 342 en *R.Cass.* 1998, 45, noot I. ONSEA).

Wat natuurlijk nog van groter belang is, is dat het Hof van Cassatie ook zegt dat een huiszoeking niet onregelmatig is en niet strijdig is met artikel 8 EVRM en artikel 17 BUPO op de enige grond dat zij het gevolg is van inlichtingen die door anonieme getuigenissen zijn verkregen en dit zelfs wanneer de bezochte lokalen deel uitmaken van een woning (Cass. 12 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 99 en *T.Strafr.* 2002, 321 dat het cassatieberoep verwerpt ingesteld tegen KI Antwerpen 12 oktober 2001, *T.Strafr.* 2002, 324). Feitenrechters hadden vroeger beslist dat een huiszoeking, die enkel en alleen op basis van een informatie die volledig anoniem was en telefonisch aan de politie werd bekendgemaakt, onregelmatig is (Corr. Antwerpen 23 juni 1998, *Vigiles* 1999, afl. 4, 22, noot F. VERSPEELT). Anderen hadden geoordeeld dat de huiszoeking wel regelmatig is wanneer de anonieme tip concreet en gedetailleerd is in de zin dat het juiste adres, de identiteit van de verdachte en van de bewoner, de strafbare handeling en de plaats waar de verdovende middelen zich bevonden, werden opgegeven (Antwerpen 16 januari 2002, *T.Strafr.* 2002, 326 en *Vigiles* 2002, afl. 2, 56, noot F. VERSPEELT). Soms werd nog beklemtoond dat de anonieme informatie bevestigd werd door een observatie van het opgegeven adres die laat vermoeden dat er drugs verkocht en gebruikt werden in het betrokken pand (Corr. Antwerpen 12 mei 1998, *Vigiles* 1999, afl. 4, 21, noot F. VERSPEELT). Aldus moet worden aangenomen dat de rechtspraak van oordeel is dat de feitenrechters op onaantastbare wijze in feite kunnen oordelen dat een anonieme verklaring een ernstige aanwijzing, dat een misdrijf zich heeft voorgedaan, kan uitmaken waardoor de politiediensten de bevoegdheden die het vroeger artikel 7 verleent, kunnen uitoefenen.

De rechtspraak heeft ook beslist dat de door de onderzoeksrechter bevolen huiszoekingen niet onregelmatig zijn en niet strijdig zijn met de artikelen 6 en 8 EVRM op de enige grond dat zij het gevolg zijn van inlichtingen die door anonieme getuigenissen zijn verkregen (Cass. 4 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 201, *T.Strafr.* 2002, 89 en *RDPC* 2001, 1005).

Er bestaat geen grond om de relevantie van die rechtspraak ook na de nog te bespreken wetswijzigingen in twijfel te brengen (W. MAHIEU, "Drugs: opsporing en vervolging", *Comm.Straf.*, nr. 15; zie verder, nr. 172).

171 De wet van 3 mei 2003 heeft in artikel 7, § 3 van de basiswet de woorden "in groep" vervangen door de woorden "in aanwezigheid van minderjarigen". Die vervanging was het logisch gevolg van de opheffing van het vroeger misdrijf van gebruik in groep. De memorie van toelichting zei m.b.t. deze wetswijziging dat "van deze mogelijkheid slechts uitzonderlijk gebruik mag worden gemaakt, met name enkel wanneer er ernstige aanwijzingen op gevaar voor de minderjarigen haar verantwoorden" (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1888/1 en 1889/1, 15). Deze precisering heeft tijdens de hoorzittingen in de

Kamer bij het hoofd van de centrale dienst drugs van de federale politie aanleiding gegeven tot de vraag: "Wat wordt onder het begrip gevaar verstaan?" (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 70-71). Hoe dan ook kan men zich afvragen hoe de politiediensten op voorhand kunnen weten of het gebruik gebeurt in aanwezigheid van minderjarigen (F. SCHUERMANS, "Drugswetgeving: belangrijke wijzigingen", *RABG* 2003, 703-708).

De Programmawet van 22 december 2003 heeft in artikel 7 van de basiswet, gewijzigd bij de wet van 3 mei 2003, de §§ 1 tot 3 vervangen door toezichtbepalingen toegekend aan een reeks ambtenaren (zie boven nr. 166). Die vervanging had als gevolg m.b.t. huiszoekingen dat de officieren van gerechtelijke politie hun bevoegdheid verloren om de lokalen opgesomd in artikel 7, § 3 te betreden volgens de aldaar gemaakte onderscheidingen, terwijl de personeelsleden van de federale overheidsdiensten tussen 5 en 21 uur een aantal plaatsen mochten betreden en doorzoeken. Evenwel mochten ze deze plaatsen buiten deze uren slechts betreden na een voorafgaande toelating van de politierechtbank. Hetzelfde gold voor de plaatsen waarin drugs in aanwezigheid van minderjarigen worden gebruikt. Tot de bewoonde lokalen hadden zij toegang wanneer de rechter in de politierechtbank daartoe vooraf toelating had verleend (K. VAN CAUWENBERGHE, "Programmawet verminkt Drugswet", *De Juristenkrant* 28 januari 2004, 1).

De wet van 12 april 2004 heeft vervolgens in de Drugwet een artikel 6*bis* in de basiswet ingevoegd waardoor de officieren van gerechtelijke politie te allen tijde alle plaatsen mochten betreden en doorzoeken waar drugs worden verkocht, afgeleverd, afgestaan onder bezwarende titel of om niet, vervaardigd, bereid, bewaard of opgeslagen, of andere plaatsen die aan hun toezicht onderworpen zijn, zelfs indien deze voor het publiek niet toegankelijk zijn en meer in het algemeen alle plaatsen waar zij redelijkerwijze vermoeden dat er inbreuken gepleegd worden op de bepalingen van de Drugwet en de desbetreffende uitvoeringsbesluiten (*Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 768/1, 3; zie voorts Y. VAN DEN BERGE, "Drugwet voorziet opnieuw ruime opsporingsbevoegdheid voor politiediensten", *RABG* 2004, 700-702).

Er ontstond nochtans met deze reparatiewet een nieuw probleem in de zin dat de wet van 12 april 2004 de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie aanzienlijk had uitgebreid door niet meer te vereisen dat voorafgaand aan de huiszoeking er ernstige aanwijzingen van een overtreding van de wet rezen (*Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 1138/1 en 1139/1, 52; zie voorts K. VAN CAUWENBERGHE, "Drugswet lijkt wel 'a never ending story'", *De Juristenkrant* 9 juni 2004, 5).

Daarom heeft artikel 89 van de Programmawet van 9 juli 2004 de huiszoekingsbevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie ingeperkt en ongeveer de tekst die in voege was vóór de eerste ingreep van de Programmawet van 22 december 2003 hersteld, met die nuance dat er geen sprake meer is van plaatsen waar drugs in groep worden gebruikt, maar van lokalen waarin

drugs in aanwezigheid van minderjarigen worden gebruikt, wat ten andere te begrijpen is gezien de opheffing van het misdrijf van gebruik in groep. Deze laatste wetgevende ingreep houdt in dat het vroeger artikel 7, § 3, op grond waarvan de officieren van gerechtelijke politie over een uitgebreid zoekingsrecht beschikken, voortaan terug te vinden is in artikel 6*bis*. Niet onbelangrijk is daarbij te melden dat in deze versie van artikel 6*bis* niet alleen sprake is van de officieren van gerechtelijke politie, maar ook van de ambtenaren of beambten, daartoe door de Koning aangewezen en dat gedurende de parlementaire voorbereiding de reeds door de rechtspraak aanvaarde interpretatie (zie boven nr. 170) dat de aard van de activiteiten in de lokalen, zelfs al zijn deze bewoond, deze bijzondere bevoegdheid rechtvaardigt (*Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 1138/18, 16).

De personeelsleden van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten mogen tussen 5 uur 's ochtends en 9 uur 's avonds, zonder voorafgaande verwittiging, alle plaatsen bezoeken waar de in de wet genoemde stoffen worden verkocht, afgeleverd, afgestaan onder bezwarende titel of om niet, vervaardigd, bereid, bewaard of opgeslagen, of andere plaatsen die aan hun toezicht onderworpen zijn, zelfs indien deze voor het publiek niet toegankelijk zijn. Om deze plaatsen te bezoeken buiten deze uren moeten zij beschikken over een voorafgaande toelating van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (art. 7, § 2, 1° Drugwet).

De in artikel 7, § 2 gebruikte formulering "onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie mogen de statutaire of contractuele personeelsleden bedoeld in § 1 (....)" dient niet gelezen als "met uitsluiting van de officieren van gerechtelijke politie", maar wel als "met inbegrip van de officieren van gerechtelijke politie" ofwel "met behoud of zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie". Artikel 7, § 2 verwijst aldus wel naar de eigen bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, zoals bepaald in artikel 6*bis*, inzonderheid de voorwaarden vereist voor de regelmatige uitvoering van een huiszoeking (Cass. 1 juni 2010, *Vigiles* 2011, 258, noot H. BERKMOES).

172 Onder de gelding van het nieuw artikel 6*bis* van de basiswet heeft de rechtspraak herhaald dat de bodemrechters in feite het ernstig karakter van de aanwijzingen waarover de speurders beschikken om een huiszoeking zonder bevel tot huiszoeking te verrichten van om het even welke plaats die voor de verkoop of aflevering van dergelijke stoffen is bestemd, beoordelen en dat dit karakter niet verdwijnt louter omdat de inlichting van een niet geïdentificeerde bron uitgaat. Vorm en inhoud van de inlichting alsook de omstandigheden waarin zij is verkregen, kunnen eveneens beoordelingscriteria uitmaken. Het voor het Hof van Cassatie bestreden arrest had vastgesteld dat de anonieme aangifte melding maakte dat een levering van vier kilo cocaïne binnen een korte tijdspanne op til was in een hotel door een groep gehandicapten van Mexicaanse nationaliteit, die hun opblaasbare orthopedische kussen gebruiken om hierin verdovende middelen te verbergen, aan een jongeman

van Israëlische origine, die in hetzelfde hotel verbleef, en dat een bedrag van ongeveer 150.000 tot 200.000 euro, die uit de transactie voortkwam, ter plaatse zou moeten worden aangetroffen (Cass. 4 januari 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 6, *NC* 2007, 207, concl. Adv.-Gen. VANDERMEERSCH, *JT* 2006, 46 en *RDPC* 2006, 454; zie voorts J. DE CODT, "Preuve pénale et nullités", *RDPC* 2009, 634-666, i.h.b. 662-663). Hierbij valt het wel op dat het Openbaar Ministerie in zijn conclusie m.b.t. de huiszoeking verricht in de hotelkamer verder gaat dan de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie, die m.b.t. een huiszoeking verricht in een hotelkamer vaststelde dat uit de verklaringen van de beklaagde het bestreden arrest had mogen afleiden dat de doorzochte kamer niet diende als zijn werkelijke verblijfplaats, zodat het niet ging om een woning in de zin van de artikelen 15 Gw. en 87 Sv., zijnde de plaats die een persoon bewoont om er zijn verblijf te vestigen en waar hij uit dien hoofde recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn rust en meer in het algemeen zijn privéleven aangezien betrokkene er slechts enkele nachten verbleef (Cass. 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 713 en *RDPC* 2001, 584). De advocaat-generaal gaat ietwat verder door te stellen dat de hotelkamers die de beklaagden daadwerkelijk bewoonden de bescherming van artikel 8 EVRM genoten en dat overeenkomstig het tweede lid van deze verdragsbepaling alleen de inmenging die bij de wet is bepaald en die in een democratische samenleving noodzakelijk is en een legitiem doel nastreeft, was toegestaan.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat volgens het Hof van Cassatie artikel 6*bis* van de basiswet de huiszoeking zonder bevel toestaat van om het even welke plaats die voor de verkoop of de aflevering van de verboden stoffen is bestemd van zodra de speurders, voor de huiszoeking, over ernstige en objectieve aanwijzingen over het bestaan van een misdrijf m.b.t. onrechtmatig bezit van verdovende middelen, met het oog op de verkoop, beschikken (Cass. 4 januari 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 6, *NC* 2007, 207, concl. Adv.-Gen. VANDERMEERSCH, *JT* 2006, 46 en *RDPC* 2006, 454), daar waar bepaalde auteurs van oordeel zijn dat de gelaagde structuur van artikel 6*bis*, de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM zich verzetten tegen deze ruime interpretatie (G.L. BOURDOUX en S. COISNE, "Le pouvoir de perquisition des officiers de police judiciaire sur la base de la loi en matière de stupéfiants", *RDPC* 2009, 908-926).

Eveneens opvallend is dat in deze zaak, in tegenstelling met het Openbaar Ministerie in hoger beroep, de feitenrechters geoordeeld hadden dat het geen huiszoeking op grond van de bepalingen betreffende heterdaad betrof en het Hof van Cassatie dit standpunt deelt. Andere feitenrechters verkozen ook de toepassing van artikel 6*bis* van de basiswet boven de heterdaadsituatie in een zaak waarin in een pand tot een huiszoeking werd overgegaan na een informatie, die de speurders hadden gecontroleerd, waardoor ze een reeks feiten hadden kunnen vaststellen betreffende kontakten tussen personen, telefonisch verkeer en vluchtpogingen (Antwerpen 17 januari 2008, *RW* 2008-09, 837, noot F. VANNESTE). De aanwijzingen die de toepassing van artikel 6*bis* verant-

woorden, kunnen ook het gevolg zijn van een administratief woonstonderzoek uitgevoerd door de wijkpolitie die bij de beklaagde op een binnenkoertje in een serre een reeks van cannabisplantjes opmerkt (Corr. Mechelen 17 mei 2006, *RABG* 2008, 461, noot F. SCHUERMANS).

173 Uit het bestaan van bijzondere bepalingen i.v.m. het bezoekrecht kan evenwel niet worden afgeleid dat geen toepassing zou kunnen worden gemaakt van de regels m.b.t. huiszoekingen in geval van ontdekking op heterdaad, eventueel ook bij nacht (R. DECLERCQ, *Beginselen*, nr. 427; R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nrs. 655 e.v.).

Men kan zich dan ook moeilijk aansluiten bij een beslissing die de huiszoekingen onregelmatig achtte in een zaak waarin twee personen in het bezit van drugs aangetroffen werden aan de grenspost te Visé om 20u30 en vervolgens huiszoekingen om 21u05 en 21u30 in hun woning in het Luikse werden uitgevoerd (KI Luik 19 september 1984, *Jur. Liège* 1985, 33, vorderingen Adv.-Gen. SPIRLET).

De bijzondere regels van de Drugwet doen aan het gemeen recht inzake huiszoekingen niets af, maar voegen er wel gevallen aan toe. Huiszoekingen kunnen dus geschieden met bevel tot huiszoeking van een onderzoeksrechter, met toestemming of bij heterdaad overeenkomstig het gemeen recht.

Het begrip heterdaad wordt sedert het principearrest van 22 september 1981 (Cass. 22 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 122, *Pas.* 1982, I, 116, *RW* 1981-82, 1271, noot A. VANDEPLAS en *RDPC* 1983, 198, noot G. SUETENS-BOURGEOIS) strikt geïnterpreteerd. Het is niet voldoende dat alleen vastgesteld wordt dat de verbalisanten konden vermoeden dat in een woning een misdrijf was gepleegd. De vaststelling van de misdaad of het wanbedrijf op heterdaad moet voordien gebeuren.

De rechtspraak m.b.t. drugdelicten geeft treffende voorbeelden betreffende de aard van de vereiste feitelijke vaststellingen en de controle hierop van de cassatierechters.

In een eerste geval werd geoordeeld dat de rechter die erop wijst dat officieren van gerechtelijke politie "een persoon die tekenen van toxicomanie vertoonde, uit een gebouw hadden zien komen, dat die persoon heroïne bij zich had en verklaarde deze van X te hebben gekocht in het pand waar hij net gekomen was", wettig beslist dat de officieren van gerechtelijke politie blijkens hun vaststellingen wisten dat een misdrijf werd gepleegd of kort tevoren gepleegd was en dat "zij derhalve gerechtigd waren om terstond opsporingen te verrichten in de woning van X ten einde de heroïneverkoper aan te houden en de eventuele, nog in diens bezit zijnde verdovende middelen in beslag te nemen" (Cass. 13 december 1989, *Arr.Cass.* 1989, nr. 242, 527, *Pas.* 1989, I, 471, *RDPC* 1990, 295 en *JLMB* 1990, 154).

In een ander geval waarin de rechter had vastgesteld dat de officieren van gerechtelijke politie door een informant op de hoogte werden gesteld van het feit dat in de loop van de avond een belangrijke deal zou plaatshebben in een woning en dat de leden van gerechtelijke politie die zich aldaar hadden aangemeld, geen toegang hadden gekregen en hevige knallen hadden gehoord waarop ze vervolgens besloten hadden met geweld de woning te betreden en zij in de salon een drietal personen zagen en bemerkten dat de beklaagde volop bezig was dingen in de brandende open haard te werpen die achteraf bleken ampullen amfetamines te zijn, en de beklaagde had bekend dat hij op die avond die goederen had klaargezet op de salontafel omdat er een koper was gekomen, werd geoordeeld dat de rechter zodoende niet had geconstateerd dat er ontdekking op heterdaad bestond in de zin van artikel 41 Sv. (Cass. 3 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 539, 1116, *Pas.* 1988, I, 1057 en *RDPC* 1988, 1065, noot J.S.).

Het bewijs van het bestaan van de voorwaarde dat het misdrijf vooraf werd vastgesteld, wordt geleverd wanneer de onderzoekers hebben vastgesteld dat een grote hoeveelheid cocaïne was opgeslagen in een container die werd afgeladen in de haven van Antwerpen en dat deze container vervolgens werd vervoerd naar een loods, alwaar zonder verwijl de zoeking werd uitgevoerd (KI Bergen 26 februari 1993, *RDPC* 1993, 677, noot H.D. Bosly).

De omstandigheid dat de politiediensten vermoedens hadden m.b.t. het feit dat er drugs werden gedeald vanuit een pand sluit niet noodzakelijkerwijze de procedure van heterdaad uit. Wanneer de politiediensten pas bij de quasi gelijktijdige interceptie van twee personen de informatie verkregen dat ze drugs hadden aangekocht in het betrokken pand en daaropvolgend en eenmaal het misdrijf was vastgesteld een huiszoeking verrichten, is de huiszoeking uitgevoerd overeenkomstig de procedure van heterdaad (Corr. Gent 2 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006, 149).

174 De toepassing van de regels van gemeen recht heeft soms, gecombineerd met de afwijkende wetsbepaling uit de Drugwet feitenrechters, ertoe geleid huiszoekingen onregelmatig te verklaren.

Enerzijds betrof het een geval waar de rechters van oordeel waren dat de toestemming niet vóór het begin van de huiszoeking werd gegeven. In deze zaak waren de verbalisanten in een woning binnengelaten geweest en in de woonkamer, waar minstens een verbalisant zich bevond voor de toestemming gegeven was, hadden ze jointrestanten in een asbak op de salontafel bemerkt. In een dergelijk geval is de eigenlijke huiszoeking al begonnen. Omdat een voorafgaande en schriftelijke toestemming ontbrak, waren de rechters van oordeel dat die huiszoeking onregelmatig was en sloten ze het onrechtmatig verkregen bewijs uit (Corr. Antwerpen 23 juni 1998, *Vigiles* 1999, afl. 4, 22, noot F. Verspeelt). Zo een beslissing zou wellicht na de kentering in de rechtspraak van het Hof van Cassatie thans geen aanleiding meer geven tot bewijsuitsluiting (zie verder, nr. 191).

Anderzijds ging het om het geval waarin de verbalisanten een woning hadden betreden in verband met een poging tot verkrachting, er een man aantroffen die hen vanuit zijn bed "dwaas aankeek" en dan het vermoeden kregen van de aanwezigheid van verdovende middelen. De rechters beslisten dat de daaropvolgende huiszoeking op grond van het vroeger artikel 7, § 3 Drugwet onwettig was, omdat geen voorafgaande aanwijzingen van het bewaren of opslaan van verdovende middelen voorhanden waren. Zelfs vóór de kentering in de rechtspraak m.b.t. de sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs, lijkt het niet uitgesloten dat andere rechters tot een tegenovergesteld besluit zouden zijn gekomen. Wanneer een oorspronkelijke huiszoeking regelmatig is en de politieambtenaren de grenzen van hun aanvankelijke regelmatige huiszoeking niet te buiten gaan, belet niets dat politieambtenaren andere misdrijven geldig vaststellen (R. DECLERCQ, *Beginselen*, nr. 587; R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 903). De vraag komt te dezen dus erop neer of het aantreffen van een man die de politieambtenaren vanuit zijn bed "dwaas aankeek" als een aanwijzing in de zin van de Drugwet kan worden beschouwd. De feitenrechters oordelen hierover in feite en dus onaantastbaar (Antwerpen 11 oktober 2000, *RW* 2002-03, 1102, noot S. VANDROMME; zie voorts C. DE VALKENEER, *Manuel*, nr. 472, voetnoot 1045).

AFDELING IV

MONSTERNEMING

175 Artikel 7, § 4 bepaalt dat de Koning nadere regels stelt voor de monsterneming en de werkwijze van de laboratoria, erkend voor de analyse daarvan.

De Koning heeft echter geen besluit genomen om de wet op dit punt uit te voeren. Die afwezigheid van uitvoeringsbesluit heeft niet als gevolg dat er geen monsterneming mag geschieden, maar wel dat er geen vaste regels daarover bestaan. Monsters mogen derhalve worden genomen zonder dat in dezen wel bepaalde procedureregels moeten worden nageleefd. Wel is het vereist dat het recht van verdediging wordt geëerbiedigd. De resultaten van de monsterneming moeten dus aan de tegenspraak van de partijen worden onderworpen (zie B. BRONDERS, "Over de monsterneming in het milieurecht: demystificatie van een bijzondere wijze van bewijsvoering?", *RW* 1990-91, 1321-1332). Zo kan de strafrechter, met inachtname van de rechten van verdediging, zelfs rekening houden met deskundigenonderzoeken en analyses die in het buitenland zijn uitgevoerd als bewijs voor de aard van de stoffen (Cass. 29 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 435, *RDPC* 1990, 289 en *JLMB* 1990, 150).

In een zaak van een internationale trafiek heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het recht op tegenspraak alleen inhoudt dat elke partij de mogelijkheid moet hebben om alle gegevens waarop de rechter zich kan baseren om

een beslissing te nemen, tegen te spreken en van daaruit om bijkomende onderzoeksmaatregelen te verzoeken en dat het teloorgaan van een overtuigingsstuk, waardoor de ontleding ervan onmogelijk wordt, een beoordeling van de zaak op grond van de overige gegevens niet in de weg staat. Te dezen waren bij het oprollen van een netwerk drugs in beslag genomen, en na monsterneming werd hierop een zogenaamde oriëntatietest uitgevoerd. Het resterende gedeelte van de drugs werd evenwel vernietigd. Tijdens de openbare terechtzitting bleek echter dat ook het monster werd vernietigd. Hierdoor kon de rechtbank geen gevolg geven aan het verzoek van de verdediging om een laboratoriumtest op de stof te laten uitvoeren. De bewijswaarde van de oriëntatietest werd evenwel aangevuld met andere gegevens uit het dossier, zodat de beperking van de tegenspraak hier niet heeft geleid tot een proces dat in zijn geheel genomen oneerlijk was (Cass. 7 januari 2003, *RW* 2003-04, 1541, noot C. De Roy).

Wanneer het verslag van de deskundige evenwel het enige element is waarover het Openbaar Ministerie beschikt om te stellen dat het wel degelijk gaat om een wettelijk verboden stof die wordt misbruikt voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen en de verdediging de wetenschappelijke waarde van dit verslag bekritiseert, is bij vernietiging van alle stalen het recht van de verdediging geschonden doordat geen tegenexpertise meer mogelijk is (Corr. Antwerpen 30 juni 1999, *T.Strafr.* 2001, 38).

AFDELING V

BELEMMERING VAN HET ONDERZOEK

176 Artikel 8, § 2 bepaalt dat met gevangenisstraf van drie maanden tot vijf jaar en met geldboete van 1.000 tot 100.000 euro of met één van die straffen alleen, worden gestraft zij die zich niet lenen tot of zich verzetten tegen bezichtiging, inspectie of monsterneming door de bevoegde ambtenaren, wanneer ze betrekking hebben op slaapmiddelen, verdovende middelen, psychotrope stoffen of precursoren.

De wet van 9 juli 1975 heeft in dezen vooral twee nieuwigheden ingevoerd. Enerzijds werd de verwijzing naar de artikelen 269 tot 274 Sw. betreffende de weerspannigheid weggelaten omdat het de zin heel wat zwaarder maakte en bovendien overbodig was aangezien er altijd vervolgd kan worden wegens weerspannigheid wanneer er daartoe grond bestaat. Anderzijds werden de straffen opgevoerd tot de straffen gesteld op de basismisdrijven om elke speculatie te verijdelen bij de betrokkenen die geneigd zouden zijn het toezicht te weigeren in de hoop aan een strengere bestraffing te ontsnappen (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 13-14 en 1974-75, nr. 454/2, 3).

In geval van herhaling kunnen de straffen worden verdubbeld overeenkomstig artikel 5 (*Parl.St.* Senaat 1970-71, nr. 290, 11; W. BROSENS, "De wet en de drugs", *RW* 1976-77, 1025-1112, i.h.b. nr. 84).

AFDELING VI

IDENTITEITSCONTROLE, FOUILLERING, DOORZOEKING VAN VOERTUIGEN EN ONDERZOEK AAN HET LICHAAM

177 Het is duidelijk dat het Hof van Cassatie zowel de voorwaarden gesteld bij artikel 34, § 1 van de Wet op het Politieambt m.b.t. de identiteitscontrole als de voorwaarden waaraan de veiligheidsfouillering overeenkomstig artikel 28, § 1 WPA onderworpen is, ruim interpreteert.

Artikel 34, § 1 WPA bepaalt dat de politieambtenaren de identiteit kunnen controleren van ieder persoon indien zij, op grond van zijn gedragingen, materiële aanwijzingen of omstandigheden van tijd of plaats, redelijke gronden hebben om te denken dat hij wordt opgespoord, dat hij heeft gepoogd of zich voorbereidt om een misdrijf te plegen of dat hij de openbare orde zou kunnen verstoren of heeft verstoord.

De beslissing van de feitenrechters, dat uit het oorspronkelijk proces-verbaal blijkt dat de identiteitscontrole en de veiligheidsfouillering waaraan beklaagde is onderworpen geweest volgens de politieambtenaren verantwoord wordt door het zenuwachtig gedrag dat door de beklaagde en de hem vergezellende persoon werd vertoond bij het naderen van hun dienstvoertuig en dat die objectieve omstandigheid volstaat als verantwoording voor de uitgevoerde identiteitscontrole en fouillering, werd geacht regelmatig met redenen omkleed en naar recht verantwoord te zijn (Cass. 24 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 45, *Vigiles* 2002, 175, noot H. BERKMOES en *RDPC* 2001, 726). Men ontkomt hierbij niet aan de indruk dat aldus opsporingen worden gelegitimeerd op grond van een subjectieve indruk van de politiediensten. Nochtans zijn voor het bestaan van redelijke gronden geen voorbereidingshandelingen nodig; voor zover ze steunen op een objectieve analyse van de criminaliteit of een voorafgaande observatie die een potentieel risico op delinquentie aantoont, kunnen op bepaalde plaatsen, in functie van de omstandigheden van tijd en plaats, identiteitscontroles uitgevoerd worden (C. DE VALKENEER, *Manuel*, nr. 105). In elk geval is duidelijk dat er eerst aanleiding moet zijn voor een identiteitscontrole, en slechts daarna mag worden overgegaan tot een fouillering, indien daartoe nog eens redelijke gronden bestaan (P. ARNOU, "Fouilleren", in *Comm.Straf.*, nr. 32).

Bij het vervullen van hun opdrachten van bestuurlijke politie, kunnen de politieambtenaren een veiligheidsfouillering uitvoeren in de gevallen omschreven in artikel 28, § 1 WPA. Er bestaan elementen in de zin van artikel 28, § 1,

1° WPA, wanneer op grond van voldoende materiële aanwijzingen (het aantreffen van op speciale wijze gevouwen papiertjes) en van omstandigheden (het feit dat beklaagden uit Nederland kwamen om hier personen op te laden die samen met hen naar een houseparty-fuif in Amsterdam zouden gaan, alsook het feit dat zij elkaar geregeld troffen in een bepaalde club, waar regelmatig drugs worden gebruikt en verhandeld) redelijke gronden bestaan om te denken dat beklaagden een wapen zouden kunnen dragen of enig voorwerp dat gevaarlijk is voor de openbare orde (Corr. Antwerpen 12 mei 1998, *Vigiles* 1998, afl. 4, 37, noot P. DE HERT).

178 Ook feitenrechters hebben soms de neiging de voorwaarden voor een gerechtelijke fouillering gesteld bij artikel 28, § 2 WPA soepel te hanteren.

Artikel 28, § 2 WPA bepaalt dat bij het vervullen van hun gerechtelijke opdrachten, de politieambtenaren een gerechtelijke fouillering kunnen verrichten van de personen t.a.v. wie aanwijzingen bestaan dat zij overtuigingsstukken of bewijsmateriaal i.v.m. een misdaad of wanbedrijf bij zich dragen.

Uit de omstandigheid dat de passagiers uit Curaçao op Zaventem aankwamen en een proces-verbaal van de verbalisanten vermeldde dat de vluchten vanuit deze stad als risicovluchten worden beschouwd, aangezien vanuit dat gebied regelmatig verdovende middelen naar België worden verscheept, werd afgeleid dat de nodige aanwijzingen wel degelijk aanwezig waren om tot een fouillering van de beklaagden over te gaan. Hierbij werd gepreciseerd dat artikel 28, § 2 WPA niet vereist dat de motieven die verbalisanten ertoe brachten tot een gerechtelijke fouillering over te gaan, dienen vermeld te worden in het aanvankelijk proces-verbaal (Brussel 23 oktober 2001, *Vigiles* 2002, afl. 2, 59, noot F. GOOSSENS dat Corr. Brussel 14 februari 2001, *RW* 2001-02, 820, noot B. BACKX hervormt). De aanwijzingen bedoeld in artikel 28, § 1 WPA kunnen dus blijkbaar worden afgeleid uit gegevens van algemene bekendheid. Blijft natuurlijk de vraag of iedereen die op zulke vlucht reist zomaar aan een fouillering kan worden onderworpen, ook al beschouwt de politie dit als een risicovlucht.

Wanneer een verdachte op vraag van een politieambtenaar zijn zakken leegmaakt en een pakje sigaretten en een pak tabak op tafel legt, waarin bij nader onderzoek blijkt een joint en weed te zitten, is er geen sprake van fouillering in de zin van de wet. Fouilleren zoals bedoeld in artikel 28 WPA is immers het zintuiglijk speuren in, op of onder de kleding van een aanwezige persoon of de controle van de bagage van de persoon (Cass. 19 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 188, *Vigiles* 2002, afl. 3, 100, noot F. HUTSEBAUT, *NJW* 2002, 279 en *RDPC* 2003, 729; zie verder de kritiek van F. GOOSSENS, "Het politiewerk: een lastige evenwichtsoefening soms bemoeilijkt door de rechtspraak", *Vigiles* 2010, 167-182). De vraag om zakken te legen is op zich geen fouillering. Mocht de betrokkene op het voorstel van de politie niet zijn ingegaan, dan kan er worden overgegaan tot een fouillering, voor zover de wettelijke voorwaarden voorhanden zijn.

Het is voorzeker niet uitgesloten dat een gerechtelijke fouillering op een veiligheidsfouillering volgt, bv. wanneer wordt vastgesteld dat het voertuig dient om verdovende middelen te transporteren (C. DE VALKENEER, *Manuel*, nr. 241).

179 Benevens artikel 28 WPA moet m.b.t. de fouillering i.v.m. verdovende middelen rekening worden gehouden met de bepalingen uit de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen.

Artikel 28 WPA heeft niets te maken met de visitaties, verificaties, opnemingen en peilingen uitgevoerd door douaneambtenaren overeenkomstig artikel 182, § 1 AWDA. Bij een visitatie door douaneambtenaren gaat het noch om een gerechtelijke fouillering, noch om een veiligheidsfouillering, maar om een controle *sui generis* met een eigen wettelijke regeling, zowel naar toepassingsvoorwaarden als uitvoeringsmodaliteiten (art. 182-192 AWDA).

Met toepassing van deze wetsbepalingen kunnen douaneambtenaren de bagage van een reiziger die op de luchthaven achtergebleven is aan een X-raycontrole onderwerpen en na vaststelling dat die koffer een dubbele bodem vertoonde waarin er zich een substantie bevond, een gaatje in de dubbele wand boren en een positieve cocaïnetest uitvoeren op deze witte substantie. Artikel 182 AWDA bepaalt immers dat alle gedragen wordende goederen kunnen worden onderzocht. Een koffer valt dus onder deze wetsbepaling. Daarenboven kunnen de douaneambtenaren overeenkomstig artikel 184, § 1 AWDA de aard en de natuur van de goederen onderzoeken, door de betrokken goederen te openen en hun inhoud na te gaan. De omstandigheid dat dit onderzoek in afwezigheid van de eigenares van het goed gebeurde, staat de wettelijkheid van deze onderzoeksdaad niet in de weg (Cass. 8 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 517 en *FJF* 2003, 323 dat het cassatieberoep verwerpt ingesteld tegen Brussel 29 mei 2002, *NJW* 2002-03, 284; zie voorts L. ARNOU, "Fouilleren en controle van bagage", *NJW* 2002, 264-268).

De ambtenaren van dit bestuur putten uit de AWDA ook de bevoegdheid om onder meer verzonden goederen te onderzoeken. Ze kunnen met toepassing van artikel 182 en volgende AWDA een zending van goederen op een vrachtbrief omschreven als drie keramische potten, een speelgoedgeschenk en kaarsen, openen en erin verdovende middelen aantreffen (Cass. 22 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 305).

Tevens dient i.v.m. het fenomeen van de invoer via zeeschepen te worden gewezen op het feit dat de kuststaat op grond van de Conventie van Genève van 29 april 1958 inzake de territoriale zee en de aangrenzende zone, in België goedgekeurd door de wet van 29 juli 1971, kan optreden aan boord van een door de territoriale wateren varend schip, als dit noodzakelijk is voor de onderdrukking van de onrechtmatige handel in verdovende middelen. Op grond hiervan kan de douane dus ook containers en schepen controleren

die langs de kade liggen (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 89).

180 Het doorzoeken van voertuigen is verbonden aan de materiële voorwaarden die artikel 29 Wet op het Politieambt opsomt.

De politieambtenaren kunnen daartoe overgaan indien zij, op grond van de gedragingen van de bestuurder of de passagiers, van materiële aanwijzingen of van omstandigheden van tijd of plaats redelijke gronden hebben om te denken dat het voertuig werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen worden gebruikt om

1° een misdrijf te plegen;
2° opgespoorde personen of personen die aan een identiteitscontrole willen ontsnappen een schuilplaats te geven of te vervoeren;
3° een voor de openbare orde gevaarlijk voorwerp, overtuigingsstukken of bewijsmateriaal i.v.m. een misdrijf op te slaan of te vervoeren.

Er bestaan verschillende objectieve aanwijzingen dat een voertuig voor één van de doeleinden vermeld in voornoemde wetsbepalingen zou kunnen worden gebruikt wanneer de verdachten vanuit Nederland, waarvan algemeen geweten is dat van daaruit regelmatig drugs worden ingevoerd naar België, komen om alhier personen op te pikken die samen met hen naar een houseparty in Amsterdam zouden gaan, terwijl het vaststaat dat zij elkaar geregeld treffen in een bepaalde club waar regelmatig drugs worden gebruikt en verhandeld (Corr. Antwerpen 12 mei 1998, *Vigiles* 1998, afl. 4, 37, noot P. DE HERT).

Bij het doorzoeken van voertuigen kunnen honden worden gebruikt. Ook kan het eventueel nodig zijn om bepaalde delen van een wagen te demonteren (C. DE VALKENEER, *Manuel,* nr. 240; W. MAHIEU, "Drugs: opsporing en vervolging", *Comm.Straf.*, nr. 20).

Ook moet er rekening worden gehouden met de ruime bevoegdheden waarover de ambtenaren van douane en accijnzen beschikken om voertuigen te controleren en personen aan lijfsvisitatie te onderwerpen wanneer voertuigen uit het buitenland komen (Bergen 8 september 2010, *Rev.dr.pén.entr.* 2011, 63, noot J.P. LETE; zie voorts E. VAN DOOREN, "Douane en accijnzen: visitatie", *Comm.Straf.*).

181 De rechtspraak heeft zich meermaals moeten uitspreken over de wettigheid van fouilleringen en doorzoekingen van wagens uitgevoerd door dancingportiers of parkingwachters.

Een dergelijk optreden werd beschouwd als een inmenging in openbare ambtenaren en de aldus verkregen bewijselementen werden geweerd (Brussel 20 juni 1997, *RDPC* 1997, 1092; Brussel 11 december 2002, *Vigiles* 2004, afl. 1, 28, noot H. BERKMOES; Corr. Luik 8 januari 2003, *RRD* 2002, 390 en *Vigiles*

2004, 29, noot H. BERKMOES; Corr. Antwerpen 3 maart 1999, *RW* 1999-2000, 400, noot J. ROZIE). Wel heeft de rechtspraak de feiten bewezen verklaard wanneer andere bewijselementen voorhanden zijn die noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks voortvloeien uit de onwettelijke fouillering of doorzoeking. Als er eerst een fouillering wordt uitgevoerd door een onbevoegde persoon, tast diens handelen de geldigheid van een latere fouillering door de bevoegde politiediensten niet aan. Als deze nog een fouillering uitvoeren en er worden materialen gevonden die wijzen op een misdrijf, kan de betrokkene vervolgd worden op grond van deze vaststellingen door de politiediensten (Corr. Leuven 13 maart 1998, *RW* 1999-2000, 403). Daarenboven kan een persoon vrijwillig instemmen met een fouillering door een andere privépersoon (Corr. Leuven 21 januari 1995 aangehaald in W. VAN LAETHEM, "Mag een portier dan toch fouilleren ?", *Vigiles* 1995, afl. 3, 46-48; Corr. Gent 15 september 1997, *TGR* 1998, 33). Hierbij dient te worden opgemerkt dat zelfs na talrijke wijzigingen artikel 8, § 6*bis* van de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid geen fouilleringsbevoegdheid aan de in die wetsbepaling opgesomde personen toekent, maar enkel een controle van de kledij en de goederen van personen bij de toegang van bepaalde plaatsen en dergelijke controles enkel kunnen worden uitgevoerd indien de betrokken personen zich vrijwillig eraan onderwerpen. Dergelijke controles zijn onderworpen aan strenge cumulatieve voorwaarden (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nrs. 2328/1 en 2329/1, 96-97). Wel kunnen de bewakingsagenten aan eenieder die zich tegen deze controle verzet of bij wie is vastgesteld dat hij of zij in het bezit is van een wapen of een ander gevaarlijk voorwerp de toegang tot de plaatsen, waarop de toegangscontrole betrekking heeft, ontzeggen (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nrs. 2328 en 2329/1, 34-35; zie voorts K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs,* 45).

182 Er rijst ook de vraag of in bepaalde gevallen geen aanleiding bestaat om de bepalingen m.b.t. het onderzoek aan het lichaam toe te passen. Te dezen gaat het om een ambtsverrichting die alleen de onderzoeksrechter, de kamer van inbeschuldigingstelling, alsook de rechtbank of het hof, die van de misdaad of het wanbedrijf kennis nemen, kan bevelen (art. 90*bis* Sv.).

Het Hof van Cassatie heeft beslist dat de lichaamsoefeningen waarbij een vrouw verplicht wordt, nadat ze zich volledig heeft moeten uitkleden, recht te staan met gespreide benen en daarna tienmaal door de knieën te buigen met de bedoeling dat eventueel in de vagina verstopte voorwerpen zichtbaar worden of naar buiten komen, terwijl de onderzoekers van op 50 cm. deze verplichte lichaamsoefeningen nauwlettend afspeuren, geen onderzoek aan het lichaam is als bedoeld in artikel 90*bis* Sv., omdat een dergelijk onderzoek een ter exploratie van intieme delen van het lichaam bevolen deskundigenonderzoek is. Het Hof neemt aan dat het te dezen slechts fouilleringen betreft, ook al werden daartoe intieme lichaamsdelen zichtbaar (Cass. 27 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 118, 248 en *Pas.* 1988, I, 230).

Die uitspraak werd door de doctrine bekritiseerd, omdat ze voor het onderzoek aan het lichaam vereist dat er noodzakelijk aanrakingen van de intieme lichaamsdelen van de onderzochte persoon gebeuren, hetgeen niet zou stroken met de bedoelingen van de wetgever. Door de waarborgen van de procedure van het onderzoek aan het lichaam af te wijzen zolang geen aanraking van intieme delen van het lichaam plaatsvindt, wordt het begrip "onderzoek aan het lichaam" restrictief benaderd (P. ARNOU, "Tussen onderzoek aan het lichaam en fouillering: een onzeker en variabel grensgebied" (noot onder Cass. 27 oktober 1987), *RW* 1988-89, 1027; R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 976).

AFDELING VII

INBESLAGNAME

183 Alles wat kan dienen om de waarheid aan het licht te brengen en wat een van de in de artikelen 42 en 43*quater* Sw. bedoelde zaken schijnt uit te maken, kan in beslag worden genomen (art. 35, § 1 Sv.).

Wanneer inbreuken op de Drugwet worden vastgesteld in een drankgelegenheid of een andere inrichting, wordt soms de betrokken zaak verzegeld. Dit is dan bedoeld als een soort beslag op de plaats waar de misdrijven gepleegd zijn, met het oog op het ter plaatse verrichten van onderzoeksdaden (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 106). De personen die erdoor geschaad zijn kunnen de opheffing van deze maatregel vragen (zie boven nr. 91).

Na de wet van 3 mei 2003 rees de vraag of bij anonieme registratie, dus i.v.m. bezit van een gebruikershoeveelheid dat niet vergezeld gaat met openbare overlast of met problematisch gebruik, de drugs in beslag mogen of moeten worden genomen. Er werd in dit verband gewezen op het feit dat de politiediensten vaak geconfronteerd zijn met zeer weerspannige personen die hun drugs terugeisen, ervan uitgaande en argumenterend dat het allemaal nu wel mag. Tevens hebben parketmagistraten tijdens de parlementaire procedure van de wet van 3 mei 2003 gewezen op de artikelen 35 Sv. en 42 Sw. die bepalen dat de politiediensten alles in beslag nemen wat de zaken schijnt uit te maken die het voorwerp van het misdrijf vormen en op de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat beslist dat verdovende middelen hoe dan ook verbeurd verklaard moeten worden als voorzorgsmaatregel om dergelijke producten niet in omloop te laten (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 72, 75-76 en 87).

De ministeriële richtlijn van 16 mei 2003 betreffende het vervolgingsbeleid bepaalde dat het parket nauwkeurige richtlijnen aan de politiediensten geeft teneinde te voorzien in een stelsel voor de neerlegging ter griffie van de pro-

ducten in het bezit van betrokkene welke eventueel in beslag zijn genomen of waarvan de betrokkene zich vrijwillig heeft ontdaan. De circulaire sloot wat dit aspect betreft aan bij de tussenkomst van de vertegenwoordiger van de minister van Justitie tijdens de besprekingen in de commissie voor de Justitie van de Kamer die opmerkte dat artikel 35 Sv. gecombineerd met artikel 42 Sw. van toepassing is op misdaden en wanbedrijven, terwijl op cannabismisdrijven voortaan meestal politiestraffen van toepassing zijn en verder aankondigde dat de circulaire de mogelijkheid van inbeslagname handhaaft, maar dan wel overeenkomstig de richtlijnen van de procureurs des Konings. Het doel van die regeling was te voorkomen dat de politieambtenaren systematisch het kleinste jointpeukje in beslag moeten nemen en volgens de reglementaire vormvereisten ter griffie moeten neerleggen (*Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 234; zie voorts A. DE NAUW, "De gewijzigde Drugwet: hopeloos op zoek naar rechtszekerheid", *RW* 2003-04, 1161-1172, i.h.b. nr. 15).

De latere gemeenschappelijke richtlijn van 25 januari 2005 van de minister van Justitie en het college van procureurs-generaal genomen na de vernietiging van het systeem van anonieme registratie door het Arbitragehof (zie boven nr. 6) bepaalt dat de inbreuken die, in het kader van deze richtlijn, worden geregistreerd in een vereenvoudigd proces-verbaal, geen aanleiding geven tot een inbeslagname van de aangetroffen verdovende middelen. Deze mogen derhalve in het bezit blijven van de betrokkene. Indien deze laatste er vrijwillig afstand van doet, worden deze stoffen onverwijld vernietigd door de hiertoe aangeduide verantwoordelijke van het betreffende politiekorps (zie voorts F. SCHUERMANS, "Wijziging aan de ministeriële drugsrichtlijn", *RABG* 2005, 478-481). De vraag rijst of het wel logisch is dat een circulaire aan de politie een richtlijn kan geven om een illegaal product niet in beslag te nemen, tenzij de betrokkene er zelf afstand van doet (K. VAN CAUWENBERGHE, *Handhavingsboekje Drugs*, 26 en 35; zie voorts W. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm.Straf.*, nr. 139).

AFDELING VIII

BRIEFGEHEIM

184 Vóór de wet van 6 januari 2003 werd traditioneel aanvaard dat de inbeslagneming van brieven onder het gemeen recht viel. De vraag naar het briefgeheim werd aldus teruggebracht tot de rechtsgeldigheid van het beslag, die in de meeste gevallen verbonden is aan de geldigheid van de huiszoeking (Ph. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, nr. 600).

De rechtspraak had dan ook beslist dat wanneer brieven, die onregelmatig in beslag zijn genomen, geopend worden door de onderzoekers zonder tussenkomst van de onderzoeksrechter en drugs erin worden ontdekt, het aldus verkregen bewijs onrechtmatig is (Brussel 16 maart 1988, *JT* 1988, 569, noot

O. KLEES). De beslissing die een grote enveloppe die een pakje bevat dat gezien zijn volume door tasten gemakkelijk kan worden ontdekt en waarin drugs steken, alsmede een kaart waarop drie woorden staan geschreven, aanmerkt als een pakket en niet als een brief (Brussel 29 september 1992, *RDPC* 1994, 903) gaf onder de gelding van de algemene bepalingen van het beslag de indruk dat er een onderscheid tussen de inbeslagneming van brieven en andere voorwerpen moest worden gemaakt, terwijl de bevoegdheid inzake het onderscheppen en openen van brieven traditioneel gegrond werd op de wetsbepalingen betreffende de huiszoeking en de inbeslagneming.

Sedert de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden (de BOM-wet) moet in dit verband rekening worden gehouden met de artikelen 46*ter* en 88*sexies* Sv. Omdat het in het licht van de rechtspraak van het EHRM m.b.t. artikel 8 EVRM, dat toegankelijke en precieze wetsbepalingen vereist inzake inmengingen van de overheid in het privéleven, twijfelachtig geworden was of dergelijke analogische toepassing wel toegestaan is, heeft de wetgever specifieke wetsbepalingen in het Wetboek van Strafvordering ingevoerd m.b.t. het onderscheppen en openen van post. De procureur des Konings kan thans bij het opsporen van misdaden en wanbedrijven aan een postoperator toevertrouwde post, bestemd voor of afkomstig van een verdachte of die op hem betrekking heeft, enkel onderscheppen en in beslag nemen, wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben (art. 46*ter* Sv.). Om de stukken te openen en kennis te nemen van de inhoud is behoudens heterdaad de tussenkomst van een onderzoeksrechter vereist (art. 88*sexies* Sv.; zie voorts H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH en M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 391 en 618; R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nrs. 635 en 988).

Belangrijk is hierbij dat de term "post" in de brede zin van het woord wordt begrepen en ook postpakketten bevat. Vooral na de wet van 27 december 2005 betreffende de verbetering van de onderzoeksmethoden in de strijd tegen het terrorisme en de zware en georganiseerde criminaliteit (de BOM-reparatiewet), die het begrip post vermeld in deze nieuwe wetsbepalingen heeft omschreven met verwijzing naar definities uit de wet op de overheidsbedrijven, rijst de vraag of postpaketten behandeld door een koerierdienst ook niet onder toepassing van voornoemde wetsbepalingen vallen.

Het is derhalve twijfelachtig (zie in dezelfde zin C. DE VALKENEER, *Manuel*, nr. 574) of het Hof van Cassatie nog zou beslissen dat de bescherming van het briefgeheim zich niet uitstrekt tot een postpakket enkel doordat het ter nazending onder gesloten omslag of verpakking aan een private firma wordt aangeboden met vermelding van afzender en bestemming en dat bijgevolg de politiediensten een dergelijk postpakket mogen openen en in beslag nemen (Cass. 27 juli 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 421 en *RW* 2000-01, 1199, noot B. DE SMET).

AFDELING IX

PROACTIEVE RECHERCHE

185 Luidens artikel 28*bis*, § 2 Sv. behoeft het instellen van een proactieve recherche voorafgaande schriftelijke toestemming door het Openbaar Ministerie.

In verschillende procedures hebben rechters het argument van de verdediging dat deze toestemming ontbrak van de hand gewezen, omdat volgens hen het niet ging om een proactieve recherche, maar wel om een reactieve recherche.

Er dient vastgesteld te worden dat de rechtspraak soms een tijdscriterium heeft aangewend om de proactieve recherche af te bakenen. Dergelijk criterium komt aan bod wanneer gesteld wordt dat de proactieve recherche bestaat in de bestraffing van toekomstige misdrijven en in het voorkomen van een misdrijf of van bedreigingen voor de openbare orde of veiligheid. In voorkomend geval hadden de door de onderzoekers onderzochte misdrijven al plaatsgevonden. Bijgevolg werd beslist dat de onderzoekers niet vooraf een schriftelijke toestemming aan de procureur des Konings moesten vragen (KI Brussel 17 december 1999, *Vigiles* 2000, afl. 1, 17, noot C. DE VALKENEER).

Het tijdscriterium is naast het kenniscriterium ook aanwezig in het arrest van het Hof van Cassatie dat voor recht zegt dat de proactieve recherche van de zogenaamd reactieve recherche verschilt in zoverre zij betrekking heeft op nog niet gepleegde misdrijven of op reeds gepleegde, maar nog onbekende misdrijven, terwijl de zogenaamde reactieve recherche erin bestaat reeds gepleegde misdrijven op te sporen, de daders van de reeds gepleegde misdrijven te identificeren en zowel de bewijzen op te sporen als de gegevens te verzamelen die voor de uitoefening van de strafvordering dienstig zijn. Bijgevolg is er geen sprake van proactieve recherche wanneer vastgesteld wordt dat de onderzoekers hebben gehandeld in het kader van een onwettige invoer van drugs, waarbij de feiten reeds waren gepleegd en reeds waren gekend (Cass. 27 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 143).

186 Het Hof van Cassatie heeft later blijkbaar geopteerd voor de aanwending van het kenniscriterium dat dichter aansluit bij artikel 28*bis*, § 2 Sv. Bijzonder verhelderend in dit opzicht is de conclusie van advocaat-generaal DUINSLAEGER bij het arrest van 4 juni 2002, waarin hij stelt dat het verkeerd is het begrip "proactieve recherche" in te vullen met verwijzing naar de vraag of het misdrijf al dan niet reeds werd gepleegd. Eerder dan bij het antwoord op de vraag of het misdrijf al dan niet reeds werd gepleegd, lijkt het criterium te liggen bij de informatiepositie, waarover politie en Openbaar Ministerie beschikken. Wanneer de beschikbare informatie verder reikt dan alleen maar een redelijk vermoeden, doordat deze informatie betrekking heeft op in de tijd en in de ruimte bepaalbaar misdrijf, dan is er geen nood meer aan een ver-

kennende informatiegaring, maar dan kan en moet reactief worden opgetreden, ook al is het misdrijf zelf op dat ogenblik nog niet voltrokken en ook al heeft de informatie enkel betrekking op zogenaamde voorbereidingshandelingen. In deze zaak had het bestreden arrest (Gent 30 januari 2002, *Vigiles* 2002, afl. 4, 138, noot T. VAN DEN HENDE) vastgesteld dat uit de gegevens van het dossier voldoende duidelijk bleek dat de politie ingelicht was van het feit dat een vliegtuig bestuurd door een van de beklaagden, eerstdaags zou landen op het vliegveld van Wevelgem of Moorsele en dit verband zou houden met smokkel in verdovende middelen van België naar Groot-Britannië. Het Hof beslist dat informatie over nog te plegen feiten, die dusdanig concreet is dat die feiten een in de tijd en ruimte bepaalbaar misdrijf gaan vormen, geen verband houdt met de in artikel 28*bis*, § 2 Sv. bedoelde gegevensverwerking, maar de politie verplicht tot het opstellen van een proces-verbaal overeenkomstig artikel 40 Wet Politieambt, het vatten van de daders en het verzamelen van bewijzen. Die opsporingen vormen geen proactieve recherche en behoeven geen voorafgaande schriftelijke toestemming van het Openbaar Ministerie (Cass. 4 juni 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 340, concl. Adv.-Gen. P. DUINSLAEGER en *Vigiles* 2002, afl. 5, 177, noot C. DE VALKENEER; zie voorts C. DE VALKENEER, *Manuel*, nr. 10; B. VANGEEBERGEN en D. VAN DAELE, "De uitholling van de proactieve recherche", *NC* 2008, 327-342).

In een later arrest heeft het Hof deze definitie bevestigd. Het heeft evenwel in de omschrijving het geval toegevoegd dat de informatie betrekking heeft op reeds gepleegde, maar nog niet aan het licht gebrachte strafbare feiten. Het aanvankelijk proces-verbaal in deze zaak maakte melding van ernstige aanwijzingen afkomstig van de uitvoering van een reeks rogatoire opdrachten op verzoek van de Nederlandse autoriteiten dat een criminele organisatie drugsplantages ging opzetten en somde zeer concrete elementen in tijd en ruimte op die hierop wezen (Cass. 2 december 2008, *NC* 2010, 275).

De ruimte geschapen voor het autonoom optreden van de politiediensten doelt niet op de proactieve recherche (Corr. Dendermonde 19 november 2001, *AJT* 2001-02, 536).

Er werd beslist dat het argument dat er een voorafgaande schriftelijke toestemming van het Openbaar Ministerie niet ter zake is wanneer er een gerechtelijk onderzoek werd ingesteld (Antwerpen 27 juni 2002, *T.Strafr.* 2003, 137). Deze uitspraak lijkt enkel in te spelen op een verweer van de beklaagden. Verdere gevolgtrekkingen die zouden wijzen op de mogelijkheid van een proactieve recherche zonder schriftelijke toestemming van het Openbaar Ministerie tijdens een gerechtelijk onderzoek kunnen uit deze beslissing ogenschijnlijk niet worden getrokken. Conceptueel lijkt immers een proactieve recherche tijdens een gerechtelijk onderzoek moeilijk denkbaar omdat het gerechtelijk onderzoek per essentie een reactief onderzoek is (H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH en M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 334; R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 678). Overigens wanneer staande een gerechtelijk onderzoek de politie en het Openbaar Miniserie informatie verkrijgen die

beperkt blijft tot een louter redelijk vermoeden, dat een verdere verkennende informatieverwerking noodzakelijk maakt, dan zal die informatie meestal betrekking hebben op nieuwe feiten, waarmee de onderzoeksrechter niet gelast is. In dat geval is proactieve recherche denkbaar naast het gerechtelijk onderzoek. Voor die proactieve recherche is overeenkomstig artikel 28*bis*, § 2 Sv. een schriftelijke toestemming van de procureur des Konings nodig. In een verder stadium is het denkbaar dat de procureur des Konings na deze voorfase over informatie beschikt die verder reikt dan alleen maar een redelijk vermoeden en dan de adiëring van de onderzoeksrechter uitbreidt tot deze nieuwe feiten. Deze hypothese is echter niet te beschouwen als proactieve recherche tijdens een gerechtelijk onderzoek, maar wel staande een gerechtelijk onderzoek.

AFDELING X

OVERIGE BEWIJSMIDDELEN

187 De Drugwet schrijft geen bijzonder bewijsmiddel voor om het bestaan van de daarin of in de uitvoeringsbesluiten van de wet omschreven misdrijven vast te stellen.

Bijgevolg beoordeelt de rechter, overeenkomstig het gemeen recht, in feite volkomen vrij de bewijswaarde die hij aan een bepaald bewijselement toekent, op voorwaarde dat het gaat om regelmatig ingewonnen bewijsmateriaal die aan de tegenspraak van de partijen werd onderworpen.

Wanneer de beklaagde, die bij zijn aankomst uit Bogota op de vlieghaven te Zaventem in het bezit van koffers met 11 kg cannabis wordt gevonden, beweert niet geweten te hebben welke de inhoud van de koffers was, kan een afdoend bewijs van het tegendeel afgeleid worden uit de omstandigheden dat hij inging op het verzoek van een persoon die hij slechts een paar keren in een drankgelegenheid had ontmoet om de koffers naar Nederland over te brengen, dat de reis in allerhaast werd beslist en dat hij in bezit werd gevonden van Amerikaanse en Nederlandse valuta (Brussel 31 oktober 1979, *RW* 1979-80, 1383, noot A. VANDEPLAS).

De vrije bewijswaardering van de feitenrechter heeft bv. als gevolg dat het niet noodzakelijk is dat er drugs worden gevonden.

Verklaringen en vermoedens kunnen voldoende bewijs opleveren (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 144).

Er is zelfs niet vereist dat de misdrijven bij middel van een proces-verbaal worden vastgesteld; ze kunnen bewezen worden aan de hand van alle middelen (Cass. 25 mei 1925, *Pas.* 1925, I, 261).

De aard van de in beslaggenomen drugs wordt soms door middel van een chemische test onderzocht. In geval van betwisting over het resultaat van dergelijke tests kan een deskundigenonderzoek worden bevolen (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 145).

Door te beslissen dat geen enkel gegeven van het dossier het mogelijk maakt de vaststellingen van de verbalisanten te betwisten, volgens wie de in beslag genomen substantie bruine heroïne is, leggen de rechters aan beklaagde geen enkel bewijs op, maar beoordelen ze alleen de bewijswaarde van de hen regelmatig overgelegde gegevens waarop zij hun overtuiging baseren en waarover de partijen vrij tegenspraak hebben kunnen voeren (Cass. 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 713 en *RDPC* 2001, 584).

De met een gerechtelijk onderzoek naar inbreuken op de wetgeving betreffende verdovende middelen belaste onderzoeksrechter kan deskundigen aanstellen om de in beslag genomen stoffen te onderzoeken teneinde deze te identificeren en de eigenschappen ervan te beschrijven, om aldus uitsluitsel te krijgen over de aard ervan (Cass. 19 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 546). Natuurlijk dient de deskundige er zich toe te beperken uitleg te verschaffen over technische kwesties. Hij is niet bevoegd juridische besluiten uit het dossier te trekken. Doet hij dit toch, dan moeten deze passages uit het verslag worden geweerd, zonder daarom de ganse expertise te moeten verwerpen (Brussel 9 januari 1992, *JT* 1992, 299).

188 De rechtspraak is geconfronteerd geworden met de problematiek van drugkoeriers die drugs in hun lichaam vervoeren.

Het ondergaan van radiologische stralen om na te gaan of er in het lichaam vreemde substanties aanwezig zijn, houdt niet in dat het lichaam aangeraakt of betast wordt. Het valt dus niet te kwalificeren als een onderzoek in het lichaam (zie boven nr. 182). Bijgevolg moet de procedure omschreven in artikel 90*bis* Sv. niet worden gevolgd en kan de procureur des Konings in het kader van een opsporingsonderzoek een beroep op een radioloog doen om hieromtrent verslag uit te brengen. Te dezen had het nemen van de radiologische beelden aangetoond dat beklaagde in haar lichaam 84 capsules bevattende in totaal meer dan 1 kilo heroïne met een hoog zuiverheidsgehalte vervoerde. De aldus verstrekte inlichtingen kunnen worden beschouwd als een verslag van een door de procureur des Konings aangestelde raadgever buiten de gevallen bepaald door artikelen 32 tot 46 Sv. (Cass. 12 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 463 en *T.Strafr.* 2002, 258, noot F. GOOSSENS dat het cassatieberoep verwerpt ingesteld tegen Brussel 14 juni 2000, *AJT* 2000-01, 267). Het ware echter verkeerd daaruit af te leiden dat om het even welke verdachte mag worden onderworpen aan een onderzoek via röntgenstralen. Zo was *in casu* niet bewezen dat de betrokken persoon zich had verzet tegen het radiologisch onderzoek. Indien zij dat wel zou gedaan hebben, is het niet zeker dat de politiediensten haar daartoe hadden kunnen verplichten. Dwangmaatregelen zijn immers, buiten de wettelijke uitzonderingen, niet mogelijk

tijdens een opsporingsonderzoek (zie voorts L. ARNOU, "De fouillering na 10 jaar Wet op het politieambt", 171-191 in H. BERKMOES en G. BOURDOUX, *Tien jaar politiefunctie*, Cahier Custodes).

Er rijst de vraag of een dergelijk onderzoek niet strijdig is met het recht zichzelf niet te beschuldigen en het eruit voortspruitend zwijgrecht.

Het EHRM heeft in de zaak Saunders beslist dat materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte, zoals documenten die op grond van een bevel zijn verkregen, adem-, bloed- en urinemonsters en lichaamsweefsels ten behoeve van een DNA-test, niet valt onder de beschermende werking van het *nemo tenetur*-beginsel (EHRM 17 december 1996, inzake *Saunders t. U.K.*, *Rec.* 1996, IV, 2044, *NJ* 1997, 699, noot Kn). Op grond van dit arrest zou een bolletje drugs als wilsonafhankelijk materiaal kunnen worden aangemerkt, waarvoor het *nemo tenetur*-beginsel niet van toepassing is. Evenwel heeft het Europees Hof het criterium van het materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte in het arrest Jalloh in een andere context geplaatst, al poogt het een aantal verschillen tussen beide zaken in de verf te stellen. Te dezen ging het om een persoon die de politie arresteerde nadat ze vastgesteld had dat hij tweemaal een klein plastic zakje uit zijn mond nam en het aan een ander in ruil voor geld overhandigde. Bij zijn arrestatie slikte Jalloh een resterende ballonnetje in. Op hem werden er geen andere drugs gevonden. Het parket beval dat een arts hem een braakmiddel zou toedienen. Jalloh weigerde dit. Daarop diende een arts hem een braakmiddel toe via een buisje in de neus en met een injectie, terwijl vier politieagenten hem vasthielden. Jalloh braakte een ballonnetje met 0,2 gr cocaïne uit. Het EHRM weert de kwalificatie van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte op basis van drie elementen: hier gaat het om het bekomen van echt bewijsmateriaal, de graad van de gebruikte dwang en de gehanteerde procedure om het bewijsmateriaal te bekomen was in strijd met artikel 3 EVRM dat folteringen en onmenselijke of vernederende behandelingen verbiedt. Bijgevolg is het recht zichzelf niet te beschuldigen te dezen van toepassing. Om vervolgens te beslissen of dit recht geschonden was hanteert het EHRM vier criteria: ten eerste, de aard en ernst van de dwang, het gewicht van het algemeen belang bij het onderzoek en de bestraffing van het misdrijf, het bestaan van procedurele waarborgen en het gebruik van het bekomen materiaal. Hierbij lijken voor het oordeel dat het *nemo tenetur*-beginsel geschonden geweest is de twee eerste elementen doorslaggevend te zijn geweest: enerzijds de gebruikte dwang was onmenselijk en vernederend in de zin van artikel 3 EVRM en anderzijds het ging om een kleine straatdealer die tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden werd veroordeeld (EHRM 11 juli 2006, inzake *Jalloh t. Duitsland*, *RW* 2008-09, 1529, *Vigiles* 2007, noot W. VANDENHOLE, *NJ* 2007, 226, noot T.M. SCHALKEN en *NJCM* 2007, 354, noot P.H. VAN KEMPEN).

De internrechtelijke rechtspraak heeft na dit arrest Jalloh nogmaals beslist dat wanneer de procureur des Konings in het kader van een opsporingsonderzoek het advies middels een radiologisch onderzoek vraagt van een arts, de aldus verstrekte inlichtingen een verslag is van een door het Openbaar Ministerie buiten de gevallen bepaald door de artikelen 32 tot 46 Sv. aangestelde raadgever. Hierbij werd gesteld dat de schriftelijke toestemming van de verdachte niet is vereist voor het ondergaan van een radiologisch onderzoek en dat het zich eraan vrijwillig onderwerpen geen schending van zwijgrecht inhoudt. Tevens werd de nadruk gelegd op de verschillen met de zaak Jalloh. Door het radiologisch onderzoek werden niet onder dwang de materiële bewijzen van het misdrijf uit het lichaam van de beklaagde gehaald. Zelfs indien de RX-opname als een dwangmaatregel zou worden beschouwd, was deze tussenkomst zo licht van aard en omvang dat hierdoor noch de fysieke noch de mentale integriteit van de beklaagde werd aangetast (Brussel 14 februari 2007, *T.Strafr.* 2008, 49).

Later heeft het EHRM in de zaak Bogumil beslist dat er geen schending van de artikelen 3 en 8 EVRM was. Verzoeker in deze procedure was op de luchthaven te Lissabon aangehouden, terwijl er in zijn schoenen zakjes cocaïne werden aangetroffen. Nadat hij de douaneambtenaren informeerde ook cocaïne te hebben ingeslikt, werd hij in een ziekenhuis opgenomen en zijn zakjes cocaïne door middel van een heelkundige ingreep uit zijn maag verwijderd. Hierbij was het niet aannemelijk dat de verzoeker met deze ingreep had ingestemd. Het Hof stelt evenwel vast dat hier sprake is geweest van een behandeling met een therapeutisch doel. Het artikel 3 EVRM kon dus niet miskend zijn. Ondanks de afwezigheid van toestemming en het ontbreken van een deugdelijke wettelijke basis werd geoordeeld dat er evenmin sprake was van een schending van het privéleven omdat vaststond dat zonder operatie het leven van verzoeker ernstig gevaar liep (EHRM 7 oktober 2008, inzake *Bogumil t. Portugal*, *NJ* 2010, 58, noot F.C.B. VAN WIJMEN en *NCJM* 2009, 428, noot A. HENDRIKS).

189 Een van de hete hangijzers i.v.m. de vereiste dat de bewijsmiddelen regelmatig moeten zijn betreft het beroepsgeheim.

Een schending van het beroepsgeheim kan leiden tot onregelmatig bewijs (Corr. Gent 1 oktober 1985, *TGR* 1986, 16). De draagwijdte van het beroepsgeheim moet dan ook worden nagegaan.

Desbetreffend is vereist de betrokken persoon aan te merken als vertrouweling en niet louter als een getuige. Daarom kan er geen sprake zijn van schending van het beroepsgeheim wanneer een advocaat aan de directeur van een strafinrichting meedeelt dat een van zijn confraters drugs doorspeelde aan gedetineerden, wanneer hij zulks verneemt terwijl hij in de gang van de gevangenis op een van zijn cliënten wachtte (Brussel 23 december 1991, *JT* 1992, 331).

In dezelfde gedachtegang kan gezegd worden dat wanneer iemand zich bij een arts of apotheker aanbiedt, niet om medische zorgen te bekomen, doch teneinde drugs te bekomen, de arts of de apotheker de betrokkene niet als patiënt of consultant ontvangt. De gegevens welke de arts of de apotheker in deze omstandigheden verneemt, vallen dan ook niet onder het beroepsgeheim. De aangifte aan de gerechtelijke autoriteiten van een persoon die bij hen was gekomen met het enig doel zich drugs te verschaffen aan de hand van vervalste voorschriften is derhalve regelmatig (Cass. 16 december 1992, *Arr.Cass.* 1992, nr. 801, 1445, *Pas.* 1992, I, 1390 en *T.Gez.* 1996-97, 25, noot D. FRERIKS; Brussel 7 november 1991, *RDPC* 1992, 446 dat Corr. Brussel 14 februari 1991, *JLMB* 1992, 61 wijzigt).

190 Wanneer echter een arts geconsulteerd wordt om medische verzorging te verstrekken, is hij gebonden door het beroepsgeheim.

De geneesheer schendt dan ook zijn beroepsgeheim indien hij aangifte doet van de feiten gepleegd door zijn patiënt, bv. van diens druggebruik.

Misschien kan de vraag rijzen of in bepaalde extreme gevallen de aangifte toch niet als een regelmatig bewijsmiddel zou kunnen worden beschouwd omdat de arts zich zou kunnen beroepen op de noodtoestand.

Men weet dat het Hof van Cassatie de toepassing van de noodtoestand heeft aanvaard bij aangifte van misdrijven door een geneesheer (Cass. 13 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, nr. 535, 1207, *Pas.* 1987, I, 1061, *JLMB* 1987, 1165, noot Y. HANNEQUART, *Rev.crit.* 1989, 588, noot A. DE NAUW en *Vl.T.Gez.* 1987-88, 173, noot M. VAN LIL). In een *obiter dictum* heeft bepaalde rechtspraak vastgesteld dat het niet uitgesloten is dat de arts, die aan het hoofd stond van de reanimatieafdeling van een ziekenhuis en die een druggebruiker aangeeft bij een derde opname wegens een overdosis heroïne, zich had kunnen bevinden in een noodtoestand, rekening houdend met het gevaar dat de betrokkene vormde voor zichzelf en voor anderen enerzijds en artikel 422*bis* Sw. anderzijds (KI Luik 6 maart 1985, *Jur. Liège* 1985, 661, met strijdige vorderingen Adv.-Gen. A. SPIRLET en noot F. PIEDBOEUF).

Er kan geen algemeen geldend antwoord m.b.t. de toepassing van de rechtvaardigingsgrond van de noodtoestand worden gegeven. Geval per geval moet worden nagegaan of de toepassingsvoorwaarden voor de noodtoestand wel vervuld zijn (A. DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *Rev.crit.* 1989, 588 630; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Belgisch strafrecht*, nrs. 385 e.v.; F. KUTY, *Principes généraux*, II, nrs. 1440 e.v.). Soms wordt beweerd dat de voorwaarden van de noodtoestand niet kunnen vervuld worden bij aangifte van de patiënt zelf. Noodtoestand zou slechts kunnen bestaan bij aangifte van de dealer van de patiënt, waarbij tevens vereist zou zijn dat de activiteiten van de dealer een onmiddellijk gevaar opleveren en dat de aangifte het enig middel is om dat gevaar af te wenden (F. DEWALLENS, "Problemen omtrent beroepsgeheim en aansprakelijkheid bij de behandeling

van drugverslaafden" in *Juridische aspecten van het druggebruik*, Reeks Recht en Gezondheidszorg, nr. 6, 39-53, i.h.b. 42-44). Dergelijk standpunt lijkt te absoluut in de zin dat het bijna elke mogelijke toepassing van de noodtoestand uitsluit bij aangifte van misdrijven gepleegd door de patiënt. Zoals D. FRERIKS schrijft, kan men echter denken aan de situatie waarin een arts kennis krijgt van het voornemen van zijn patiënt om een misdrijf tegen het leven of de gezondheid van derden te plegen. In dat geval kan de arts die aangifte doet van deze feiten zich eventueel beroepen op de noodtoestand (D. FRERIKS, "De aangifte van misdrijven en het medisch beroepsgeheim" (noot onder Cass. 16 december 1992), *T.Gez.* 1996-97, 26-28).

Het zij benadrukt dat in de extreme gevallen waar er sprake zou kunnen zijn van een noodtoestand de arts of de apotheker aangifte van strafbare feiten mag doen, maar hiertoe niet verplicht is.

AFDELING XI

RELATIVERING VAN DE REGEL VAN BEWIJSUITSLUITING BIJ ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS

191 Bij de rechtspraak betreffende de vaststelling van drugmisdrijven moet ongetwijfeld rekening worden gehouden met de zeer sterke nuancering van de hantering van de sanctie van de bewijsuitsluiting bij onrechtmatig verkregen bewijs, die het Hof van Cassatie in een reeks belangwekkende arresten ingang heeft doen vinden in de rechtspraak.

Met het arrest van 14 oktober 2003 besliste het Hof van Cassatie dat onrechtmatig verkregen bewijs in de regel slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen:
- hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid;
- hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;
- hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces (Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 499, concl. Adv.-Gen. M. DE SWAEF, *RW* 2003-04, 814 en 1235, noot D. DE WOLF, *T.Strafr.* 2004, 129, noot Ph. TRAEST, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS en *Rev.crit.* 2004, 405, noot F. KUTY).

Die uitspraak overstijgt het concreet geval waarover het Hof te beslissen had. Ze heeft sedertdien de rechtspraak in dit domein, waar de wetgever steeds nalatig is geweest een regeling te treffen, beheerst. Derhalve kan er sprake zijn van een mijlpaalarrest.

In latere arresten heeft het Hof van Cassatie zijn nieuwe benadering gepreciseerd en tevens het toepassingsgebied van de sanctie van de bewijsuitsluiting verder ingeperkt.

De preciseringen houden verband met het criterium van het eerlijk proces. Dienaangaande heeft het Hof beslist dat het de rechter toestaat de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM of 14 BUPO, rekening houdend met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan en hij bij dit oordeel onder meer een of het geheel van de volgende omstandigheden in afweging kan nemen:
- hetzij dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan;
- hetzij dat de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt;
- hetzij dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het misdrijf betreft (Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 165, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS en *RDPC* 2005, 661; Cass. 21 november 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 581; Cass. 4 december 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 613, *RW* 2008-09, 110, noot B. DE SMET en *T.Strafr.* 2008, 274).

Aan deze drie criteria voegen sommige arresten nog twee andere toe:
- hetzij dat de onregelmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm worden beschermd (Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 130, concl. Adv.-Gen. D. VANDERMEERSCH, *RABG* 2005, 1161, noot S. BERNEMAN, *JLMB* 2005, 1086, noot M.A. BEERNAERT en *RDPC* 2005, 668, noot C. DE VALKENEER);
- hetzij het louter formele karakter van de onregelmatigheid (Cass. 12 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 503, *T.Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN, *RDPC* 2006, 211 en *JLMB* 2006, 1585).

De sanctie van de bewijsuitsluiting werd verder ingeperkt.

In de eerste plaats besliste het Hof dat de rechter alleen dan geen rekening mag houden met een onrechtmatig verkregen bewijs, wanneer één van de drie gevallen van uitsluiting voorligt. De bewijsuitsluiting geldt dus alleen nog in de drie desbetreffende gevallen. De drie enige verplichte uitsluitingsgronden werden de drie enige mogelijke uitsluitingsgronden (Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 165, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS en *RDPC* 2005, 661; Cass. 12 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 503, *T.Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN, *RDPC* 2006, 211 en *JLMB* 2006, 1585; Cass. 4 december 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 613, *RW* 2007-08, 110, noot B. DE SMET en *T.Strafr.* 2008, 274).

Ten tweede werd ook beslist dat behoudens wanneer een verdragsrechtelijke of wettelijke bepaling zelf de rechtsgevolgen van de miskenning van een wettelijk voorgeschreven pleegvorm betreffende de bewijsverkrijging bepaalt, de rechter beslist welke gevolgen deze onrechtmatigheid meebrengt. De omstandigheid dat de pleegvormen, waarvan de miskenning wordt vastgesteld, betrekking hebben op een door de artikelen 6 en 8 EVRM en de artikelen 12, tweede lid en 15 Grondwet gewaarborgde grondrechten doet hieraan niets af (Cass. 16 november 2004, (eerste zaak) *Arr.Cass.* 2004, nr. 549; (tweede zaak) *Arr.Cass.* 2004, nr. 550, concl. Adv.-Gen. P. DUINSLAEGER, *T.Strafr.* 2005, 285, noot R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, *RABG* 2005, 511, noot F. SCHUERMANS en *RW* 2005-06, 387, noot P. POPELIER; Cass. 15 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, 597 en *T.Strafr.* 2005, 264, noot; Cass. 21 november 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 581; Cass. 2 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, nr. 469). M.a.w. de grondgedachte dat wanneer het voorschrift betrekking heeft op een verdragsrechtelijk of grondwettelijk beschermd recht, er steeds sprake zou moeten zijn van bewijsuitsluiting, speelt geen rol.

192 Een aantal van die belangwekkende arresten hebben betrekking op drugszaken.

De meeste gevallen betreffen onregelmatigheden m.b.t. huiszoekingen. Een geval hield verband met een huiszoeking waarvoor de verdachte eerst verklaard had toestemming te verlenen en naderhand geweigerd had een verklaring in die zin te ondertekenen zonder de aanwezigheid van zijn advocaat, terwijl de huiszoeking toch werd uitgevoerd in aanwezigheid van zijn echtgenote die voorafgaand schriftelijke toestemming had verleend (Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 549, concl. Adv.-Gen. P. DUINSLAEGER). Verder betrof het een huiszoeking in een loods, die volgens de vaststellingen van de feitenrechters niet als een woning, noch als een voor het publiek toegankelijke plaats, noch als een verlaten onroerend goed kon worden aanzien, terwijl er al evenmin sprake kon zijn van een vaststelling op heterdaad (Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 550, concl. Adv.-Gen. P. DUINSLAEGER). Een derde geval had betrekking op een huiszoeking uitgevoerd op grond van een bevel waarin een vergissing vervat was m.b.t. de mandaathouder en het politiekorps (Cass. 15 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 597). Ten slotte werd in een zaak waarin de vermeldingen m.b.t. het voorwerp van de uit te voeren huiszoeking onvoldoende waren, beslist dat deze onregelmatigheid naar de gevolgen ongedaan werd gemaakt door de wijze van tenuitvoerlegging, ten gevolge waarvan een cannabisplantage op heterdaad werd ontdekt, zodat de eruit voortvloeiende bewijsgaring een regelmatige grondslag had (Cass. 29 juni 2010 geciteerd door L. ARNOU, "De nietigheid van de huiszoeking *prima* en *secunda facie*" in *De wet voorbij Liber Amicorum Luc Huybrechts*, 1-20).

Een andere procedure betrof de ontdekking van drugs na een grensoverschrijdende achtervolging waarbij werd nagelaten bij het overschrijden van de grens

de landelijke autoriteiten te verwittigen (Cass. 12 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 503).

Het geval waar het Hof van Cassatie aan zijn vroegere arresten toevoegde dat de omstandigheid dat de overheid bij de bewijsverkrijging opzettelijk een onregelmatigheid heeft begaan, niet noodzakelijk moet leiden tot bewijsuitsluiting, betrof undercoveragenten, die aan een gecontroleerde aflevering en doorlevering van drugs deel hadden gehad, en bijgevolg deelgenomen hadden aan ten laste gelegde drugmisdrijven (Cass. 31 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 535).

Hierbij dient te worden opgemerkt dat de procedure m.b.t. de ontdekking van een handel in verdovende middelen in een loods aanleiding heeft gegeven tot een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat besloot dat de verzoeker een eerlijk proces had gehad en er geen schending van artikel 6 EVRM voorhanden was (EHRM 28 juli 2009, inzake *Lee Davies t. België*, *RABG* 2010, 5, noot F. SCHUERMANS, *RDPC* 2010, 312, noot N. COLETTE-BASECQZ en *JLMB* 2009, 218; zie ook S. DE DECKER, "Antigoon vooruit? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de Antigoonrechtspraak", *Vigiles* 2009, 201-204).

HOOFDSTUK XII
POLITIONELE PROVOCATIE

AFDELING I

DEFINITIE

193 De wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden stelde vier grote algemene principes die in acht genomen moeten worden bij het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden:
- de subsidiariteit,
- de proportionaliteit,
- het verbod van provocatie,
- het verbod misdrijven te plegen.

Deze vier principes waren niet nieuw. Ze kwamen reeds aan bod in de niet openbare circulaire van de minister van Justitie van 24 april 1990 betreffende de bijzondere opsporingstechnieken om de zware criminaliteit te bestrijden, gewijzigd bij de circulaire van 5 maart 1992. Ze stonden ook vermeld in de voorstellen van het eindverslag van de parlementaire onderzoekscommissie naar de georganiseerde criminaliteit (*Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 326/9, 405-406).

Artikel 47*quater* Sv. ingevoerd door de wet van 6 januari 2003 bepaalde dat een politieambtenaar bij de tenuitvoerlegging van de bijzondere opsporingsmethoden een verdachte niet mag brengen tot andere feiten dan die waarop diens opzet reeds tevoren was gericht. Een dergelijke definitie beperkte het begrip, zoals de doctrine (A. De Nauw en F. Schuermans, "De wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden", *RW* 2003-04, 921-953; M. De Rue, "La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête: premières commentaires", *RDPC* 2003, 1107-1141; H. Berkmoes en J. Delmulle, "De bijzondere opsporingsmethoden en aanverwante onderzoeksmethoden", *Vigiles* 2003, afl. 2, 40-63 en afl. 3, 76-93; A. Jacobs, "La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête", *Rev.dr.ULg.* 2004, 13-132) samen met rechtspractici en bepaalde parlementsleden (*Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1688/13, 126 en Senaat 2002-03, nr. 1260/4, 26) hadden opgemerkt. De rechtspraak had immers beslist dat de politionele provocatie erin bestaat bij degene die een misdrijf zal plegen de misdadige wil te doen ontstaan, maar ook te versterken en er geen provocatie is wanneer het opzet om het misdrijf te plegen is ontstaan buiten enig optreden van de overheidsagent en dat deze zich dan heeft beperkt tot het scheppen van de gelegenheid om vrij een strafbaar feit te plegen in zodanige omstandigheden dat hij de uitvoering ervan kan vaststellen

en dat aan de dader ruimte wordt gelaten om vrij met zijn misdadig voornemen te breken (Cass. 5 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 772; Cass. 17 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 675). Bijgevolg viel de bevestiging van het misdadig opzet niet meer binnen de wettelijke definitie. Het Arbitragehof heeft bij arrest van 21 december 2004 dit artikel vernietigd onder meer omdat er aldus een verschil zat in de definitie van de provocatie al naar gelang er al dan niet een bijzondere opsporingsmethode werd aangewend (Arbitragehof 21 december 2004, *RW* 2004-05, 1290, noot S. VAN DROMME en C. DE ROY, *RDPC* 2005, 629, noot H.D. BOSLY, *T.Strafr.* 2005, 199 en *NJW* 2005, 340).

De reparatiewet van 27 december 2005 heeft een hoofdstuk V in de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoegd. Dit hoofdstuk bestaat uit een enige wetsbepaling die stelt dat provocatie van misdrijven verboden is. Vervolgens definieert het nieuw artikel 30 V.T.Sv. de provocatie door te bepalen dat er provocatie is wanneer in hoofde van de dader het voornemen om een misdrijf te plegen rechtstreeks is ontstaan of versterkt, of is bevestigd terwijl hij dit wilde beëindigen, door de tussenkomst van een politieambtenaar of van een derde handelend op het uitdrukkelijk verzoek van deze ambtenaar. Ten slotte bepaalt artikel 30 V.T.Sv., net zoals het vroeger artikel 47*quater* Sv., dat in geval van provocatie de strafvordering onontvankelijk is. Aldus wordt terug aangeknoopt bij de bredere definitie uit de rechtspraak (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2055/1, 7-8).

De definitie betreft dus zowel het ontstaan van het voornemen om een misdrijf te plegen als de versterking van dit voornemen en de bevestiging ervan. Er is dus wel degelijk provocatie indien een delinquent van zijn voornemen om een misdrijf te plegen wenst af te zien en hij er door toedoen van een politieambtenaar toe aangezet wordt om het toch te plegen. In dat geval wordt het voornemen door de politieambtenaar bevestigd in de zin van artikel 30 V.T. Sv., terwijl de betrokkene het wil beëindigen (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2005/5, 42-44; zie voorts o.m. M.A. BEERNAERT, "La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d' investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée. Un premier aperçu rapide", *JT* 2006, 193-196; H. BERKMOES, "De B.O.M. reparatiewet : over de inhoud en de lichtheid van sommige kritiek", *Vigiles* 2006, 1-12; J. MEESE, "De BOM-wet 'revisited': een overzicht van de wijzigingen sedert de wet van 27 december 2005", *NC* 2006, 143-153; F. SCHUERMANS en H. BERKMOES, "De B.O.M.reparatiewet van 27 december 2005", *T.Strafr.* 2006, 65-77).

De definitie van artikel 30 V.T.Sv. geldt voor alle gevallen, ongeacht of toepassing werd gemaakt van bijzondere opsporingsmethoden. Ze heeft dus in tegenstelling tot het vroeger artikel 47*quater* Sv. een algemene reikwijdte.

194 Vóór de wettelijke definiëring van de provocatie heeft de rechtspraak meermaals onderzocht of de politie er zich toe beperkt had een gelegenheid te scheppen om een strafbaar feit te plegen in zodanige omstandigheden dat zij de uitvoering ervan kon vaststellen, dan wel of de politie het opzet in de

persoon van de dader had doen ontstaan of tenminste bevestigd. Die gevallen zijn nog altijd relevant aangezien de wet de jurisprudentiële omschrijving van het begrip provocatie heeft bevestigd.

Er is geen sprake van provocatie wanneer de politie de beklaagden niet dermate heeft beïnvloed dat ze ertoe kwamen misdrijven te plegen, waaraan zij eerst niet hadden gedacht (Cass. 7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 653, *Pas.* 1979, I, 665 en *RW* 1979-80, 903; Luik 26 juni 1979, *Jur. Liège* 1978-79, 306). Dit is evenmin het geval wanneer het opzet van de beklaagden helemaal niet werd beïnvloed door het optreden van de geïnfiltreerde agenten die niet anders hadden gedaan dan de bevelen van de beklaagden op te volgen (Corr. Brussel 27 juni 1984, *RDPC* 1985, 682). Er is slechts sprake van infiltratie wanneer het oogmerk om het misdrijf te plegen reeds bestond vóór enig optreden van de politie en de politie er zich toe beperkt aan de potentiële dader een gelegenheid te bieden om vrij een strafbaar feit te plegen in zodanige omstandigheden dat de politie de uitvoering ervan kon vaststellen (Brussel 19 november 1984, *RW* 1984-85, 2563, noot J. SCHEERS; Corr. Antwerpen 26 september 1989, *RW* 1989-90, 1202, noot) en dat aan de dader ruimte wordt gelaten om vrij met zijn misdadig voornemen af te breken. *In casu* werd vastgesteld dat de beklaagde reeds bij het eerste bezoek van de overheidsagent die als pseudo-koper zijn belangstelling voor verboden producten betuigde en die hem totaal onbekend was, onmiddellijk bereid was die producten te leveren, herhaalde malen telefonisch contact nam met de pseudo-koper, die vanaf zijn eerste bezoek bij beklaagde eerder passief gebleven was en beklaagde voldoende tijdsruimte had gehad om met de levering van drugs te stoppen (Cass. 17 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 675; zie ook Cass. 4 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 667). Wanneer de techniek van de schijnkoop wordt toegepast op het ogenblik dat het misdrijf reeds is gepleegd of bepaaldelijk op het punt staat te worden gepleegd, is er ook geen provocatie (Brussel 7 september 1994, *JLMB* 1994, 1135 en *Journ.proc.* 1994, afl. 268, 25, noten C. DE VALKENEER en G. HAARSCHER).

De feitenrechters gaan dus na wanneer de overheidsagent opgetreden is, van wie het initiatief uitging, of er ongeoorloofde druk werd uitgeoefend (Corr. Dendermonde 11 juni 2001, *AJT* 2001-02, 109). Wanneer de beklaagde vragende partij was, op zoek was naar afnemers van drugs, zelf alle voorbereiding trof en geen enkel element erop wijst dat er geen ruimte werd gelaten de vooropgezette levering van 250.000 pillen XTC niet te plegen of af te breken, is er geen provocatie (Antwerpen 27 juni 2002, *T.Strafr.* 2003, 137).

De rechters hechten bij hun appreciatie van het optreden van de overheidsagenten veel belang aan het feit dat de beklaagde er mee te koop liep dat hij drugs wilde verkopen en dat de undercoveragent in plaats van de beklaagde over de schreef te halen hem integendeel diende te temperen (Corr. Dendermonde 19 november 2001, *AJT* 2001-02, 536) of nog de vertrouwdheid van de beklaagde met het drugmilieu waar hij zich kon bevoorraden, de beperkte omvang van de winst die de beklaagde uit de transactie kon halen en zijn

bereidheid om in de toekomst nog vele kilo's cocaïne te kunnen leveren (Antwerpen 13 oktober 1998, *Vigiles* 1998, afl. 2, 31, noot D. LYBAERT). Zeer terecht werd opgemerkt dat het al dan niet hebben van gerechtelijke antecedenten een factor is waarmee de rechters rekening houden om de mate van beïnvloeding van het crimineel opzet van de beklaagde te bepalen (F. VERSPEELT, "Politionele infiltratie en provocatie", *Vigiles* 2002, afl. 5, 149-158 en 2003, afl. 1, 6-21).

195 Er is daarentegen wel provocatie wanneer de beklaagde door het optreden van de politie beïnvloed werd om een misdrijf te plegen (Corr. Luik 4 oktober 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 76) of wanneer de undercoveragent, nadat de contacten met de beklaagde werden afgebroken, op de levering van drugs heeft aangedrongen en aldus op een niet-toelaatbare wijze de beklaagde aangemoedigd heeft om een misdrijf te plegen (Brussel 19 november 1984, *RW* 1984-85, 2563, noot J. SCHEERS). Van politionele provocatie is er ook sprake wanneer de politie een persoon gelast aan de beklaagde te vragen hem drugs te bezorgen tegen betaling en daarop de beklaagde op zoek gaat naar drugs om deze te kunnen leveren aan de provocant (Brussel 18 juni 1987, *JT* 1987, 596) of wanneer de koper reeds contact had opgenomen met de politie vooraleer er van verdovende middelen sprake was tussen de verkoper en de koper en laatstgenoemde in opdracht van de politie de verkoper aangezet had om drugs te leveren (Antwerpen 6 februari 1987, *RW* 1986-87, 2159).

Wanneer de beweringen van de beklaagden m.b.t. de rol van aanstoker die zij toedichten aan een tussenpersoon die ze zou hebben aangespoord om de hen ten laste gelegde feiten te plegen voldoende geloofwaardig schijnen en er geen ernstige aanwijzingen zijn aangaande het bestaan in hun persoon van een vooraf bestaand misdadig voornemen, is er bij gebrek aan bewijs van het tegendeel, sprake van provocatie (Bergen 16 februari 1999, *JT* 1999, 661).

196 Er bestaat een grijze zone wanneer er op het ogenblik van het optreden van de politie nog geen objectieve elementen zijn die wijzen op een uitvoering van een delictuele activiteit, maar slechts een besluit in die zin. In dat geval wordt het opzet een misdrijf te plegen niet opgewekt, maar de vraag blijft open of de politie door haar optreden al dan niet het reeds aanwezig opzet zodanig heeft versterkt dat de dader het feit onder haar invloed pleegt (A. DE NAUW, "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", *RDPC* 1990, 715-723, i.h.b. 714).

Feitelijke omstandigheden zijn in dit verband van overwegend belang (A. MASSET, "Limites de certains modes de preuve" in *Les droits de la défense en matière pénale*, 159-199, i.h.b. 192). De rechters moeten dan ook overgaan tot een haarfijne analyse van de gang van zaken. Er moet nagegaan worden of er vóór het optreden van overheidsagenten of van personen die handelen voor rekening of in overleg met overheidsagenten al dan niet een bestaande delictuele activiteit vast te stellen was (Brussel 22 mei 1985, *Pas.* 1985, II, 138). Een mooi voorbeeld in dit verband is het arrest van het hof van beroep te Brussel

van 15 maart 1989 dat zegt: "*l'analyse scrupuleuse du déroulement des faits permet d'aboutir à la conclusion que si intention criminelle préexistante il y avait dans le chef du prévenu, celle-ci ne revêtait pas, au travers d'un acte ou d'une attitude qui l'aurait concrétisée, matérialisée, une consistance qui ne laisserait place à aucune équivoque ou ambiguïté sur la volonté de l'auteur de commettre l'infraction*" (Brussel 15 maart 1989, *JLMB* 1990, 51).

M.a.w. er moet steeds nagegaan worden in welke mate de politie de potentiële dader beïnvloed heeft. Daarbij moet worden onderzocht hoever de potentiële dader in de *iter criminis* staat. Wellicht kan hierbij het criterium van Constant worden gebruikt omtrent het al dan niet dubbelzinnig karakter van de reeds gestelde handeling. Constant had dit criterium binnen het raam van de poging ontwikkeld en genoemd "*le système de l'univocité circonstancielle*" omdat hij rekening houdt met de omstandigheden van de zaak om na te gaan of de handelingen nog altijd dubbelzinnig zijn (J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, Luik, 1975, p. 166, nr. 134). Op dezelfde wijze moet te dezen onderzocht worden waar de potentiële dader in de *ante-delictum* fase staat. Wanneer het politieoptreden zich situeert op een ogenblik waar de potentiële dader nog geen ondubbelzinnige handelingen heeft gesteld, zal er vermoedelijk sprake zijn van provocatie. Daarenboven is vereist dat in de undercoveroperatie steeds voldoende bewegingsvrijheid aan de betrokkenen wordt gelaten om, desgewild, onmiddellijk op te houden met hun criminele activiteit (F. HUTSEBAUT, "Het onrechtmatig verkregen bewijs en zijn gevolgen" in L. DUPONT en B. SPRIET (eds.), *Strafrecht voor rechtspractici*, IV, 47-93, i.h.b. nr. 74).

De strafrechter besluit dan ook tot ongeoorloofde politionele provocatie wanneer een nauwkeurig onderzoek van de zaak niet toelaat met zekerheid vast te stellen of op het ogenblik van het politioneel optreden in het kader van een infiltratie er bij de betrokkene reeds een uitvoering was van een delictuele activiteit, dan wel enkel een intentie daartoe, die dan via het politioneel optreden in een effectieve uitvoering is overgegaan (Corr. Kortrijk 25 maart 1996, *TWVR* 1997, 118, noot L. ARNOU) of wanneer de omstandigheden van de zaak het mogelijk maken ervan uit te gaan dat de politieambtenaren of hun tipgevers een invloed hebben uitgeoefend die de verdachte ertoe hebben aangezet een misdrijf te begaan (Brussel 21 september 2000, *JLMB* 2001, 243).

De snelheid waarmee de beklaagde na een vraag een grote hoeveelheid drugs kon vergaren en het ongewoon totale vertrouwen dat zijn eigen leveranciers in hem hadden door hem drugs met een waarde van meer dan 1.000.000 F. te leveren zonder onmiddellijke betaling te eisen, kunnen elementen zijn om te besluiten dat de techniek van de schijnkoop werd toegepast op het ogenblik dat het misdrijf reeds is gepleegd of bepaaldelijk op het punt staat te worden gepleegd (Bergen 13 november 1998, *Vigiles* 1998, afl. 2, 33, noot D. LYBAERT en *RDPC* 1999, 1045). Indien de beklaagde van wal steekt van zodra de politie in de persoon van de undercoveragent met hem in contact komt, bestaat er geen reden om aan te nemen dat er provocatie is (Corr. Leuven 12 juni 2007,

T.Strafr. 2008, 137, noot). Of de omstandigheid dat de politie over bepaalde inlichtingen en tips beschikt betreffende een mogelijke verhandeling van verdovende middelen een ondubbelzinnig gegeven is dat wijst op het bestaan van een delictuele activiteit (Corr. Tongeren, 9 november 1977, *Limb.Rechtsl.* 1978, 47) lijkt eerder twijfelachtig.

197 Tijdens de parlementaire bespreking van de wet van 27 december 2005 werd voorgesteld om in de definitie van de provocatie te verwijzen naar de tussenkomst van agenten van het openbaar gezag i.p.v. naar de tussenkomst van politieambtenaren. Blijkbaar werd o.m. gedacht aan douaneambtenaren, die in bepaalde domeinen politiebevoegdheden hebben zonder echter beschouwd te worden als politieambtenaren in de strikte zin van het woord. Uiteindelijk werd de voorgestelde tekst niet gewijzigd omdat er in andere wetsbepalingen betreffende de bijzondere opsporingsmethoden, i.h.b. in deze die voorzien in een strafuitsluitende grond van verschoning wanneer politieambtenaren in het kader van hun opdracht strafbare feiten plegen, ook enkel de term politieambtenaren gebruikt wordt en omdat de wet van 22 april 2003 de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan bepaalde ambtenaren van de administratie van douane en accijnzen heeft toegekend en hun met betrekking tot bepaalde strafbare feiten machtigt onder dezelfde voorwaarden als die vermeld in het Wetboek van Strafvordering bijzondere opsporingsmethoden toe te passen (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2055/5, 44-46).

Om tegemoet te komen aan een opmerking van de Raad van State (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2055, 69) werden de woorden "of van een derde handelend op verzoek van deze (politie)ambtenaar" toegevoegd aan de oorspronkelijk ontworpen tekst van de wet van 27 december 2005. Die derde persoon kan ook een informant zijn. Indien de derde niet handelt op verzoek van de politieambtenaar is er daarentegen geen sprake van provocatie.

Vóór de wettelijke definiëring van het begrip provocatie, had de doctrine reeds geoordeeld dat de provocatie niet noodzakelijkerwijze van de politie moet uitgaan, maar ook het werk kan zijn van burgers die handelen voor rekening van de politie (A. De Nauw, "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", *RDPC* 1980, 321-326, i.h.b. 325; Ph. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, nrs. 643 en 646). Ook de rechtspraak had beslist dat het niet relevant is of politieambtenaren zelf rechtstreeks of via een tussenpersoon opgetreden zijn of een derde in samenspraak met de politie heeft gehandeld (Brussel 15 maart 1989, *JLMB* 1990, 51; Antwerpen 6 februari 1987, *RW* 1986-87, 2159, noot).

Ook in dit opzicht bekrachtigt artikel 30 V.T.Sv. de rechtspraak.

198 De provocatie moet aan het strafbaar feit voorafgaan.

Er is geen provocatie als de politie, nadat het misdrijf reeds voltooid is, alleen optreedt om het voorwerp van het misdrijf te voorschijn te brengen en in beslag te nemen (Brussel 9 december 1976, *JT* 1977, 457; Corr. Luik 4 oktober 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 76). Er is evenmin provocatie bij het in de val lokken van een beklaagde na het plegen van een misdrijf dat niet uitgelokt werd (Luik 24 juni 1986, *Jur. Liège* 1986, 672, noot).

199 De benadering van de Belgische wetgever en rechtspraak komt grotendeels overeen met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die nagaat of het delict zou zijn gepleegd zonder de interventie van de overheid.

In het arrest Texeira de Castro van 9 juni 1998 besluit het EHRM tot een schending van artikel 6, eerste lid EVRM omdat het geenszins bewezen is dat het strafbaar feit ook zonder de inmenging van de infiltrerende agenten zou zijn begaan. Hierbij hecht het Hof belang aan het feit dat de autoriteiten geen goede reden schenen te hebben gehad om Texeira de Castro te verdenken van drughandel. Integendeel was hij zelfs niet bekend bij de politie. Ook onderstreept dit arrest dat klager geen drugs in zijn bezit had, maar deze verkreeg van een derde, die ze op zijn beurt weer van een ander had verkregen. Daarenboven werd vastgesteld dat het niet ging om een door de rechter geautoriseerde actie in het kader van een anti-drugoperatie. De conclusie van het Hof was dan ook dat de inmenging van de agenten en het gebruik van het aldus verkregen bewijs in het daaropvolgend strafproces betekende dat klager van het begin af geen eerlijk proces kon hebben (EHRM 9 juni 1998, inzake *Texeira de Castro t. Portugal*, *Rec.* 1998, IV, 1451, *JLMB* 1988, 1149, noot F. KUTY en *NJ* 2001, nr. 471, noot Kn).

Dezelfde redenering is terug te vinden in het arrest van 15 december 2005 in de zaak Vanyan waarbij tot schending van artikel 6, eerste lid EVRM wordt besloten omdat de opsporingsambtenaren zich niet hadden beperkt tot een passief onderzoek van de criminele activiteiten van klager die de politie vóór de tussenkomst van een door haar ingeschakelde informant niet kon verdenken drugs te verkopen (EHRM 15 december 2005, inzake *Vanyan t. Rusland*, *T.Strafr.* 2006, 49) en in het arrest van 1 juli 2008 in de zaak Malinas. Dit laatste arrest tilt zwaar aan de eis dat vóór het inzetten van een pseudo-koper moet worden vastgesteld of er feitelijke aanwijzingen zijn dat de verdachte zich bezighoudt met het plegen van (gelijksoortige) strafbare feiten (EHRM 1 juli 2008, inzake *Malinas t. Litauen*, *DD* 2008, 1139).

Verschillende arresten hechten belang aan het bestaan van een formele machtiging voor en een toezicht op de undercoveroperatie, bij voorkeur door een rechter, hoewel, indien de procedures en waarborgen adequaat zijn, dit ook kan uitgaan van een aanklager. Deze procedure dient helder en voorzienbaar te zijn en omkleed te zijn met voldoende waarborgen, waaronder de eis van voorafgaande motivering van de goede redenen voor de operatie (EHRM 26

oktober 2006, inzake *Khudobin t. Rusland*, *NJB* 2007, 94; EHRM 4 november 2010, inzake *Bannikova t. Rusland*, *NC* 2011, 39 en *NJB* 2011, 240).

Dat het gebruik van undercoveragent niet strijdig hoeft te zijn met het EVRM blijkt dan uit de beslissing van niet-ontvankelijkheid van 6 mei 2003 in de zaak Sequeira, waarbij vastgesteld wordt dat de activiteiten van overheidsagenten niet deze van infiltrerende agenten hebben overschreden omdat er voldoende aanwijzingen bestonden dat de beklaagden reeds vóór het optreden van de undercoveragenten het opzet hadden het misdrijf te plegen (EHRM 6 mei 2003, inzake *Sequeira t. Portugal*, *Rec.* 2003, VI, 341) en uit het arrest van 4 november 2010 in de zaak Bannikova waarbij gesteld wordt dat er geen twijfel bestaat dat de undercoveragent de drugstransactie niet heeft geïnitieerd, maar zich heeft gevoegd bij het lopend delict (EHRM 4 november 2010, inzake *Bannikova t. Rusland*, *NC* 2011, 39 en *NJB* 2011, 240).

200 Artikel 30 V.T.Sv. bepaalt dat in geval van provocatie de strafvordering onontvankelijk is.

Dergelijke sanctie was reeds ingeschreven in artikel 47*quater* Sv., dat het Arbitragehof heeft vernietigd (zie boven nr. 193) en was het gevolg van een opmerking van de Raad van State. Al pleiten veel argumenten voor dergelijke sanctie, dient er evenwel opgemerkt te worden dat men bezwaarlijk de Raad van State kan volgen wanneer hij in zijn advies schrijft dat bij provocatie het moreel bestanddeel van het strafbaar feit niet aanwezig is en er aldus geen misdrijf meer is, zodat de strafvordering voor een dergelijk feit bijgevolg niet onontvankelijk is. De persoon die geprovoceerd wordt is kennelijk door het politieoptreden bedrogen, maar het is duidelijk dat hij het misdrijf pleegt uit vrije wil. De uitschakeling van de vrije wil is volkomen vreemd aan de figuur van de politionele provocatie. De morele dwang vormt dus geen adequate oplossing voor de provocatie (A. De Nauw, "La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité", *RDPC* 1980, 321-326, i.h.b. 322; Ph. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, nr. 641).

Hierbij dient opgemerkt dat onder stuwing van R. Declercq (*La preuve en matière pénale*, 65-66) vóór de wettelijke definiëring in de rechtsleer een nieuwe tendens was ontstaan die meende dat het probleem van de provocatie verder reikt dan het bewijs alleen, zoals klassiek gesteld (zie J. D'Haenens, *Strafprocesrecht*, 294 en voorts H. Bosly, "La régularité de la preuve en matière pénale", *JT* 1992, 121-128; D. Holsters, "Bewijsmiddelen in strafzaken" *Comm.Straf.*, nr. 3; A. Masset, "Limites de certains modes de preuve" in *Les droits de la défense en matière pénale*, 159-199, i.h.b. 197-198). De strafvervolging zelf is ontoelaatbaar doordat een bedrieglijke handeling aan de oorsprong ligt van het plegen van de inbreuk zelf. De onbehoorlijkheid van het overheidshandelen maakt dat de vervolging die er een gevolg van is niet meer mogelijk is (Ph. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, nr. 647; R. Verstraeten, *Handboek*, nr. 1809).

Ook in de mate dat de provocatie een grond van niet-ontvankelijkheid van de strafvordering is, sluit de benadering van de wetgever aan bij de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het EHRM besliste dat de beklaagde ten gevolge van de provocatie van meet af verstoken was van een eerlijk proces (zie boven nr. 199), wat de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering teweegbrengt. De Raad van State had trouwens bij de voorbereiding van de wet van 12 maart 1998 reeds gewezen op het verband tussen de notie loyaliteit en het begrip "eerlijke behandeling van de zaak" bedoeld in artikel 6 EVRM (*Parl.St.* 1996-97, nr. 857/1, 117).

AFDELING II

BEWIJS

201 Politionele provocatie wordt niet vermoed, zolang de beklaagden hun beweringen dienaangaande niet zelf enige kracht hebben bijgezet en geen omstandigheden inroepen die niet van elke geloofwaardigheid zijn ontbloot (Antwerpen 27 juni 2002, *T.Strafr.* 2003, 137). De bodemrechters beoordelen op onaantastbare wijze of de aanvoering van de verdediging al dan niet geloofwaardig is. Daarbij houden zij rekening met de omstandigheid dat de beweringen van de beklaagde al dan niet samenhangend zijn (Luik 24 juni 1986, *Jur. Liège*, 672) en met het ogenblik waarop zij zijn geformuleerd (Brussel 7 september 1994, *Jour.proc.* 1994, afl. 268, 25, noten C. De Valkeneer en G. Haarscher). Indien het verweer van de verdachten geloofwaardig is en het Openbaar Ministerie het niet kan ontkrachten, is de vervolging niet ontvankelijk (Bergen 16 februari 1999, *JT* 1999, 666; Brussel 21 september 2000, *JLMB* 2001, 243; Corr. Kortrijk 25 maart 1996, *TWVR* 1997, 118, noot L. Arnou; zie voorts W. Mahieu, "Drugs: opsporing en vervolging", *Comm.Straf.*, nr. 51).

De rechtspraak van het EHRM is gevestigd in de zin dat de aanklager dient te bewijzen dat er geen sprake was van provocatie, mits de bewering van de verdachte ter zake niet volledig onwaarschijnlijk is (EHRM 4 november 2010, inzake *Bannikova t. Rusland*, *NJB* 2011, 240).

202 Het bewijs van de provocatie wordt soms bemoeilijkt door de anonimiteit van de bronnen van de politie.

In processen-verbaal wordt er soms gewag gemaakt van een anoniem bron (D. Luyten en E. Boutmans, *Drugs*, 180). Deze anonieme bron kan een gewone tipgever zijn, net als een informant of een infiltrant (Ph. Traest, *Het bewijs in strafzaken*, nr. 741). Er kan moeilijk worden ontkend dat het noodzakelijk kan zijn dat de identiteit van die personen verzwegen wordt vanuit het oogpunt van hun veiligheid, alsook opdat zij hun positie binnen het milieu zouden kunnen behouden (R. Verstraeten, *Handboek*, nr. 495).

Om te voldoen aan de eisen die de rechtspraak van het EHRM stelt wanneer anonieme getuigenissen als bewijs ter terechtzitting worden gebruikt, heeft de wet van 8 april 2002 een wettelijke regeling m.b.t. het anoniem verhoren van getuigen ingevoerd (M.A. BEERNAERT en D. VANDERMEERSCH, "La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins", *RDPC* 2002, 715-744; A. DE NAUW, "De wet op de anonimiteit van getuigen", *RW* 2002-03, 921-935; M. NEVE, F. KUTY en S. BERBUTO, "Le témoignage anonyme", *JT* 2003, 277-287; F. SCHUERMANS, "Anonieme getuige. Een eerste commentaar op de Wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van getuigen", *CABG* 2003/1). Onmiddellijk rees de vraag of het bestaan van deze regeling het gebruik in rechte van elke vorm van anonieme verklaring uitsluit (R. VERSTRAETEN, *Handboek*, nr. 505).

Het Hof van Cassatie heeft te dezen beslist dat anonieme verklaringen die verkregen worden buiten het toepassingsgebied van die wet geen bewijswaarde hebben, maar in overweging kunnen worden genomen om een onderzoek te openen of te sturen en om op autonome wijze bewijzen te verzamelen, of om de samenhang ervan te beoordelen (Cass. 23 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 180, concl. Adv.-Gen. D. VANDERMEERSCH, *RW* 2006-07, 829, noot S. VANDROMME, *JT* 2005, 267, *RDPC* 2005, 928 en *JLMB* 2005, 1407). Ook de rechtspraak van de feitenrechters blijft na deze wet gevestigd in de zin dat het recht van verdediging niet wordt geschonden door de verklaringen van een anonieme informant, op voorwaarde dat de vonnisrechter de veroordeling niet uitsluitend baseert op de door deze informant verstrekte gegevens (Antwerpen 29 juni 2004, *RW* 2006-07, 1007, noot F. VANNESTE).

Hierbij rijzen twee vragen. Al benadert de rechtspraak thans volledig anders de problematiek van de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs (zie hoger nrs. 191 e.v.), mag voor de verdediging de mogelijkheid niet worden uitgesloten aan te tonen dat achter de anonieme verklaring een grond van niet-ontvankelijkheid van de strafvordering, zoals de politionele provocatie, schuilgaat (H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH en M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 366-369). Bovendien heeft het EHRM herhaaldelijk geoordeeld dat de nationale rechter zich niet mag baseren op anonieme verklaringen, indien de beklaagde deze getuige niet kan (doen) ondervragen, niet enkel wanneer deze verklaring de uitsluitende, maar ook de determinerende grondslag van zijn beslissing is (EHRM 27 april 1997, inzake *Van Mechelen t. Nederland*, *RDPC* 1997, 1226, noot M.A. BEERNAERT en *RTDH* 1998, 167, noot J. DE CODT).

203 Voor de beoordeling van het eerlijk karakter van de procedure blijkt dat het EHRM ook belang hecht aan de wijze waarop de nationale autoriteiten het verweer m.b.t. de provocatie hebben onderzocht. Alle informatie die relevant kan zijn voor de beoordeling van het verweer van de verdachte, in het bijzonder die betrekking heeft op voorafgaande verdenkingen, dient ter zitting te worden ingebracht en op tegenspraak te worden getoetst.

In de reeds aangehaalde zaak Vanyan (zie boven nr. 199) stelde het Hof vast dat uit niets bleek dat de interne rechter onderzoek had gedaan naar de bewering van de politie dat zij informatie had over de betrokkenheid van beklaagde bij drugshandel, terwijl het Hof in de zaak Khudobin oordeelt dat artikel 6, eerste lid EVRM geschonden is omdat de nationale gerechten, ondanks het feit dat er aanleiding was voor een vermoeden van ontoelaatbare provocatie, niet op toereikende wijze onderzoek hadden gedaan naar de juistheid van dat verweer (EHRM 26 oktober 2006, inzake *Khudobin t. Rusland*, *NJB* 2007, 94; zie voorts C. DE VALKENEER, "La provocation policière à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *RTDH* 2009, 211-225).

Wanneer het verweer m.b.t. de provocatie op toereikende wijze door de rechter is onderzocht, is niet vereist dat alle onderzoekshandelingen waar de verdediging om verzocht, zijn verricht. Het volstaat dat de nationale gerechten de noodzakelijke stappen hebben genomen om de waarheid te achterhalen en de twijfels omtrent de provocatie teniet te doen (EHRM 4 november 2010, inzake *Bannikova t. Rusland*, *NC* 2011, 39 en *NJB* 2011, 240).

AFDELING III

GEVOLGEN

204 De rechtspraak is het altijd eens geweest: met de bewijsmiddelen verkregen door middel van provocatie mag geen rekening worden gehouden.

Maar de wijze waarop de bodemrechters deze middelen niet in aanmerking namen was niet altijd op dezelfde wijze verwoord.

Soms werd gezegd dat de vervolging niet ontvankelijk is (Brussel 15 maart 1989, *JLMB* 1990, 51; Bergen 5 mei 1992, *RDPC* 1993, 890, noot C. DE VALKENEER). De rechtspraak die de nadruk legt op de nietigheid van de vervolging was geneigd te beslissen dat ook vaststellingen gedaan omtrent misdrijven, die in geen verband met de provocatie staan, eveneens niet dienend zijn (Luik 19 mei 1998, *JT* 1999, 9, noot F. KUTY).

Soms werd het probleem eerder benaderd vanuit de leer van de bewijsuitsluiting. Deze aanpak hield in dat de bewijselementen die totaal onafhankelijk van de provocatie staan nog altijd een veroordeling wettelijk kunnen verantwoorden. Dit kan bv. het geval zijn met feiten die de beklaagde vroeger heeft gepleegd. Zij kunnen een blijvende grond vormen voor een veroordeling (Brussel 18 juni 1987, *JT* 1987, 596; Corr. Luik 4 oktober 1978, *Jur. Liège* 1978-79, 76).

De BOM-wet van 6 januari 2003 bepaalde middels artikel 47*quater* Sv. dat bij provocatie de onontvankelijkheid van de strafvordering wordt uitgesproken.

De BOM-reparatiewet van 27 december 2005 voorziet in dezelfde sanctie in artikel 30 V.T.Sv. dat trouwens thans staat in een hoofdstuk met als titel niet-ontvankelijkheid van de strafvordering wegens provocatie.

De recente rechtspraak had de gevolgen van de provocatie eveneens op dit gebied gesitueerd (Bergen 16 februari 1999, *JT* 1999, 661; Brussel 21 september 2000, *JLMB* 2001, 243; Corr. Brussel 31 januari 2002, *JLMB* 2003, 80, noot).

Wat tevens van belang is dat zowel de BOM-wet als de BOM-reparatiewet specifiëren "wat betreft deze feiten". Deze bewoordingen houden in dat de samenhangende feiten van vóór de provocatie of die er in geen verband mee staan wel nog voor vervolging in aanmerking komen. De provocatie laat dus onverlet de vaststellingen die gedaan werden vóór de provocatie. Aldus moet het arrest dat besliste dat de bekentenissen die het gevolg van de illegale actie van de politie waren geen basis meer konden zijn van vervolgingen, zelfs wanneer die bekentenissen betrekking hebben op misdrijven die gepleegd zijn vóór de provocatie (Luik 19 mei 1998, *JT* 1999, 9, noot F. KUTY), thans worden herbekeken.

HOOFDSTUK XIII
VERVOLGING NA UITSPRAAK IN HET BUITENLAND

205 Vervolgingen wegens drugmisdrijven in België gepleegd worden soms ingesteld na een uitspraak in het buitenland in gevallen waar de feiten gedeeltelijk in meerdere landen gepleegd zijn. Het komt dus niet volledig met de werkelijkheid overeen te zeggen dat in dergelijke gevallen België zonder meer afziet van vervolgingen als de verdachte in het buitenland reeds vervolgd is (D. LUYTEN en E. BOUTMANS, *Drugs*, 136).

De regel *non bis in idem* van artikel 14, § 7 BUPO kan in dit verband niet worden aangevoerd (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in S. CHRISTIAENSEN en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, 33-59, i.h.b. 46). Deze bepaling is immers slechts toepasselijk t.a.v. strafvonnissen die binnen één en dezelfde staat tot stand zijn gekomen. Van een internationale regel *non bis in idem* is thans geen sprake in het raam van instrumenten over de rechten van de mens. C. VAN DEN WYNGAERT citeert in dit verband een beslissing van het door het facultatief protocol bij het BUPO opgericht Human Rights Committee (*Hoofdlijnen*, 618-619). Ook het Hof van Cassatie heeft beslist dat artikel 14, § 7 BUPO niet de strekking heeft de internationale waarde van een strafvonnis te erkennen en niet van toepassing is in geval van veroordeling door een buitenlands gerecht (Cass. 10 februari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 335, 671 en *Pas.* 1991, I, 597).

Artikel 4 van het Zevende protocol van het EVRM, dat België evenwel nog niet heeft geratificeerd, is beperkt tot vonnissen, geveld binnen eenzelfde staat (P. LEMMENS, "Het 7de Protocol bij het EVRM: een discreet verdrag ?" in *Vigilantibus ius scriptum*. Feestbundel Hugo Vandenberghe, Brugge, die Keure, 2007, 167-184, i.h.b. 176-177).

206 De rechtbanken hebben jarenlang beslist dat artikel 13 V.T.Sv. de Belgische strafrechter verplicht alleen rekening te houden met de uitspraak van een buitenlandse strafrechter wanneer het misdrijf in het buitenland werd gepleegd. Bijgevolg konden de Belgische rechters de beklaagde veroordelen wegens misdrijven in België gepleegd na een veroordeling uitgesproken in het buitenland, bv. wegens invoer in België van verdovende middelen afkomstig uit Nederland, al werden de beklaagden in Frankrijk reeds veroordeeld ook wegens invoer in Frankrijk van drugs gekocht in Nederland (Corr. Brussel 28 juni 1989, *JT* 1990, 295; Corr. Brussel 9 maart 1994, *RDPC* 1995, 295) of bv. wegens feiten in België gepleegd, zelfs indien ze als daden van deelneming verband houden met andere in het buitenland gepleegde feiten waarover reeds uitspraak werd gedaan in het buitenland (Cass. 20 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1084 en *Pas.* 1977, I, 1070).

207 De vraag rees of intussen de toestand niet veranderd was ten gevolge van de Schengen-uitvoeringsovereenkomst. Artikel 54 ervan bepaalt dat een persoon, die bij onherroepelijk vonnis in één van de Schengenlanden is berecht, niet meer kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten (G. VERMEULEN, "Het beginsel *ne bis in idem* in het internationaal strafrecht", *Panopticon* 1994, 217-235). Vraag was echter of voornoemd artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York dat bepaalt dat elk van de door dit verdrag opgesomde strafbare feiten als een afzonderlijk misdrijf te beschouwen is wanneer zij in verschillende landen worden gepleegd, de toepassing van artikel 54 van de Schengen-overeenkomst in de materie van de drugs niet in de weg stond. Artikel 22, tweede lid van het Verdrag van Wenen inzake psychotrope stoffen bevat een soortgelijke bepaling als laatstgenoemd artikel 36.2.a.

De verhouding tussen enerzijds artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York inzake verdovende middelen en artikel 22 van het Verdrag van Wenen inzake psychotrope stoffen en anderzijds artikel 54 van de Schengen-uitvoeringsovereenkomst (S.U.O.) heeft de rechtspraak gedurende jaren beziggehouden.

Een uitspraak gaf de voorrang aan de S.U.O en verklaarde de strafvordering voor de Belgische rechter met betrekking tot het in België gepleegd misdrijf niet meer ontvankelijk wanneer dit misdrijf slechts één strafbaar feit uitmaakt met een in Duitsland gepleegd misdrijf, waarvoor de beklaagde door een Duitse rechtbank werd berecht, ondanks de bepaling van het Enkelvoudig Verdrag van New York (Corr. Eupen 3 april 1996, *RDPC* 1996, 1159).

Buiten drugsgerelateerde misdrijven heeft het Hof van Cassatie beslist dat de strafrechter met toepassing van de artikelen 54 en 56 S.U.O. rekening houdt met een beslissing tot veroordeling van een beklaagde die is uitgesproken door een vreemd gerecht dat behoort tot een overeenkomstsluitende staat, in zoverre de bij de strafrechter aanhangig gemaakte feiten volgens zijn onaantastbare beoordeling, dezelfde zijn als die welke in het buitenland zijn berecht (Cass. 28 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 173).

Doch m.b.t. drugszaken beoordeelde de rechtspraak van het Hof van Cassatie duidelijk dat vervolgingen in België na een uitspraak in het buitenland mogelijk waren, al ging het in beide landen om facetten van eenzelfde drughandel, bv. invoer in België en uitvoer naar België. Het Hof steunde daarbij op de verwijzing vervat in artikel 71 S.U.O. naar de bestaande verdragen van de Verenigde Naties inzake verdovende middelen om te beslissen dat, ongeacht het in artikel 54 van dezelfde overeenkomst vervatte *non bis in idem*-beginsel, de op het grondgebied van de verschillende overeenkomstsluitende partijen gepleegde strafbare feiten, wat de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen betreft, afzonderlijke misdrijven zijn die afzonderlijk kunnen worden bestraft (Cass. 29 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 408, *RW* 2000-01, 124, noot W. MAHIEU, *T.Strafr.* 2000, 100, noot J. ROZIE en *JLMB* 2000, noot F. KUTY; zie voorts S. BRAMMERTZ, "Trafic de

stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen", *RDPC* 1996, 1063-1081; W. MAHIEU, "Drugs: opsporing en vervolging", *Comm.Straf.*, nr. 77; F. THOMAS, *Internationale rechtshulp in strafzaken* in *APR*, nr. 111; W. VAN HATTUM, "Grensoverschrijdende drugshandel in de Schengenstaten: geen status aparte", *Panopticon* 2001, 239-258).

Een nieuw element in het debat, met name de wet van 13 mei 1999 houdende instemming met de Overeenkomst van 25 mei 1987 tussen de lidstaten van de Europese gemeenschappen inzake de toepassing van het beginsel *non bis in idem*, heeft het Hof van Cassatie ook later niet van mening doen veranderen. Duidelijk werd gesteld dat deze overeenkomst geen afbreuk deed aan het Enkelvoudig Verdrag van New York omdat de overeenkomst de vervolging van dezelfde feiten betreft en dat het Enkelvoudig Verdrag de drugsdelicten, indien ze in verschillende landen zijn begaan, als afzonderlijke strafbare feiten beschouwt (Cass. 27 november 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 646).

Deze redeneringen kwamen ook voor in beslissingen van feitenrechters die beslisten dat zowel in de S.U.O als in de Overeenkomst tussen de lidstaten van de Europese gemeenschappen inzake de toepassing van het beginsel *non bis in idem* een identiteit van feiten vereist is om nieuwe vervolgingen in een staat na een vonnis in een andere staat te verhinderen en dat in drugszaken ingevolge het Enkelvoudig Verdrag van New York inzake verdovende middelen en het Verdrag van 21 februari 1971 inzake psychotrope stoffen geen identiteit van feiten bestaat tussen strafbare feiten die in verschillende landen zijn begaan (Antwerpen 18 december 2003, *NJW* 2004, 698).

208 Ogenschijnlijk is het Hof van Cassatie gaan twijfelen aan zijn standpunt na de uitspraak van het Hof van Justitie van de E.G. in de zaak Gözütok van 11 februari 2003. Deze zaak betrof een prejudiciële vraag omtrent de toepassing van artikel 54 S.U.O. gesteld door het Oberlandesgericht van Keulen in een vervolging wegens handel in verdovende middelen die in Duitsland werd ingesteld nadat de aandacht van de Duitse autoriteiten op de persoon van Gözütok werd gevestigd door een Duitse bank die had vastgesteld dat betrokkene zijn bankrekening voor aanzienlijke bedragen gebruikte. Voor deze drughandel waren ook vervolgingen ingesteld geweest in Nederland, alwaar het dossier beëindigd was nadat Gözütok de transactievoorstellen van het Openbaar Ministerie ten bedrage van respectievelijk 3.000 en 750 NLG had voldaan. Het Hof van Justitie oordeelde dat het beginsel *non bis in idem* verankerd in artikel 54 S.U.O. mede toepasselijk is op procedures tot beëindiging van een strafvervolging, waarbij het Openbaar Ministerie van een Lidstaat zonder tussenkomst van een rechter een einde maakt aan een in die Lidstaat ingeleide strafprocedure (HvJ 11 februari 2003, *T.Strafr.* 2004, 41, noot B. DE GRYSE, *RABG* 2003, 465 en *NJW* 2003, 774).

Deze uitspraak bracht geen expliciet uitsluitsel over de vraag of artikel 54 betrekking heeft op "dezelfde feiten" in de zin van gedraging of in de zin van kwalificatie (T. ONGENA, "De *non bis in idem regel* en de Schengenlanden. Ook

buitenlandse transacties verhinderen verdere vervolging", *NJW* 2003, 762-768).

Nochtans bleek uit het oordeel van de rechters, dat de beëindiging van de strafvervolging ten gevolge van de betaling van de door het Openbaar Ministerie voorgestelde minnelijke schikking moet geacht worden een berechting bij onherroepelijk vonnis in de zin van voornoemde verdragsbepaling te zijn, dat de kans zeer groot was dat het in artikel 54 gebruikt woord feit eerder wees op een gebeuren dan op een juridische omschrijving, vooral omdat de rechters principieel zegden dat in dit artikel verankerd beginsel *non bis in idem* noodzakelijkerwijs impliceert dat de overeenkomstsluitende staten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke staat de toepassing van het in de andere overeenkomstsluitende staten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden.

Hoe dan ook heeft het Hof van Cassatie op 5 oktober 2004 een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EG gesteld in de zaak Van Esbroeck. Betrokkene werd in België vervolgd wegens uitvoer van verdovende middelen, nadat hij door een Noorse rechtbank werd veroordeeld wegens invoer van de naar aard en hoeveelheid zelfde verdovende middelen (Cass. 5 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 452 en *T.Strafr.* 2005, 360, concl. Adv.-Gen. M. TIMPERMAN).

Op 29 maart 2006 heeft het Hof van Justitie op de prejudiciële vraag geantwoord dat uit de formulering van artikel 54 S.U.O. blijkt dat deze bepaling louter betrekking heeft op de feiten zelf, met uitsluiting van de juridische kwalificatie ervan. Zoals het arrest Gözütok zeggen de rechters dat in dit artikel verankerd beginsel *non bis in idem* noodzakelijkerwijs impliceert dat de overeenkomstsluitende staten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke staat de toepassing van het in de andere overeenkomstsluitende staten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden. Daar waar ze in de zaak Gözütok daaraan koppelden dat artikel 54 S.U.O. ook van toepassing is op betaalde transacties, verbinden ze in de zaak Van Esbroeck aan dit uitgangspunt dat daaruit volgt dat de omstandigheid dat dezelfde feiten in twee verschillende overeenkomstsluitende staten misschien een andere juridische kwalificatie krijgen, geen belemmering mag vormen voor de toepassing van artikel 54.

Ook het argument betreffende de verwijzing naar de bestaande verdragen van de Verenigde Naties in artikel 71 kan niet aangehaald worden om vervolgingen in een andere staat te rechtvaardigen. Het Hof zegt dat de S.U.O geen rangorde tussen de verschillende bepalingen vaststelt en artikel 71 bovendien niets bevat dat wijst op een beperking van de werkingssfeer van artikel 54. Het arrest wijst erop dat artikel 54 in de Schengen-ruimte het beginsel *non bis in idem* dat volgens de rechtspraak een van de grondbeginselen van het gemeen-

schapsrecht is, tot regel verheft. Daaruit volgt volgens de rechters dat de verwijzing naar de bestaande verdragen van de Verenigde Naties in artikel 71 niet aldus mag worden begrepen dat zij in de weg staat aan de toepassing van het in artikel 54 neergelegd beginsel *non bis in idem*, dat slechts verhindert dat een persoon wegens dezelfde feiten aan meer dan één vervolgingsprocedure wordt onderworpen, zonder evenwel te leiden tot niet-strafbaarstelling in de Schengen-ruimte.

De term "dezelfde feiten" in artikel 54 omvat "een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ongeacht de juridische kwalificatie van de feiten of het beschermd rechtsbelang". Dat leidt tot het resultaat dat "strafbare feiten van uitvoer en invoer van dezelfde verdovende middelen waarvoor in verschillende staten die partij zijn bij de SUO, vervolging is ingesteld, in beginsel dienen te worden beschouwd als "dezelfde feiten" in de zin van artikel 54 SUO, maar het aan de bevoegde nationale instanties is om dit uiteindelijk te bepalen of de in geding zijnde materiële feiten een geheel vormen die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn naar tijd en plaats en wat het voorwerp betreft" (HvJ 9 maart 2006, *RW* 2006-07, 937, *T.Strafr.* 2007, 22, noot P. HOET, *NC* 2006, 172, noot S. DE WULF, *NJ* 2006, 488, noot M.R. MOK en *JLMB* 2006, 1780; zie voorts C. GUILLAIN, "L'application du principe *non bis in idem* au trafic de drogues. Analyse de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 2006", *JT* 2007, 144-149; J.B. HUBIN, "Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 9 mars 2006. Une nouvelle perspective dans l'application du principe *non bis in idem* au trafic des stupéfiants entre pays européens", *RDPC* 2006, 823-844).

Ten gevolge van dit arrest heeft het Hof van Cassatie de uitgesproken veroordeling vernietigd (Cass. 16 mei 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 273). Minder belangrijk is te melden dat in deze zaak ook een andere vraag aan het Hof van Justitie werd gesteld, waarop werd geantwoord dat artikel 54 S.U.O. van toepassing is, zelfs al was deze overeenkomst in de eerste staat nog niet van kracht op de datum van uitspraak van de veroordeling, voor zover de overeenkomst in de betrokken overeenkomstsluitende staten van kracht was op het tijdstip van de beoordeling van de toepassingsvoorwaarden inzake het *non bis in idem*-beginsel door de instantie waarbij de tweede procedure werd ingeleid.

In een later arrest heeft het Hof van Justitie nog gepreciseerd dat wat delicten i.v.m. verdovende middelen betreft, artikel 54 S.U.O. aldus moet worden uitgelegd dat het voor de toepassing van dit artikel relevant criterium van de gelijkheid van de materiële feiten niet is vereist dat de hoeveelheden drugs in de twee overeenkomstsluitende staten of de van deelneming aan de feiten in de twee staten verdachte personen gelijk zijn (HvJ 28 september 2006, *RW* 2007-08, 1301, noot C. JANSSENS, *NC* 2007, 39, noot S. DEWULF en *T.Strafr.* 2007, 256, noot P. HOET).

De feitenrechters hebben zich gedragen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en beslist dat de invoer van verdovende middelen in een Schengenland en de uitvoer van dezelfde verdovende middelen uit een ander Schengenland in beginsel dienen beschouwd te worden als dezelfde feiten in de zin van artikel 54 S.U.O. (Corr. Brussel 18 mei 2006, *Vigiles* 2006, 193, noot P. VAN WALLEGHEM). Artikel 54 S.U.O. vereist niet alleen dat het gaat om een uitspraak van een staat die verdragspartij is bij de S.U.O. en dat het gaat om dezelfde feiten of feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Tevens moet de uitspraak onherroepelijk zijn en moet de straf ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd volgens de regels van de veroordeelde staat (zie voorts P. HOET, "Het *non bis in idem* beginsel in het grensoverschrijdend strafrechtsverkeer", *CABG* 2004/1, 36-40).

Er werd nogal verrassend beslist dat het principe *non bis in idem* beoordeeld dient te worden los van het feit dat het uitgesproken vonnis werd gewezen in een staat die is toegetreden tot de S.U.O. of niet omdat er anders over oordelen een schending van het gelijkheidsbeginsel zou inhouden (Antwerpen 1 juni 2006, *RW* 2006-07, 1769, noot C. DE ROY). Dit lijkt weinig overtuigend aangezien het verschil gegrond is op een objectief criterium, namelijk het voorhanden zijn van een verdragsrechtelijke basis tussen de betrokken landen.

Wel moet buiten het Schengenverband rekening worden gehouden met bepaalde verdragen. Geruime tijd vóór de totstandkoming van de S.U.O. werd tussen de lidstaten van de Europese gemeenschappen een overeenkomst afgesloten inzake de toepassing van het beginsel *non bis in idem* te Brussel op 25 mei 1987. België heeft dit verdrag pas goedgekeurd bij wet van 13 mei 1999. Deze overeenkomst kan toepassing vinden t.a.v. de lidstaten die niet tot de Schengengroep toegetreden zijn. Bovendien moet buiten de Europese Unie acht worden geslagen op het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen gedaan te 's Gravenhage op 28 mei 1970. Dit verdrag, dat in het kader van de Raad van Europa is tot stand gekomen, werd door België goedgekeurd bij de wet van 6 april 2010.

209 Soms hebben de beklaagden bij vervolgingen in België na een veroordeling in het buitenland getracht een beroep te doen op de theorie van het collectief misdrijf.

Tot de wet van 11 juli 1994 artikel 65 Sw. dienaangaande heeft gewijzigd, gold de opinie dat wanneer de strafrechter vaststelt dat het geheel der feiten door eenheid van opzet één strafbaar feit uitmaakt, hij geen rechtsmacht meer had om te beslissen of de dader van de feiten die thans bij hem aanhangig gemaakt waren, al dan niet schuldig was. De rechters hebben evenwel met klem deze exceptie verworpen m.b.t. drugmisdrijven in geval van vervolgingen in België wegens misdrijven deels alhier gepleegd na een uitspraak in het buitenland.

Deze gevallen betroffen vervolgingen:

- wegens onwettig bezit van verdovende middelen in België na een vrijspraak in Engeland wegens invoer aldaar, al ging het om drugtransporten vanuit Nederland, via België, naar Groot-Brittannië (Antwerpen 19 juni 1987, *RW* 1987-88, 577);
- wegens invoer in België vanuit Nederland na een veroordeling in Nederland wegens uitvoer van drugs via België naar Frankrijk (Brussel 23 december 1991, *Pas.* 1991, II, 221, *JT* 1992, 314 en *JLMB* 1992, 790);
- wegens uitvoer naar Frankrijk na een veroordeling in Frankrijk wegens invoer van dezelfde stoffen (Cass. 29 november 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 203, 435, *Pas.* 1990, I, 386, *RDPC* 1990, 289, noot en *JLMB* 1990, 150).

Zelfs al worden de hier te lande gepleegde feiten en de feiten gesteld in het buitenland beschouwd als een collectief misdrijf, waarvan een onderdeel reeds in het buitenland wordt berecht, herhaalde de rechtspraak dat dit geen beletsel voor de vervolgingen in België is. De rechters baseerden zich desbetreffend op artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York dat bepaalt dat elk van de in dat verdrag opgesomde strafbare feiten, als afzonderlijk strafbare feiten worden beschouwd, indien deze in verschillende landen zijn begaan. Ze verwezen ook naar het feit dat de uitspraak van de buitenlandse strafrechter geen beletsel kan zijn voor vervolgingen omdat artikel 13 V.T.Sv. slechts kan worden opgeworpen wanneer de vreemde rechter uitspraak heeft gedaan over feiten die in het buitenland te situeren zijn.

210 Na de wet van 11 juli 1994 die het artikel 65 Sw. gewijzigd heeft en met een tweede lid heeft aangevuld, is het mogelijk om feiten die door een eenheid van opzet verbonden zijn met reeds beoordeelde feiten te vervolgen en te bestraffen. Wel dient de rechter bij de straftoemeting rekening te houden met de reeds uitgesproken straffen. Indien deze hem voor een juiste bestraffing van al de misdrijven voldoende lijken, spreekt hij zich uit over de schuldvraag en verwijst hij in zijn beslissing naar de reeds uitgesproken straffen. Het geheel van de straffen uitgesproken met toepassing van die wetsbepaling mag het maximum van de zwaarste straf niet te boven gaan.

De vraag rijst of artikel 65, tweede lid Sw. ook van toepassing is wanneer de beklaagde reeds in het buitenland werd veroordeeld.

Het Hof van Cassatie heeft een arrest vernietigd dat vastgesteld had dat de in België aanhangig zijnde feiten en deze die het voorwerp uitmaken van een buitenlandse in kracht van gewijsde getreden uitspraak de voortgezette uitvoering van een zelfde misdadig opzet waren en dat de in het buitenland opgelegde straf een voldoende bestraffing voor al die misdrijven was. De bodemrechter had dus artikel 65, tweede lid Sw. toegepast terwijl de beklaagde reeds werd veroordeeld door een buitenlandse rechter. Het Hof van Cassatie vernietigde deze uitspraak omdat voor de toepassing van artikel 65, tweede lid Sw. enkel een beslissing van een Belgische strafrechter in aanmerking kan worden genomen om uit te maken of er eenheid van opzet bestaat tussen de feiten waarvoor een beklaagde wordt vervolgd en misdrijven die

reeds het voorwerp waren van een in kracht van gewijsde getreden beslissing en deze in de tijd voorafgaan. Dergelijke eenheid van opzet kan niet bestaan met feiten waarvoor de beklaagde in het buitenland werd veroordeeld (Cass. 17 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 455).

De vraag rijst of het Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van de Europese unie van 24 juli 2008 de Belgische strafrechter niet verplicht rekening te houden met de veroordeling uit een andere lidstaat van de Europese Unie en of de rechtspraak dat bij toepassing van artikel 65, tweede lid Sw. alleen rekening kan worden gehouden met Belgische beslissingen gehandhaafd kan blijven. Artikel 3, eerste lid van dit besluit bepaalt dat aan de in andere lidstaten uitgesproken eerdere veroordelingen rechtsgevolgen worden verbonden, gelijkwaardig aan die welke de nationale wetgeving verbindt aan eerdere veroordelingen in de lidstaten zelf. Weliswaar bevat artikel 3, vijfde lid, een uitzondering indien het strafbare feit waarvoor de nieuwe procedure wordt gevoerd, gepleegd is voordat de eerdere veroordeling is uitgesproken of volledig ten uitvoer is gelegd. Doch verder bepaalt ditzelfde lid dat dit evenwel ook niet tot gevolg mag hebben dat dergelijke in andere lidstaten uitgesproken veroordelingen niet in aanmerking kunnen worden genomen. Het kaderbesluit werd nog niet omgezet. Intussen kan men zich afvragen of de Belgische rechter artikel 65, tweede lid Sw. niet kaderbesluitconform moet interpreteren en bijgevolg een beslissing uit een andere lidstaat in acht moet nemen (zie voorts P. HOET, "Veroordelingen uit een andere EU-lidstaat in Belgische strafrechtelijke procedures. Het Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 24 juli 2008", *RW* 2010-11, 1074-1085).

211 M.b.t. dezelfde vraag kan men zich ook afvragen of verschillende feiten, die door eenheid van opzet met elkaar verbonden zijn en naar Belgisch recht slechts één enkel strafbaar feit opleveren, ook niet onder het begrip "dezelfde feiten" van artikel 54 S.U.O. vallen. En zo ja of dit een mogelijke toepassing van artikel 65, tweede lid Sw., dus een bijkomende bestraffing, verhindert.

Hieromtrent stelde het Hof van Cassatie wederom een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie (Cass. 6 september 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 210, concl. Adv.-Gen. M. TIMPERMAN en *T.Strafr.* 2005, 359). Het betrof een zaak waarin een persoon die in Nederland was veroordeeld wegens opzetheling van opbrengsten uit drugshandel en inbreuken op de Opiumwet gepleegd in Nederland. In België hadden de feitenrechters vastgesteld dat de tenlastegelegde feiten van witwassen in België gepleegd uitgingen van hetzelfde opzet als de feiten beoordeeld in Nederland. Ze hadden beslist dat het artikel 54 S.U.O. op deze feiten niet kon worden toegepast met verwijzing naar artikel 71 S.U.O. en artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York. Het Hof van Cassatie stelde dienaangaande de vraag of het te dezen ging om "dezelfde feiten" in de zin van artikel 54 S.U.O. wanneer de rechter vaststelt dat zij door eenheid van opzet verbonden zijn en aldus juridisch één feit opleveren.

In zijn arrest herhaalt het Hof van Justitie weliswaar dat het relevant criterium voor de toepassing van artikel 54 S.U.O. de gelijkheid van materiële feiten is, begrepen als het bestaan van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, onafhankelijk van de juridische kwalificatie van deze feiten of van het beschermde rechtsbelang. Het zegt evenwel dat verschillende feiten niet als "dezelfde feiten" in de zin van artikel 54 S.U.O. zijn aan te merken enkel op grond dat de bevoegde nationale rechterlijke instantie vaststelt dat die feiten door hetzelfde misdadig opzet verbonden zijn en dat het aan die nationale instantie staat om te beoordelen of de mate van gelijkheid en van verbondenheid van alle feitelijke omstandigheden die moeten worden vergeleken, van dien aard is dat gelet op bovengenoemd relevant criterium kan worden vastgesteld dat het om "dezelfde feiten"in de zin van artikel 54 S.U.O. gaat (HvJ 18 juli 2007, *RABG* 2008, 37, noot P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER en *NC* 2007, 411, noot S. DEWULF).

Nadat het Hof van Cassatie de uitgesproken veroordeling vernietigde (Cass. 27 november 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 583 en *NC* 2009, 111, noot P. WAETERINCKX en T. VAN HOOGENBEMT), beslisten de feitenrechters na verwijzing dat een deel van de in België witgewassen gelden reeds witgewassen waren in Nederland en de in België tenlastegelegde feiten van witwassen en de reeds in Nederland beoordeelde feiten van opzetheling een geheel van feiten vormen die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dat een ander deel van de in ons land witgewassen gelden nog niet waren witgewassen in Nederland en de reeds in Nederland beoordeelde feiten van verhandelen van verdovende middelen of het medeplegen ervan en de in België tenlastegelegde feiten van witwassen onderscheiden feiten zijn en dat de eenheid van opzet die tussen al deze feiten zou kunnen worden vastgesteld aan deze beoordeling geen afbreuk doet (Antwerpen 21 oktober 2009, *RABG* 2010, 454, noot P. HOET).

HOOFDSTUK XIV
DE INTERNERING

212 De onderzoeksgerechten en de vonnisgerechten kunnen overeenkomstig het gemeen recht de internering gelasten wanneer de volgende voorwaarden vervuld zijn:
- de verdachte heeft een feit, misdaad of wanbedrijf, genoemd, gepleegd. Bij toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond van de aangifte omschreven in artikel 6, tweede lid van de basiswet blijft het misdrijf bestaan. Bijgevolg kan de verdachte in dergelijk geval geïnterneerd worden (zie boven nr. 116);
- de verdachte bevindt zich op het ogenblik van de beslissing in één van de door artikel 1 WBM bepaalde staten;
- de verdachte is sociaal gevaarlijk.

213 De derde voorwaarde geeft soms aanleiding tot discussie. De rechter moet dus niet enkel vaststellen dat de verdachte de hem ten laste gelegde feiten gepleegd heeft en dat hij zich thans in een van bij de wet omschreven staten bevindt. Hij kan de internering alleen bevelen indien hij bovendien de sociale gevaarlijkheid van de verdachte vaststelt (A. De Nauw, "De burgerlijke partij en de internering in het daglicht van het arrest van 11 januari 1983", *RW* 1983-84, 625-658, i.h.b. 638-658).

Wanneer de delinkwentie beperkt blijft tot het zich aanschaffen van drugs voor eigen gebruik, is het gevaar voor de maatschappij niet altijd evident. Gaat het om verkoop aan anderen, dan luidt het antwoord misschien anders (D. Luyten en E. Boutmans, *Drugs*, 173-174).

Het Hof van Cassatie besliste dat de rechters die, na te hebben vastgesteld dat door de wet gestelde voorwaarden tot internering vervuld zijn, oordelen dat verdachte een duidelijk gevaar betekent voor de samenleving nu het gevaar voor recidive inzake druggebruik uiterst groot is, en dat de verdachte het bewijs heeft geleverd dat hij zich aan zware misdrijven van gemeen recht schuldig maakt om aan drugs te geraken, hun beslissing door deze redengeving wettelijk verantwoorden (Cass. 20 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 90 en *Pas.* 1978, I, 84).

In andere zin werd geoordeeld dat er geen sociaal gevaar meer bestond ten gevolge van een toegepaste therapie en werd bijgevolg geen internering gelast (Corr. Brussel 8 mei 1990, *Journ.proc.* 1990, nr. 175, 28, noot J.M.).

214 Wanneer de internering wordt gelast kan geen straf worden opgelegd behoudens de bijzondere verbeurdverklaring (art. 11, eerste lid, WBM).

Bijgevolg kan noch het verbod om de geneeskunst uit te oefenen (Cass. 4 december 1944, *Arr.Cass.* 1944, 53 en *Pas.* 1944, I, 59, noot R.H.), noch de sluiting van de inrichting worden bevolen (zie hoger nrs. 87 en 89).

Wanneer de internering wel bevolen wordt, valt de betrokkene voor de uitvoering ervan onder de bevoegdheid van de commissie tot bescherming van de maatschappij (B. De Ruyver, "De drugswetgeving in historisch en rechtsvergelijkend perspectief" in *De witte cirkel, Het drugsbeleid in Vlaanderen*, 51-90, i.h.b. 74-75).

215 De wet van 21 april 2007 betreffende de internering van personen met een geestesstoornis vervangt de WBM. Deze nieuwe wet is evenwel nog niet in werking getreden. Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat deze nieuwe wet niet breekt met de vroegere wetgeving, tenzij dat uitdrukkelijk als voorwaarde voor de internering het gevaar wordt vermeld dat de persoon ten gevolge van zijn geestesstoornis opnieuw misdrijven zal plegen en dat de uitvoering van de internering wordt toevertrouwd aan de door de wet van 17 mei 2006 opgerichte strafuitvoeringsrechtbanken.

HOOFDSTUK XV
KRITISCH OVERZICHT

216 De Drugwet is meer dan welke andere strafwet ook het voorwerp van uiteenlopende kritiek.

Die kritiek betreft zowel de wet op zich als de toepassing van de wet.

Het ligt zeker niet in de bedoeling van een werk van positiefrechtelijke aard de belangrijkste punten van kritiek weer te geven en te analyseren. Evenmin zal in tegenstelling met de eerste editie van dit werk (zie nrs. 200-201) ingegaan worden op de onenigheid die onder juristen en meer algemeen bij de openbare opinie bestaat of een gecontroleerde liberalisering van het aanbod van bepaalde drugs ertoe zou kunnen bijdragen de gebruikers van softdrugs te scheiden van gebruikers van andere producten wat hun voorziening betreft.

Twee vragen zullen enkel aan bod komen: enerzijds de wet zelf en anderzijds de praktijk.

217 Wat de wet zelf betreft, kan in vergelijking met de eerste editie worden vastgesteld dat de wetgever aan drie punten van kritiek van verschillende milieus gevolg heeft gegeven.

De behandeling met vervangingsmiddelen is thans wettelijk geregeld dankzij de wet van 22 augustus 2002, die artikel 3 van de basiswet heeft aangevuld met een § 4. In uitvoering ervan regelt het KB van 19 maart 2004 de behandeling met vervangingsmiddelen (zie nrs. 204 en 205 van de eerste editie).

Een ander probleem betreft het gevolg van de besmetting met het HIV-virus. De wet van 17 november 1998 heeft in artikel 3 van de basiswet een nieuw lid ingevoegd waardoor onder de tenlastelegging van het gemakkelijker maken van het gebruik of van aanzetting tot dit gebruik niet meer vallen het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs kosteloos, als bedoeld in artikel 4, § 2, 6° van het KB nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies (zie nr. 206 van de eerste editie). De bedoeling van de wetgever was de mogelijkheid te scheppen dat drugsverslaafden injectiemateriaal, ontsmettingsstoffen en steriele verbanden, zelfs kosteloos, kunnen verkrijgen in apotheken en in bepaalde door de gemeenschappen erkende en door de overheid gesubsidieerde gespecialiseerde centra om het risico voor het oplopen van overdraagbare ziekten te verminderen (*Parl.St.* Senaat 1997-98, nr. 846/5, 3).

Dezelfde wet heeft in artikel 4 een § 4*bis* ingevoegd m.b.t. de sluiting van drankgelegenheden of inrichtingen waar de misdrijven zijn gepleegd wanneer

de veroordeelde noch eigenaar noch uitbater is van de drankgelegenheid of inrichting (zie nr. 207 van de eerste editie).

Daarentegen werd er niet gesleuteld aan het regime van de verschoningsgrond van de onthulling aan de overheid, ondanks de vaststelling dat het in de praktijk slechts beperkte gevolgen heeft (zie nrs. 208-210 van de eerste editie). Nog steeds wordt vastgesteld dat de afnemers van verboden substanties niet wensen dat ze met hun naam worden vermeld in een proces-verbaal waarbij gegevens worden verstrekt over hun dealer. Dientengevolge kunnen de betrokkenen geen aanspraak maken op de bepalingen van artikel 6 van de basiswet (J. DANGREAU, "Drugwet: 24 februari 1921" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 28-84, i.h.b. 84).

Verder dient vastgesteld dat de rechtsleer nog meer dan vroeger unaniem is om te stellen dat de door de wetgever gehanteerde techniek, waarbij de regelgeving inzake drugs wordt verspreid over een vrij complexe kaderwet en twee even moeilijk leesbare koninklijke besluiten, niet bijdraagt tot het creëren van een duidelijke situatie voor de rechtsonderhorige, terwijl het legaliteitsbeginsel in strafzaken vereist dat elke strafrechtelijke inbreuk helder gedefinieerd wordt (L. ARNOU, "Cannabis: oogsten mag niet ... kweken evenmin", *NC* 2006, 341-345; J. DANGREAU en A. SERLIPPENS, "Drugwetgeving", *NJW* 2007, 482-489; F. SCHUERMANS, "Drugwetgeving: belangrijke wijzigingen", *RABG* 2003, 703-708).

218 Wat de praktijk betreft, werd in de eerste editie melding gemaakt van de opeenvolgende circulaires van 26 mei 1993 en 8 mei 1998 en van de uitgebreide waaier van mogelijke beslissingen (zie nrs. 202 en 203).

Uit onderzoek is reeds m.b.t. deze circulaires gebleken dat praktijk niet enkel afwijkt van de wetgeving, maar zelfs van het beleid. Op de werkvloer bestaat er niet alleen een zekere scepsis ten opzichte van omzendbrieven, omdat ze onvoldoende de complexiteit van de praktijk kunnen vatten. Er moet ook worden vastgesteld dat de parketten bepaalde voorgeschreven beslissingen niet benutten en eerder grijpen naar klassieke afhandelingsmogelijkheden, zoals de pretoriaanse probatie en de doorverwijzing naar de hulpverlening door politie (F. VANDER LAENEN, "De nieuwe ministeriële omzendbrieven voor druggebruikers. Het vervolgingsbeleid laat er zich door leiden", *Panopticon* 2005, 9-29). De praktijk is bij gebrek aan middelen prioritair gericht op de handel, ongeacht welke drugs (zie in dit verband de tussenkomst van de procureur des Konings van Namen tijdens de hoorzitting van de commissie voor Volksgezondheid van de Kamer, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 1888/4, 83-84).

Na de wetten van 4 april 2003 en 3 mei 2003, die, zonder softdrugs te legaliseren, enkel een regeling wilden invoeren voor de beperkte groep van meerderjarige, recreatieve, niet problematische gebruikers van cannabis die geen openbare overlast veroorzaken, heeft de ministeriële circulaire van 16 mei

2003 betreffende het vervolgingsbeleid inzake het bezit en de detailhandel in illegale verdovende middelen (*BS* 2 juni 2003) een zevental hypothesen onderscheiden om de beslissingen te stroomlijnen. Deze circulaire maakt wel het voorbehoud dat ze niet kan en ook niet wenst vooruit te lopen op de complexiteit van de materiële omstandigheden die eigen zijn aan elk dossier (zie A. De Nauw, "De gewijzigde Drugwet: hopeloos op zoek naar rechtszekerheid", *RW* 2003-04, 1161-1172, i.h.b. nr. 17).

Het Arbitragehof heeft echter de wet van 3 mei 2003 gedeeltelijk vernietigd (arrest nr. 158/2004, 20 oktober 2004, *RW* 2004-05, 699, noot, *T.Strafr.* 2005, 36, noot F. Vander Laenen en F. Dhont, *JT* 2005, 66, noot C. Guillain en *JLMB* 2004, 1773) en de wetgever is sedertdien niet meer opgetreden. Wel hebben de minister van Justitie en het college van procureurs-generaal samen op 25 januari 2005 een richtlijn uitgewerkt omtrent de vaststelling, registratie en vervolging van inbreuken inzake het bezit van cannabis (*BS* 31 januari 2005). Die gemeenschappelijke richtlijn wijzigt evenwel niet de bepalingen van de ministeriële richtlijn van 16 mei 2003 die geen verband houden met artikel 16 van de wet van 3 mei 2003, vernietigd door het Arbitragehof.

Deze situatie houdt dus in dat de praktijk in principe zou moeten uitgaan van de basiswet, de uitvoerende koninklijke besluiten en de richtlijnen van 16 mei 2003 en 25 januari 2005.

Wanneer de feiten van onwettig bezit betrekking hebben op andere illegale drugs als cannabis houdt de richtlijn van 16 mei 2003 het volgend schema van beslissingen in:

Bij eenmalig of occasioneel persoonlijk gebruik: seponering met waarschuwing van de politie en eventueel informatieverstrekking over het hulpnetwerk of verval van de strafvordering als gevolg van de betaling van een geldsom.

Ingeval het drugbezit gepaard gaat met openbare overlast of de betrokkene een problematische gebruiker is, kan de parketmagistraat eveneens seponeren, pretoriaanse probatie gelasten of het verval van de strafvordering als gevolg van de betaling van een geldsom voorstellen. Zijn keuze voor een seponering is evenwel meer beperkt en kan slechts na doorverwijzing naar een gespecialiseerde dienst voor hulpverlening aan drugsverslaafden of naar een gespecialiseerde oriëntatiedienst voor drugverslaafden. Hij kan dus niet na een enkele waarschuwing door de politie seponeren. Wanneer de verwachte resultaten na een seponering of een pretoriaanse probatie uitblijven, kan de parketmagistraat ter zitting nog altijd de toepassing van het gewijzigd artikel 9 van de Drugwet vorderen.

In geval de feiten gepaard gaan met een van de verzwarende omstandigheden bedoeld in artikel 2*bis*, §§ 2 tot 4 van de basiswet, zegt de circulaire dat de feiten theoretisch gezien tot een vordering tot verwijzing of dagvaarding lei-

den. Blijkbaar wordt er dienaangaande geen onderscheid gemaakt tussen het onwettig bezit van cannabis en andere illegale drugs.

M.b.t. de verkoop van drugs in kleine hoeveelheden maakt de circulaire het onderscheid tussen:
- een eerste geval waar de verkoop enkel gericht is op winstbejag. De detailhandel moet dan worden beschouwd als een essentiële schakel van een georganiseerde en wijd vertakte distributie van drugs. In dat geval wordt een aanhoudingsbevel gevorderd, worden de voertuigen en/of de vermogensvoordelen inbeslaggenomen, komt de zaak voor de rechtbank, wordt eventueel de verbeurdverklaring gevorderd.
- een tweede geval waar de verkoop enkel bedoeld is om persoonlijk gebruik te financieren. In dat geval moet de parketmagistraat een van de beslissingen nemen omschreven in de vorige gevallen, met die precisering dat de gebruiker die verkoopt eventueel een beroep kan doen op het gewijzigd artikel 9 van de Drugwet.

De richtlijn preciseert dat op het tijdstip dat de aard van de verkoop wordt bepaald, de hoeveelheid van de ontdekte drugs een belangrijk, maar geen beslissend gegeven voor de beoordeling ervan vormt. Er moet inzonderheid rekening worden gehouden met de ronselaars van de doorverkopers en met de technieken van de gespreide verkoop.

M.b.t. druggerelateerde criminaliteit, zegt de circulaire dat de bemiddeling in strafzaken in voorkomend geval bij voorrang wordt toegepast en dat de magistraat alvorens een andere beslissing te nemen bijstand van een case-manager kan vragen.

Er werd echter reeds vastgesteld dat tot op vandaag de begrippen case-manager justitie, case-manager hulpverlening en therapeutisch advies dode letter gebleven zijn (zie boven nr. 151). De meest recente opeenvolgende beleidsnota's van de minister van Justitie melden in dit verband dat de lopende plaatselijke projecten eerst geëvalueerd moeten worden alvorens een nationale implementatie haalbaar is (*Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1529/16, 58-61 en 2009-10, nr. 2225/12, 18).

De richtlijn van 25 januari 2005 bepaalt m.b.t. de opsporingen dat de vaststelling van het bezit, door een meerderjarige, van een hoeveelheid cannabis die drie gram niet overschrijdt of van een cannabisplant, bestemd voor persoonlijk gebruik, zonder verzwarende omstandigheid noch verstoring van de openbare orde, enkel aanleiding zal geven tot het opstellen van een vereenvoudigd proces-verbaal. Deze vereenvoudigde processen-verbaal worden bewaard bij de politiediensten en één keer per maand, door middel van een lijst, overgemaakt aan het parket van de plaats waar de vaststelling werd gedaan. De inbreuken, die geregistreerd worden in een vereenvoudigd proces-verbaal,

geven geen aanleiding tot een inbeslagname van de aangetroffen verdovende middelen. Deze mogen in het bezit blijven van de betrokkene, behalve wanneer deze er vrijwillig afstand van doet.

Dezelfde richtlijn bepaalt m.b.t. de vervolgingen dat aan het bezit, door een meerderjarige, van een hoeveelheid cannabis voor persoonlijk gebruik, zoals in het verleden, de laagste prioriteit in het vervolgingsbeleid wordt gegeven, uitgezonderd wanneer het bezit gepaard gaat met verzwarende omstandigheden of verstoring van de openbare orde. Het bezit van een hoeveelheid cannabis die drie gram niet overschrijdt of van één geteelde plant, wordt geacht te zijn voor persoonlijk gebruik.

De circulaire aanziet als omstandigheden die de openbare orde verstoren:
- het bezit van cannabis in een strafinrichting of in een instelling voor jeugdbescherming;
- het bezit van cannabis in een onderwijs- of gelijkaardige instelling of in hun onmiddellijke omgeving. Dit zijn de plaatsen waar de leerlingen zich verzamelen of elkaar ontmoeten, zoals een halte van het openbaar vervoer of een park in de nabijheid van een school;
- het ostentatief bezit van cannabis in een openbare plaats of een plaats die toegankelijk is voor het publiek (bv. een ziekenhuis) (zie voorts A. SERLIPPENS, "Beleid" in *Wet en duiding Drugwetgeving*, 1-14).

Voorts blijft er een probleem van gebrek aan manschappen, niet enkel op het niveau van de parketten, maar ook in de justitiehuizen, die de staande en zittende magistraten en hun rechtsonderhorigen en hun raadslieden zouden moeten oriënteren naar instanties die op hun beurt, van welke overheid ook, voldoende middelen ter beschikking moeten krijgen (G. MICHEL, "Montesquieu en de Drugswet van 3 mei 2003" in *Liber Amicorum Lieven Dupont*, II, 921-931).

De praktijk zal dus nog altijd afwijken van de wetgeving en zelfs van het beleid. Dat eveneens in deze problematiek politici hun meningen of wensen als feiten of werkelijkheid voorstellen om niet alleen hun ideeën te promoten, maar ook om zichzelf te profileren, draagt nog bij tot verwarring onder het publiek (D. GELDERS en J. VAN MIERLO, "Het nieuw cannabisbeleid in België: een verwarrend debat, een verward publiek", *Panopticon* 2004, 239-251).

ZAAKREGISTER

De cijfers verwijzen naar de randnummers.

A

Aanplakking 94
Aangifte 108-114, 217
- begin van vervolging 130-131, 133-134
- bestaan van misdrijven 132-133
- bevel tot aanhouding 139
- bewijs 115, 137
- correctionalisatie 129, 134
- dwingende aard 117, 137
- hof van assisen 136, 143
- identiteit van de daders 132-134
- internering 116
- jeugdbescherming 116
- mededaders 114
- misdaden 129, 133-134
- onderzoeksgerechten 141-142
- onthulling 119-120
- oprechtheid 125-127
- opschorting 148
- overheid 122-124
- rechtstreekse dagvaarding 140
- strafuitsluiting 128
- strafvermindering 133-134
- uitstel 148
- verschoningsgrond 115-116
- verhoren 121
- verzachtende omstandigheden 136
- volledigheid 125-127
- vordering tot onderzoek 130, 138
- wanbedrijven 129, 134

Aanzetting tot gebruik 29-31, 158
Afhankelijkheid 19
Anonieme inlichting 170, 172
Apothekers 45, 48-52, 86, 189-190
- zie ook Misbruik van voorschrift

B

Belemmering van het onderzoek 176
Beroepsgeheim 189-190
Bescherming van de maatschappij 212-215
Beslag
- zie Inbeslagneming

Bevel tot aanhouding
- zie Voorlopige hechtenis

Bevoegde ambtenaren 165-166
Bezit
- voor handel 54, 147
- voor eigen gebruik 54, 55, 147, 218
- voortdurend karakter 55

Bewijs 137, 187, 191-192
Bijzondere opsporingstechnieken 193, 197
Briefgeheim 184
Buprenorfine 43
Buitenland
- zie Gewijsde (Gezag van –)
  Lokalisering van het misdrijf
  Non bis in idem
  Ubiquiteitsleer

Burgerlijke rechtsvordering 70
Burgermeester 86

C

Cannabisbezit 6, 15, 47, 218
Casemanager 151, 218
Collectief misdrijf 149, 163, 209-211
Correctionalisatie 84, 129, 134

D

Deelneming 152-153, 157-158, 164
Depenalisering 218
Derden 90-91, 106
Dood 65-70, 84
Doorzoeking voertuigen 180-181
Doping 14, 164
Douane 53, 154, 165-166, 179, 180

Drankgelegenheden 26, 89, 93
Drugs 12, 13
Dwaling 54

E

Eenheid van opzet 53, 84, 149, 163, 209-211
Enkelvoudig Verdrag van New York 8, 19, 74, 152-153, 159, 207
EVRM
- anonieme bron 202
- eerlijk proces 191
- gebruik 55
- provocatie 199, 203
- *non bis in idem* 205

F

Federaal Agentschap van Gezondheidsmiddelen en Gezondheidsproducten 165-166, 171
Fouillering
- dancings 181
- douanewetgeving 179
- gerechtelijke fouillering 178
- onderzoek aan het lichaam 182
- veiligheidsfouillering 177

G

Gebruik
- individueel 56, 147
- in groep 24, 146, 169
Geldboete 82- 84
Geneesheren 45, 48-52, 86, 189-190
- zie ook Misbruik van voorschrift
Georganiseerde criminaliteit 107, 2178
Gevangenisstraf 82-84
Gewijsde (Gezag van -) 205-211
Gezondheid 65-70, 84
Grensoverschrijdende feiten 9, 152, 205-21
Grondwettelijk Hof 6, 54, 150, 218

H

Handel 74, 147, 149
Herhaling 9, 135, 159-162, 176
Heterdaad 173
Huiszoekingen 178-174
- aanwijzingen 171
- anonieme inlichtingen 170-172
- Federaal Agentschap 171
- heterdaad 173
- officieren van gerechtelijke politie 171
- onregelmatig 174, 191-192

I

Identiteitscontroles 177
Inbeslagneming 11, 91, 183, 184, 218
Infiltratie 194-198
Internationale verdragen 8
Internering 87, 89, 101, 116, 212-215
Invoer 45, 53

J

Jeugdbescherming 116

L

Legaliteitsbeginsel 6,7, 218
Lichaamsonderzoek 182, 188
Lokalisering van het misdrijf 152-154

M

Megadancings 26, 89-92, 181
Methadon, 543, 217
Minderjarigen 59-64, 84, 147, 171
Ministeriële richtlijnen 183, 218
Minnelijke schikking 218
Misbruik van voorschrift 32
- dader 37-38
- drugs 39
- misbruik 33, 40-43
- moreel bestanddeel 44

– substitutiemiddelen 43, 217
Monsterneming 175

N

Non bis in idem 9, 205-211
– collectief misdrijf 209-211
– identiteit van feiten 208
– uitspraak in het buitenland 208

O

Officieren van gerechtelijke politie 165, 171
Onderzoek aan het lichaam 182, 188
Onderzoeksgerechten 141-142
Ondeugdelijk misdrijf 156
Ontzetting 85, 93, 95-97
Openbaarmaking 94
Openbare overlast 15,54, 82
Opschorting 87, 89, 101, 144-146
Opzet 44, 53
Orde van geneesheren 34, 35, 43
Overdosis 65, 69

P

Poging 134, 155
Portiers 181
Praetoriaanse probatie 218
Prejudicieel geschil 34
Precursoren 11, 22,58
Proactieve recherche 185-186
Probatie 144
Processen-verbaal 167
Provocatie
– anonieme bron 202-203
– bewijs 201
– definitie 193-200
– gevolgen 204
– rechtstreeks 197
– tussenpersonen 197
– voorafgaand 198
Pseudo-koop 194-196, 199
Psychotrope stoffen 13, 19-21

R

Radiologisch onderzoek 188
Rechtspersoon 90-91

S

Samenloop 53, 135, 149, 163-164
Samenspanning 9, 74
Schengen-Uitvoeringsovereenkomst 153, 207, 211
Slaapmiddelen 13, 16-18
Sluiting van de inrichting 89-92, 95-97
Soft drugs 15, 217
Spijtoptanten
– zie Aangifte
Strafbemiddeling 218
Strafuitsluiting
– zie Aangifte
Strafvermindering
– zie Aangifte
Substitutiemiddelen 5, 43, 217

T

Teelt 47, 57
Telefoon 81
Toxicomanie 9, 01, 19
Tuchtsancties 35, 164
Tussenkomst 106

U

Ubiquiteitsleer 152
Uitlokking
– zie Provocatie
Uitstel 87, 144-146

V

Valsheid in geschriften 46, 52, 84, 150, 163
Verbeurdverklaring
– begroting 105
– derden 102, 106

– drugwet 98-99
– drugs 101
– geldsommen 103-104
– identieke feiten 22, 81, 107
– internationaal 11
– internering 101
– motivering 100, 105
– opschorting 101
– straf 101
– Strafwetboek 99
– veiligheidsmaatregel 101
– voertuigen 102
Verbod de geneeskunde uit te oefenen 86-88
Verbouwen van planten 47, 57
Verdovende middelen 13, 16-18
Verdrag van Wenen 19, 159, 207
Verenigingen 71-81, 84, 155
Vergemakkelijken van het gebruik 25-28
Verklikking
– zie Aangifte
Verkoop 45
Verschaffen van een lokaal 26-27
Verschoning
– zie Aangifte
Verslaving 9, 10, 19
Vervolgingsbeleid 54, 217
Verzachtende omstandigheden 83, 136
Verzwarende omstandigheden 23, 58, 135, 147
Voordeelsontneming
– zie Verbeurdverklaring
Voorlopige hechtenis 139, 218
Voortgezet misdrijf 149, 163, 209-211